



Universidad de  
**SanAndrés**

**Universidad de San Andrés**  
**Departamento de Derecho**  
**Abogacía**

*La herencia cultural: Un límite a la propiedad privada*  
*El derecho de acceso a la herencia cultural*

**Autor: Maia Mirkin**  
**Legajo: 24145**  
**Mentor: José Sebastián Elías**

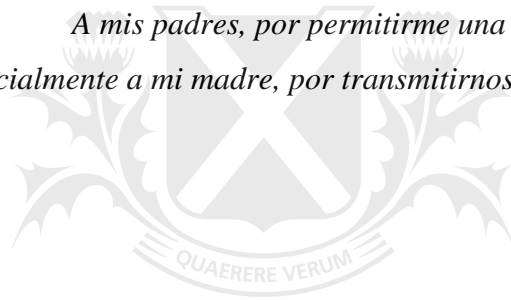
**Victoria, 14 de julio de 2017**



*A la Universidad de San Andrés.*

*A mi mentor, Sebastián Elías, y a Lía Munilla, por su ayuda.*

*A mis padres, por permitirme una educación de excelencia, y especialmente a mi madre, por transmitirnos su sensibilidad por el arte.*



Universidad de  
**San Andrés**



## ÍNDICE

Introducción .....	7
Capítulo I: Estado de la cuestión .....	12
A. El concepto de herencia cultural, orígenes y algunas observaciones importantes ....	12
B. El tratamiento en el derecho internacional .....	15
C. Breve derrotero sobre los regímenes internos de protección de la herencia cultural .....	18
D. El derecho de acceso a la cultura según la Organización de las Naciones Unidas .....	22
Capítulo II: La necesidad de que exista el acceso a bienes que conforman la herencia cultural: la importancia cultural, histórica y científica.....	23
A. Fundamentos para un interés social en la herencia cultural .....	23
B. La necesidad de acceder a la herencia cultural .....	27
i. El interés en acceder a obras originales: la importancia de la autenticidad y singularidad de una obra. ¿Por qué no alcanza con una reproducción?.....	27
ii. La herencia cultural como fuente de conocimiento educativo y científico .....	30
iii. El acceso a la herencia cultural como fuente de inspiración y contestación de la nueva cultura.....	31
Capítulo III: La restricción a la propiedad privada. Modalidades, antecedentes y análisis.....	33
A. Modelos para la exposición de piezas de propiedad privada de importancia cultural ....	33
i. La reducción impositiva a cambio de permitir el acceso.....	33
ii. El modelo polaco de propiedad de bienes culturales.....	35
B. Las obligaciones positivas en la propiedad privada .....	37
C. ¿Por qué no recurrir a la expropiación? .....	44
Capítulo IV: Algunas observaciones adicionales sobre la ejecución del derecho de acceso...51	
A. ¿Dónde establecer el límite? .....	51
B. El derecho de acceso vs. el derecho al secreto .....	53
C. La cuestión moral .....	54
D. El mercado que se opone al conocimiento.....	55

Conclusión .....	56
Bibliografía .....	59
Doctrina.....	59
Jurisprudencia .....	61
Cuerpo normativo .....	61
Obras de arte .....	62



Universidad de  
**San Andrés**

# LA HERENCIA CULTURAL: UN LÍMITE A LA PROPIEDAD PRIVADA

## EL DERECHO DE ACCESO A LA HERENCIA CULTURAL

### INTRODUCCIÓN

El 6 de junio de 2016 el diario *The New York Times* publicó una nota periodística denunciando la existencia de “[e]l inmenso museo que nadie puede disfrutar”. Más de un millón de las obras de arte más exquisitas de la historia de la humanidad incluyendo tesoros de la antigua Roma, pinturas de los grandes maestros y cerca de 1000 obras de Picasso son acopiadas en zonas francas por mega coleccionistas millonarios (Bowley and Carvajal 2016).

Desde principios del Siglo XIX los precios de obras de artes y objetos culturales han aumentado constantemente volviéndose valiosos no solo por su estética y valor artístico sino también por convertirse en bienes de inversión de capital (Nieć 1976). Obras de los grandes maestros renacentistas, de Klimt, de Rothko y de Renoir, raros sarcófagos etruscos y romanos y otras tantas antigüedades, a veces saqueadas, entre muchas otras piezas culturales se encuentran selladas, empaquetadas y amontonadas mientras sus dueños se preocupan más por su valorización que por apreciarlas. El coleccionismo contemporáneo se basa en la idea del “arte como lingote” (Bowley and Carvajal 2016) y la convicción de que las inversiones del arte rinden una elevada rentabilidad (Frey and Rodríguez Braun 1997).

Existe otro tipo de coleccionista acostumbrado a excluir al público del acceso a las obras no por su desinterés o ignorancia por el valor del arte más allá de su valor de mercado sino por ser coleccionistas puramente privados. Es decir, coleccionistas cuya intención es hacerse de piezas para excluir a otros de su disfrute. La facultad de excluir es un privilegio que parece consensuado dentro del coleccionismo contemporáneo y la inaccesibilidad prolongada del trabajo de grandes artistas que están en manos de privados es entendida como normal (Sax 2004).

The Armenian magnate Calouste Gulbenkian refused to allow visitors into his house on Avenue d’Iena in Paris. He was known to say, “Would I admit a stranger to my harem?” His treasures, laid out in the most beautiful and lavish surroundings, were admired only by two footmen and the night watchman. (...) The rich German collector Johann George Bögnier bought extravagantly and then, as the rooms of his house filled, he shut them off one by one, forever. An article about Picasso’s *Pierrettes’s Wedding*, one of the last important works from his blue period, reported that “it has never been exhibited at a museum in the United States; in

fact, few people have ever seen it". (...) [A] British collector named Nicholas Van Hoogstraen, who is reported to own works by Holbein, Turner, and Constable, among others, was quoted as saying: "There won't be any riff-raff coming in, standing on the Persian carpets. The only purpose in creating wealth like mine is to separate oneself from the riff-raff. This is a private museum for me (Sax 2004, 64).

Muchas de estas obras no han salido a la luz durante décadas y el escenario más escalofriante sugiere que quizás nunca más lo hagan. Esta tendencia dispara reacciones que se cuestionan si al almacenar estas valiosas obras no se degenera el sentido mismo del arte. Para el director del Louvre, Jean-Luc Martínez, "las obras de arte son creadas para ser vistas" (Bowley and Carvajal 2016). Las obras de arte, las piezas arqueológicas y los monumentos fueron hechos para el culto, por la belleza o la expresión. Las obras de arte son producto de una tradición cultural y son utilizadas como medio para impartir y comprender elementos fundamentales de esa tradición (Couvalis 1995). Para coleccionistas como Eli Broad "tratar el arte como si fuese una *commodity* y esconderlo en un depósito es rayano en lo inmoral" (Bowley and Carvajal 2016).

We all know that art has become a commodity, but I hadn't realized until I went to the Free Port that it has become a tradable stock that never need to see the light of day. Those Picassos might never come out, remaining boxed-up in a cold corner as they shift form one owner's capital assets balance sheets to another's. We can argue all day long about the meaning of art, but surely it isn't that (Gompertz 2016).

No solo se esconden en colecciones privadas obras de arte, sino también objetos de importancia científica e histórica. Un manuscrito inédito anotado a puño y letra por Einstein profundizando sobre su teoría de la relatividad se mantuvo oculto hasta 1996, y aunque lo consideran fundamental para su teoría no ha podido ser comprobado por que nunca ha sido estudiado por los científicos (Sax 2004). En 1892, Eugene Dubois descubrió los primeros restos fósiles de los ancestros de los humanos, los *Homo Erectus*. Las controversias y objeciones a su teoría le provocaron una paranoia que lo llevó a encerrar los fósiles durante 25 años impidiendo que otros científicos pudieran crear teorías independientes (Sax 2004).

El conocimiento de este fenómeno invita a inmiscuirse en la cuestión de si existe un derecho de acceso a estas obras por parte del público. Sin duda, existe un interés: el interés por la herencia cultural.

Grandes cantidades de las más importantes obras de arte y objetos culturales pertenecen a colecciones privadas. La emergencia de los museos se produjo recién a mediados del Siglo



XVIII, hasta entonces cualquier tesoro era de coleccionistas privados (Sax 2004) . El precio del arte en el presente ha vuelto la compra de arte inaccesible para los museos, privando cada vez más al público del acceso a estos bienes culturales<sup>1</sup>:

When the Metropolitan Museum of art bought Aristotle Contemplating the Bust of Homer by Rembrandt all of the rumors and all of the questions in the art world were: Is it going to be in the National Gallery in London, or is it the National Gallery in Washington, Cleveland or the Met? Now when anything important comes on the market one says: well is it hedge fund fellow number one, or is it Russian oligarch number two, or the new Chinese rich? Nobody mentions museums anymore; we are out of the game. There is no way the museum can compete in today's market, certainly in contemporary art. (Hughes 2008, 38'24)

El coleccionista tiene una posición muy particular en la sociedad, porque es crucial para la protección de objetos de gran importancia para una comunidad o incluso la humanidad, pero a su vez posee y tiene control sobre estos objetos sin ninguna responsabilidad formal de protección o cuidado (Sax 2004). Normalmente, los coleccionistas protegen y atesoran sus posesiones, solo en algunos casos por razones políticas o ideológicas o porque estos objetos interfieren con un negocio son capaces de destruirlos.

Una situación similar se produce en cuanto al acceso. Son muchos los coleccionistas filántropos y benefactores conscientes del valor cultural de los objetos que poseen y de la importancia de que estos sean accesibles para el público. Es por esto, que ante pedidos de museos o instituciones es una práctica común el préstamo de las obras de manera temporal. Sin embargo, existen propietarios reticentes a prestar sus obras y dispuestos a excluir indefinidamente al público de sus beneficios. "If a collector's unqualified ownership permits the indulgence of private vice to obliterate public benefits, however, either by destruction or long-term sequestration of important works, all is not well" (Sax 2004, 63).

La herencia cultural es entendida como los objetos gran valor artístico o histórico indispensables para la comprensión de la cultura e identidad de un grupo social. La irrupción que se produjo en la última mitad del siglo XX de la noción de herencia cultural da elementos

---

<sup>1</sup> Es de común conocimiento que las reservas de los museos contienen cientos de obras que no son expuestas siempre en la colección del museo. Lo cierto es que siempre el espacio de exhibición es menor al de reserva y a partir de la curaduría de sus colecciones los museos deciden exhibir ciertas obras y otras no. Sin embargo, la diferencia existente entre las obras pertenecientes al museo y aquellas que pertenecen a coleccionistas privados radica en que el museo tiene una obligación de exhibir y en que sus obras son propiedad del Estado y su pueblo. Esta noción acompaña una práctica común entre los museos que consiste en los préstamos de obra por lo que la exigencia de una obligación a exhibir no resulta tan necesaria como en el caso de las obras de colecciones privadas.

para argumentar la existencia de este derecho para acceder a aquellas piezas que conforman la identidad cultural.

Este trabajo sostiene que la extensión analógica de los fundamentos que establecen la necesidad de preservar la herencia cultural permite volver exigible el derecho del público de acceder a las obras aún cuando sean de propiedad privada. El reconocimiento de este derecho de acceso trae a discusión la cuestión de si existen obligaciones sociales anejas al derecho de propiedad privada de bienes culturales como la obligación de exposición de estos objetos. La herencia cultural funcionará, entonces, como el pilar para el establecimiento de una obligación positiva en cabeza de los propietarios. Este trabajo servirá para dar a conocer la existencia de un derecho que permitirá el acceso del público general a obras y piezas que conforman la herencia cultural que actualmente le son inaccesibles.

Las discusiones en torno a la herencia cultural son todavía jóvenes y están plenamente vigentes. No sólo se discuten los límites de la definición misma de herencia cultural sino también la terminología con la cual debe ser designada. Por demás, las discusiones versan en torno a los reclamos de repatriación de obras de herencia cultural por parte de quienes sostienen que estas constituyen una identidad nacional. En su contracara están quienes bregan por el internacionalismo de la herencia cultural, es decir, argumentan que pertenece a la humanidad en lugar de a una comunidad determinada y sostienen la idoneidad de las naciones más ricas para protegerlos de los peligros de las guerras y el saqueo. Lo que parece más bien asentado alrededor de la herencia cultural, o es sin duda lo más trabajado por los autores, es su importancia para la constitución de una identidad y el estudio de la humanidad y el deber del Estado sobre la preservación de la herencia cultural.

Este trabajo no pretende diseñar una normativa que regule este acceso, sino meramente su reconocimiento. La operatividad del mismo es materia de competencia de cada Estado responsable de garantizarlo y excede las ambiciones de este trabajo. Algunas observaciones finales estarán destinadas a su ejecución pero no pretenden agotar la elaboración de una legislación.

El plexo normativo internacional conformado por las Convenciones Internacionales que regulan la protección del patrimonio cultural será analizado a partir de doctrina internacional referente a estas. Para determinar la importancia del acceso a las obras que conforman el

patrimonio cultural se hará uso de textos doctrinarios referentes no solo a la preservación de la herencia cultural sino también a la historia y apreciación del arte. Su utilización permitirá establecer los fundamentos conducentes a la existencia del derecho de acceso. Por su parte, también se utilizará doctrina para evaluar la posibilidad de restringir el derecho de propiedad privada y se recurrirá a algunos modelos de aplicación en el derecho ambiental, dado el paralelismo entre las materias por la existencia de un interés social que convive con un interés del propietario. El análisis de jurisprudencia internacional y local se hará con la finalidad de exponer la cuestión de la imposición de restricciones a la propiedad privada y el deber de indemnizarlas. Además, el análisis jurisprudencial servirá a los efectos de dilucidar la manera en la que pueden convivir el derecho de acceso a la herencia cultural y el derecho de propiedad privada.

El primer capítulo establece las primeras definiciones necesarias para la comprensión y delimitación del objeto de estudio. A su vez, se exponen las principales tendencias en materia de legislación y reconocimiento de derechos ligados a la preservación de la herencia cultural y el acceso a la cultura tanto a nivel internacional como a nivel interno de cada país. El segundo capítulo sostiene el interés del público en el acceso a la herencia cultural. Una vez asentado el mismo es preciso establecer en qué sentido es estrictamente necesario que se pueda acceder a ésta sobre la base de que los elementos que la conforman son únicos e irrepetibles y fundamentales para la educación, la ciencia, la historia, la inspiración, la tolerancia cultural y una vida rica. El tercer capítulo sugiere modelos que reconocen este derecho de acceso pero no acaban de satisfacerlo. A modo de solución se establece de qué manera se sustenta la limitación a la propiedad privada en función de modelos de restricciones ya conocidos por el derecho. Por último, una vez establecido el derecho de acceso y la obligación positiva que ha de imponerse sobre la propiedad privada, en el capítulo cuarto, se hacen algunas observaciones sobre la ejecución del mismo en relación a sus límites, el derecho al secreto y multiculturalismo, la cuestión moral y el mercado del arte.

## CAPÍTULO I: ESTADO DE LA CUESTIÓN

### A. EL CONCEPTO DE HERENCIA CULTURAL, ORÍGENES Y ALGUNAS

#### OBSERVACIONES IMPORTANTES

Son muchas las definiciones que se le dan al concepto de herencia cultural y por tanto sus límites y significaciones pueden ser vagos y cambiantes. El punto común parece ser la existencia de propiedad que tiene una relación particular que la liga a una cultura determinada. Su denominación, su extensión, la atribución de la cultura a toda la humanidad o si es propia de una identidad nacional son algunos de los puntos sobre los cuales versan las diferencias de entendimiento sobre qué es la herencia cultural y como debe tratársela.

La denominación “propiedad cultural” es utilizada por muchos autores y documentos oficiales en lugar del término “herencia cultural”.

Cultural property is contradictory in the pairing of its core concepts. Property is fixed, possessed, controlled by its owner, and alienable. Culture is none of these things, thus, cultural property claims tend to fix culture, which if anything is unfixed, dynamic, and unstable (Mezey 2007, 2005).

Para poder utilizar el término propiedad en el caso de la cultura es preciso reinterpretarlo dado que acarrea inconscientemente una serie de valores que podrían dar lugar a malinterpretación (Prott and O'Keefe 2012). La carga tradicionalmente asociada a la propiedad supone el derecho de alienar, excluir a otros y explotar el bien del que se es dueño. Para algunos, incluye incluso el derecho de destruir la propia cosa, lo que es conocido como *jus abutendi* o derecho a abusar. Si bien ha de considerarse el interés social por los bienes de herencia cultural, esto no significa que la comunidad sea un sujeto de derecho sobre los mismos. Por otra parte, el carácter individualista y excluyente del término propiedad se contrapone a lo propuesto por la herencia cultural: que sean muchos los que puedan disfrutar de un logro de la cultura humana. Como consecuencia del peso y presunciones que conlleva referirse a propiedad, se prefiere utilizar a los fines de este trabajo la noción de herencia cultural.

El concepto de herencia cultural ha sido definido de manera más o menos extensa en función de elementos que la integran. Las definiciones más amplias incluyen además de los tradicionales bienes culturales artísticos, arqueológicos, históricos y científicos bienes

intangibles como el folklore o rituales sagrados. Otras definiciones consideran únicamente relevantes para la herencia cultural aquellos bienes que están verdaderamente conectados a una cultura determinada. Esto supone una noción de nacionalidad de la herencia cultural por estar ligada a un grupo determinado tanto por su origen como por su significado.

El problema de la extensión requiere dos aclaraciones. En primer lugar, Merryman entiende que existen dos maneras de entender la herencia cultural: una según la cual los objetos de interés artístico, arqueológico, etnográfico o histórico son considerados bienes de una cultura humana común independientemente del lugar de origen de los mismos y la otra que entiende que estos bienes son propios de una identidad nacional atribuyéndoles carácter nacional y legitimando los pedidos de repatriación de bienes culturales (Merryman 1986). Inmiscuirse en esta discusión no es el objeto del presente trabajo además de ser irrelevante, dado que el derecho de acceso puede funcionar en ambos casos. Puede exigirse el cumplimiento de un derecho de acceso tanto para cualquier obra que se considere un hito cultural de la humanidad como para obras cuya relevancia sea nacional y pretenda accederse desde su lugar de origen.

En segundo lugar, la importancia del derecho de acceso es primordial en bienes de propiedad privada que son tangibles y no fungibles. Si bien la singularidad y carácter irremplazable de la obra serán desarrolladas más adelante, a los efectos de permitir una mejor comprensión para el lector puede adelantarse aquello que la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales (Convención UNESCO 1970) considera bienes culturales a modo ilustrativo. La citada Convención considera como bienes culturales los expresamente designados por el Estado como importantes para la arqueología, historia, literatura, el arte o la ciencia que pertenezcan a:

(...) a) las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía, y los objetos de interés paleontológico; b) los bienes relacionados con la historia, con inclusión de la historia de las ciencias y de las técnicas, la historia militar y la historia social, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional; c) el producto de las excavaciones (tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos; d) los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico; e) antigüedades que tengan más de 100 años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados; f) el material etnológico; g) los bienes de interés artístico tales como: i) cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (con exclusión de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano); ii) producciones originales de arte estatuario y de escultura en cualquier material; iii) grabados, estampas y litografías originales; iv) conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier materia; h) manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguos de interés especial (histórico, artístico, científico, literario, etc.) sueltos o en colecciones; i) sellos de correo, sellos

fiscales y análogos, sueltos o en colecciones; j) archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos; k) objetos de mobiliario que tengan más de 100 años e instrumentos de música antiguos.<sup>2</sup>

Fundamentalmente, la herencia cultural constituye aquello que está ligado a la identidad de un grupo por su trayectoria histórica y estética que a su vez lo convierte un bien venerado y propio de ser estudiado y preservado.

Sax rastrea los orígenes de la protección de la herencia cultural a los escritos de Víctor Hugo contra los iconoclastas durante la Revolución Francesa (Sax 1990). Ante los intentos de destrucción tanto de los iconoclastas en el gobierno como de los populares, Víctor Hugo sostenía la importancia de valorar el genio del artista y sus obras como un obsequio a la posteridad por sobre su asociación a una monarquía corrupta o una religión desestimada. Los tesoros que demostraban que Francia era una gran nación llena de riquezas y belleza estaban siendo destruidos porque habían pertenecido a un gobierno que ahora se repudiaba. La motivación subyacente de tales declaraciones atesoraba el valor estético e histórico de las representaciones, más allá de la coyuntura política presente.

En Inglaterra, la herencia cultural afloró posteriormente y su precursor, Sir Lubbock, se basó en las ideas originarias de Víctor Hugo pero fue el primero en llevarlas al plano legal. Sax advierte que la preservación no es una idea moderna sino que se practicaba antiguamente pero se realizaba a través de actos entre privados; transfiriendo de generación en generación lo que consideraban valioso (Sax 1990). Las leyes de preservación que afloraron a mediados del Siglo XIX en Inglaterra fueron impulsadas por un crecimiento en el desarrollo inmobiliario que amenazaba con destruir muchas de las antiguas ruinas inglesas de dueños privados. Una vez que la preservación pasó a considerarse un deber del Estado moderno fue necesario cuestionarse acerca de qué se trataba este deber. La propuesta de Sir Lubbock fue la primera legislación anglo-americana en reconocer que la protección de la propiedad cultural era un deber del Estado y que la propiedad pública debía imponerse sobre los propietarios reticentes (Sax 1990).

---

<sup>2</sup> Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales (Convención UNESCO 1970), Art. 1

## B. EL TRATAMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La herencia cultural en el ámbito de los Tratados internacionales hizo su primera aparición en la segunda mitad del siglo XIX en el Proyecto de Declaración Concerniente a las Leyes y Costumbres de la Guerra de Bruselas de 1874 (Declaración de Bruselas 1874) y la Convención de la Haya de 1899 y 1907. La protección frente a la confiscación y destrucción de herencia cultural durante la guerra condujo a que la Declaración de Bruselas de 1874 quisiera limitar el acceso de los extranjeros a los bienes culturales y, por tanto, considerase que estos deberían tratarse como bienes de propiedad privada (Harding 1999). El artículo 8 sostiene que:

The property of municipalities, that of institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences even when State property, shall be treated as private property. All seizure or destruction of, or willful damage to, institutions of this character, historic monuments, works of art and science should be made the subject of legal proceedings by the competent authorities.

Esta Declaración establecía que todos los bienes culturales, de las artes o ciencias, privados o pertenecientes al Estado debían convertirse y considerarse como propiedad privada a modo de protección de la herencia cultural. El reconocimiento de la importancia de la herencia cultural incitó a que los Estados trasladaran la protección de la misma a un modelo de propiedad privada. Es decir, la herencia cultural no viene a imponerse por primera vez sobre un derecho que siempre fue exclusivo del propietario privado sino que fue justamente el Estado que les otorgó ese carácter a los fines de su protección.

El primer Tratado internacional en acuñar el término “propiedad cultural” fue la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención (La Haya 1954). Este fue una respuesta a la necesidad de protección tras la destrucción de propiedad cultural que se había llevado adelante sistemáticamente por los nazis. Como explica Harding, la destrucción de herencia cultural se da mayormente durante conflictos armados ya que precisamente debido al valor único y significativo de la herencia cultural, su destrucción es intencional y desmoralizante (Harding 1999, 295).

Merryman considera que la Convención de la Haya 1954 entiende a la herencia cultural de manera internacionalista dado que se refiere al “patrimonio cultural de toda la humanidad”<sup>3</sup> (Mezey 2007). Supone una visión cosmopolita de la cultura y, por tanto, establece un régimen de protección universal para la propiedad cultural. La Convención obliga a los Estados a salvaguardar y respetar los bienes culturales en tiempos de paz y de conflictos armados tanto en su propio territorio como en el de la contraparte mientras sea un Estado contratante de la Convención. Presume que los Estados se abstendrán de atacar intencionalmente la herencia cultural salvo necesidad militar y la protegerán del vandalismo y el saqueo.

La definición que propicia la Convención de la Haya 1954 reconoce lo que Harding considera es el valor fundamental de la propiedad cultural. En vez de centrarse en la importancia instrumental de la herencia cultural, es decir, su valor educativo o científico, al establecer que la “conservación del patrimonio cultural presenta una gran importancia para todos los pueblos del mundo”<sup>4</sup> reconoce su valor intrínseco (Harding 1999).

La segunda convención determinante para el tratamiento internacional de la herencia cultural es la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales (Convención UNESCO 1970). Esta pretende abordar el conflicto que nace del creciente mercado de antigüedades. Ante su valorización y demanda se han vuelto comunes los saqueos y robos en sitios arqueológicos y monumentos para luego ser vendidas en el mercado internacional. La remoción de estas piezas hecha por personas comunes, en lugar de arqueólogos, provoca que las antigüedades se estropeen y además que se pierda información sobre esas piezas por no respetarse el proceso arqueológico. Esta Convención quiere evitar el robo y exportación ilícita de bienes culturales al prohibir la importación de los Estados miembro de bienes que se exportaron de su país de origen en violación de normas de exportación.

La Convención UNESCO 1970 toma una postura diferente al concebir la herencia cultural de la que toma la Convención de la Haya. La primera tiende al proteccionismo propio de los

---

<sup>3</sup> Preámbulo de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención 1954

<sup>4</sup> Id.



contextualistas, es decir, aquellos que consideran que los bienes culturales deben permanecer en su lugar de origen. Esta Convención tiende al nacionalismo al justificar la retención de bienes culturales en su lugar de origen (Mezey 2007).

En un artículo escéptico, Posner critica la protección internacional de la propiedad cultural y argumenta las razones de su fracaso. Sostiene que Tratado de la Haya 1954 ha fallado en su misión de evitar la destrucción de propiedad cultural y trae a colación ejemplos como la destrucción de objetos culturales en la guerra entre Iraq e Irán o la primera guerra del Golfo en la que Iraq saqueó museos kuwaitíes, entre otros casos.

Posner sostiene que los Tratados no son lo suficientemente precisos o tienen terminología vaga lo que permite que los Estados eviten el sentido de las Convenciones al cerrarse en el significado literal del lenguaje (Posner 2007). Un Segundo Protocolo de la Convención establece que las partes se comprometen a “hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se van a atacar no son bienes culturales protegidos”<sup>5</sup> mientras que el Primer protocolo de la Convención meramente obliga a los Estados a respetar la propiedad cultural. El primer protocolo fue ratificado por noventa y tres Estados y un segundo protocolo ratificado por cuarenta y cuatro. El segundo problema para Posner es justamente que no hay suficientes Estados que hayan ratificado el protocolo más exigente lo que a su modo de ver es un reflejo de que los Estados no toman con seriedad estos tratados (Posner 2007). Además, sostiene que no existen mecanismos de aplicación eficientes de los tratados, dada la inexistencia de un órgano internacional que los ejecute. Por último, considera que la protección internacional de la herencia cultural ha fracasado dado que no existe un interés genuino por parte de los Estados en comprometerse a proteger la herencia cultural. Cree que esto se debe a que hay un interés contrapuesto entre los países de origen y los países importadores de bienes culturales. Los países que pretenden restringir la exportación son aquellos generalmente más pobres que no tienen los recursos para evitar la exportación ilícita o hacer ejecutar el Tratado internacionalmente. Mientras tanto, los países más ricos quieren mantener activos sus mercados de antigüedades y rechazan los intentos gubernamentales para cerrar las importaciones.

---

<sup>5</sup> Convención de La Haya 1954, art. 7

Barcia también sostiene la dificultad de ejecutar los tratados internacionales de protección de la herencia cultural. Cree que los tratados tienden a la prevención de disputas sobre la herencia cultural pero ante la existencia de un conflicto resultan inapropiados por no establecer líneas claras para la ejecución de los mismos (Barcia 2012). Argumenta, además, sobre la necesidad de establecer un mecanismo internacional que permita resolver los problemas de ejecución de sentencias civiles reconociendo las dificultades que presenta la propiedad cultural cuya naturaleza no está por encima de la ley sino a la que le son aplicables muchos de los principios y normas propios de otros tipos de propiedad.

La evaluación que hacen Posner y Barcia supone un conflicto a la hora de la ejecución del tratado ligado inexorablemente a una falta de voluntad de los Estados de dar una protección efectiva a la herencia cultural. La existencia de intereses contrapuestos deriva en que los mecanismos de protección internacionales sufran de una vaguedad y vacíos normativos que impiden una protección real.

Esta desestimación por la protección de la herencia cultural no supone un conflicto mayor para sostener el interés en reconocer un derecho de acceso. Si las afirmaciones de Posner son ciertas, los Estados fuente de bienes culturales interesados en conservar dentro de su territorio estos bienes lo hacen en función de que constituye una identidad nacional y, por tanto, deben querer que su comunidad pueda acceder a los mismos. Por otra parte, para los Estados receptores de bienes culturales el interés se basa en el mantenimiento de un mercado de arte dinámico que el derecho de acceso justamente propone al exigir la exhibición de piezas emblemáticas. Esto evitará que bienes de gran importancia estética o histórica y de gran valor sean encerrados fuera de la vista del público dándole mayor movimiento al mercado.

### C. BREVE DERROTERO SOBRE LOS REGÍMENES INTERNOS DE PROTECCIÓN DE LA HERENCIA CULTURAL

A fines de la década del sesenta, los Estados incrementaron la elaboración de políticas internas sobre la propiedad cultural. Hoy, más de ciento ochenta países cuentan con leyes nacionales de protección del patrimonio cultural<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Datos obtenidos a partir de la Base de datos de la UNESCO sobre las leyes nacionales de patrimonio cultural. <http://www.unesco.org/culture/natlaws/>

Halina Nieć realizó un relevo de los diferentes regímenes legislativos de protección de la herencia cultural agrupados por región, que a su vez, se dividen en diferentes modelos por país según las tendencias comunes a otros de su región. Dado lo trabajoso de revisar las legislaciones de más de cien países este trabajo se reducirá a presentar algunos de los principales lineamientos observables en el análisis de Nieć.

Dentro de la región europea se reconoce la existencia de tres enfoques diferentes a la problemática: el de Francia, Gran Bretaña y Polonia. En el modelo francés de la *protection domaniale* aquellos bienes que son clasificados como propiedad cultural gozan de una esfera de protección mayor que otros monumentos históricos u obras de arte (Nieć 1976). Esta *protection domaniale* se aplica únicamente a los bienes públicos. La cuestión del dominio público cobra interés en la protección de la herencia cultural como bien explica Brichet en la medida que:

The character of public interest can differ in different epochs. It is good that some objects not fully appreciated in a given epoch can be handed down to the following generations, which may value them in a different way (Nieć 1976, 1095).

El Estado posee un derecho prioritario a comprar obras de propiedad cultural que salgan a la venta mediante la subasta y se establecen los medios para que los órganos administrativos puedan participar en estas. Las cuestiones relativas a la exportación comenzaron tratando de preservar la integridad del patrimonio cultural pero terminaron por ceder ante el deseo de Francia de mantener su liderazgo en el mercado del arte mundial (Nieć 1976).

El modelo británico cuenta con un sistema de *scheduling* que supone compilar y publicar una lista de monumentos cuya protección es de importancia nacional y que da lugar a restricciones para el dueño de ese bien que le son comunicadas por vía ministerial (Nieć 1976). Las licencias de exportación en Gran Bretaña se otorgan según el valor del objeto, su antigüedad y sus años de permanencia en el reino. Las licencias revocadas pueden ser revisadas por un tribunal *ad hoc* de especialistas que tendrán en consideración los criterios de Waverley:

(1) Is the object closely connected with our history and national life that its departure would be a misfortune?, (2) Is it of outstanding aesthetic importance?, (3) Is it of outstanding significance for the study of some particular branch of art, learning or history? (Nieć 1976).

La revocación de una licencia está sujeta a la oferta por parte de un museo británico de adquirir la obra. En este sentido, todo el sistema de protección de la integridad de la herencia cultural está sujeto a los fondos disponibles de los museos, algo de lo que usualmente no gozan en gran medida (Nieć 1976).

En el modelo de protección polaco se reconoce la existencia de un registro de monumentos muebles o inmuebles que resulta fundamental para que se cumplan las normas de protección. Este registro incluye obras tanto públicas como de coleccionistas privados que son incentivados a registrar sus obras voluntariamente mediando beneficios en su favor (Nieć 1976). Además, Nieć menciona que se establecen ciertas restricciones en perjuicio de los propietarios consideradas por el derecho civil como “impoverishments of owner’s rights” (Nieć 1976, 1100).

En los sistemas de protección de Medio Oriente la clasificación de herencia cultural está mayormente determinada por la fecha de creación de los objetos. En Siria, por ejemplo, determinación está dada por la edad del objeto y, subsidiariamente, cuando haya objetos que no satisfagan la antigüedad requerida pueden ser declarados objetos protegidos según su valor estético o histórico (Nieć 1976). Nieć menciona que el Estado de Siria es dueño de toda la propiedad cultural a excepción de algunos inmuebles cuyos dueños para conservar la titularidad deben de probar la existencia de un título válido ante la autoridad. La registración obligatoria trae aparejadas restricciones a la propiedad individual que generan que el dueño no pueda rehusarse a cumplir con las obligaciones de las autoridades de antigüedades (Nieć 1976).

En Asia, el modelo japonés permite que ante la existencia de un objeto calificado como tesoro nacional el Estado subsidie la preservación de ese objeto cuando el dueño no tenga la capacidad para hacerlo por sí mismo (Nieć 1976). Únicamente aquello que fue designado es digno de recibir protección y su dueño estará obligado por las consecuencias que deriven de su calificación.

En América, Nieć establece la existencia de dos modelos principales: el mejicano y el estadounidense. En Latinoamérica, donde los países son pobres y suelen ser conocidos como naciones fuente de herencia cultural las restricciones a la exportación son muy prohibitivas. Nieć considera que la efectividad de estas leyes de protección depende de la concientización

cultural de su propio pueblo ya que ante la necesidad derivada de la pobreza saquean y destruyen lugares sagrados para vender las piezas en el mercado internacional (Nieć 1976).

En Estados Unidos, la condición de propiedad privada resulta irrelevante a la hora de determinar si se trata de un monumento nacional digno de ser protegido: “The act of classification in the United States carries no legal implication, and does not diminish the owner of an historic monument to do as he pleases with it” (Nieć 1976, 1113). De todas formas, como explica Nieć, su libertad de disposición puede verse limitada si las autoridades federales llevan adelante un acuerdo con los individuos, asociaciones u otros relativo al mantenimiento, protección y preservación de los monumentos (Nieć 1976).

La legislación de Malawi en África también plantea la posibilidad de diseñar un acuerdo entre el Ministerio y los dueños de los bienes protegidos. Tales acuerdos, tanto por iniciativa del gobierno o del propietario, pueden versar sobre limitaciones del derecho del propietario, la renovación del objeto, la admisión del público para su observación, el derecho del Estado a adquirir la obra, entre otras (Nieć 1976).

Los distintos modelos legislativos aquí expuestos dan evidencia del interés estatal en la herencia cultural que da lugar a su protección y preservación. Los diferentes modelos ponen en vista qué prioriza cada Estado: si es el mantenimiento de un mercado del arte activo y abierto o la integridad de su patrimonio cultural. La comparación de los modelos también permite distinguir grados de restricción a la propiedad de los objetos culturales: mientras unos países establecen que son de propiedad pública e inalienables bajo la protección exclusiva del Estado, otros los designan monumentos culturales sin alterar su *status* de propiedad privada. La existencia de modelos que permiten acordar de qué manera se puede poseer propiedad cultural, y especialmente los sistemas de Malawi y Polonia, resultan motivadores para este trabajo ya que demuestran el avance hacia modelos que permitan acceder a la propiedad cultural y no solamente la protegen fuera de los ojos del público.

## D. EL DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA SEGÚN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Dentro de los derechos humanos los derechos culturales han sido descuidados en comparación con otros derechos como los políticos y civiles. Son varias las razones que enumera Stamatopoulou para la negligencia de los Estados en regular los derechos culturales.

Cultural rights may even be considered by some as a luxury, as something that comes after —bread and water, as an item only for societies at a certain stage of development. Nobody could deny, by looking at human history, that economic prosperity generally goes with cultural development. At the same time, culture represents the soul, the moral edifice, the self-definition and self-esteem of a person or a community without which life loses context and meaning. In that sense, cultural development is not a luxury but, one could say a tool for obtaining —bread and water (Stamatopoulou 2011, 3).

En este sentido, cabe mencionar la distinción que se hace entre obligaciones inmediatas y derechos progresivos. Por progresivo se entiende que los Estados se comprometen a tomar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr gradualmente el pleno desarrollo de los derechos contenidos en el tratado. En el derecho internacional, los derechos civiles y políticos son considerados obligaciones inmediatas, mientras que los derechos establecidos en el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales son considerados progresivos. Como tales, los derechos culturales han sido postergados.

Sin embargo, para Barreiro Carril dos sucesos dentro de las Naciones Unidas han permitido establecer el contenido de estos derechos y a su vez otorgar lineamientos para políticas culturales en concordancia con los derechos humanos (Barreiro Carril 2013). Se refiere a la Observación General no. 21 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas junto con el artículo 15 pár. 1 del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales y al artículo 27 inc. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos como herramientas fundamentales en la determinación de los derechos culturales.

**Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales- Art. 15 pár.1** Los Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora

**Declaración Universal de Derechos Humanos- Art. 27 inc. 1** Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten

**Observación No. 21** El Pacto, si bien se refiere a la realización "progresiva" de los derechos en él consagrados y reconoce los problemas que dimanen de la falta de recursos, impone a los Estados partes la obligación expresa y continua de adoptar medidas deliberadas y concretas destinadas a la plena realización del derecho de toda persona a participar en la vida cultural

A partir de estos se constituye la obligación de Estados Parte de establecer políticas que permitan el acceso a la cultura. Como establece Laarksonen: “the right to participate in cultural life does not then depend on (...) political will but there is a legal structure with obligations (to protect, promote and fulfill the rights)” (Barreiro Carril 2013).

La Observación General no. 21 establece los elementos que deben existir para la plena realización del derecho de toda persona a participar en la vida cultural. Entre estos menciona la disponibilidad como la presencia de bienes y servicios culturales que todos puedan disfrutar generando y procurando espacios para que se produzca el intercambio cultural como museos, teatros, bibliotecas, salas de cine y estadios deportivos. También, se requiere accesibilidad que “consiste en disponer de oportunidades efectivas y concretas de que los individuos y las comunidades disfruten plenamente de una cultura que esté al alcance físico y financiero de todos, en las zonas urbanas y en las rurales, sin discriminación” (Comité de Derechos Económicos 2009). Además, incluye como elementos la aceptabilidad, la adaptabilidad y la idoneidad.

Universidad de  
San Andrés

CAPÍTULO II: LA NECESIDAD DE QUE EXISTA EL ACCESO A BIENES QUE  
CONFORMAN LA HERENCIA CULTURAL: LA IMPORTANCIA CULTURAL,  
HISTÓRICA Y CIENTÍFICA.

A. FUNDAMENTOS PARA UN INTERÉS SOCIAL EN LA HERENCIA  
CULTURAL

La herencia cultural es una evidencia del genio de la humanidad que permite establecer una conexión casi trascendental entre el hombre del presente y sus antepasados. Para Harding, empuja al espectador a conectarse con su propio ser dándole una sensación de bienestar mientras que a su vez establece lazos con la comunidad a la que pertenece (Harding 1999). La herencia cultural es tanto el lazo que mantiene unida una comunidad como la trayectoria

arqueológica, artística y etnográfica que dio lugar a esa identidad que los une como comunidad en primer lugar.

By resonance I mean the power of the displayed object to reach out beyond its formal boundaries to a larger world, to evoke in the viewer the complex, dynamic cultural forces from which it has emerged and for which it might be taken by a viewer to stand. By wonder I mean the power of the displayed object to stop the viewer in his or her tracks, to convey an arresting sense of uniqueness, to evoke an exalted attention (...) pulls the viewer away from the celebration of isolated objects and toward a series of implied, only half visible relationships and questions... (Greenblatt 1991, 42).

Al describir las dos maneras que considera Greenblatt de exponer obras de arte en un museo reconoce la posibilidad de movilizar al espectador en dos sentidos. Al primero de estos que llama *resonance* es la conexión que se genera entre el espectador y la fuente de esa obra cargada de la contingencia social e histórica a la que perteneció. El segundo modo al que llama *wonder* configura entre el espectador y la obra una burbuja propiciada por la emoción y sensibilidad que esta despierta en él.

El valor de la herencia cultural puede ser instrumental, si está asociado al valor educativo, político, científico o de mercado de un bien o uno no instrumental sino esencial. Harding devela el valor intrínseco de la herencia cultural a partir de dos experiencias que constituyen aspectos importantes para una vida rica independientemente de las preferencias individuales: la experiencia estética y la experiencia cultural (Harding 1999). La experiencia estética, si bien está determinada por la cultura, se trata de una experiencia intensamente personal. Para Jon Elster el mayor valor del arte es emocional en la medida que:

On the one hand, works of art can sharpen and condense emotions that we experience outside the work, in the world- love, grief, envy and the like. On the other hand, they provide autonomous sources of specifically aesthetic pleasures- created by echoes, symmetries, contrasts, surprises, the resolution of tension and similar devices (Harding 1999, 332).

Esta experiencia autónoma, irrepetible y emocional que se produce a partir de la observación de una obra sostiene la creencia de su valor intrínseco más allá de las utilidades que pueda tener. La experiencia cultural, en cambio, es una noción social que es interdependiente a través del tiempo y espacio (Harding 1999). La experiencia cultural para Harding no se trata únicamente de un lente a través del cual damos sentido a nuestras experiencias sino que constituye un ser colectivo. "It is not simply backward-looking 'traditionalism,' it is a form of collective intentionality" (Harding 1999, 334). Como explica Kymlicka la existencia de un contexto cultural es esencial para el desarrollo y persecución de la propia idea de buena vida



y, por lo tanto, los Estados deben reconocer derechos culturales tendientes a propiciar dicho contexto cultural (Harding 1999).

Una política adecuada sobre la propiedad cultural tiene que abordar según Merryman tres aristas: la preservación, la verdad y el acceso (Merryman 1989). La preservación es esencial en la medida que sin el objeto físico no pueden hacerse estudios ni exhibiciones. La verdad se refiere a la autenticidad de la obra, es decir, la existencia de normas de validez y prueba que garanticen que es genuina. Esta verdad sobre la cultura es tan importante como una verdad científica ya que el efecto sobre el espectador de ver un original no es el mismo que ver una copia (Merryman 1989). Por último, para su estudio debe existir obviamente un acceso por parte de los investigadores y para su disfrute debe existir un acceso por parte del público (Merryman 1989).

Las reacciones que aviva el acceso a la herencia cultural junto con su capacidad para despertar el sentido de identidad propio y cultural además de su valor educativo y científico entablan un interés de la comunidad por las obras que conforman la identidad cultural. En tal sentido, el Abbe Grégoire dijo en 1793 que “(t)he productions of genius and the means of instruction are common property: such items are national objects which belonging to no one, are the property of all” (Sax 1990, 1559). Mientras las obras de herencia cultural sean de propiedad privada confluyen sobre ella dos intereses diferentes que le dan una particularidad con respecto a otros bienes de propiedad privada.

Cultural property is a unique form of property. It may be at once personal property and real property; it is non-fungible; it carries deep historical value; it educates; it is part tangible, part transient. Cultural property is property that has acquired a special social status inextricably linked to a certain group's identity. Its value to the group is unconnected to how outsiders might assess its economic worth. (Barcia 2012, 465).

Los intereses que confluyen sobre la herencia cultural, el del propietario y los de la comunidad son lo que le dan a este tipo de propiedad una doble naturaleza. Por un lado, existe un valor económico y de disposición del propietario y por el otro un valor histórico y científico que le pertenece a la nación. En este entendimiento de que la herencia cultural tiene una doble naturaleza es que las primeras normas de protección de la herencia cultural establecieron que los propietarios no eran en realidad dueños de la propiedad en cuestión sino que eran meros guardianes (Sax 1990). Los bienes de herencia cultural son confiados a privados con la intención de que estos los preserven para las futuras generaciones como evidencia de la civilización que les preexistió.

En este sentido, comprender a los portadores de herencia cultural como *mere trustees* permite reconocer que pueden existir limitaciones a su propiedad basadas en esta función que ellos cumplen; limitaciones tales como la imposición de una obligación positiva de exhibir aquellas piezas consideradas hitos para la cultura. Aquellos en posesión de elementos de herencia cultural, como guardianes de la misma tienen una obligación hacia la humanidad de preservarlas para que esta pueda ser disfrutada y a facilitar el acceso a estas. La obligación de preservar no puede tener sentido si no es en vista a que lo preservado sea expuesto para el disfrute y estudio por parte de la comunidad. No tendría sentido obligar a preservar obras por el solo hecho de guardarlas sin intención de que estas puedan volver a ver la luz.

Posner, en un análisis escéptico hacia la regulación de la herencia cultural, sugiere que esta no tiene un carácter especial que justifique su tratamiento diferente a la propiedad común (Posner 2007). Posner discute la idea de que determinada comunidad tenga un derecho de posesión a su herencia cultural por el solo hecho de que esta sea importante para la dignidad de la persona, y por tanto desconoce que el argumento moral pueda ser un fundamento de un régimen especial y diferente al de la propiedad para bienes de propiedad cultural. A lo largo de este trabajo se contestarán las objeciones de Posner, pero por el momento nos remitiremos a las pertinentes para esta sección.

En primer lugar, cabe mencionar que el artículo de Posner contesta a la tendencia que sugiere que debe existir una regulación estrictamente diseñada para abordar las problemáticas relativas a la herencia cultural especialmente en cuestiones de importación y exportación de bienes culturales (Posner 2007). En el presente trabajo, no se pretende establecer una nueva rama que regule únicamente la herencia cultural, si no reconocer que existe un derecho fundado de la comunidad en acceder a su herencia cultural y que este puede, en la manera menos intrusiva posible para el derecho del propietario, coexistir con el régimen de propiedad privada a través de limitaciones ya conocidas en el derecho.

En segundo lugar, considera que el derecho moral de la existencia de un vínculo con el pasado es un argumento “oscuro”. Establece que no existe una relación cultural significativa entre quienes vivieron en la Mesopotamia y los iraquíes, por ejemplo. Sostiene que las migraciones han destruido los lazos ancestrales dejando pocos trazos en quienes hoy reivindican los objetos como propios y el origen de los mismos. No obstante, esta objeción

solo tiene valor si se considera que los bienes culturales solo pueden ser reclamados por quienes alegan tener un vínculo identitario nacional con los objetos. En el sentido de la Convención de la Haya 1954 los bienes culturales son aquellos que conforman a la cultura de toda la humanidad. En este mismo espíritu, Gerstenblith sostiene que una obra sacada de su contexto adquiere valor universal por lo que su valor cultural es independiente de quien la reclama (Gerstenblith 2012).

**Preámbulo UNESCO 1970:** Considerando que el intercambio de bienes culturales entre las naciones con fines científicos, culturales y educativos aumenta los conocimientos sobre la civilización humana, enriquece la vida cultural de todos los pueblos e inspira el respeto mutuo y la estima entre las naciones

Considerando que la circulación de los bienes culturales, en la medida en que se hace en condiciones jurídicas, científicas y técnicas adecuadas para impedir el tráfico ilícito y el deterioro de esos bienes, es un medio poderoso de comprensión y de apreciación entre las naciones<sup>7</sup>

La herencia cultural no tiene significación y utilidad únicamente para la comunidad que la reclama como propia sino que debe considerarse como un tesoro de la humanidad que sirve para conocer las civilizaciones que nos precedieron independientemente de si se corresponde su lugar de origen y su lugar de exhibición. El acceso a bienes culturales por parte de pueblos diferentes del de su origen permite educar el respeto a la diversidad cultural.

## B. LA NECESIDAD DE ACCEDER A LA HERENCIA CULTURAL

### i. EL INTERÉS EN ACCEDER A OBRAS ORIGINALES: LA IMPORTANCIA DE LA AUTENTICIDAD Y SINGULARIDAD DE UNA OBRA. ¿POR QUÉ NO ALCANZA CON UNA REPRODUCCIÓN?

Un aspecto fundamental para exigir la exhibición de bienes de herencia cultural que están en manos privadas es establecer la importancia de acceder a la obra original. En la era de la información que transcurrimos, donde a través de los medios de comunicación se puede acceder prácticamente a cualquier conocimiento, hay que recalcar el valor propio de una obra original, valor del que una reproducción carece.

---

<sup>7</sup> Recomendación aprobada en el Informe de la Comisión del Programa II en su 34a. sesión plenaria el 26 de noviembre de 1976.

No todos los bienes culturales son irreproducibles. Las obras de arte musical, por ejemplo, existen toda vez que se las reinterpreta. Cada reproducción constituye una pieza original en sí misma y su valor recae en la apropiación que hace de la obra el intérprete (Echeverría 2003) . No se trata de una copia ya que no existe una interpretación original sino que cada vez que se la reproduce se da a lugar al nacimiento de una obra singular.

Walter Benjamin, en un ensayo considerado la espina dorsal del estudio de la historia del arte, explica la decadencia del “aura” del arte a partir de la emergencia de nuevas técnicas de reproducción que emergieron a mediados del siglo XIX. Benjamin entiende como arte aurático aquel que es testigo de un acontecimiento ritual o sobre-humano cuyo valor reside en el culto (Echeverría 2003).

¿Qué caracteriza esencialmente a la obra de arte dotada de aura? Como la aureola o el nimbo que rodea las imágenes de los santos católicos, o el “contorno ornamental que envuelve a las cosas como en un estuche en las últimas pinturas de Van Gogh”, el aura de las obras de arte trae también consigo una especie de V-effect o “efecto de extrañamiento” (...) que se despierta en quien las contempla cuando percibe cómo en ellas una objetividad metafísica se sobrepone o sustituye a la objetividad meramente física de su presencia material (Echeverría 2003, 15).

El efecto que produce el aura de la obra se relaciona con los conceptos de *wonder* y *resonance* de Greenblatt en la medida que se reconoce en el arte un efecto movilizador y cautivador. La obra puede generar en el espectador diferentes reacciones: su irreverencia, su descontento o su asombro pero lo importante es la capacidad de la obra de generar una emoción en el espectador.

La existencia única de las obras de arte plásticas, documentos históricos o piezas arqueológicas es en su original. La obra está dotada de un halo cuya más perfecta reproducción jamás podrá replicar. La historia de esa pieza como las transformaciones físicas que haya sufrido a lo largo de su devenir son huellas que le pertenecen únicamente a esta y

nunca podrán ser reproducidas (Benjamin 2003)<sup>8</sup>. La reconstrucción de la historia de esa obra solo puede hacerse a partir del original. Su copia o representación serán siempre una falsificación.

La pérdida de la autenticidad tiene un efecto en la emoción que se genera en el espectador. El conocimiento de que se está observando un objeto auténtico genera una satisfacción en el sujeto, mientras que si descubre que se trata de una reproducción el espectador se siente traicionado (Merryman 1989).

La autenticidad de una cosa es la quintaesencia de todo lo que en ella, a partir de su origen, puede ser transmitido como tradición, desde su permanencia material hasta su carácter de testimonio histórico. Cuando se trata de la reproducción, donde la primera se ha retirado del alcance de los receptores, también el segundo – el carácter de testimonio histórico- se tambalea puesto que se basa en la primera. Solo él, sin duda; pero lo que se tambalea con él es la autoridad de la cosa, su carga de tradición (Benjamin 2003, 44)

Benjamin se apena por la pérdida del aura a partir de la expansión de las técnicas de reproducción como la fotografía y el cine pero a su vez reconoce la democratización del arte a partir de su masificación. La reproductibilidad permite acercar la réplica a lugares que son inalcanzables para el original (Benjamin 2003). La reproducción de la obra como vehículo para acercar la cultura a más personas no es más que deseable. Es entendible que existen límites físicos al acceso a las obras ya que estos son objetos únicos y es impracticable que todas las personas puedan ver el original. No obstante, la reproducción no es suficiente para ser partícipe de la experiencia trascendental que de la observación directa se deriva.

No todas las reproducciones resultan en una destrucción del aura de las obras. Hay obras cuya reproducción es un factor externo a sí mismas mientras que para otras la reproducción es un “momento esencial para su propia constitución” (Echeverría 2003, 18). Existen obras cuyo valor está enteramente subsumido a la experiencia o la exhibición, despojadas de un sentido de aura, que están destinadas a la multiplicación como, por ejemplo, las obras

---

<sup>8</sup> Este argumento de Benjamin, podría sugerir que hay que dejar que el paso del tiempo deteriore de forma natural las obras toda vez que esas huellas y destrucciones hacen única a la obra original. Sin embargo, la importancia de la obra para la conformación y formación de una identidad cultural sugiere que ha de equilibrarse el reconocimiento del paso del tiempo sobre las obras, porque esto las hace únicas y le son propias, con el deseo de preservarlas. En este sentido es que la conservación y restauración de arte contemporáneo se rige por principios como el respeto al valor histórico a la hora de restaurar piezas de arte. Entre los principios fundamentales de la ética profesional de los restauradores se encuentra “the obligation to respect cumulative age-value; that is, to acknowledge the site or work as a cumulative physical record of human activity embodying cultural beliefs, values, materials and techniques, and displaying the passage of time” (Matero 2000). Es decir, que los restauradores no pretenden desestimar todo paso del tiempo y restaurar una obra renacentista para que parezca nueva sino mantener su integridad respetando su identidad e historia.

cinematográficas. Otras, como en el arte de la *performance* solo existen en un momento y ante el espectador presente. La reproducción no solo es externa a estas sino que es inviable. Tratar de capturar una *performance* a través de un video es imposible en la medida que nunca podrá abarcar la significación del momento, la conexión entre el artista y el espectador, el clima y la fuerza de la obra. Estas obras duran un instante y existirán sólo en la memoria de quien las presencié. Este no es el caso en cambio de las obras de arte de los maestros renacentistas, por ejemplo, que han sido sometidos a la reproducción a través de la fotografía. La reproducción se les impone como una condición ajena a sí mismas. Son únicas e irremplazables y su reproducción, si bien democratiza el acceso, no lo reemplaza.

## ii. LA HERENCIA CULTURAL COMO FUENTE DE CONOCIMIENTO EDUCATIVO Y CIENTÍFICO

La herencia cultural se diferencia de otros tipos comunes de propiedad por ser una rica fuente de estudio para el conocimiento de la humanidad. El acceso por parte de historiadores del arte, arqueólogos, antropólogos y otros permite descubrir a través de los objetos las sociedades a las cuales pertenecieron.

El aforismo “Art is long, and life is short” sostiene la permanencia de los objetos en el tiempo más allá de la existencia de los hombres que los crearon. Los objetos son las únicas manifestaciones del hombre frente a las condiciones políticas, económicas y morales de una época que perduran más allá de la vida de las personas que las transcurrieron. Son una huella de los modelos religiosos, políticos, económicos, sociales y científicos que acontecieron.

El intento de “master the past” sugiere la intención de los pueblos de dominar su propio pasado al querer entender la propia conformación de su identidad nacional. El estudio de los ancestros puede explicar el sentido y forma de ser de una nación. “Art tells us who we are and where we come from” (Elsen 1976). La búsqueda de la identidad supone recorrer hacia atrás los pasos de los que los precedieron teniendo como único rastro aquellos objetos que les sobrevivieron.

En una obra de arte, por ejemplo, el artista hace repetidamente elecciones que reflejan la moral de su época. Estas elecciones versan sobre el material, el método de trabajo, el objeto de la obra, el estilo, el cuidado en la ejecución y calidad de su terminación (Merryman 1989).

The maker chooses whether to settle for something that “is good enough” or strive for something better. Every such choice embodies a moral decision, and that morality is communicated, more or less perfectly, to the viewer who confronts or the scholar who studies the object (Merryman 1989, 347)

La cultura es un vector a través del cual el hombre plasma su sensibilidad, dejando evidencia de los efectos de la coyuntura social que transcurre. Su estudio facilita entonces la comprensión del hombre en un determinado lugar y tiempo pero también permite dilucidar la personalidad del artista. En las artes plásticas, por ejemplo, hasta el siglo XIX el arte era estimado por la habilidad del artista y el contenido de las obras de manera tal que estaba despojada de expresión propia del autor. Sin embargo, a partir de la secularización del arte la individualidad y expresión del artista comenzó a colarse entre sus creaciones.

Painters such as Kandinsky could look upon their art as creations and as intimate extensions of themselves. Picasso saw his art as a diary. Readers of Joyce Carey's *The Horse's Mouth* will recall the internal basis of Gullely Jimson's astonishing murals. By extension, the modern artist's work, grounded in the self, becomes a tangible manifestation of his personality (Elsen 1976, 955).

El desarrollo científico y los avances en la comprensión de la historia de la humanidad requieren que los objetos culturales puedan ser estudiados y revisados a partir de las modificaciones en la técnica y el conocimiento. Estudiar y visitar objetos culturales permite modificar constantemente el *corpus* del conocimiento humano (Merryman 1989). En este sentido, el acceso a las piezas originales es fundamental ya que el estudio a partir de la reproducción solo permite acercarse a una ínfima parte de la información disponible en una obra; uno se vería privado, por ejemplo, en una fotografía del estudio del soporte material de la obra.

### iii. EL ACCESO A LA HERENCIA CULTURAL COMO FUENTE DE INSPIRACIÓN Y CONTESTACIÓN DE LA NUEVA CULTURA

“Las señoritas de Avignon”<sup>9</sup> de Pablo Picasso constituye uno de los primeros hitos de la pintura contemporánea y es un paradigma del cubismo aunque sin acotarse exclusivamente a este movimiento. Esta pieza central en la obra de Picasso no nació meramente de su mente brillante sino de la coyuntura artística de principios de siglo XX. Como desarrolla Frontisi

---

<sup>9</sup> “Las señoritas de Avignon”, Pablo Picasso (1907). Oléo sobre lienzo, 243,9 cm × 233,7 cm. Museum of Modern Art of New York, Nueva York.

previo a “Las señoritas de Avignon”, “Le Déjeuner sur l’herbe”<sup>10</sup> de Édouard Manet había sido tan indecente por su tema como por su técnica que cuestionando los cánones de belleza había echado en cara del Salón de 1863 la sexualidad y el erotismo al mostrar desnudos femeninos en toda su naturaleza (Frontisi 1988). Las obras de Ingres, particularmente “El baño turco”<sup>11</sup>, también influenciaron a Picasso con los cuerpos femeninos enlazados entre odaliscas y bañistas en el burdel. También Cézanne incursionó en el erotismo que llegó a su punto culmine en su obra “Las grandes bañistas”<sup>12</sup> donde el tema de la obra se sobrepone al pragmatismo de la forma (Frontisi 1988). El estudio de todos estos artistas y obras fue fundamental para la realización de una de las obras emblemáticas de Picasso.

El arte nace del arte. Las obras se reinterpretan y funcionan como disparadores para nuevas creaciones. Como el ejemplo de “Las señoritas de Avignon” hay muchos otros. Los artistas se inspiran a lo nuevo y discuten el trabajo de sus antecesores. El descubrimiento de la verdad surge construyendo sobre descubrimientos pasados.

I say to people: "You want your children to be educated. You don't want them to go around in loin cloths and rediscover the wheel. Take it another level. There are certain things from the past that ought to be maintained in order to know where we've come from and to give us an idea where we're going. *Marvin Schneider* (Merryman 1989, 339).

Según Mezey, la cultura es “dynamic in its appropriations, hybridizations, and contaminations” (Mezey 2007). Entiende que la cultura adquiere nuevos significados en la medida que el presente se apropia y reinterpreta la cultura de sus antepasados.

[Posner] thinks most cultural property ought to be treated just like regular property. I think that most cultural property ought to be treated more like regular culture- open to a certain amount of circulation, creative appropriation, and contestation. It is the circulation of cultural products and practices that keeps them meaningful and allows them to acquire new meaning... (Mezey 2007, 2007)

La circulación del arte resulta imprescindible para el mantenimiento de una creación y renovación constante de la cultura. El acceso a los bienes que conforman la misma es la única forma de permitir construir sobre la herencia cultural y dar lugar a nuevas creaciones del presente.

---

<sup>10</sup> “Le Déjeuner sur L’Herbe”, Édouard Manet (1863). Oléo sobre lienzo, 208 cm x 264 cm. Museo de Orsay, París.

<sup>11</sup> “Le bain turc”, Jean-Auguste-Dominique Ingres (1863). Oléo sobre lienzo, 108 cm x 108 cm. Museo del Louvre, París.

<sup>12</sup> “Grandes Baigneuses”, Paul Cézanne (1906). Oléo sobre lienzo, 210 cm x 251 cm. Museo de arte de Filadelfia, Filadelfia.



### CAPÍTULO III: LA RESTRICCIÓN A LA PROPIEDAD PRIVADA. MODALIDADES, ANTECEDENTES Y ANÁLISIS.

#### A. MODELOS PARA LA EXPOSICIÓN DE PIEZAS DE PROPIEDAD PRIVADA DE IMPORTANCIA CULTURAL

##### i. LA REDUCCIÓN IMPOSITIVA A CAMBIO DE PERMITIR EL ACCESO

Medidas innovadoras han sido introducidas por el gobierno francés en el 2004 y 2007 en favor del arte contemporáneo, el patrimonio, la música, los espectáculos en vivo y el enriquecimiento de colecciones públicas. El modelo de “*avantages supplémentaires pour la culture*” establece un tratamiento diferenciado en pos de la cultura que otorga beneficios impositivos según en qué se invierta.

La adquisición de obras de arte contemporáneo o de instrumentos musicales por las empresas que los inscriban como activos inmovilizados puede deducir de la base imponible del ejercicio y los cuatro ejercicios siguientes la suma equivalente al precio de la obra. Esta exención está sujeta a la condición de que durante todo el período de vigencia de la deducción la obra tiene que estar expuesta en un lugar abierto al público o al menos a los trabajadores o clientes de la empresa. Esta disposición está contemplada en el art. 238 bis AB del CGI (Code Général des Impôts).

Otra disposición como la del Art. 238 bis-1 del CGI otorga una reducción impositiva de mecenazgo del 60% de su donación si llevan delante de manera desinteresada presentaciones de obras dramáticas, musicales, líricas o exposiciones de arte contemporáneo. También gozan de la misma reducción de mecenazgo a las donaciones de empresas para la restauración y accesibilidad del público a los monumentos históricos de propiedad privada.

Este modelo de incentivos para el acceso a la cultura también premia el financiamiento por parte de una empresa de un bien reconocido como tesoro nacional u obra de interés patrimonial mayor cuando se haga el beneficio de una colección pública. La reducción es del 90% del monto desembolsado hasta el 50% del impuesto debido cuando se haga en beneficio de una institución pública (Art. 238 bis- 0 AB del CG).

Las regulaciones francesas para incentivar el financiamiento y exposición de obras culturales demuestran un claro interés del gobierno francés por la exposición y difusión de la cultura. Los beneficios impositivos, particularmente para las empresas, están dirigidos a promover el acceso al arte en las distintas formas que este se presenta. Tienden a fomentar el mecenazgo de arte contemporáneo, a la vez que la preservación y exposición de bienes importantes para el patrimonio cultural y monumentos arquitectónicos.

Si bien las disposiciones del gobierno francés presentan iniciativas interesantes para las empresas, estas no son suficientes para abarcar el ámbito de los propietarios privados. Las empresas están incitadas a la exposición de las obras en la medida que deben los impuestos por las ganancias producidas. Así, las empresas sacan provecho de lo que deberían pagar como impuesto al invertirlo en bienes culturales que luego preservarán entre sus activos. El propietario privado, en cambio, no tiene los mismos incentivos. Lo que ocurre en la actualidad es, de hecho, que los coleccionistas trasladan piezas de herencia cultural a zonas libres de impuestos, de manera que las exenciones no resultan lo suficientemente provechosas como para incentivarlos a la exposición de sus obras.

Otros países como el Reino Unido incentivan la exhibición de obras de arte privadas a partir de la reducción de los impuestos de sucesión y ganancias a aquellos propietarios que decidan permitir el acceso público a sus colecciones. Tal reducción se aplica ante el compromiso del coleccionista de preservar las obras, conservarlas en el territorio y habilitar su acceso por un período de 28 días (Brown 2013). El mecanismo impuesto por la norma requiere que la persona interesada se contacte con el propietario de la obra listada en un registro de obras disponibles de acceso para concertar una visita privada. Las reseñas y resultados de tal mecanismo han probado ser ineficientes por la dificultad de concertar las citas y la mala predisposición de los coleccionistas que sugieren visitas en horarios absurdos para que nunca se concreten (Brown 2013). El pobre desempeño de la legislación no solo ha sido ineficiente para dar efectivo acceso al público sino que además le ha costado billones de libras al gobierno inglés por los impuestos a la herencia y ganancias que dejaron de recaudarse. Es por esto que Helen Goodman, Ministro “Sombra” de Cultura<sup>13</sup>, sostiene que hay que intensificar

---

<sup>13</sup> Hellen Goodman fue Shadow Labour Minister (Culture, Media and Sport) entre octubre 2011 y diciembre 2014. El gabinete en la sombra de Westminster consiste en miembros del parlamento pertenecientes a la oposición que tienen la obligación legal de oponerse a los titulares de cada ministerio.

las obligaciones sobre los propietarios incluyendo doblar los días en los que ha de estar disponible y el establecimiento de una obligación de prestarlo a los museos o galerías que lo quisieran exhibir (Brown 2013).

## ii. EL MODELO POLACO DE PROPIEDAD DE BIENES CULTURALES

La legislación polaca de fecha 15 de febrero de 1962 establece obligaciones y disposiciones a los propietarios de bienes culturales, o como ellos los denominan "monumentos" culturales, que modelan de manera particular el derecho de propiedad de los bienes culturales muebles o inmuebles. El artículo de Andrzej Kopff expone las limitaciones y obligaciones de los propietarios de bienes culturales muebles basándose en la distinción que hace la ley misma entre bienes muebles e inmuebles dado que sus modos de uso y destinos pueden diferir.

Tal como describía Nieć, la propiedad de los bienes culturales estará determinada según la inscripción de los bienes culturales o de toda la colección en un registro llevado por el conservador regional de los monumentos o de su depósito temporal en un museo (Kopff 1969). La ley establece cuatro categorías que determinan diferentes obligaciones y derechos en cabeza del propietario: (1) monumentos y colecciones no inscritos a los cuales las disposiciones de la ley se aplican cuando su carácter de monumento es evidente, (2) monumentos inscritos, cuya inscripción recae sobre el conservador regional de monumentos o Ministerio de Cultura y Arte, que la otorgarán de oficio una vez solicitada por el órgano de administración de la correspondiente junta nacional, del propietario o bien usuario del bien cultural, (3) colecciones inscritas y (4) monumentos, colecciones o partes de estas particulares que se encuentren en depósitos de museos.

Los propietarios de los monumentos o colecciones en general, independientemente de la categoría del monumento en cuestión, están obligados a cuidar de los monumentos y a hacerlos accesibles a su estudio a los fines la determinar si los mismos constituyen bienes culturales a la luz de la ley, preparación de documentación y la determinación de su estado (Kopff 1969). La obligación de cuidar del monumento implica tanto salvaguardarlo de su destrucción o menoscabo como avisar al conservador de posibles eventos que puedan afectar negativamente el estado o conservación del monumento y realizar lo que este conservador indique en pos de preservar el bien (Kopff 1969). Los propietarios no pueden, sin la

conformidad del conservador, destruir, modificar, renovar, conservar, reconstruir, decorar o completar los monumentos. Desatender esta restricción puede conllevar responsabilidad civil y penal además de la confiscación temporal o eventual expropiación del bien cultural en cuestión (Kopff 1969).

Las mismas obligaciones se extienden a los bienes culturales o colecciones inscritos en el registro del órgano conservador pero a esta se agrega la obligación de prestar el monumento a los efectos de su exhibición o su estudio, por el término no mayor a seis meses cada cinco años y de avisar al conservador regional del cambio de lugar donde se encuentra el monumento (Kopff 1969). La limitación recae en este caso sobre el derecho de exclusividad normal del derecho de propiedad. Sin embargo, esta se justifica en la medida que la *ratio legis* de la restricción en la Constitución de la República Popular Polaca la cual establece que todos los ciudadanos tienen derecho a disfrutar de los logros de la cultura, cuyos bienes constituyen, en cierto sentido, la propiedad de toda la sociedad (Kopff 1969). En este sentido, Kopff entiende que los propietarios han de ser tratados como depositarios de los bienes pertenecientes a la sociedad sobre quienes pesa la obligación de cuidado de los monumentos de su propiedad y de su prestación a la totalidad de la sociedad (Kopff 1969).

Esta ley polaca es una materialización del derecho de acceso a la herencia cultural como restricción a la propiedad privada. Las condiciones políticas que dieron lugar a esta ley pueden indicar el porqué de la extensión de la obligación sobre la propiedad privada. Una legislación dentro de otros sistemas políticos puede reconocer el derecho de acceso pero con un mayor cuidado de respetar también la propiedad privada. La restricción establecida por esta ley es más extensa de lo postulado inicialmente por este trabajo ya que cualquier bien cultural ha de estar sujeto a estudio para su determinación. Es decir, que todos los bienes posibles de ser objetos culturales deben poder ser accedidos para su clasificación. Mientras tanto este trabajo sugiere que el acceso ha de ser *a posteriori* de su determinación. Aunque puede resultar viable un modelo de acceso tan extenso como el polaco ha de sopesarse en función de la protección del derecho a la propiedad privada, especialmente entre los estados liberales.

La presente ley ha sido modificada por la ley de fecha 23 de julio de 2003 sobre la protección y cuidado de los monumentos<sup>14</sup>. La ley vigente sostiene que los propietarios de monumentos han de garantizar las condiciones para el estudio científico y documentación del monumento, la realización de trabajos de conservación y restauración, la protección y mantenimiento del monumento y su entorno en el mejor estado, el uso del monumento para mantener su valor permanente y la popularización y difusión del monumento (Art. 5). Además, cuando el monumento haya sido inscripto en el registro regional el propietario debe informar de la destrucción o peligro del monumento, su cambio de lugar o de su estatus legal (Art 28). Si bien las obligaciones de acceso establecidas por la ley precedente han sido acotadas, la ley vigente mantiene la obligación de prestar los monumentos al conservador regional para que este pueda realizar estudios. El artículo 29 inciso 1 de la ley establece que el conservador regional de los monumentos puede llevar a cabo estudios sobre ese objeto en el tiempo consensuado con el propietario en el lugar que el objeto se encuentre. La imposición de tal acceso está determinada por el inciso 4 que establece que ante la denegación de prestar el objeto el conservador regional de los monumentos o Ministro de Cultura y Protección del patrimonio nacional podrá emitir una decisión por medio de la cual obligará al préstamo del objeto o monumento por el tiempo necesario para su estudio, no mayor a tres meses desde el día en que la decisión haya quedado firme.

El sostenimiento de la necesidad de acceder a las obras de herencia cultural a partir del cambio de régimen político indica que es un interés digno de persecución independiente del régimen socialista. La obligatoriedad de permitir el acceso para el estudio es un avance al reconocimiento del derecho de acceso pero no lo completa. Tal acceso para el estudio constituye un eslabón fundamental en la determinación y registro de obras de herencia cultural pero no resulta suficiente para garantizar la experiencia propia del espectador que se enfrenta a la obra original.

#### B. LAS OBLIGACIONES POSITIVAS EN LA PROPIEDAD PRIVADA

La propiedad no es una cosa sino la relación que existe entre el sujeto y la cosa. Los diferentes tipos de propiedad, privada, pública o común tienden a resolver los conflictos sociales de acceso a recursos y asignación y control de los mismos (Lucy and Mitchell 1996).

---

<sup>14</sup> Ustawa z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Tekst ujednolicony

De acuerdo a la clasificación que establecen Lucy y Mitchell, en principio, la herencia cultural podría ser de propiedad común basada en la imposibilidad moral de excluir ya que la herencia cultural es un recurso concebido como central o intrínseco en la configuración de la existencia humana y como tal sería antisocial sustraerlo de los *commons* (Lucy and Mitchell 1996). No obstante, un derecho de acceso universal e ilimitado daría lugar a la teoría conocida como la tragedia de los comunes ya que los bienes culturales son finitos e irremplazables. Como recurso limitado que contribuye a la calidad de la vida humana la herencia cultural no debería estar librada a un acceso colectivo irrestricto y desorganizado.

El sostenimiento de un régimen de propiedad privada de herencia cultural es fundamental dada la necesidad del público de que el coleccionismo continúe siendo privado y reflejando caprichos privados.

Plainly mania, vanity and self-importance are common among collectors and the true *connoisseur* is exceptional. Yet the public needs the collector and needs collecting to remain a private function, reflecting private desires. The result is the oddity of private parties who are effectively custodians of objects that are vital to the public agenda (...) they stimulate research and the preservation of beautiful things that would otherwise be ignored. It is thus that the collector, even the most irrational, even the most muddled, pays his debt to the nation (Sax 2004, 63).

Sin embargo, la doble naturaleza que versa sobre la herencia cultural obliga a considerar un régimen legal particular en el que la herencia cultural no sea tratada como mera propiedad privada.

Art's uniqueness in terms of irreplaceability and its capacity so often to survive its maker, his society, and the ages account for its being valued more than as a mere chattel (Elsen 1976, 952).

En función del interés social que recae sobre la herencia cultural y la importancia que tiene su acceso y protección debe existir un tratamiento diferenciado para protegerla. La sugerencia de Posner de desregularizar la herencia cultural y dejar su protección librada a las fuerzas del mercado no soluciona el problema que presenta el derecho de exclusión característico de la propiedad privada, que se opone al interés social en acceder a esta de manera satisfactoria (Posner 2007).

The fundamental policy behind property law has been seen as the protection of the rights of the possessor. If this policy is carried to its logical conclusion then the owner can be buried with a painting that he purchased for millions of dollars but which represents a peak achievement of human culture. The fundamental policy behind cultural heritage law is the protection of the heritage for the enjoyment of present and future generations. This means not only physical

protection but the possibility of access for persons other than the owner. It may involve restrictions on the right of the possessor whether that be an individual, a legal person, a community or a State (Gerstenblith 2012, 18).

De considerar que los bienes culturales deben ser tratados como propiedad privada común uno podría enterrarse con una obra, como dice Gertensblith, o mismo guardarla para siempre bajo llave haciéndola desaparecer de la faz de la tierra hasta quién sabe cuándo. Se perdería el acceso, pero más aún, todo rastro de bienes de herencia cultural y con ellos el valor que tienen para la humanidad.

La concepción liberal entiende a la propiedad privada como un conjunto de derechos entre los cuales el poder de exclusión es central. "Private property must surely entail some right to control a resource and to limit or prohibit other's access to, or use of, the resource" (Lucy and Mitchell 1996, 569). Si bien los derechos de exclusión son fundamentales para diferenciar la propiedad privada de otros modelos de propiedad, esto no quiere decir que la exclusión deba ser absoluta. En la medida en que el derecho del propietario no se desnaturalice en función de la restricción que se le impone y pase a parecerse más a un régimen de propiedad común, la obligación de poner sus bienes declarados herencia cultural a disposición para su acceso no debería presentar un conflicto mayor para considerar que se mantiene el estado de propiedad privada de los objetos.

So, for example, an extremely attenuated right to exclude such that "owners" can only exclude others from their property on Wednesdays, between noon and 2.00pm, in weeks in which there are public holidays, and then only if there are morally legitimate reasons for doing so, appears considerably weaker than the rights of exclusion held by stewards... (Lucy and Mitchell 1996, 569)

El ejemplo que plantean Lucy y Mitchell sugiere un caso extremo donde el derecho de exclusión se ve atenuado a tal punto que se desnaturaliza completamente el mismo. Si, en sentido contrario, fuese el derecho de acceso el que tuviese este carácter excepcional y estuviese limitado en períodos razonables determinados por la ley que lo regulara, el derecho de exclusión podría no verse alterado de manera que desapareciera. Que el propietario este obligado a ponerlo a disposición por determinado tiempo no sugiere que este no pueda controlar el uso de su propiedad en la medida que puede incluso decidir a quién le presta su obra, de qué manera o a dónde se exhibirá. Una norma que reconozca el derecho de acceso puede establecer que aquellas obras que sean importantes para el estudio o la cultura deban estar disponibles determinada cantidad de tiempo, cada determinados años, si una institución pública lo solicita. Esto no impide que el propietario rechace esa solicitud y elija exponerlo

bajo otra institución en condiciones que él considere mejores, en la medida que se cumpla con el objetivo de la norma. Un período de tiempo razonable para tal exigencia no parece ser una restricción del derecho de exclusión lo suficientemente relevante como para desnaturalizar su derecho de propiedad privada.

Indisputably, any such imposition takes something away from the owner, but it does not intrude markedly on the core interests of collector (...) To be sure, the conventional core right to exclude would be gone but it is not exclusion in the usual sense of protection of privacy, or the rights to reap the usual economic benefits of use and development (Sax 2004, 68).

La existencia de formas de propiedad privada con restricciones no es una novedad. Existen varias formas de “non-exclusive property” con extensa elaboración en otras áreas del derecho comúnmente ligadas al valor utilitario del bien como es el caso de las servidumbres (Sax 1990). En este caso se trata de un derecho de propiedad no exclusivo basado en el valor icónico de los bienes culturales. Las reservas naturales, por ejemplo, son un caso en el que se imponen restricciones a los propietarios de tierras cuando sus lotes están en zonas de interés para la humanidad por su flora y fauna. Se protege el valor científico del hábitat pero además el valor de la belleza de estos sitios. Las modificaciones a edificios considerados patrimonio histórico son otro ejemplo en el que la propiedad privada se ve restringida ya que deben llevarse adelante con la aprobación del órgano pertinente. La novedad está, en cambio, en la necesidad de establecer obligaciones positivas como lo es la obligación de dar acceso a bienes de herencia cultural de propiedad privada.

Dentro de las teorías que podrían fundar obligaciones positivas de este tipo se encuentra el modelo de *stewardship* comúnmente elaborado para tratar el conflicto ambiental. El concepto de *environmental stewardship* entiende que la responsabilidad del hombre es la de un custodio del medioambiente basada en el deber que tiene hacia la comunidad y futuras generaciones (Lucy and Mitchell 1996). Para Lucy y Mitchell no se trata de una relación despótica con lo que posee sino la de un administrador que ha sido confiado con algo que le pertenece a la posteridad, como lo es el medioambiente o la herencia cultural.

Según Sax, la intención de Sir Lubbock al legislar en Gran Bretaña sobre la preservación de la herencia cultural nunca fue la adquisición pública de todos los bienes culturales sino establecer un modelo de “responsible stewardship” (Sax, Is Anyone Minding Stonehenge? The Origins of Cultural Property Protection in England 1990). Sax explica que esta idea sugiere la existencia de un interés, que en este caso es el interés público, que da a lugar a un



deber fiduciario por parte del *steward*. La preexistencia de un interés del Estado se impone sobre objetos que anteriormente eran considerados exclusivamente propiedad privada (Sax 1990). La figura del *steward* como un administrador se condice con la función del propietario como *trustee* de los bienes que en realidad le pertenecen a la humanidad. En este sentido, el control por parte del administrador tiene que ser ejercido en consideración a los intereses de la comunidad que recaen sobre ese bien más allá de sus propios intereses y, por lo tanto, pueden serle exigidas obligaciones positivas para actúe apropiadamente. Sin embargo, a pesar de que sus derechos de propiedad se ven reducidos esto no se entromete notablemente en los principales intereses de los coleccionistas: “the pleasure and prestige of acquisition and association; use and enjoyment (virtually) all the time; and the opportunity to benefit from potential increase in monetary value” (Sax 2004, 68).

Según Sax, muchos grandes coleccionistas han reconocido esta limitación al autodenominarse y considerarse ellos mismos como *trustees* o *stewards*. Si bien ninguno de ellos sostendría que se impone sobre ellos un deber de guardia, muchos de ellos han reconocido el compromiso que tienen hacia la comunidad como portadores de algo que merece ser estudiado y expuesto (Sax 2004). Es por esto que muchos coleccionistas acostumbran a permitir que historiadores y científicos accedan a sus colecciones y que el préstamo de obras de arte y antigüedades es una práctica común.

Whether or not I leave my art to MoCA, or the Museum of Modern Art, or dispose of it at auction and then distribute the proceeds is entirely up to me. I don't care if you have a thousand pictures in your possession, you have an American right to dispose of them as you choose. I do, however feel an obligation to the art. I don't approve of people who collect and don't lend, or of the people who don't make their art as visible and accesible as possible. I've always made this house available to reasonably-sized groups. At one time, the place was open three of four days a week...But this isn't a museum. It's my home. *Douglas Cramer* (Sax 2004, 69).

Para estos coleccionistas, la obligación que sostiene este trabajo es secundaria ya que no supone nada más allá de aquello que ya hacen por su propio entendimiento sobre la importancia de la herencia cultural para el público. En cambio, la obligación de permitir el acceso ha de ser dirigida a aquellos que están en posesión de bienes culturales y los mantienen completamente alejados del público. En este sentido, la imposición de un derecho de acceso sobre los propietarios no puede funcionar como un desincentivo para los coleccionistas que ya prestan sus obras, sino como una norma excepcional que obligue a exhibir aquellas piezas que de otra manera son inaccesibles.

La utilización de instrumentos legales para crear obligaciones positivas de gerencia no son extrañas al derecho ambiental como, por ejemplo, la obligación de llevar adelante informes sobre el impacto ambiental de determinado desarrollo una vez otorgada la aprobación del proyecto por el órgano estatal competente (Rodgers 2009). Mientras rigen restricciones sobre de qué manera se debe operar un negocio existen obligaciones positivas a las que también está sujeta la habilitación del mismo. Considerar que solo pueden establecerse restricciones negativas, es decir, de no hacer, a la propiedad es desconocer que la propiedad puede ajustarse al avance de la sociedad y adoptar un dinamismo que permita encuadrar las problemáticas modernas manteniendo como mínimo ese conjunto de derechos fundamentales que la sociedad liberal considera hacen a la propiedad privada.

Their [property-management rules] imposition is intended to prosecute a public interest objective -nature conservation- rather than to protect the property of the owner's *per se*. Property management rules does this not by appropriating ownership of the resource (land) to the state, but by controlling the terms on which access to the resource is permitted (Rodgers 2009, 570).

A partir de obligaciones positivas el Estado puede establecer cómo, cuándo y de qué manera se hace uso de esos recursos mientras estos continúan siendo propiedad privada (Rodgers 2009). En la medida que el derecho de acceso sea establecido en términos que no desnaturalicen el derecho de propiedad privada, a través de la aplicación de obligaciones positivas puede satisfacerse el interés del público a acceder a las piezas que constituyen la herencia cultural.

En el caso “Penn Central”<sup>15</sup>, una restricción impuesta por la ciudad de Nueva York fue cuestionada por los propietarios del edificio que albergaba la estación de trenes de la ciudad que había sido designado *landmark*. Los dueños querían probar la existencia de una quita que no les había sido indemnizada por la imposibilidad de construir sobre el edificio histórico un rascacielos y beneficiarse del desarrollo inmobiliario que estaba llevándose adelante en esa zona de la ciudad. Si bien los criterios establecidos por la decisión de la Corte para determinar la existencia de un *taking* y la necesidad de una compensación justa serán expuestas posteriormente por el momento nos limitaremos a remarcar el argumento del Chief Justice Rehnquist.

La disidencia de Rehnquist permite establecer un fundamento para el establecimiento de una carga sobre los propietarios de preservación de la obra desde el momento en que estos la

---

<sup>15</sup> “Penn Central Transportation Co. v. New York City”, 438 U.S. 104 (1978).

adquieren independientemente de si las restricciones se impusieron posteriormente a su adquisición o construcción. Justice Rehnquist, sostiene que rige sobre los actores una obligación positiva de preservación de un edificio histórico para el beneficio de la comunidad en razón de haber construido algo tan tremendamente bello que de ser destruido la comunidad se vería perjudicada.

....One who owns something deemed especially valuable to the community, by virtue of that fact, and his previous gift of the benefit of that boon to the neighboring community, has somehow incurred an obligation to protect or preserve the object for the benefit of the community (Sax 2004, 58).

En este sentido el derecho de abusar o destruir su propiedad se ve restringido en pos del interés público por preservarlo. Al haber construido un edificio tan emblemático para la ciudad se han hecho responsables de su mantenimiento por haber introducido en la comunidad un beneficio que de no mantenerse en el futuro dejaría a los vecinos en una peor situación de la que están. Más aún, considera que si bien el patronazgo de quien encomienda la realización de la obra es fundamental, de no haber desviado el interés del artista hacia la comisión de esa obra este podría haber realizado otras obras que podrían estar en poder de otros mejor protegidas o ser más accesibles (Sax 2004). La decisión del coleccionista no es puramente privada, sino que condiciona a otros más allá de sí: “with art and architecture the risk is a loss of cultural opportunity...” (Sax 2004, 58). El coleccionista se coloca a sí mismo en una posición particular al involucrarse con bienes de carga cultural que le otorga una responsabilidad particular hacia la comunidad a la hora de tratar con esos objetos de la cual no puede desligarse incluso cuando la designación de esos bienes como tales sea posterior a su adquisición. La emergencia de leyes de herencia cultural, restricciones municipales sobre el uso y zonas protegidas y designación de sitios culturales que reconocen un derecho público de preservación de determinada propiedad privada ha provocado que “the absolute right to destroy, once taken for granted, has fallen out of favor over past decades” (Smith 2016, 377).

Patty Gerstenblith reminds us (...) that while we may establish arguments for a compelling public interest in artifacts, a sense of stewardship must be balanced by the recognition that we are also seeking to influence complex and variegated international art markets (Wilf 2001, 181).

La existencia de un mercado de arte activo permite la creación y circulación de los bienes culturales que no hace más que ayudar a difundir la herencia cultural permitiendo el acceso desde distintos lugares. Un mercado de arte dinámico es un complemento que facilita la exposición de bienes culturales ya que estimula a que las obras se vendan y no se escondan

en depósitos por décadas. Para garantizar la excepcionalidad de la obligatoriedad de dar acceso es preciso que su diseño legislativo no desincentive la práctica común de los préstamos por parte de los coleccionistas sino que funcione para suplir los casos en que los coleccionistas vuelven las obras inaccesibles. En consecuencia, cualquier normativa dirigida a promover el acceso a bienes culturales tiene que considerar los incentivos para sostener el dinamismo y circulación de bienes culturales en el mercado de arte y antigüedades.

Lucy y Mitchell afirman que no es concebible la compatibilidad de un modelo de *stewardship* con la propiedad privada en la medida que esta última consiste de los derechos más extensivos de exclusión, control y alienación sobre un recurso y no pueden verse sujetos a la vez a obligaciones en beneficio de otras personas (Lucy and Mitchell 1996, 586). Por el contrario este trabajo sostiene que la aplicación de obligaciones positivas de manera excepcional que no desnaturalicen el derecho de exclusión no exige la aplicación de un nuevo régimen de propiedad distinto sino que son compatibles y están comprendidas dentro de los límites normales a la propiedad privada. La existencia de un interés ajeno al del propietario no sugiere necesariamente la obligación de desconocer su carácter de propiedad privada ya que existen, especialmente en el arte, otros intereses que conviven como los derechos personales del artista y no por esto se cuestiona el carácter privado de las obras. No resulta, por lo tanto, necesario establecer un nuevo sistema normativo para tratar la herencia cultural en la medida que el interés social en acceder a esta puede verse comprendido dentro del régimen ya establecido.

### C. ¿POR QUÉ NO RECURRIR A LA EXPROPIACIÓN?

La expropiación constituye la restricción máxima a la propiedad privada y, por lo tanto, no debe ser utilizada de no ser indispensable. Dentro de las restricciones posibles a la propiedad la expropiación es la que sustrae del propietario cualquier derecho de control, uso y goce reconociéndole únicamente una indemnización por el valor de mercado del bien que se expropia. Por ser esta restricción tan prohibitiva de los derechos fundamentales de la persona se exige un procedimiento determinado como una ley que determine la utilidad pública en expropiar y el pago de una indemnización previa. En consecuencia, en la medida que la utilidad pública pueda servirse sin necesidad de eliminar el derecho del propietario sino a

través del establecimiento de restricciones u obligaciones que no desnaturalicen el derecho de propiedad esto constituye el medio más oportuno para su aplicación.

La adquisición por parte del Estado no resulta necesaria en la medida que este pueda tener cierto acceso cuando lo necesite sujeto a las limitaciones razonables. En este sentido, Sir Lubbock se expresó de la siguiente manera:

Some, I know, have thought we should go further, and claim for the nation the direct and immediate right of purchase... [I]t seems to me wiser no to interfere, unless the necessity should really arise.

La adquisición de todas las obras por el Estado, no solo sería imposible dada la falta de recursos, sino que también perjudicaría el mercado del arte que se busca preservar. Las naciones occidentales dispensan grandes cantidades de fondos públicos en el mantenimiento y compra de herencia cultural. A pesar de esto, siguen existiendo grandes cantidades de bienes de herencia cultural entre privados. Como establece Harding:

public or group ownership may very well be an indication of cultural significance, but it cannot be our only measure, (...) ownership tells us very little about the significance of the thing (Harding 1999, 307).

La existencia de museos e instituciones públicas con extensa acumulación de bienes de herencia cultural no quita que bienes de propiedad privada puedan serle de interés al público y sea razonable exigir que estas piezas sean exhibidas de tanto en tanto.

Cabe preguntarse en qué punto se restringe tanto el derecho de propiedad privada que comienza a exigirse la expropiación. La Corte Suprema de la Nación Argentina trató la cuestión en el caso “Zorrilla”<sup>16</sup>. Los actores demandaron al Estado por expropiación irregular sosteniendo que la designación de un inmueble de su propiedad como monumento histórico-artístico nacional produjo la anulación del derecho de propiedad por la imposibilidad de disponer de la casa. Tal determinación tuvo como efecto prohibir al propietario todo acto modificación que disminuyera el valor histórico o artístico del monumento lo que condujo a un deterioro de la casa y la imposibilidad de venderla en tales condiciones. El fallo confirma el deber constitucional del Estado de preservar el patrimonio cultural de la Nación dado que este constituye un elemento fundamental para la calidad de vida. La Corte Suprema argentina termina reconociendo la existencia de un cercenamiento a

---

<sup>16</sup> “CSJN Zorrilla, Susana y otro c/E. N. – P. E. N. s/expropiación-servidumbre administrativa”, 27 de agosto de 2013. Argentina.

los fundamentos esenciales del derecho de propiedad en la medida que no se trató de una simple restricción sino que se impuso un obstáculo que impidió que pudieran disponer libremente del inmueble sosteniendo la existencia de una expropiación irregular. Sin embargo, la Corte precisa que:

no es posible desprender de la normativa que rige la materia aquí examinada que la sola declaración de “monumento histórico-artístico” implique, de por sí, una limitación al dominio que justifique la expropiación. Por el contrario, en el *sub lite* tal declaración fue tan solo una de las circunstancias que se sucedieron y ocasionaron a los actores una evidente dificultad para utilizar el bien en condiciones normales, pero en forma alguna puede considerarse como el momento en que se produjo un “virtual desapoderamiento del bien”.

El establecimiento de restricciones ante la determinación de la importancia cultural de un bien no significa necesariamente que exista un desapoderamiento que fulmine el derecho de propiedad. La expropiación, regular o irregular, será necesaria únicamente en los casos en que el cercenamiento del derecho de propiedad sea tal que el propietario no pueda disponer de su bien en condiciones normales y razonables. Si bien el derecho de acceso puede operar sin la necesidad de recurrir a la expropiación no se deriva directamente de esto que los propietarios no deban ser indemnizados por la restricción impuesta sobre su propiedad.

El breve relevo sobre la normativa vigente en materia de herencia cultural en Estados Unidos hecho en este trabajo permite establecerlo como uno de los regímenes más liberales donde la designación de herencia cultural no supone de por sí una imposición sobre el propietario ni una disminución de su derecho. En este sentido, el análisis de jurisprudencia norteamericana puede servir para reconocer en qué puntos, una legislación de las más respetuosas del derecho del propietario, el Estado permite la intromisión sobre la propiedad privada desconociendo la obligatoriedad de una compensación.

El principio de igualdad ante las cargas públicas derivado de la Quinta Enmienda a la Constitución norteamericana sostiene que la propiedad privada no será tomada para uso público sin una justa indemnización. La Corte Suprema estadounidense ha entendido en el caso “Armstrong”<sup>17</sup> que esta enmienda esta “designed to bar Government from forcing some people alone to bear public burdens, which, in all fairness and justice, should be borne by the public as a whole”. El art. 16 de la Constitución Nacional argentina también sostiene el principio de igualdad ante las cargas públicas. En función de este derecho de igualdad es que ha de considerarse si la carga impuesta sobre los coleccionistas por una restricción que

---

<sup>17</sup> “Armstrong v. United States”, 364 U.S. 40,49 (1960).

facilita el acceso supone una carga que ha de ser soportada por todos los contribuyentes o puede ser impuesta sobre el propietario como un límite normal al ejercicio de su propiedad que no corresponde indemnizar.

La obligatoriedad de la indemnización a partir de la instauración de una servidumbre administrativa fue considerada por la Corte Suprema argentina en ocasión del caso “Rossi”<sup>18</sup>. En este, se estableció la diferencia entre una restricción administrativa y una servidumbre administrativa. La primera, “no apareja sacrificio alguno para el propietario (...) Sólo consiste en la fijación de límites al ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad”. La servidumbre administrativa, en cambio, produce un desmembramiento del dominio sobre el bien “pues terceros – el público – utilizarán en una u otra forma la propiedad del administrado”. En “Rossi” la Corte considera que las restricciones impuestas sobre la construcción y explotación de la propiedad de los actores impide el goce total de los inmuebles desmembrando la integridad de su dominio lo que “excede los límites al ejercicio normal u ordinario de su derecho de propiedad, pues la carga que se les impone es de bien público”. Es decir, concluyen que de la aplicación de una obligación en función de una carga pública puede derivarse una indemnización según opere o no un desmembramiento del dominio determinado por la intensidad de la restricción sobre su derecho. En “Rossi” la restricción impedía cualquier uso y goce normal del inmueble de forma permanente.

La jurisprudencia norteamericana estableció dos categorías de *takings* para determinar la idoneidad de una compensación por la quita producida a partir de la restricción. *Taking* es entendido como cualquier cosa que restrinja sustancialmente el derecho al propietario del uso y goce de su propiedad o de una porción de esta y, por ende, amerita la justa compensación establecida constitucionalmente (Gertensblith 2012). En principio, según la doctrina derivada del caso “Lucas”<sup>19</sup> las regulaciones relativas al uso de la tierra no significan un *taking* que requiera compensación si apoya un interés legítimo del Estado. Excepcionalmente, tal compensación será requerida en el caso que la regulación implique una invasión física permanente a la propiedad o niegue al propietario todo beneficio económico o

---

<sup>18</sup> “CSJN Rossi, Norberto Aldo y otro c/Gas Natural Ban S.A. (GNBSA) s/ daños y perjuicios”, 25 de febrero de 2014. Argentina.

<sup>19</sup> “Lucas v. South Carolina Coastal Council”, 505 U.S. 1003, 1022, (1992).

productividad de su tierra. En el caso de que la regulación no recaiga dentro de estos supuestos deberá analizarse a la luz de los tres elementos del caso “Penn Central”<sup>20</sup>:

(...) the character of the government action, interference with the landowner’s reasonable investment-backed expectations, and the extent of diminution in value or economically viable use of the property (Gertensblith 2012, 933).

El derecho de acceso no significa un desmembramiento de la integridad del dominio ni impide el goce total por parte del propietario por lo que no requiere indemnización de acuerdo a los estándares de “Rossi”. Esta restricción no impide la libre disposición en la medida que el propietario puede decidir de qué manera exponer sus bienes como a él le parezca siempre que cumpla con las modalidades o tiempos que la ley le exija para que puedan ser exhibidos o estudiados por instituciones públicas interesadas. Su disponibilidad ni siquiera significa que necesariamente vaya a tener que exhibirlo ya que quizás no haya instituciones interesadas en ese preciso momento y los años pasen sin que sea solicitado por nadie. En el mismo sentido, según “Lucas” no es suficiente que la carga pública opere por el interés público sobre la herencia cultural para que sea precisa la indemnización en la medida que no conlleva una invasión permanente sobre la propiedad ni se niega al propietario todo beneficio económico derivado de la locación o explotación de las obras. El único beneficio económico afectado es la locación por el período en el que ha de prestarse la obra requerida a partir de esta obligación y en “Penn Central” consideran que la Corte norteamericana “has accordingly recognized, in a wide variety of contexts, that government may excute laws or programs that may adversely affect recognized economic values without its action constituting a taking”. Resta por lo tanto, considerar los efectos que tiene una restricción de este tipo sobre la expectativa de inversión del propietario y sobre el valor de la obra a la que se quiere acceder establecidos en “Penn Central” para reconocer si se produce una afectación digna de ser indemnizada explícitamente.

Las obligaciones positivas impuestas sobre los propietarios de herencia cultural no son indemnizables en la medida en que son del interés recíproco del propietario. La compensación exigida en función del cercenamiento de su derecho puede verse satisfecha plenamente a partir de la operación de la regulación misma (Epstein 1985). La existencia de una compensación implícita en especie sugiere el reconocimiento de que versa una

---

<sup>20</sup> “Penn Central Transportation Co. v. New York City”, 438 U.S. 104 (1978).



disminución del derecho del propietario que deber ser indemnizada aunque esto no se haga de manera expresa.

The implicit theory of the [Lubbock's] bill was that property had two distinct elements. The element that belonged to proprietors was the economic value or use value of their property. Insofar as that was taken away proprietors were entitled to full compensation. The monuments had another element, however- namely, their historic and scientific value- which belonged to the nation (...) in preventing the destruction of its history, the nation was not taking something away from the owner but safeguarding something of its own (Sax 1990, 1554).

Hay un conflicto existente entre el deseo del propietario de utilizar sus bienes de manera económicamente óptima que se opone a la imposición de restricciones a su uso por parte del Estado (Rodgers 2009). Es decir, que el valor que se ve disminuido ante una restricción como la aquí planteada es de carácter económico en la medida que el propietario no puede disponer en el sentido que mejor le parece todo el tiempo. Sin embargo, en esta restricción que tiene efectos negativos sobre la optimización económica de sus recursos también tiene efectos a la inversa generando así una retribución implícita.

Un ejemplo común donde hay una retribución implícita en especie es el caso de una calle tradicional que por haber sido designada patrimonio cultural o artístico requiere de permisos particulares para su modificación o restauración con el objetivo de mantener el valor de ese sitio. Mientras que el derecho del propietario puede verse restringido en la medida que para mantener su inmueble debe obtener la aprobación de una entidad estatal en lugar de hacer con su propiedad lo que él quiera, también se ve beneficiado porque el valor de su inmueble es mayor en función del mantenimiento de la arquitectura de la calle en cuestión. Este tipo de restricciones están basadas en la teoría de “mutuality of benefit and burden” (Sax 2004, 56). Si bien se reduce el valor a partir de la limitación este valor aumenta, a su vez, en función de que su vecino tampoco puede hacer modificaciones y, por lo tanto, la ubicación del inmueble tiene un mayor precio. En consecuencia, en la medida que la propiedad recibida por el propietario iguale la porción del derecho que cedió una compensación explícita resulta innecesaria (Epstein 1985).

En el caso de la herencia cultural la compensación implícita está dada porque el valor de una obra aumenta en la medida en que esta sea reproducida en catálogos y fotografías. Cuanta mayor exposición se le da una obra de arte o pieza arqueológica y más menciones se haga de

esta mayor es el precio que esta adquiere. El valor de “La Gioconda”<sup>21</sup>, por ejemplo, recae sobre las aptitudes artísticas de Leonardo Da Vinci pero también sobre el hecho de que sea una obra de arte conocida mundialmente y que ha sido reproducida infinidad de veces en libros de arte, catálogos de museos, folletines e incluso se la haya reinterpretado de maneras cómicas o políticas como hace Marcel Duchamp al apropiarse de “La Gioconda” tomando una postal, un objeto muy accesible al público, a la que le agrega bigotes y las iniciales de un insulto en francés en su obra “L.H.O.O.Q.”<sup>22</sup>.

Asimismo, una obra, aunque sea de propiedad privada, adquirió su valor a partir del reconocimiento de una institución, generalmente pública como lo es un museo, que reconoció el valor estético o cultural de una obra o del artista que la produjo y a su vez obtuvo el reconocimiento por parte de una comunidad. En este mismo sentido, lo que se denomina la fortuna crítica de la obra indica que los criterios de compraventa no se condicen obligatoriamente con el valor estético de una obra. La fortuna crítica de la obra es su historia. Es un legajo de esta que indica dónde se exhibió, cuántas veces, quiénes fueron sus dueños, cuándo se la reprodujo y las críticas que ha recibido o las veces que ha sido citada. Esto constituye un valor sobre la obra independiente de su valor meramente artístico. Cuanto más impresionante sea la trayectoria de la obra, mayor será su valor. De este modo, la valorización de la obra puede depender en gran medida de su exhibición y el derecho de acceso facilita, por ende, la apreciación de los bienes de los propietarios.

En consecuencia, bajo el análisis de los criterios de “Penn Central” tampoco corresponde una indemnización en la medida que no se produce una afectación a los intereses principales del coleccionista al adquirir la obra ni hay una disminución en el valor de la misma. A partir de la operación de la restricción el propietario pierde el beneficio derivado de la locación de esa obra por el período que la ley obliga a que esta sea prestada pero este se ve compensado por la operación de la restricción misma.

En conclusión, es admisible la aplicación de una obligación positiva en cabeza del propietario sin ser necesaria una indemnización explícita por la restricción impuesta a su derecho. La exhibición de una obra da lugar a su valorización y, por tanto, la obligación que surge del

---

<sup>21</sup> “La Joconde”, Leonardo Da Vinci (1503-1519). Óleo sobre tabla de álamo, 77cm x 53cm . Museo del Louvre, París.

<sup>22</sup> “L.H.O.O.Q.”, Marcel Duchamp (1919). Ready-Made. Diferentes soportes y tamaños.

derecho de acceso genera en el propietario un beneficio económico que constituye una compensación implícita en especie.

#### CAPÍTULO IV: ALGUNAS OBSERVACIONES ADICIONALES SOBRE LA EJECUCIÓN DEL DERECHO DE ACCESO

##### A. ¿DÓNDE ESTABLECER EL LÍMITE?

Los historiadores del arte están constantemente tratando de responder: ¿qué es arte? Los límites entre qué es considerado arte y qué no son difusos. Las teorías sobre la estética, la belleza y la experiencia estética son cambiantes. Según Tatarkiewicz, las teorías del arte tienen parte de verdad pero también son parcialmente erróneas; “las creamos, pero más tarde que temprano nos demuestran que son inadecuadas porque surgen objetos que no habían existido antes, o que habíamos pasado por alto” (Tatarkiewicz 2001, 382). La necesidad que tiene el hombre por catalogarlo todo genera esta búsqueda incesante por establecer una definición que encuadre todo lo relativo al arte, sin embargo, “es evidente que ya nada referente al arte es evidente” (Adorno 2004). Todo en el arte es cambiante y constantemente aparecen nuevas experiencias que nos obligan a cambiar nuestras teorías.

La falta de una definición única de qué es el arte no debe convertirse en una valla para el derecho de acceso. La inmensidad del problema de categorizar qué es arte no significa que uno no pueda comenzar por el principio: establecer cuáles son las piezas de arte, arqueológicas, históricas y otras que sean icónicas e indiscutibles para la cultura. El arte decimonónico y anterior además de las antigüedades son indiscutidas piezas de arte, el conflicto surge más bien a partir de las vanguardias y el arte contemporáneo. El derecho de acceso no precisa solucionar de inmediato los problemas que el arte mismo no puede resolver, sino que puede operar desde la base mínima que pueda establecerse con certeza.

Los Estados tienen diferentes criterios para determinar qué es de herencia cultural. En Gran Bretaña, los criterios de Waverley permiten determinar qué bienes culturales son fundamentales para la Nación y deben permanecer dentro de sus fronteras. Una breve adaptación de los mismos permitiría determinar qué bienes deben estar disponibles para el

acceso del público. Tal adaptación iría en el siguiente sentido: (1) ¿Está el objeto tan cercanamente conectado con nuestra historia y vida nacional que su ocultación sería un infortunio? (2) ¿Su estética es de excepcional importancia? (3) ¿Es de importancia excepcional para el estudio de una determinada rama del arte, estudio o historia? Otros países, como Siria, establecen qué es herencia cultural en función de la antigüedad del objeto que fijan en al menos 200 años de antigüedad y en segundo plano el valor estético o histórico del objeto. Este método común entre los países de medio oriente, aunque menos acertado y preciso, es otra forma de determinación que puede resultar de utilidad.

La mejor propuesta considero sería la elaboración de un listado de las obras más importantes para la herencia cultural sujetas a exposición obligatoria. El establecimiento de un consejo de expertos puede ayudar a determinar cuáles son los bienes o artistas más importantes para la herencia cultural y sobre los cuáles es exigible la imposición del derecho de acceso por parte. Lo que todos estos modelos de determinación sugieren es que las restricciones derivadas del derecho de acceso han de aparecer una vez superado cierto umbral de importancia para la herencia cultural que puede ser establecido de diferentes formas.

La legislación que regule el derecho de acceso no sólo debe determinar de qué manera se establecería a qué hay derecho a acceder sino también diferentes tipos de accesibilidad. La accesibilidad deberá estar determinada según el interés que se busque satisfacer como el interés histórico, científico, estético o cultural. Distintos grados de importancia y distintos tipos bienes procurarán diferentes grados de accesibilidad.

Un problema para la ejecución del derecho podría plantearse si la integridad de una obra puede verse perjudicada cuando al trasladarla, por su antigüedad o condición, se destruiría. Otro caso posible es el de un coleccionista que adquirió un fresco que es declarado hito cultural ya que puede encontrar dificultades a la hora de exhibirlo porque podría implicar abrir las puertas de su hogar o remover el fresco para volver a colocarlo en otro lugar. Estos casos, junto con otros, pueden establecer limitaciones al derecho de acceso pero en ninguna medida lo imposibilitan por completo. De la misma manera que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto y, por lo tanto, pueden establecerse sobre él limitaciones, el derecho de acceso estará sujeto a la convivencia con otros derechos como la intimidad y la preservación de la herencia cultural. Además, cabe recordar que la obligación impuesta por el

derecho de acceso no puede desnaturalizar el derecho de propiedad; la destrucción de la obra por la obligación de exhibirla sugiere una exigencia desmedida sobre el propietario que anula su derecho. La norma que lo regule debe ser, en consecuencia, muy atinada y precisa en reconocer las excepciones donde el acceso puede verse restringido y de qué maneras puede salvarse o limitarse este derecho para casos particulares.

## B. EL DERECHO DE ACCESO VS. EL DERECHO AL SECRETO

Algunos bienes culturales anidan en el secreto para mantener su significado. Las comunidades indígenas, especialmente, consideran que ciertos objetos e información no pueden ser diseminados sin perder su poder o significado por lo que deben mantenerse excluidos de quienes no hayan sido iniciados dentro del grupo cultural o fuera de él (Harding 1999).

El respeto del secreto como un derecho para los pueblos indígenas es directamente opuesto al derecho de acceso a la herencia cultural. Para Harding, las culturas liberales no valoran este secreto sino que lo ven como ilícito o subversivo (Harding 1999). Sin embargo, en vistas del multiculturalismo debería tenerse en consideración la necesidad del secreto a la hora de aplicar el derecho de acceso.

El derecho de acceso tiene como objetivo la divulgación de la cultura y la circulación de los bienes que conforman la identidad cultural. No se trata de la divulgación del objeto sino de la cultura que le da valor. La educación que deriva de tal acceso tiene que respetar las condiciones que dieron lugar a su creación porque ¿qué clase de educación cultural estaría estableciéndose cuando para exhibirlos se violan las reglas culturales que se están intentando difundir?

A public interest in [works of art] is not merely an aesthetic interest. (...) Aboriginal people take pride in such works, and it is important to them that the complex traditional meanings of the works be properly understood by future generations. It might be said Aborigines and Australians have an interest in not having their understanding of such works corrupted (Couvalis 1995, 175).

La tolerancia cultural se plantea como un límite al derecho de acceso que permite que excepcionalmente este se vea restringido en pos de la protección y difusión de la cultura que tanto el secreto como el derecho a la información quieren proteger.

Liberal democratic societies should be able in good conscience to acknowledge the appropriateness of secrecy in certain limited contexts without undermining their basic governing principles (Harding 1999, 314).

Dada la excepcionalidad de los casos en que el secreto es fundamental para los objetos culturales el sostenimiento y aplicación del derecho de acceso mantiene su vigencia. Solo en aquellos casos en que sea imposible respetar la cultura de la que se empapa el objeto el secreto debe ser más fuerte.

### C. LA CUESTIÓN MORAL

Posner, en el artículo en que critica la protección internacional de la herencia cultural, afirma lo siguiente: “It is clear that not all cultural property is valuable to the citizens of origin states, only some is” (Posner 2007, 222). Basa esta conclusión en ejemplos tales como la destrucción de estatuas de héroes comunistas como Lenin y Stalin tras el colapso de la Unión Soviética.

Las estatuas de Lenin, de Stalin, de Hitler o de tantos otros son representaciones que con el pasar de los años se cargarán de sentido histórico, ¿corresponde desconocer su valor cultural por sostener la coyuntura política de un momento en la historia? El valor de la herencia cultural expuesto en este trabajo sugiere que no. La herencia cultural como prueba de la identidad de la humanidad, como fuente de estudio, ciencia e inspiración debe ser preservada más allá de la condición histórica que transcurre porque justamente son las huellas y rastros de los que el hombre estudiará su pasado.

El Abbé Gregoire se preguntaba: “Because the Pyramids of Egypt had been built by tyranny and for tyranny, ought these monuments of antiquity to be demolished?” (Sax 1990, 1545). La intención del Abbé Gregoire era repudiar las simplificaciones de la retórica de los revolucionarios igualando la destrucción de todos los objetos supuestamente contaminados con la promoción de la libertad y la igualdad (Sax 1990). Consideraba que la intención de destrucción por parte de los revolucionarios era una muestra de ignorancia.

Hoy en día, quien visite Rusia recorrerá los principales sitios del gobierno comunista, quien visite Egipto recorrerá sus pirámides y así con muchos países marcados por la tragedia

porque son objetos y sitios representativos de su pasado que marcó la identidad de una nación. Esto no quiere desconocer que el régimen totalitario del gobierno comunista no haya sido una desdicha para la humanidad, no obstante, esto no desmerece la importancia de sus objetos culturales sino que incluso la reivindica. Como Santayana decía: "Aquellos que no pueden recordar el pasado están condenados a repetirlo". Merryman entiende que Santayana expresa que solo quienes aprenden de su pasado pueden superarlo y los bienes culturales son una herramienta fundamental para el entendimiento de ese pasado (Merryman 1989). Toda la herencia cultural debe ser preservada y debe poder ser accedida más allá de las condiciones políticas que dieron lugar a su creación.

#### D. EL MERCADO QUE SE OPONE AL CONOCIMIENTO

La aplicación del derecho de acceso trae consigo las complicaciones del mercado derivadas de la circulación de obras. La inflación de los precios del arte y las antigüedades en el mercado no solo han dado a lugar a su alejamiento de la visión del público por ser consideradas meramente bienes de inversión sino también por los costos aparejados a su circulación.

Los costos de asegurar obras y bienes de altísimo valor económico son tales que han reducido el movimiento de las obras de arte. Esto genera que sean cada vez menos quienes prestan sus obras privadas a instituciones públicas alejándolas del público, incluso cuando sus dueños son filántropos interesados en que la comunidad pueda acceder a las mismas.

Es importante reconocer en este punto un impedimento material importante para la operación del derecho de acceso, sin embargo, no resulta irremediable. Corresponderá a las legislaturas establecer quien incurrirá en los costos de traslado y de seguridad de las obras. Si bien este trabajo no pretende diseñar una ley de acceso a la herencia cultural puede sugerirse que las primas del seguro para la circulación de un cuadro recaigan sobre la entidad que quiere exhibirla. También podría pensarse en un subsidio del Estado para que las instituciones puedan hacer frente a los costos. No se sugiere en cambio que los costos recaigan sobre el propietario en la medida que se considera suficiente la restricción a su propiedad como para además obligarlo al pago para la exhibición de las obras. Su rol debería ser mínimo para

mantener un mercado del arte atractivo por lo que podría circunscribirse a su obligación de mantener las piezas de herencia cultural a disposición por un tiempo determinado.

Ha de tenerse en consideración, que el derecho de acceso no necesariamente implica que las obras circulen de un continente al otro, derivando en costos de traslado enormes además de los costos del seguro. El derecho de acceso puede obligar a que las obras se muestren cerca de dónde están y que puedan ser al menos disfrutadas por las comunidades que las rodean.

Por otra parte, una dificultad, también resoluble, es la falta de un registro de arte que permita conocer cuáles son las obras disponibles y en posesión de quién están. La existencia de un mercado irregular de arte o “mercado negro” plantea el desconocimiento por parte del público de las obras en circulación y de sus propietarios dificultando la solicitud de las mismas una vez establecido el derecho de acceso a la herencia cultural.

El registro es uno de los deberes nacionales más importantes para garantizar la efectividad de los medios administrativos y legales de protección de la herencia cultural (Nieć 1976). La implementación de modelos como el de Polonia podría establecer incentivos para el registro voluntario de sus obras. En Polonia, cuando la registración es iniciativa del propietario sus sucesores gozan de derechos como la preservación a costas del Estado, gratuidad en el cambio de titularidad de los bienes ante la herencia o donación, entre otros (Nieć 1976). Incluso Posner sostiene la necesidad del establecimiento de un registro de ventas de herencia cultural para evitar que las antigüedades se pierdan y permitir que los investigadores puedan solicitarlas para su estudio (Posner 2007).

## CONCLUSIÓN

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración Universal de Derechos Humanos obligan a los Estados a establecer políticas que permitan el acceso a la cultura. Los bienes de herencia cultural son expresiones artísticas, religiosas e históricas de la humanidad y como tales son fuente de conocimiento, inspiración y asombro. Garantizar el acceso a ciertos bienes considerados fundamentales para la identidad de una



nación o bienes considerados tesoros de la humanidad constituye uno de los medios más efectivos para promover los objetivos de la educación y comprensión cultural. El acceso a la herencia cultural ha de reconocerse como un derecho por el bien de la diversidad y la civilización para alcanzar el derecho a la cultura que estos tratados proponen.

La obligatoriedad de proveer este acceso a de funcionar de manera excepcional cuando los incentivos para el préstamo voluntario de obra no sean suficientes para acceder a estas de manera que se mantenga un mercado de arte activo y atractivo para los coleccionistas privados. El establecimiento de obligaciones positivas que no desnaturalicen el derecho de propiedad privada permite garantizar la circulación de obras que constituyen hitos para la cultura y de las que otra manera el público general se vería totalmente privado. La obligación que se impone sobre los propietarios no constituye, de acuerdo a lo expuesto por este trabajo, una privación de su derecho que deba ser indemnizada explícitamente en la medida que su afectación se ve compensada por un indemnización en especie derivada de la valorización de las obras a partir de su exhibición y estudio.

En palabras de Merryman “the enterprise of cultural property policy formation must expect to deal with complexity and to encounter controversy” (Merryman 1989, 363). Sin embargo, este trabajo ha pretendido diseminar los primeros cuestionamientos que surgen al plantear el derecho de acceso demostrando que estos no son verdaderos obstáculos para la aplicación del mismo. En consecuencia, establecido el derecho de acceso a la herencia cultural y el interés social que lo precede, es tarea de las legislaturas la elaboración de normas que regulen su aplicación.



Universidad de  
**San Andrés**

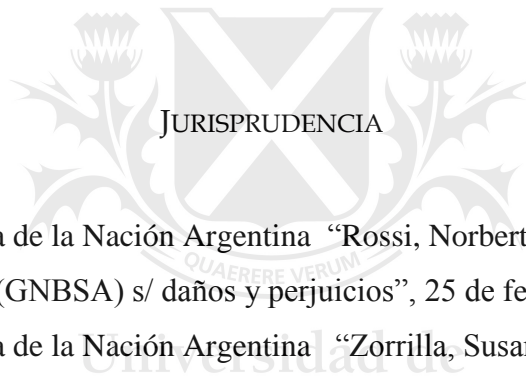
## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

- Adorno, Theodor W. *Teoría estética*. Traducido por Jorge Navarro Pérez. Madrid: Akal , 2004.
- Barcia, Giselle. “After Chabad: Enforcement in Cultural Property Disputes.” *The Yale Journal of International Law* 37, nº 463 (2012): 465-478.
- Barreiro Carril, Beatriz. “The right of access to culture: An effective human right for the establishment of consistent cultural policies in Europe in the context of the economic crisis?” *Revista Española de Relaciones Internacionales* 5 (2013): 44-62.
- Benjamin, Walter. *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*. Traducido por Andrés E. Weikert. México: Editorial Itaca, 2003.
- Bowley, Graham, y Doreen Carvajal. “Tesoros escondidos. Cuando el arte duerme en containers.” *Diario La Nación*, 10 de Junio de 2016: 26.
- Brown, Mark, y Natalie Gil. “Tax exemption for public access to treasured artworks is 'a racket'.” *The Guardian*, December 27, 2013. Accessed July 24, 2017. <https://www.theguardian.com/artanddesign/2013/dec/27/tax-exemption-public-access-treasured-artworks-racket>.
- Couvalis, George. “The Art Market.” *Alternative Law Journal* 20, nº 4 (1995): 173-189.
- Echeverría, Bolívar. “Arte y utopía.” En *Introducción a: La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*, de Walter Benjamin, traducido por Andrés E. Weikert, 9-30. México: Editorial Itaca, 2003.
- Elsen, Albert. “Introduction: Why do we care about art?” *The Hastings Law Journal* 27 (1976): 951-972.
- Epstein, Richard A. *Takings: private property and the power of eminent domain*. Cambridge, Massachusetts: Harvad University Press, 1985.
- Frey, Bruno S., y Carlos Rodríguez Braun. “La economía del arte.” *Revista de Libros* (Fundación Caja Madrid) 7 (Jul/Ago 1997): 29-35.
- Frontisi, Claude. “Les "Demoiselles" à Paris .” *Vingtième Siècle. Revue d'histoire, No. 1, Numero special: Religion et politique aux états-unis* (Sciences Po University Press), 1988: 91-96.

- Gerstenblith, Patty. *Art, Cultural Heritage and the Law*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2012.
- Gompertz, Will. "Geneva Free Port: The greatest art collection no-one can see." *BBC News*. 1 de Diciembre de 2016. <http://www.bbc.com/news/entertainment-arts-38167501>.
- Greenblatt, Stephen. "Resonance and Wonder." En *Exhibiting Cultures: The Poetics and Politics of Museum Display*, de Ivan Karp y Steven Lavine, 43-56. Washington: Smithsonian Institution Press, 1991.
- Harding, Sarah. "Value, Obligation and Cultural Heritage ." *Arizona State Law Journal* 31, n° 291 (1999): 291-354.
- The Mona Lisa Curse*. Dirigido por Mandy Chang. Interpretado por Robert Hughes. 2008.
- Kopff, Andrzej. "Wlasnosc Dóbr Kultury [La propiedad de bienes culturales]." *Studia Cywilistyczne*, 1969: 179-194.
- Lucy, William N.R., y Catherine Mitchell. "Replacing Private Property: The Case for Stewardship." *Cambridge Law Journal* 55 (1996): 566-600.
- Matero, Frank. *Ethics and Politics in Conservation*. Spring de 2000. [http://www.getty.edu/conservation/publications\\_resources/newletters/15\\_1/feature1\\_2.html](http://www.getty.edu/conservation/publications_resources/newletters/15_1/feature1_2.html) (último acceso: 18 de Julio de 2017).
- Merryman, John H. "The Public Interest in Cultural Property." *California Law Review* 77, n° 2 (1989): 339-364.
- Merryman, John H. "Two Ways of Thinking about Cultural Property." *The American Journal of International Law* 80, n° 4 (1986): 831-853.
- Mezey, Naomi. "The Paradoxes of Cultural Property." *Columbia Law Review* 107, n° 8 (2007): 2004-2046.
- Nieć, Halina. "Legislative Models of Protection of Cultural Property." *The Hastings Law Journal* 27 (1976): 1089-1122.
- Posner, Eric A. "International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Observations." *Chicago Journal of International Law* 8, n° 1 (2007): 213-231.
- Prott, Lyndel V., y Patrick O'Keefe. "Cultural Heritage or Cultural Property." En *Art, Cultural Heritage and The Law*, de Patty Gerstenblith, 18-20. Durham: Carolina Academic Press, 2012.
- Rodgers, Christopher. "Nature's Place? Property Rights, Property Rules and Environmental Stewardship." *Cambridge Law Journal* 68, n° 3 (2009): 550-574.
- Sax, Joseph L. "Is Anyone Minding Stonehenge? The Origins of Cultural Property Protection in England." *California Law Review* 78, n° 6 (1990): 1543-1567.

- Sax, Joseph L.. *Playing Darts with a Rembrandt: Public and Private Rights in Cultural Treasures*. Michigan: University of Michigan Press, 2004.
- Smith, Cathay Y.N. “Community Rights to Public Art.” *St. John's Law Review* 90 (2016).
- Stamatopoulou, Elsa. “Monitoring of cultural human rights: The Claims of Culture on Human Rights and the Response of Cultural Human Rights.” *The Center for International Human Rights, John Jay College of Criminal Justice. Paper for the Human Rights Seminar, 3 de noviembre de 2011*. 2011.
- Tatarkiewicz, Wladislaw. *Historia de seis ideas: arte, belleza, forma, creatividad, mimesis, experiencia estética* . Traducido por Francisco Rodríguez Martín. Madrid: Tecnos, 2001.
- Wilf, Steven. “What is Property's Fourth Estate? Cultural Property and the Fiduciary Ideal.” *Connecticut Journal of International Law* 16, n° 2 (2001): 177-182.



- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina “Rossi, Norberto Aldo y otro c/Gas Natural Ban S.A. (GNBSA) s/ daños y perjuicios”, 25 de febrero de 2014, Argentina.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina “Zorrilla, Susana y otro c/E. N. – P. E. N. s/expropiación-servidumbre administrativa”, 27 de agosto de 2013, Argentina.
- Supreme Court of the United States “Armstrong v. United States”, 364 U.S. 40,49 (1960).
- Supreme Court of the United States “Lucas v. South Carolina Coastal Council”, 505 U.S. 1003, 1022, (1992).
- Supreme Court of the United States “Penn Central Transportation Co. v. New York City”, 438 U.S. 104 (1978).

#### CUERPO NORMATIVO

- Code Général des Impôts. Art. 238 bis AB, Francia
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Observación general N° 21 sobre El Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.” Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 2009

Constitución de la República Popular de Polonia de 1976

Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado y Reglamento de 1954 para la aplicación de la Convención firmada por las Altas Partes Contratantes el 14 de mayo de 1954 en La Haya, Países Bajos.

Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899 adoptada en la Conferencia de la Paz de 1899 en la Haya, Países Bajos.

Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de la Haya de 1907 adoptada por la Segunda Conferencia de la Paz del 15 de junio al 18 de octubre de 1907 en La Haya, Países Bajos.

Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales de 1970 adoptada y proclamada en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 16a reunión del 12 de octubre al 14 de noviembre de 1970 en París, Francia.

Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), celebrada el 10 de diciembre de 1948

Primer Protocolo para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado adoptado por las Altas Partes Contratantes el 14 de mayo de 1954 en La Haya, Países Bajos.

Proyecto de Declaración Concerniente a las Leyes y Costumbres de la Guerra de Bruselas de 1874 adoptada por la Conferencia realizada el 24 de agosto de 1874 en Bruselas, Bélgica.

Segundo Protocolo para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado adoptado el 26 de marzo de 1999 en La Haya, Países Bajos.

Ustawa z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Tekst ujednolicony [Ley de fecha 23 de julio de 2003 sobre la Protección y Cuidado de los Monumentos] Polonia.

## OBRAS DE ARTE

Cézanne, Paul. *Grandes Baigneuses*. 1906. Museo de arte de Filadelfia, Filadelfia.

Da Vinci, Leonardo. *La Joconde*. 1503-1519. Museo del Louvre, París.

Duchamp, Marcel. *L.H.O.O.Q.*. 1919.

Ingres, Jean-Auguste-Dominique. *Le bain turc*. 1863. Museo del Louvre, París.

Manet, Édouard. *Le Déjeuner sur L'Herbe*. 1863. Museo de Orsay, París.

Picasso, Pablo. *Las señoritas de Avignon*. 1907. Museo de Arte Moderno de Nueva York,  
Nueva York.



Universidad de  
**San Andrés**