
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Botella Martínez, Magali; Toro Lozano, Patricia , dir. Cuando el arte y la guerra se encuentran : la protección internacional del patrimonio cultural en caso de conflicto armado. 2021. 66 pag. (949 Grau en Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/261046>

under the terms of the  license



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**CUANDO EL ARTE Y LA GUERRA SE ENCUENTRAN:
LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL PATRIMONIO
CULTURAL EN CASO DE CONFLICTO ARMADO**

Magali Botella Martínez

Doble titulación Dret + Droit

Curso académico 2020 - 2021

Directora: Patricia Toro Lozano

Fecha de entrega: Junio 2021

“Para liquidar a las naciones -decía Hübl-, lo primero que se hace es quitarles la memoria. Se destruyen sus libros, su cultura, su historia. Y luego viene alguien y les escribe otros libros, les da otra cultura y les inventa otra historia. Entonces la nación comienza lentamente a olvidar lo que es y lo que ha sido”.

Milan Kundera, *El libro de la risa y el olvido*

“Asistimos a nuestra propia mortalidad en el desplome del puente. Sabemos que las personas tienen que morir, asumimos que nuestras propias vidas tienen que llegar a su fin. La destrucción de un monumento de una civilización es algo diferente. El puente, con toda su belleza y su gracia, fue construido para sobrevivirnos: era un intento de alcanzar la eternidad, trascendía nuestro destino individual. Una mujer muerta es una de nosotros, pero el puente somos todos nosotros, para siempre”

Slavenka Drakulic para *The Observer*, 14 de noviembre de 1993.

ÍNDICE

ABREVIACIONES	4
RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	6
I - NOCIONES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DE PATRIMONIO CULTURAL E INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES MÁS IMPORTANTES	9
1. Nociones relativas a la protección de patrimonio cultural en caso de conflicto armado	9
1.1. Diferenciar patrimonio cultural y bien cultural	9
1.2. El conflicto armado como escenario de la destrucción de patrimonio cultural	13
2. La protección jurídica internacional del patrimonio cultural	19
2.1. Los instrumentos más importantes del cuadro normativo internacional vigente	19
2.1.1. Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, La Haya, 1954 y sus Protocolos	19
2.1.2. Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, París, 1970	22
2.1.3. Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, París, 1972	24
2.1.4. Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, París, 2003	26
2.2. Otros instrumentos internacionales	27
2.2.1. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998	27
2.2.2. Resolución 2347 del Consejo de Seguridad de la ONU de 2017	28

II - ANÁLISIS Y COMPARATIVA DE DOS SENTENCIAS RELATIVAS A LA DESTRUCCIÓN DE PATRIMONIO CULTURAL	30
1. Comentario de la sentencia de Miodrag Jokić relativa al bombardeo de Dubrovnik	30
1.1. Contexto y hechos	30
1.2. La responsabilidad penal de Jokić: fundamentos jurídicos	32
1.3. El examen y la condena del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia	34
1.4. Elementos relevantes del caso	36
2. Comentario de la sentencia de Ahmad Al Faqi Al Mahdi relativa a los ataques en Tombuctú	39
2.1. Contexto y hechos	39
2.2. La responsabilidad penal de Al Mahdi: fundamentos jurídicos	41
2.3. El examen y la condena de la Corte Penal Internacional	42
2.4. Elementos relevantes del caso y comparativa con la sentencia del TPIY	43
III - “GENOCIDIO CULTURAL”: ¿PUEDE LA DESTRUCCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL CONSIDERARSE UN ELEMENTO CONSTITUTIVO DE GENOCIDIO?	47
1. El concepto de genocidio y su relación con la destrucción cultural: los orígenes de la reflexión por Raphael Lemkin	47
2. El reconocimiento del “genocidio cultural” como medida de protección del patrimonio cultural	50
CONCLUSIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	59

ABREVIACIONES

AQMI	Al-Qaeda en el Magreb Islámico
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CPI	Corte Penal Internacional
DI	Derecho Internacional
DIH	Derecho Internacional Humanitario
EI	Estado islámico
ONU	Organización de las Naciones Unidas
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

RESUMEN

La protección del patrimonio cultural no suele ser la prioridad a la hora de regular los conflictos armados. Sin embargo, es necesario protegerlo puesto que constituye un elemento esencial de la identidad de los pueblos y comunidades, además de pertenecer a toda la humanidad en su conjunto. El presente trabajo trata la protección internacional actual del patrimonio cultural en caso de conflicto armado, contexto en el que es especialmente vulnerable ya que puede ser objeto de destrucción, robo, saqueo, expolio o tráfico ilícito.

En este trabajo se expondrán las nociones relativas a la materia en base al derecho internacional así como el régimen jurídico que tiene por objeto dicha protección. También se analizarán dos sentencias de dos tribunales de justicia distintos para poder observar la evolución legislativa y jurisprudencial. Por último, se presentará la teoría del “genocidio cultural” con el fin de proponer su reconocimiento jurídico como medida para mejorar el actual marco de protección del patrimonio cultural.

PALABRAS CLAVE: Patrimonio cultural, bienes culturales, conflicto armado, genocidio cultural.

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos enfrentamientos entre Palestina e Israel del pasado mes de mayo, donde tuvieron lugar numerosos bombardeos, la comunidad internacional aguantaba la respiración al ver imágenes de incendios cada vez más cerca del Monte del Templo, también denominado la Explanada de las Mezquitas, uno de los lugares sagrados más relevantes del mundo ubicado en la Ciudad Vieja de Jerusalén. Al mismo tiempo, edificios en los territorios palestinos se derrumbaban debido a los ataques. Días más tarde, la ultraderecha israelí organizó la anual *marcha de las banderas*, donde miles de judíos desfilaron ondeando las banderas del Estado de Israel gritando consignas como “¡muerte a los árabes!” o “¡que vuestros pueblos ardan!”. De esta manera, el fuego y el odio se propagaban juntos.

En estos contextos de conflicto armado, la preocupación principal son las muertes humanas, como es lógico. Sin embargo, no podemos obviar la peligrosidad de las motivaciones que llevan a destruir monumentos u objetos culturales de un pueblo o comunidad y las consecuencias que se derivan de dicha destrucción. En efecto, como explica Robert Bevan, periodista y consultor en patrimonio y reconstrucción, “perder todo lo que nos es familiar, la destrucción de nuestro entorno propio, puede reducirnos a la condición de exiliados faltos de puntos de referencia, arrancados del calor de los recuerdos que antes convocaran. Es el peligro de perder la identidad colectiva”¹. Así, el interés por el estudio de la memoria histórica y de los instrumentos y acciones internacionales que tienen por misión proteger el patrimonio cultural ha aumentado significativamente a causa de, entre otros motivos, la democratización que ha permitido a las minorías reafirmar su identidad como grupo haciendo uso de la historia.

¹ BEVAN, Robert, *La destrucción de la memoria*, Valencia: La Caja Books, 2019, p. 19.

Diferentes motivos me llevaron a elegir este tema. Por una parte, habiendo tenido el privilegio de viajar a países muy diversos y visitar numerosos museos, bibliotecas y templos, he desarrollado desde pequeña una sensibilidad y un interés especial por todo lo relativo al arte y a la cultura. Por otra parte, especializarme en derecho internacional me ha permitido profundizar en la rama del derecho internacional humanitario, con la que he podido descubrir el entramado jurídico dedicado a la protección de patrimonio cultural.

Con el presente trabajo pretendo estudiar la evolución de la calificación jurídica de la destrucción de patrimonio cultural mediante el examen del marco jurídico internacional que tiene por función proteger el patrimonio cultural en caso de conflicto armado. Analizaré dos sentencias relativas a la destrucción de bienes culturales. Evaluaré así el avance del derecho internacional que se ocupa de regular la protección del patrimonio cultural para, finalmente, proponer el siguiente paso para mejorar su desarrollo.

Para llevarlo a cabo, el trabajo se dividirá en tres partes. En primer lugar, será necesario esclarecer las diferencias entre los términos “patrimonio cultural” y “bien cultural”, así como la definición de conflicto armado. También se abordarán las principales convenciones de la UNESCO y otras acciones a nivel internacional que tienen por misión proteger el patrimonio cultural. En segundo lugar, se expondrán dos casos concretos con el objetivo de comentar la cuestión de la responsabilidad relativa al patrimonio cultural así como los elementos relevantes de cada sentencia. Se compararán la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia que juzga a Miodrag Jokić a raíz del bombardeo de Dubrovnik, siendo éste un tribunal ad hoc, con la sentencia relativa al caso Al Mahdi de la Corte Penal Internacional, un tribunal de justicia permanente. Así, se analizará la evolución de la legislación y de la jurisprudencia a nivel internacional en materia de protección de patrimonio cultural en caso de conflicto armado. Por último, se estudiará la teoría del “genocidio cultural”, para poder determinar si su

reconocimiento jurídico es posible y ver si dicho reconocimiento podría suponer un nuevo paso en la evolución y desarrollo de la protección de patrimonio cultural a nivel internacional.

De esta manera, el presente trabajo se realizará de forma pluridisciplinar teniendo en cuenta diferentes materias para abordar el tema, adoptando visiones jurídicas, antropológicas o filosóficas, entre otras.

I - NOCIONES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DE PATRIMONIO CULTURAL E INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES MÁS IMPORTANTES

1. Nociones relativas a la protección de patrimonio cultural en caso de conflicto armado

1.1. Diferenciar patrimonio cultural y bien cultural

Para poder estudiar la protección otorgada al patrimonio cultural, en primer lugar se debe delimitar la definición de “patrimonio cultural”, o “patrimonio cultural de la humanidad”, y aclarar la diferencia con la noción de “bien cultural”, expresiones a veces usadas sin distinción. Es preciso adelantar que la UNESCO u “Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura” (United National Educational, Scientific and Cultural Organization en inglés, y abreviado UNESCO) es la organización internacional de referencia para todo lo relativo al patrimonio cultural, ya que ha sido ella la creadora de textos legales intentando aportar definiciones generales relativas al patrimonio cultural. Fue fundada en 1945, tras un cúmulo de ciudades europeas arrasadas por la Segunda Guerra Mundial, en un contexto de reconstrucción. Su misión es contribuir a la paz internacional mediante la cooperación en materia de educación, ciencia y cultura. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados por la UNESCO, es difícil dar definiciones únicas puesto que se dan varias en las diferentes legislaciones internas de cada país así como en la doctrina.

Tradicionalmente, se ha empleado el término bien cultural en Derecho Internacional para denominar el objeto de la protección². Ejemplo de ello es la Convención de la Haya para la protección de bienes culturales en caso de

² BLAKE, Janet, “On defining the cultural heritage”, *The International and Comparative Law Quarterly*, nº49(1), 2000, p. 65 (del inglés “cultural property”).

conflicto armado de 1954³, que da una primera definición jurídica de bien cultural. Según el artículo primero de la Convención, los bienes culturales son “los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos”, “los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles”, y “los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales”. De esta manera, la protección se da tanto a bienes *muebles* como a bienes *inmuebles*. La condición para que se otorgue la protección consiste en que ese bien posea un gran valor para el patrimonio cultural de los pueblos o sea de gran interés histórico o artístico.

Sobre la descripción dada por la Convención, el abogado Alexis Aguilar explica que esta definición pretende evitar dar una lista exhaustiva o reducida, para impedir la exclusión de bienes culturales de la protección legal, y recuerda que hay que tener presente que es difícil conceptualizar un bien cultural únicamente en términos jurídicos, puesto que se trata de una definición que “se aloja en el ámbito transdisciplinario”⁴. La profesora Janet Blake de la Universidad Shahid Beheshti de Teherán, precisa que el concepto de patrimonio cultural ha sido importado de otras disciplinas académicas, como la antropología y la arqueología, sin incorporar los antecedentes teóricos que condujeron a su desarrollo⁵. Por tanto, tratar de delimitar el significado de bien cultural o de patrimonio cultural es un proceso difícil lleno de matices e imprecisiones, que podrá variar según la población, las tradiciones o la época.

El profesor de la Universitat Autònoma de Barcelona Francesc Josep De Rueda Roigé, explica que los textos legales a nivel internacional definen los bienes

³ Convención para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado de la UNESCO, La Haya, 14 de mayo de 1954, entrada en vigor el 7 de agosto de 1956.

⁴ AGUILAR, Alexis, “Protección de bienes culturales en caso de conflicto armado”, *Revista Electrónica Amicus Curiae*, vol 1, n°5, septiembre-diciembre, 2015, p. 70, en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/view/54584> (visitado el 10/01/2021).

⁵ BLAKE, Janet, “On defining the cultural heritage”, cit., p. 63.

culturales haciendo una enumeración de diferentes categorías de bienes culturales, enumeraciones que no son taxativas, sino que permiten una complementación remitiéndose al derecho interno de cada Estado, que puede ampliar dicha enumeración con otros bienes no enumerados explícitamente en los textos legales internacionales⁶. En la misma línea, Blake puntualiza que, a pesar de que cada uno de los instrumentos legales vigentes incluya una definición o enumere o describa de alguna manera el objeto del texto, la ausencia de una definición generalmente aceptada provoca que dicha definición deba ser interpretada de manera interna sin referencia a ningún conjunto de principios⁷.

Con todo, en 1964 la Comisión Franceschini⁸ intentó dar una definición unitaria de bienes culturales. La comisión italiana tenía por misión estudiar los bienes de interés histórico-artístico, arqueológico, artístico y del paisaje. Así, la comisión formuló una declaración en la que daba una noción genérica de bienes culturales, definición que puede aplicarse a nivel internacional, según la cual son bienes culturales los “bienes que constituyan testimonio material dotado de valor de civilización”⁹.

Las legislaciones internas de los Estados suelen catalogar este tipo de bienes como públicos, lo que conlleva para los Estados un deber de conservación y garantía de disfrute cultural. Esta caracterización es relevante puesto que introduce la materia en el ámbito del derecho internacional público y permite observar en qué medida cada ordenamiento jurídico interno se interesa y protege los bienes culturales¹⁰.

⁶ DE RUEDA ROIGÉ, Francesc Josep, “La protección internacional del patrimonio cultural en caso de conflicto armado”, *Locvs Amoenvs*, nº4 (1998-1999), p. 257.

⁷ BLAKE, Janet, “On defining the cultural heritage”, cit., p. 63.

⁸ Comisión parlamentaria del gobierno italiano que tuvo por misión entre 1964 y 1968 la mejora de la tutela y la valoración del patrimonio cultural italiano.

⁹ AGUILAR, Alexis, “Protección de bienes culturales en caso de conflicto armado”, cit., p. 72.

¹⁰ DE RUEDA ROIGÉ, Francesc Josep, “La protección internacional del patrimonio cultural en caso de conflicto armado”, cit., p. 258

¿Pero, en qué se distinguen los bienes culturales del patrimonio cultural? Del artículo primero de la Convención de La Haya de 1954 podemos considerar que el patrimonio cultural es el género y el bien cultural es la especie¹¹. De Rueda precisa que la noción de patrimonio cultural engloba los bienes culturales¹². El término patrimonio cultural es, pues, más extenso que el de bien cultural, ya que no se ciñe únicamente a elementos tangibles como por ejemplo monumentos u objetos (patrimonio cultural material), sino que engloba también el patrimonio cultural inmaterial, las “tradiciones o expresiones vivas heredadas de nuestros antepasados y transmitidas a nuestros descendientes”¹³, como pueden ser usos sociales, rituales o prácticas, según la UNESCO. De este modo, el concepto de patrimonio cultural abarca un abanico más amplio de elementos posibles, incluidos los intangibles¹⁴, por lo que en la práctica internacional la doctrina suele preferir usar este término. Lo que debe considerarse patrimonio cultural inmaterial o intangible viene estipulado en la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial adoptada en París en 2003.

La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972¹⁵ aporta en su artículo primero una enumeración de los bienes que se considerarán patrimonio cultural: “los monumentos”, como por ejemplo obras arquitectónicas, “los conjuntos”, es decir, grupos de construcciones, y “los lugares”, entendidos como obras del hombre u en conjunción con la naturaleza. Los tres tipos de elementos deben poseer un “valor universal excepcional”. Así,

¹¹ AGUILAR, Alexis, “Protección de bienes culturales en caso de conflicto armado”, cit., p. 71.

¹² DE RUEDA ROIGÉ, Francesc Josep, “La protección internacional del patrimonio cultural en caso de conflicto armado”, cit., p. 255

¹³ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [UNESCO], *¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial?*, <https://ich.unesco.org/es/que-es-el-patrimonio-inmaterial-00003> (visitado el: 29/12/2020).

¹⁴ BLAKE, Janet, “On defining the cultural heritage”, cit., p. 67.

¹⁵ Convención sobre la protección del Patrimonio Mundial, cultural y natural, hecho en el seno de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en su 17ª reunión celebrada en París del 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972.

pueden constituir patrimonio cultural no solo obras y monumentos individuales, sino también grupos de bienes que constituyan grupos con una importante relevancia a nivel mundial.

Aunque cada ordenamiento jurídico establece un marco jurídico para proteger su propio patrimonio cultural, la UNESCO dispone en el artículo 6 de la Convención de 1972 que este patrimonio debe entenderse como “un patrimonio universal en cuya protección la comunidad internacional entera tiene el deber de cooperar”. De esta manera, cada Estado decide qué bienes protege, pero, una vez determinados, deberán ser protegidos por el conjunto de la comunidad internacional. Por consiguiente, se usa también el término patrimonio cultural de la humanidad.

Por último, cabe mencionar también la definición de cultura como concepto residual de las nociones anteriormente estudiadas. Según la UNESCO, la cultura es el “conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social”¹⁶. La cultura constituye pues un conjunto de elementos que dan forma y construyen la identidad de un grupo o pueblo, diferenciándolo del resto.

1.2. El conflicto armado como escenario de la destrucción de patrimonio cultural

La violencia y la destrucción llevada a cabo durante la Segunda Guerra Mundial alimentaron el desarrollo del derecho internacional humanitario (DIH en adelante) o derecho de los conflictos armados, tradicionalmente denominado derecho de la guerra (del latín *ius in bello*). Las tres expresiones pueden utilizarse

¹⁶ Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales de la UNESCO, México, 1982.

indistintamente¹⁷. Así, el desarrollo de esta rama jurídica conllevó a la creación de las principales normas internacionales sobre la protección de bienes culturales en zonas de conflicto armado.

El derecho de los conflictos armados es definido por Pietro Verri como el conjunto de normas de derecho internacional de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, que limita el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos, medios y objetivos de combate en una situación operativa determinada. Sus disposiciones se aplican, en concreto, a las hostilidades en general, a la conducción de los combates por parte de las fuerzas armadas, a la conducta de los combatientes y a la protección de las personas afectadas por el conflicto (civiles, personal médico y religioso, personal de protección civil, protección de los bienes culturales, combatientes, etc.)¹⁸.

En otros términos, el DIH es el conjunto de reglas jurídicas que tienen a nivel internacional un triple objetivo: la protección de las personas en términos de atenuación de su sufrimiento, la reglamentación de hostilidades entre beligerantes y la organización de socorro en provecho de civiles heridos o prisioneros, y la persecución y castigo de los sujetos que hayan violado normas o principios del derecho humanitario. Por “humanitario” entendemos todo aquello que tiene por objetivo el bien de la humanidad, todo lo que se interesa por la humanidad y sus preocupaciones, como sus necesidades básicas, la supervivencia biológica de la especie y el desarrollo humano. Lo humanitario, por tanto, comprende toda acción a favor del hombre para organizar su supervivencia o atenuar su sufrimiento.

¹⁷ HERNÁNDEZ, Augusto, “El derecho de los conflictos armados no internacionales: una visión introductoria”, *Agenda Internacional del Instituto de Estudios Internacionales*, 7(14), 2000, p. 93, en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7252> (visitado el 16/06/2021).

¹⁸ VERRI, Pietro, *Le dictionnaire du droit international des conflits armés*, Ginebra: CICR, 1988, p. 48.

El DIH pretende encuadrar jurídicamente la guerra puesto que, siendo ésta aparentemente inevitable, es la principal causante, junto a las catástrofes naturales, del sufrimiento humano. La primera tentativa real de esta labor jurídica es la elaboración de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR): el primer Convenio concierne las guerras sobre tierra, el segundo las guerras sobre mar, el tercero encuadra el estatuto de los prisioneros de guerra y el último protege las poblaciones civiles. En cuanto a los dos Protocolos adicionales, adoptados en 1977, el primero se interesa a los *conflictos armados internacionales* y el segundo a los *conflictos armados no internacionales*. Es preciso, pues, aclarar la distinción entre ambos.

Por un lado, un conflicto armado internacional es una confrontación militar entre al menos dos Estados. Actualmente, este tipo de conflicto está codificado en el Reglamento de La Haya de 1907, en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo adicional I¹⁹. El artículo 2 común a los Convenios de Ginebra establece que: “Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra; y [...] se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar”. Desde la adopción del Protocolo adicional I, se integran dentro de conflictos armados internacionales aquellos conflictos donde los pueblos luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas. Para que un conflicto armado internacional sea calificado como tal, hace falta que los actores del conflicto sean Estados según la concepción del derecho internacional, y que el conflicto trascienda fronteras, es decir, tiene que darse en dos Estados mínimo. Desde 1977 pueden considerarse también como Estado los grupos de

¹⁹ MELZER, Nils, *Derecho internacional humanitario: una introducción general*, Ginebra: CICR, 2019, p. 59

individuos denominados movimientos de liberación nacional. De este modo, para calificar un conflicto armado internacional dependerá de dos elementos: “el estatuto jurídico de las partes beligerantes y la naturaleza del enfrentamiento entre ellas”²⁰.

Por otro lado, un conflicto armado no internacional es un enfrentamiento en el que se oponen las fuerzas armadas gubernamentales contra las fuerzas organizadas de uno o más grupos disidentes o rebeldes en el interior de las fronteras nacionales, comúnmente denominado *guerra civil*. De esta manera, el profesor Augusto Hernández define el conflicto armado no internacional como “el enfrentamiento continuo y violento entre el Gobierno y un grupo insurgente”²¹. Para su calificación, no basta solo con la utilización de armas sino que es necesario también que los grupos disidentes controlen una parte del territorio donde llevarán a cabo operaciones militares para hacerse con el poder del gobierno. De esta forma, los conflictos armados internos se caracterizan por la presencia de hostilidades dirigidas por fuerzas militares que obligan al Gobierno a usar sus fuerzas armadas, hostilidades realizadas de manera colectiva, y la posesión de una organización por parte de los insurgentes. Las fuerzas armadas deben estar bajo un mando responsable y tendrán que respetar las normas del DIH²². Se deberá tener en cuenta el umbral de organización así como el umbral de intensidad para calificar un conflicto armado no internacional²³. Hernández explica que el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 “es la norma aplicable a toda situación de conflicto armado dentro de un Estado”²⁴, que establece un

²⁰ MELZER, Nils, *Derecho internacional humanitario: una introducción general*, cit., p. 60.

²¹ HERNÁNDEZ, Augusto, “El derecho de los conflictos armados no internacionales: una visión introductoria”, cit., p. 84.

²² *Ibid*, p. 85.

²³ MELZER, Nils, *Derecho internacional humanitario: una introducción general*, cit., p. 79.

²⁴ HERNÁNDEZ, Augusto, “El derecho de los conflictos armados no internacionales: una visión introductoria”, cit., p. 84.

conjunto de obligaciones y prohibiciones para proteger a las personas que no participen o hayan dejado de participar de manera activa en las hostilidades.

Para el estudio que nos ocupa, nos interesa ver la relación entre el patrimonio cultural y los conflictos armados. En efecto, en contextos de enfrentamientos y violencia, el patrimonio cultural puede jugar un papel importante. Por un lado, el patrimonio cultural puede convertirse en una víctima más del conflicto armado puesto que las tensiones pueden conllevar a su destrucción. A lo largo de los diferentes intercambios de hostilidades, la destrucción de edificios y bienes ha sido inevitable, y ha ido empeorando de la mano del desarrollo de nuevo armamento. Bevan expresa así que “la destrucción del patrimonio cultural del país o pueblo enemigo ha sido utilizada como un medio para dominarlo, aterrorizarlo, dividirlo o erradicarlo por completo”²⁵. El objetivo último no es vencer a la parte enemiga, sino borrar la memoria cultural para eliminar la identidad del pueblo enemigo y así reescribir la historia de acuerdo con los intereses de los vencedores del conflicto e imponer la ideología de éstos negando cualquier identidad distinta.

Así, a lo largo de la historia, hemos tenido numerosos ejemplos de destrucciones de patrimonio cultural, desde las Guerras Púnicas en los años 264 a. C. y 146 a. C., en las que se arrasó todo el bagaje cultural de Roma, pasando por las destrucciones por parte de los nazis de bienes pertenecientes al colectivo judío durante la Segunda Guerra Mundial o los numerosos monumentos destruidos durante las guerras de la antigua Yugoslavia como la ciudad vieja de Dubrovnik entre 1991 y 1992, o el puente de Mostar en 1993, hasta el reciente ataque a la ciudad de Tombuctú (Mali) durante 2012. Las razones que llevan a estas destrucciones varían entre motivos políticos, económicos, religiosos o culturales.

Cabe subrayar que en los últimos años ha habido una importante destrucción del patrimonio en Oriente Medio por parte de las fuerzas del Estado Islámico (EI en

²⁵ BEVAN, Robert, *La destrucción de la memoria*, Valencia: La Caja Books, 2019, p. 10.

adelante). Algunos ejemplos sonados son las destrucciones de las ciudades de Palmira (Siria), Mosul (Irak) o Nimrud (Asiria) en 2015. Siguiendo esta línea, María Teresa Lizaranzu, embajadora delegada permanente de España en la UNESCO, explica que en los conflictos actuales hay “un cambio sustancial en la entidad y en la finalidad perseguida por las acciones contra los bienes monumentales o religiosos”²⁶. Hablamos pues de destrucciones “*intencionadas* y específicamente dirigidas contra monumentos y sitios arqueológicos por su condición de herencia y memoria cultural”²⁷. Como dice Bevan, “no se trata de un «daño colateral», es más bien una destrucción activa”²⁸. De esta manera, el patrimonio cultural se convierte en un objetivo militar del enfrentamiento.

Por otro lado, en casos de conflicto armado, el patrimonio cultural puede ser objeto de saqueo, expolio y tráfico ilícito, en un contexto dónde convergen el terrorismo yihadista y la evolución del transporte que favorece este tipo de comercio ilícito. Un ejemplo sería lo sucedido con el Museo Nacional de Bagdad, en Irak, que fue gravemente saqueado en 2003. Lizaranzu, refiriéndose concretamente al escenario de Oriente Medio y del EI, explica que el saqueo de bienes culturales responde a una doble lógica: “la ideológica, apuntando al enemigo próximo no salafista²⁹ en zonas de minorías étnicas y religiosas para imponer su ideología; y la puramente material, obtener recursos financieros despojando a la población de los objetos susceptibles de comercialización en el complejo y opaco mercado del arte”³⁰. Vemos, pues, que el comercio ilícito de

²⁶ LIZARANZU, María Teresa, “El papel de la UNESCO en la protección del patrimonio en zonas de conflicto”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, nº42, 2016, p. 9, en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4960/documento/tribuna.pdf?id=6209> (visitado el 10/06/2021).

²⁷ *Ibid.*

²⁸ BEVAN, Robert, *La destrucción de la memoria*, cit., p. 11.

²⁹ En referencia al salafismo yihadista, una ideología islámica que defiende la práctica de la Yihad (concepto del islam que representa una obligación religiosa de los musulmanes) y que tiene por referencia al movimiento salafista, un movimiento islamista radical totalitario islámico suní de carácter reformista y ultraconservador que defiende un retorno a las tradiciones del Salaf (término usado por los musulmanes para referirse a las tres primeras generaciones de defensores del islam).

³⁰ LIZARANZU, María Teresa, “El papel de la UNESCO en la protección del patrimonio en zonas de conflicto”, cit., p. 10.

patrimonio cultural contribuye a su pérdida y constituye una lacra que necesita un control y vigilancia mayor por parte de las autoridades estatales e internacionales.

2. La protección jurídica internacional del patrimonio cultural

2.1. Los instrumentos más importantes del cuadro normativo internacional vigente

Una vez estudiados los conceptos, es preciso analizar algunos de los instrumentos de DI que tienen por objeto la protección del patrimonio cultural. Como hemos mencionado anteriormente, la UNESCO ha desempeñado una función esencial en esta materia adoptando los textos y protocolos más importantes, que estudiaremos a continuación.

2.1.1. Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, La Haya, 1954 y sus Protocolos

La Convención de la UNESCO para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, adoptada en La Haya en 1954, es el instrumento central de la regulación sobre la protección del patrimonio cultural, contando con 133 Estados partes a día de hoy³¹. Como muchos otros instrumentos legales internacionales, esta convención se creó como consecuencia de los efectos devastadores de la Segunda Guerra Mundial, que evidenciaron la necesidad de adoptar medidas para proteger tanto los derechos humanos como el patrimonio cultural.

³¹ Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, *Convención de 1954*, <http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/unesco/es/QueeslaUNESCO/Convenciones/Paginas/Convención-de-1954.aspx> (visitado el 21/12/2020).

Uno de los grandes méritos de esta convención es el haber introducido en el vocabulario jurídico una definición para el concepto de bien cultural, como se ha expuesto anteriormente. Además, el texto establece dos regímenes de protección para estos bienes: una “protección general” de los bienes culturales (Capítulo I de la Convención) y una “protección especial” (Capítulo II de la Convención) destinada a los bienes culturales de mayor importancia. Esto se traduce en que las partes contratantes de la Convención tendrán que responder a ciertas obligaciones.

Las partes contratantes deberán aplicar las medidas establecidas en la Convención para disminuir las consecuencias relativas a los bienes culturales que podrían derivarse de un conflicto armado, como por ejemplo la preparación de inventarios, medidas de emergencia para casos de incendios o derrumbamientos, la preparación del traslado de bienes culturales muebles, o la designación de autoridades competentes que se responsabilicen de la salvaguardia de los bienes culturales. Los Estados partes se comprometen también a estudiar la posibilidad de registrar refugios, centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles en el Registro Internacional de los Bienes Culturales bajo Protección Especial para otorgar a estos bienes una protección especial. Otra medida propuesta por la Convención es crear un sistema de identificación para marcar edificios y monumentos importantes con un emblema distintivo de la Convención, para una mejor protección. Cabe mencionar que este sistema de identificación y protección se dirige a bienes culturales situados dentro de los territorios de los Estados Partes, hayan ratificado o no la Convención. También, se establece la creación de unidades especiales de las fuerzas armadas encargadas de la protección de bienes culturales, así como establecer sanciones por violación de la Convención. Por último, los Estados se comprometen a promocionar la Convención ante el público general y profesionales del patrimonio cultural, militares u organismos encargados de aplicar la ley³².

³² Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, *Convención de 1954*, cit.

A pesar de todo, la Convención también presenta algunas deficiencias. Como explica De Rueda, la Convención “tiene su talón de Aquiles en las excepciones incorporadas por consideraciones de realismo, que prevén la suspensión de las obligaciones en atención a las «necesidades militares»”³³. De esta manera, invocando el artículo 4.2, que establece la reserva “de que una necesidad militar impida de manera imperativa su cumplimiento”, las partes contratantes podrán invocar una necesidad militar con tal de no aplicar la Convención. Esta cláusula, introducida en el texto bajo la presión de los Estados Unidos y del Reino Unido, constituye así uno de los elementos más problemáticos de este instrumento legal³⁴.

Al mismo tiempo que la Convención, se adoptó también un Primer Protocolo dedicado a prevenir la exportación de bienes culturales, diseñado para la restitución de dichos bienes al territorio del Estado del que fueron exportados ilícitamente. Se trata de “un breve texto de importancia indiscutible para un importante sector doctrinal, pero que no ha despertado en la comunidad internacional el interés y la adhesión de que, a nuestro juicio, hubiera sido merecedor”³⁵.

En 1999, se adoptó un Segundo Protocolo, que fortalece algunas disposiciones de la Convención y su Primer Protocolo. Las principales cuestiones que se discutieron durante el proceso de revisión fueron las siguientes: definir medidas preventivas específicas, mejorar la noción de la excepción de la necesidad militar, revitalizar el sistema de la protección especial, la represión de las infracciones y la aplicación de un sistema de sanciones en caso de violaciones graves y la revisión

³³ DE RUEDA ROIGÉ, Francesc Josep, “La protección internacional del patrimonio cultural en caso de conflicto armado”, cit., pp. 262-263.

³⁴ MAINETTI, Vittorio, “De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé: L'entrée en vigueur du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954”, *Revue Internationale De La Croix-Rouge/International Review of the Red Cross*, 86(854), 2004, p. 352.

³⁵ SAN MARTÍN CALVO, Marina. “La acción normativa de la UNESCO y sus órganos asesores en el ámbito de la protección de los bienes culturales”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, nº 8, 2016, p. 7, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5754867> (visitado el 13/06/2021).

del sistema de control relativo al cumplimiento de las obligaciones convencionales y la definición de las estructuras permanentes encargadas de dicho control. El Segundo Protocolo intentó dar respuesta a estas cuestiones previendo una serie de novedades. Se optó por aprobar un protocolo adicional en vez de crear una nueva convención puesto que el protocolo es un instrumento más flexible y resulta más fácil de negociar³⁶. Entre otros aspectos, el Segundo Protocolo amplía el campo de aplicación de la Convención puesto que, a diferencia de ésta, sus disposiciones no solo son aplicables en caso de conflicto armado internacional sino también en caso de conflicto armado no internacional³⁷. Otro elemento innovador de este protocolo adicional es la penalización de determinadas conductas (calificadas como "infracciones graves") y el establecimiento de un sistema de sanción de las violaciones³⁸. De esta manera, el Segundo Protocolo representa una mejora de la protección otorgada por la Convención de 1954, complementándola sin reemplazarla.

2.1.2. Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, París, 1970

Como hemos visto, el patrimonio cultural no es solo víctima de destrucción sino también de robo, saqueo o contrabando de bienes culturales, que debido a su valor y relevancia histórica son fácilmente vendibles a museos, galerías y coleccionistas de países occidentales.

³⁶ MAINETTI, Vittorio, "De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé: L'entrée en vigueur du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954", cit., p. 346.

³⁷ *Ibid*, pp. 348-349.

³⁸ *Ibid*, p. 358.

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, adoptada en París en el año 1970, es uno de los instrumentos clave de la UNESCO para luchar contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Pretende establecer también una cooperación efectiva entre países para combatir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales y proteger así el patrimonio cultural.

Fue adoptada a raíz de un incremento de robos, saqueos, importaciones y exportaciones ilícitas desde finales de la década de los 60 hasta inicios de los 70³⁹ para luchar contra este comercio ilícito de bienes culturales, usualmente originado en países en vías de desarrollo, que aumenta sobre todo en contextos de guerra donde disminuye la seguridad y los bienes culturales son más vulnerables.

La Convención establece las medidas preventivas que deberán adoptar los Estados Partes, como la realización de inventarios, certificados de exportación, control del comercio, la imposición de sanciones penales o administrativas, así como campañas informativas para promover la cooperación entre Estados para un correcto cumplimiento de la Convención.

Se trata de la convención internacional más ampliamente ratificada que existe actualmente en materia de tráfico ilícito de bienes culturales⁴⁰, a pesar de que el nivel de ratificaciones fue bastante bajo durante los años posteriores a su aprobación.

³⁹ Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, *Convención de 1970*, <http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/unesco/es/QueeslaUNESCO/Convenciones/Paginas/Convención-de-1970.aspx> (visitado el 21/12/2020).

⁴⁰ Heritage For Peace, *Convención de la UNESCO 1970*, <https://www.heritageforpeace.org/heritage-for-peace/legal-framework/unesco-convention-1970/?lang=es> (visitado el 22/12/2020).

Con todo, este texto presenta algunas deficiencias como, por ejemplo, las restricciones que plantea respecto a los poseedores originarios de los bienes susceptibles de ser reclamados, que deben ser museos, organismos públicos o instituciones similares según el apartado 1) del artículo 7 b) de la Convención, dejando fuera de la protección aquellos bienes que no pertenezcan a ninguna de las instituciones contempladas⁴¹.

2.1.3. Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, París, 1972

La Convención de la UNESCO relativa a la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural fue adoptada en París en 1972 para hacer frente al peligro cada vez mayor que sufría el patrimonio cultural y natural debido a la destrucción originada por fenómenos naturales como sociales. Este texto ha sido hasta la fecha el instrumento internacional en materia de protección de bienes culturales más exitosa en cuanto a adhesiones, contando desde su creación con el inusual apoyo de Estados Unidos.

El instrumento destaca por su ámbito objetivo de aplicación, que comprende la protección de bienes culturales, muebles e inmuebles, y de bienes naturales. Dicha protección está basada en la inscripción de los lugares que son objeto de la protección en la Lista del Patrimonio Mundial y en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro. Estas Listas nacieron para paliar el fracaso del Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial, creado por la Convención de La Haya de 1954.

⁴¹ SAN MARTÍN CALVO, Marina. “La acción normativa de la UNESCO y sus órganos asesores en el ámbito de la protección de los bienes culturales”, cit., p. 12.

Esta Convención establece en su artículo primero los tipos de sitios naturales o culturales que podrán entenderse como “patrimonio cultural”, distinguiéndose entre “monumentos”, “conjuntos” y “lugares”. Por otro lado, en su artículo segundo, establece la definición de “patrimonio natural”, considerando como tal los “monumentos naturales”, las “formaciones geológicas” y los “lugares naturales o las zonas naturales”. De esta manera, la Convención dispone los sitios susceptibles de ser incluidos en la Lista de Patrimonio Mundial⁴².

Los Estados Partes de la Convención se comprometen a garantizar una protección y una conservación del patrimonio cultural y natural situado en su territorio, adoptando políticas para atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva, creando servicios de protección y conservación, desarrollando estudios e investigaciones científicas para hacer frente a los peligros a los que se encuentre expuesto el patrimonio cultural y natural, adoptando las medidas pertinentes para identificar, proteger o conservar el patrimonio, así como creando centros de formación en materia de protección, conservación y revalorización del patrimonio (artículo 5 de la Convención).

La Convención obliga a que los Estados Partes rindan cuentas del estado de conservación de sus bienes inscritos al Comité del Patrimonio Mundial, quien evaluará la situación y podrá tomar decisiones en programas específicos para solucionar los problemas existentes. La Convención también expone cómo utilizar y gestionar el Fondo para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, así como las condiciones de asistencia financiera internacional⁴³.

⁴² Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, *Convención de 1972*, <http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/unesco/es/QueeslaUNESCO/Convenciones/Paginas/Convención-de-1972.aspx> (visitado el 22/12/2020).

⁴³ *Ibid.*

Por otro lado, los Estados Partes son animados a sensibilizar al público sobre los valores de los bienes del patrimonio mundial mediante programas de educación e información para lograr así una mejor protección.

2.1.4. Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, París, 2003

La Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, adoptada en París en 2003, es otro gran éxito de la UNESCO con un alto nivel de ratificación.

Como se ha visto anteriormente, el “patrimonio cultural” no se constituye únicamente de monumentos y colecciones de objetos, sino que engloba también elementos intangibles como las tradiciones heredadas de antiguas generaciones que han ido siendo transmitidas. Ejemplos que pueden considerarse parte de este patrimonio cultural inmaterial son las artes del espectáculo, los usos sociales, los rituales, los actos festivos o los saberes y técnicas relativas a la artesanía tradicional. En otras palabras, “el *patrimonio cultural inmaterial o intangible* podría definirse como el conjunto de formas de cultura tradicional y popular o folclórica, es decir las obras colectivas que emanan de una cultura y que se basan en la tradición”⁴⁴.

El patrimonio cultural inmaterial es “mucho más vulnerable que otras formas de patrimonio cultural cuyos actores y su entorno no se modifican tan rápidamente”⁴⁵. Como es lógico, el patrimonio tangible perdura más fácilmente en el tiempo, ya que no se ve amenazado por fenómenos como la globalización cada

⁴⁴ SAN MARTÍN CALVO, Marina. “La acción normativa de la UNESCO y sus órganos asesores en el ámbito de la protección de los bienes culturales”, cit., p. 29.

⁴⁵ *Ibid*, p. 30.

vez más creciente, que fragiliza de manera particular el patrimonio cultural intangible. Por esta razón, este tipo de patrimonio necesita que se desarrollen los medios necesarios para garantizar su protección y supervivencia.

Por tanto, la Convención tiene la función salvaguardar y respetar el patrimonio cultural inmaterial de comunidades y grupos, así como sensibilizar acerca de su importancia y fomentar la cooperación internacional para una mejor protección de dicho patrimonio.

2.2. Otros instrumentos internacionales

2.2.1. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI en adelante), se adoptó en Roma en 1998. La creación de este instrumento se traduce en una importante evolución del DIH, ya que constituye un instrumento para luchar contra la impunidad y para los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio. Más adelante, en la segunda parte del trabajo, analizaremos la aplicación práctica de este texto, pero de momento nos centraremos en presentar las disposiciones relativas a la protección de los bienes culturales.

El artículo 8-2 del Estatuto dispone lo que debe entenderse por “crímenes de guerra”, haciendo la distinción entre violaciones graves de las leyes y usos aplicables en conflictos armados internacionales y en casos de conflicto armado de índole no internacional, diferencia que hemos expuesto anteriormente. En el apartado b) de este artículo, que se centra en casos de conflictos armados internacionales, el Estatuto hace otra distinción sobre la materia: el artículo 8-2-b-ii sanciona el acto de “dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares”, mientras que el artículo 8-2-b-ix castiga el hecho de “dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a

la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares”. De esta manera, se otorga una protección general a los bienes civiles y una protección más específica a los bienes culturales.

En cuanto a los conflictos armados no internacionales, se aplicarán las mismas disposiciones retomadas en los artículos 8-2-e-iv y 8-2-e-xii. De este modo, el Estatuto permite invocar la protección de bienes civiles y culturales incluso en contextos de conflictos armados de índole no internacional.

El Estatuto establece que los Estados son los responsables del procesamiento de los autores de delitos internacionales, por lo que la jurisdicción que ejerce la CPI sobre estos delitos es complementaria, es decir, tendrá competencia para intervenir cuando un Estado carezca de capacidad o voluntad para procesar a los sospechosos. También, la CPI podrá iniciar procedimientos cuando el Consejo de Seguridad de la ONU lo solicite.

2.2.2. Resolución 2347 del Consejo de Seguridad de la ONU de 2017

La Resolución 2347, adoptada por unanimidad en 2017 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, invita a los Estados miembros de la ONU a que protejan el patrimonio cultural y que colaboren con la UNESCO con este fin. Se trata de la primera resolución adoptada por el Consejo de Seguridad que se

centra exclusivamente en el patrimonio cultural, reconociendo así la gran importancia de proteger el patrimonio para la paz y la seguridad internacionales⁴⁶.

El texto condena la destrucción ilícita del patrimonio cultural, así como el saqueo y contrabando de bienes culturales en e contexto de conflictos armados. En su artículo 4, la resolución dispone que “dirigir ataques ilícitos contra lugares y edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o fines benéficos, o contra monumentos históricos, puede constituir crimen de guerra, en determinadas circunstancias y con arreglo al derecho internacional, y que los autores de esos ataques deben comparecer ante la justicia”. Constatamos así que la resolución reafirmando lo dispuesto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 al calificar el acto de dirigir ataques contra el patrimonio cultural como un crimen de guerra en base al DI.

Por otro lado, anima a todos los Estados Miembros que aún no lo hayan hecho a que ratifiquen la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado de 1954 y sus Protocolos, así como otras convenciones internacionales. También, los alienta a adoptar medidas de prevención y medidas nacionales eficaces en los niveles legislativo y operacional para prevenir o contrarrestar el comercio y el tráfico ilícito de bienes culturales, y desarrollar la cooperación policial y judicial a nivel internacional.

⁴⁶ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [UNESCO], *El Consejo de Seguridad de la ONU adopta una resolución histórica para la protección del patrimonio cultural*, <https://es.unesco.org/news/consejo-seguridad-onu-adopta-resolucion-historica-proteccion-del-patrimonio-cultural> (visitado el 18/06/2021).

II - ANÁLISIS Y COMPARATIVA DE DOS SENTENCIAS RELATIVAS A LA DESTRUCCIÓN DE PATRIMONIO CULTURAL

Estudiaremos en esta parte la aplicación práctica de la normativa internacional en dos casos concretos relativos la destrucción de patrimonio cultural. En primer lugar, comentaremos una sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, un tribunal ad hoc (A) y, en segundo lugar, una sentencia de la Corte Penal Internacional, un tribunal permanente (B) para poder observar la evolución legislativa y jurisprudencial sobre la materia que nos ocupa.

1. Comentario de la sentencia de Miodrag Jokić relativa al bombardeo de Dubrovnik

1.1. Contexto y hechos

El caso de estudio⁴⁷ tuvo lugar durante el asedio de Dubrovnik (Croacia), el enfrentamiento militar entre el Ejército Popular Yugoslavo (JNA, del serbocroata *Jugoslovenska narodna armija*) y las fuerzas croatas que protegían la ciudad, desde octubre de 1991 hasta mayo de 1992. Hubo que esperar hasta el 18 de marzo de 2004 para que se condenara a Miodrag Jokić (Serbia, 1935), el vicealmirante acusado de crímenes de guerra durante el asedio. De acuerdo con el comunicado de prensa que emitió la Sala de Primera Instancia⁴⁸ del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (“TPIY” o “Tribunal” en adelante) el mismo día, Miodrag Jokić se entregó voluntariamente al Tribunal el 12 de noviembre de 2001. Se declaró no culpable en un primer momento y,

⁴⁷ TPIY, Le Procureur c/ Miodrag Jokić, affaire n° IT-01-42/1-S (18/032004).

⁴⁸ Legacy website of the ICTY, *Jugement rendu dans l'affaire Le Procureur c/ Miodrag Jokić*, 18 de marzo de 2004, https://www.icty.org/x/cases/miodrag_jokic/tjug/fr/040318_Jokic_Miodrag_summary_fr.pdf (visitado el 12/01/2021).

posteriormente, concluyó un acuerdo con la Fiscalía el 25 de agosto de 2003, en el que se reconocía culpable de los seis delitos por los que se le acusaba.

Jokić sirvió a la marina yugoslava hasta 1992. En 1991 fue nombrado comandante del noveno sector naval. Los acontecimientos ocurridos el 6 de diciembre de 1991 en Dubrovnik y en los alrededores fueron precedidos por una campaña militar iniciada el 8 de octubre de 1991 llevada por Jokić. Las fuerzas de la JNA rodearon Dubrovnik durante tres meses, periodo durante el cual la ciudad vieja de Dubrovnik fue bombardeada en numerosas ocasiones. A principios de diciembre de 1991, las fuerzas croatas y las fuerzas de la JNA se encontraban negociando un acuerdo de alto el fuego total. Jokić se encontraba a cargo de negociar en nombre de la parte yugoslava. A pesar de todo, las fuerzas de la JNA bajo el mando de Jokić bombardearon ilegalmente la ciudad vieja de Dubrovnik.

Los resultados de estos bombardeos fueron dos civiles muertos y otros tres heridos, seis edificios de la ciudad vieja totalmente destruidos y muchos otros destrozos. Los edificios devastados o destrozados eran bienes culturales.

El 6 de diciembre de 1991, Jokić envió a un ministro del Gobierno croata en Dubrovnik un radiograma en el que expresaba sus arrepentimientos “por esta situación difícil y desafortunada” y declaraba que no había ordenado los bombardeos. Sin embargo, a pesar de la intensidad de los bombardeos, ninguna orden inmediata fue dada por Jokić para que cesaran. Las partes acuerdan que Jokić fue informado de los bombardeos ilegales durante las primeras horas de aquel 6 de diciembre y no tomó las medidas necesarias para evitarlos. Ningún miembro de las JNA, siendo Jokić el superior jerárquico, fue castigado o sancionado por los bombardeos. El 7 de diciembre de 1991, un acuerdo de alto el fuego total fue finalmente concluido.

La sentencia de Jokić por el TPIY, así como otras sentencias relativas al mismo caso, supone un reconocimiento de la responsabilidad penal internacional, marcando un punto de inflexión en la construcción del derecho internacional relativo a la preservación del patrimonio en casos de conflictos y crisis⁴⁹.

1.2. La responsabilidad penal de Jokić: fundamentos jurídicos

En el acta de acusación relativa al bombardeo de Dubrovnik⁵⁰, publicada por el Tribunal el 2 de octubre de 2001, se acusó a Jokić de diferentes crímenes en base al Estatuto del TPIY⁵¹. El TPIY⁵² fue un órgano judicial de las Naciones Unidas encargado de juzgar a los autores de crímenes de guerra cometidos durante los conflictos de los Balcanes en la década de 1990. Su mandato se inició en 1993 y finalizó en 2017, aunque tuvo un enorme impacto en el panorama del derecho internacional humanitario. El TPIY era entonces competente para juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia⁵³ (competencia *ratione loci*) a partir del 1 de enero de 1991 (competencia *ratione temporis*).

Así, Jokić tuvo que responder a las acusaciones dirigidas contra él en base al artículo 7.1 del Estatuto del TPIY (responsabilidad penal individual) y en base al

⁴⁹ NEGRI, Vincent, *Le patrimoine culturel, cible des conflits armés: de la guerre civile espagnole aux guerres du 21e siècle*, Bruylant: Bruselas, 2014, p. 4

⁵⁰ Legacy website of the ICTY, *L'acte d'accusation concernant Dubrovnik est rendu public dans son intégralité*, 2 de octubre de 2001, <https://www.icty.org/fr/sid/7948> (visitado el 04/03/2021).

⁵¹ Estatuto Internacional adoptado por el Consejo de Seguridad (Resolución 827, 25 de mayo de 1993).

⁵² Legacy website of the ICTY, *Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, <https://www.icty.org/fr> (visitado el 19/05/2021).

⁵³ Estatuto TPIY, artículo 8 - Competencia *ratione loci* y competencia *ratione temporis*: “La competencia *ratione loci* del Tribunal Internacional se extiende al territorio de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia, incluyendo su espacio terrestre, su espacio aéreo y sus aguas territoriales. La competencia *ratione temporis* del Tribunal Internacional se extiende al período que comienza el 1° de enero de 1991”.

artículo 7.3 del Estatuto (responsabilidades como superior jerárquico). Los crímenes por los que se acusó a Jokić constituían violaciones de las leyes o costumbres de guerra en base al Estatuto:

- Cargo nº1: Homicidio (artículo 3.1 a) de los Convenios de Ginebra de 1949, artículos 3, 7.1 y 7.3 Estatuto).
- Cargo nº2: Tratos inhumanos (artículo común 3.1 de los Convenios de Ginebra de 1949, artículos 3, 7.1 y 7.3 del Estatuto).
- Cargo nº3: Ataques contra civiles (artículo 51.2 Protocolo adicional I y artículo 13.2 Protocolo adicional II de los Convenios de Ginebra de 1949, artículos 3, 7.1 y 7.3 del Estatuto).
- Cargo nº4: Devastación no justificada por las exigencias militares (artículos 3 b), 7.1 y 7.3 del Estatuto).
- Cargo nº5: Ataques ilegales contra bienes de carácter civil (artículo 52 Protocolo adicional I de los Convenios de Ginebra de 1949 y derecho consuetudinario, artículos 7.1 y 7.3 del Estatuto).
- Cargo nº6: Destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la educación, a las artes y a las ciencias, monumentos históricos, obras de arte y obras de carácter científico (artículos 3 d), 7.1 y 7.3 del Estatuto).

El 27 de agosto de 2003⁵⁴, Jokić se declaró culpable de los seis delitos por los que se le acusaba al firmar un acuerdo con la Fiscalía. Tras esta declaración, la Fiscalía pidió una pena de 10 años de prisión para Jokić.

⁵⁴ Legacy website of the ICTY, *Miodrag Jokić Plaide coupable de six chefs de violations des lois ou coutumes de la guerre*, <https://www.icty.org/fr/sid/8208> (visitado el 21/05/2021).

1.3. El examen y la condena del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

La Sala de Primera Instancia analizó el propósito de la sanción teniendo en consideración que, tal y como se desprende de la jurisprudencia, la retribución, la disuasión y la reinserción han sido consideradas como las funciones a tener en cuenta en las condenas de autores de crímenes internacionales⁵⁵. De entre los elementos de la sentencia, la Sala de Primera Instancia examinó en primer lugar la gravedad de los crímenes, en el marco de las circunstancias particulares del caso, así como la forma y el grado de la participación de Jokić en la comisión de éstos⁵⁶. Todo ataque militar ilegal llevado contra civiles, y provocando muertos y heridos, constituye una violación grave del derecho internacional humanitario, transgrediendo uno de sus principios fundamentales.

La Sala de Primera Instancia estimó igualmente que la devastación no justificada por exigencias militares y los ataques ilegales contra bienes de carácter civil constituyen crímenes particularmente graves, teniendo en cuenta el alcance de las destrucciones provocadas en la ciudad vieja en un solo día de bombardeos⁵⁷ y considerando también que la ciudad vieja de Dubrovnik estaba protegida por la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y declarada Patrimonio cultural mundial por la UNESCO en 1979.

El Tribunal tuvo en cuenta también las circunstancias agravantes⁵⁸ y atenuantes⁵⁹. Las funciones de superior jerárquico ejercidas por un acusado pueden constituir

⁵⁵ Sentencia de Jokić, cit., párrafo 30.

⁵⁶ *Ibid*, párrafo 31.

⁵⁷ *Ibid*, párrafo 45.

⁵⁸ *Ibid*, párrafo 19.

⁵⁹ *Ibid*, párrafo 22.

una circunstancia agravante teniendo en cuenta las graves consecuencias que pueden resultar de las faltas de una persona ocupando un puesto de alto rango. La Sala de Primera Instancia retuvo esta circunstancia agravante en el caso de Jokić que, en su calidad de almirante, poseía un poder y una autoridad considerables. A pesar de todo, el modo de participación de Jokić en los crímenes fue marginal (puesto que cometió, mayormente, omisiones). En cuanto a las circunstancias atenuantes, la Sala de Primera Instancia tomó en consideración el hecho de que Jokić expresase públicamente su arrepentimiento acerca de los bombardeos, así como su comportamiento irreprochable tras los ataques y su situación personal (circunstancias como su situación familiar, su profesionalidad o su edad avanzada). Es importante indicar que el Tribunal reconoció que el hecho de que Jokić se declarase culpable podía “*reforzar las bases de una reconciliación entre los pueblos de la ex-Yugoslavia y el restablecimiento de una paz duradera en la región*”⁶⁰.

Con todo, Jokić fue responsable de los crímenes por los que se declaró culpable. Por una parte, en base al artículo 7.1) del Estatuto (complicidad)⁶¹ y, por otra parte, en base al artículo 7.3) del Estatuto (responsabilidad de superior jerárquico)⁶². Los crímenes imputados fueron cometidos por los soldados bajo el mando de Jokić, aunque no fuese él, según la Fiscalía, quien ejecutara los crímenes. La complicidad imputada a Jokić se construye en base a ciertos aspectos de su comportamiento, especialmente sus actos y omisiones antes del bombardeo de la ciudad vieja por las fuerzas de la JNA el 6 de diciembre de 1991.

⁶⁰ Sentencia de Jokić, cit. párrafo 77.

⁶¹ Estatuto TPIY, artículo 7.1 - Responsabilidad penal individual: “*Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen*”.

⁶² Estatuto TPIY, artículo 7.3 - Responsabilidad penal individual: “*El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores*”.

Otras omisiones culpables, en el marco de las circunstancias particulares en el caso, demuestran la responsabilidad de superior jerárquico que se desprende del artículo 7.3) del Estatuto. Así, Jokić no actuó como debía según su posición y no sancionó a los autores que se encontraban bajo su mando.

Jokić fue declarado culpable de ordenar ataques ilegales contra civiles dentro de la ciudad vieja de Dubrovnik, causando la muerte de dos personas, y de infligir tratos crueles a otras tres. Fue declarado culpable también de la devastación no justificada por las exigencias militares y ataques ilegales contra bienes de carácter civil. Por último, fue declarado culpable de la destrucción y el daño deliberadamente causado a bienes culturales. Finalmente, la Sala de Primera Instancia condenó a Jokić a una pena única de 7 años de prisión el 18 de marzo de 2004. Jokić interpuso recurso el 16 de abril de 2004 y la Sala de Apelaciones confirmó la condena de 7 años el 25 de abril de 2005⁶³.

1.4. Elementos relevantes del caso

Como se ha mencionado previamente, la ciudad vieja se incluyó en la Lista del Patrimonio Mundial de la UNESCO en 1979. Así, *“la toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a los monumentos históricos, a las obras de arte y a las obras de carácter científico”* (artículo 3 d) del Estatuto), constituye una violación de los valores especialmente protegidos por la comunidad internacional⁶⁴. En efecto, resultó indispensable para el Tribunal subrayar el estatuto particular de la ciudad vieja de Dubrovnik, un sitio arquitectural

⁶³ Legacy website of the ICTY, *Arrêt rendu dans l'affaire Le Procureur c/ Miodrag Jokić*, 30 de mayo de 2005, https://www.icty.org/x/cases/miodrag_jokic/acjug/fr/050830_Jokic_summary_fr.pdf (visitado el 24/02/2021).

⁶⁴ GÜNAY, Musab Talha, “Looking Humanity in the Eye and Seeing its Loss in the Eyes of the ICC: An Evaluation of Daesh’s Destruction of Palmyra using the Gravity Assessment Made by the ICC Prosecutor in the Al Mahdi Case”, *Santander Art and Culture Law Review*, 5(2), 2019, p. 252

excepcional que ilustraba una etapa importante dentro de la historia de la humanidad, así como un logro cultural. El Tribunal hizo alusión al preámbulo de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural de 1972 de la UNESCO que dispone que “*el deterioro o la desaparición de un bien del patrimonio cultural y natural constituye un empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo*”⁶⁵, y consideró que el hecho de bombardear la ciudad vieja se traduce en un ataque no solo a la historia y al patrimonio de la región, sino también al patrimonio cultural de toda la humanidad⁶⁶.

También, el Tribunal señaló la irreversibilidad del crimen en el sentido en que la restauración de este tipo de edificios, aunque sea posible, no permite devolver los edificios a su estado original previo a los ataques sufridos puesto que los materiales originales e históricamente auténticos han sido destruidos, disminuyendo así su valor intrínseco⁶⁷. Para poder hacerse una idea del costo de la restauración de la ciudad vieja de Dubrovnik, un estudio realizado por el Instituto para la protección de monumentos culturales de Serbia y Belgrado en colaboración con la UNESCO reveló que 563 (un 68%) de los 824 edificios de la ciudad vieja fueron afectados por proyectiles durante 1991 y 1992. 9 edificios fueron destruidos y reducidos a cenizas. En 1993, el Instituto de rehabilitación de Dubrovnik realizó un estudio en colaboración con la UNESCO para determinar el coste de la reconstrucción y de la reparación de los inmuebles de la ciudad vieja destruidos o dañados por los bombardeos de la JNA en 1991 y 1992. El coste total de la restauración de los edificios públicos y privados, de edificios religiosos, calles, plazas, fuentes, murallas, puertas y puentes fue estimada a 9.657.578 dólares estadounidenses. En 1999, más de 7.000.000 dólares estadounidenses

⁶⁵ Sentencia de Jokić, cit., párrafo 49.

⁶⁶ *Ibid*, párrafo 51.

⁶⁷ *Ibid*, párrafo 52.

fueron utilizados en la restauración, prevista entonces para 2003⁶⁸. Estos datos ayudan, pues, a cuantificar la importancia y el valor de los bienes destruidos que se añade al valor histórico, un valor inestimable.

Es importante subrayar también que el Tribunal sostuvo que, “*puesto que es una violación seria del derecho internacional humanitario el hecho de atacar edificios civiles, es un crimen aún más grave dirigir un ataque contra un bien cultural como la ciudad vieja de Dubrovnik*”⁶⁹. En efecto, la doctrina ha señalado con énfasis la relevante comparación que realizó el Tribunal entre los edificios civiles y los bienes culturales. Como postula Günay, se podría argumentar que el Tribunal hizo una comparación según la cual el interés en la protección de los bienes culturales es mayor que en el caso de la protección de los edificios civiles, dando importancia a la gravedad de la destrucción de los bienes culturales⁷⁰. Otros autores también han prestado especial atención a esta *comparación* llevada a cabo por el Tribunal, hablando de la *distinción* entre los bienes culturales en general y los bienes culturales de mayor importancia. Como indica Lostal, en este caso el TPIY modela su entendimiento del derecho de bienes culturales al marco establecido por la Convención de La Haya de 1954 y de su Segundo Protocolo de 1999 y que “*uno de los principios informadores de estos instrumentos es que, cuando hablamos de bienes culturales, hay que hacer una distinción entre dos niveles de notoriedad cultural*”⁷¹. La Convención de La Haya de 1954 establece un régimen de protección ordinario para los bienes culturales en general (artículo

⁶⁸ Legacy website of the ICTY, *L'acte d'accusation concernant Dubrovnik est rendu public dans son intégralité*, <https://www.icty.org/fr/sid/7948> (visitado el 04/03/2021).

⁶⁹ Sentencia de Jokić, cit., párrafo 53.

⁷⁰ GÜNAY, Musab Talha, “Looking Humanity in the Eye and Seeing its Loss in the Eyes of the ICC: An Evaluation of Daesh’s Destruction of Palmyra using the Gravity Assessment Made by the ICC Prosecutor in the Al Mahdi Case”, cit., p. 251.

⁷¹ LOSTAL, Marina, “La Protección de Bienes Culturales en el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (The Protection of Cultural Property under the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia)”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2012, p. 14.

4)⁷² y un régimen de protección especial para los “bienes culturales inmuebles de importancia muy grande” (artículo 8)⁷³. Siguiendo esta línea, el Segundo Protocolo de 1999 prevé un sistema de protección reforzada para los bienes culturales que constituyan el “*patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad*” (artículo 10.a)⁷⁴. A pesar de todo, el artículo 3 d) del Estatuto no menciona distintos niveles de importancia cultural, por lo que, aparentemente, protege todos los bienes religiosos y culturales por igual. Aún así, la Sala de la Primera Instancia declaró que la ciudad vieja de Dubrovnik era jurídicamente diferente al resto de la ciudad ya que la totalidad del casco antiguo estaba inscrito en la Lista del Patrimonio Mundial de la UNESCO. De esta manera, como explica Lostal, la distinción es llevada al campo jurídico por el Tribunal, lo que permite agravar la culpabilidad de Jokić y aumentar su sentencia, ampliando así los límites del artículo 3 d) del Estatuto. La responsabilidad relativa a la destrucción del patrimonio cultural comportará, pues, consecuencias mayores.

2. Comentario de la sentencia de Ahmad Al Faqi Al Mahdi relativa a los ataques en Tombuctú

2.1. Contexto y hechos

El 27 de septiembre de 2016, la Sala de Primera Instancia de la CPI dictó la sentencia sobre el caso Al Mahdi⁷⁵. La Corte concluyó que Ahmad Al Faqi Al

⁷² Convención de la Haya de 1954, Capítulo 1. Disposiciones generales sobre la protección, artículo 4 - Respeto a los bienes culturales

⁷³ Convención de la Haya de 1954, Capítulo II. De la protección especial, artículo 8 - Concesión de la protección especial

⁷⁴ Convención de la Haya de 1954, Capítulo III. Protección reforzada, artículo 10 - Protección reforzada

⁷⁵ CPI, Le Procureur c/ Ahmad Al Faqi Al Mahdi, affaire n° ICC-01/12-01/15 (27/09/2016).

Mahdi (Mali, 1975) era culpable, como coautor, del crimen de guerra⁷⁶ de dirigir intencionadamente ataques contra edificios religiosos o históricos en la ciudad de Tombuctú (Mali) durante los meses de junio y julio de 2012.

Para poder situarnos es preciso remontarnos a enero de 2012, cuando Mali se convirtió en el escenario de un conflicto armado no internacional. Diferentes grupos armados tomaron el control del norte del país. En abril del mismo año, tras la retirada de las fuerzas malienses, los grupos Ansar Dine y Al-Qaeda en el Magreb Islámico (AQMI en adelante) tomaron el control de Tombuctú. Desde ese momento y hasta enero de 2013, Ansar Dine y AQMI impusieron sus ideologías políticas y creencias religiosas en el territorio y población de Tombuctú, a través de una administración local formada por un tribunal islámico, una policía islámica y una comisión de medios de comunicación y una brigada de moralidad llamada Hesbah. Al Mahdi, considerado especialista en cuestiones religiosas, era consultado como tal por dicha administración y dirigió la Hesbah durante algunos meses en 2012.

En junio de 2012, Iyad Ag Ghaly, el líder de Ansar Dine, tomó la decisión de destruir los mausoleos del territorio. Al Mahdi, en un primer momento, consideró que era mejor no destruir los mausoleos pero finalmente se decidió que la destrucción se llevaría a cabo y Al Mahdi aceptó dirigir el ataque al recibir las indicaciones. El atentado se llevó a cabo entre junio y julio de 2012. Se destruyeron diez monumentos de gran importancia en Tombactú, todos de carácter religioso y de valor histórico. Ninguno de los monumentos era un objetivo militar.

⁷⁶ El crimen de guerra es una infracción grave de las leyes y costumbres de guerra, de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 o de las leyes de guerra vigentes, tanto nacionales como internacionales. El Estatuto de Roma de 2002, fundador de la CPI, contempla en sus artículos 5 y 8 los denominados crímenes de guerra.

2.2. La responsabilidad penal de Al Mahdi: fundamentos jurídicos

La Corte declara que los fundamentos jurídicos del caso reposan únicamente sobre el artículo 8-2-e-iv⁷⁷ del Estatuto de la CPI⁷⁸, que sanciona el hecho de “dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares”, calificado de crimen de guerra según el apartado 1º y 2º del mismo artículo⁷⁹.

La Sala precisa también que la acusación no invocó el artículo 8-2-e-xii⁸⁰, que sanciona el acto de “destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo”, siendo éste un crimen más general de destrucción de bienes civiles. Como hemos visto anteriormente, en la sentencia del TPIY relativa al bombardeo de Dubrovnik, el tribunal realizó también la importante distinción entre los bienes civiles y los bienes culturales, y ya supuso entonces una evolución en la interpretación del delito de destrucción de patrimonio cultural.

Con todo, la Sala no encontró oportuno realizar una recalificación jurídica ya que la intención específica de Al Mahdi de atacar la propiedad protegida encaja perfectamente con el fundamento del artículo 8-2-e-iv. De esta manera, la CPI

⁷⁷ Artículo 8-2-e-iv Estatuto de Roma: “Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares”.

⁷⁸ Sentencia de Al Mahdi, cit., párrafo 11.

⁷⁹ Artículo 8 Estatuto de Roma: “1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por «crímenes de guerra»: (...)”.

⁸⁰ Sentencia de Al Mahdi, cit., párrafo 12.

ensalza el valor de los bienes destruidos, puesto que no los reconoce como simples bienes de carácter civil.

Mediante este fundamento jurídico, la sentencia adquiere un significado sin precedentes puesto que se condena la destrucción de patrimonio cultural de manera específica y calificando el hecho como un crimen de guerra.

2.3. El examen y la condena de la Corte Penal Internacional

La CPI consideró que las aportaciones de Al Mahdi constituyeron una contribución esencial al crimen y que el acusado sabía que tenía el control del atentado además de participar plenamente en su ejecución. La Sala tuvo en cuenta también que Al Mahdi era el jefe de la Hesbah al principio de la ocupación de Tombuctú. Era responsable de la ejecución del atentado, y supervisó la realización de las operaciones, controlando la logística y justificando el ataque ante el resto del mundo mediante entrevistas de prensa. Estuvo presente en todos los lugares que fueron atacados, dando instrucciones. Participó personalmente en el ataque que destruyó al menos cinco de los monumentos afectados.

Para fijar la pena, la Sala tuvo en cuenta la gravedad del delito, la conducta culpable de Al Mahdi así como sus circunstancias personales. La Sala señaló que la CPI era competente para conocer los crímenes más graves que afectan al conjunto de la comunidad internacional y que las penas dictadas deben reflejar esta gravedad. Así, puntualizó que es necesario distinguir la gravedad de los crímenes contra las personas y los crímenes contra los bienes⁸¹. Siguiendo esta línea, la Sala consideró como una circunstancia agravante el hecho de que los edificios atacados tuvieran un valor simbólico y emocional para los habitantes de Tombuctú, además de su carácter religioso, para medir la gravedad del crimen en

⁸¹ Sentencia de Al Mahdi, cit., párrafo 72.

cuestión⁸². Además, todos los edificios excepto uno estaban catalogados por la UNESCO como Patrimonio de la Humanidad. De esta manera, tal y como expresó la Corte, la destrucción de estos bienes no solo afectaron a la población de Mali sino también a toda la comunidad internacional⁸³.

Con todo, la Sala tomó en cuenta 5 circunstancias atenuantes: la admisión culpabilidad y la muestra de arrepentimiento, que se traduce por la Corte como un elemento de promover la paz y la reconciliación en el norte de Mali y aliviar el sufrimiento moral de las víctimas al reconocer la importancia de la destrucción, la cooperación de Al Mahdi con la Fiscalía, el remordimiento y empatía hacia las víctimas por parte del acusado, la reticencia inicial de Al Mahdi a cometer el crimen y las medidas que tomó para reducir los daños causados y su buena conducta durante la detención. Finalmente, la Corte condenó a Al Mahdi a 9 años de prisión.

2.4. Elementos relevantes del caso y comparativa con la sentencia del TPIY

Del estudio de la anterior sentencia relativa al bombardeo de Dubrovnik, podemos concluir que el TPIY no califica de manera expresa la destrucción de patrimonio cultural como un crimen de guerra, puesto que el Estatuto del TPIY no se refiere a este delito como tal sino como a una violación de las leyes o prácticas de guerra⁸⁴. En la sentencia de Al Mahdi, por el contrario, la CPI sí considera de manera expresa que la destrucción de bienes culturales constituye un crimen de guerra, hecho que “supone un notable espaldarazo para la normativa internacional protectora del patrimonio cultural en el ámbito de los conflictos armados,

⁸² Sentencia de Al Mahdi, cit., párrafo, 79.

⁸³ *Ibid*, párrafo 80.

⁸⁴ Artículo 3 (d) del Estatuto del TPIY.

articulada en torno a la Convención de La Haya de 5 de mayo de 1954”⁸⁵, según la Doctora en Derecho Marina San Martín.

Por otro lado, en la sentencia de Al Mahdi, la CPI señala la distinción entre el Estatuto de Roma y el Estatuto del TPIY en cuanto a la concepción del delito⁸⁶. Como se ha visto en la anterior sentencia, el artículo 3(d) del Estatuto del TPIY sanciona “la toma, destrucción o daño deliberado” de bienes culturales, es decir, el TPIY se centra en el resultado del delito. El Estatuto de Roma, en cambio, presenta un campo de aplicación más amplio ya que, en su artículo 8-2-e-iv, condena el hecho de “dirigir intencionalmente ataques” contra bienes culturales. En otras palabras, la CPI sanciona el simple “ataque” a bienes culturales, sin esperar ningún resultado.

Podemos afirmar que el caso Al Mahdi supone un gran avance en el desarrollo de la protección jurídica internacional del patrimonio cultural puesto que constatamos una evolución en la jurisprudencia de la mano de la CPI y el Estatuto de Roma, gracias a la calificación jurídica del ataque a bienes culturales como crimen de guerra realizada por la CPI y también debido a la concepción más amplia que hace el Estatuto de Roma del crimen en cuestión, ya que no se limita a sancionar únicamente la destrucción sino el ataque a bienes culturales.

Como se ha mencionado anteriormente, en el estudio de los instrumentos jurídicos internacionales sobre la materia, el Estatuto de la CPI hace la distinción entre conflicto armado internacional y conflicto armado no internacional a la hora de establecer unas u otras disposiciones. En el caso que nos ocupa, dándose en el contexto de un conflicto de índole no internacional, la CPI recuerda que el artículo

⁸⁵ SAN MARTÍN CALVO, Marina: “La sanción penal internacional de los crímenes de guerra contra los bienes culturales. El asunto Ahmad al-Mahdi”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, nº 8, 2016, p. 32, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5754872> (visitado el 16/06/2021).

⁸⁶ Sentencia de Al Mahdi, cit., párrafo 16.

8-2-iv es la disposición aplicable a los conflictos armados no internacionales, y que el artículo 8-2-b-ix es aplicable en el cuadro de conflictos armados internacionales, aunque los elementos de ambos artículos son prácticamente idénticos⁸⁷.

Otro elemento relevante a destacar es que, gracias a esta y a anteriores sentencias, como las dictadas por el TPIY, la opinión pública internacional se concienció acerca de la necesidad de una protección efectiva del patrimonio cultural de la humanidad. De esta manera, la importancia de este caso influyó positivamente al aumentar la “sensibilización de la comunidad internacional respecto a los ataques contra bienes culturales”⁸⁸.

Por otro lado, la CPI consideró que la destrucción de patrimonio cultural de Mali fue un ataque dirigido al conjunto de la humanidad. De este modo, la profesora Elena Pineros expresa que “toda la humanidad es víctima indirecta del crimen”⁸⁹ y explica de manera más profundizada que “la Corte estableció tres categorías de víctimas. En primer lugar, los habitantes de Tombuctú, quienes mayor daño sufrieron como consecuencia de los crímenes objeto de la condena. En un segundo y tercer plano, respectivamente, sitúa a los ciudadanos de Mali y a toda la Comunidad Internacional en conjunto”⁹⁰. De manera instantánea acordamos una gravedad mucho mayor a los crímenes cometidos directamente contra las personas, pero esta sentencia invita a reflexionar acerca de la no menospreciable gravedad que debemos otorgar al crimen de destrucción de patrimonio cultural puesto que, a diferencia del delito contra las personas, este tipo de ataque a la

⁸⁷ Sentencia de Al Mahdi, cit., párrafo 17.

⁸⁸ SAN MARTÍN CALVO, Marina: “La sanción penal internacional de los crímenes de guerra contra los bienes culturales. El asunto Ahmad al-Mahdi”, cit., p. 35.

⁸⁹ PINEROS, Elena: “Primera condena de la Corte Penal Internacional por destrucción de patrimonio histórico en Tombuctú: el caso Al Mahdi”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 18 abril-septiembre, 2020, p. 119, en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/5266> (visitado el 17/06/2021).

⁹⁰ *Ibid*, p. 211.

cultura tendrá por víctima no solo a un individuo o a una población o comunidad, sino a toda la humanidad en su conjunto.

Una característica común que podemos observar en las dos sentencias estudiadas es el hecho que los dos procesados muestran su arrepentimiento; lo que puede considerarse como un intento de reconciliación con las víctimas que permite pacificar la situación con éstas y con la comunidad internacional en general.

Con todo, la característica probablemente más significativa de la sentencia es la consideración por parte de la CPI del valor simbólico y emocional de los monumentos atacados para la población maliense como una circunstancia agravante del crimen de guerra de destrucción de bienes culturales. Los mausoleos en cuestión “tenían un gran valor sentimental como parte fundamental de su historia colectiva”⁹¹ y la CPI reconoce que el patrimonio cultural de la población de Tombactú formaba parte de su identidad como comunidad, argumento que utiliza para agravar el crimen tipificado en su Estatuto.

Este argumento nos lleva a reflexionar acerca de las motivaciones delictivas relativas a los actos de destrucción de patrimonio cultural. La destrucción cultural se realiza con el fin de eliminar la identidad del pueblo enemigo para reescribir la historia según los intereses de los destructores. ¿Podríamos, pues, considerar que la destrucción de patrimonio cultural puede ayudar a revelar la *mens rea*, o la intención, de un crimen de genocidio, siendo éste un crimen más amplio que el crimen de guerra puesto que no necesita darse en el contexto de un conflicto armado? Para poder responder a esta pregunta, es pertinente proceder al estudio de la teoría del “genocidio cultural” (parte III).

⁹¹ SAN MARTÍN CALVO, Marina: “La sanción penal internacional de los crímenes de guerra contra los bienes culturales. El asunto Ahmad al-Mahdi”, cit. pp. 32-33.

III - “GENOCIDIO CULTURAL”: ¿PUEDE LA DESTRUCCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL CONSIDERARSE UN ELEMENTO CONSTITUTIVO DE GENOCIDIO?

Analizaremos en esta parte un concepto derivado del genocidio, el “genocidio cultural”, con el fin de analizar su posible reconocimiento jurídico como una nueva medida de protección del patrimonio cultural. Veremos en primer lugar el concepto de genocidio y los orígenes del término de “genocidio cultural” (sección 1) y, en segundo lugar, el reconocimiento del “genocidio cultural” como medida de protección del patrimonio cultural (sección 2).

1. El concepto de genocidio y su relación con la destrucción cultural: los orígenes de la reflexión por Raphael Lemkin

El genocidio, considerado el mayor y más grave de los crímenes contra la humanidad, se encuentra tipificado en el artículo 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 de las Naciones Unidas, que considera como tal los actos preteramos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como la matanza de miembros del grupo; la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; y el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. Esta definición es retomada en el artículo 6 del Estatuto de Roma de la CPI de 1998.

El término fue desarrollado en 1943 por el jurista polaco Raphael Lemkin a partir de la unión de la raíz griega “genos”, que significa pueblo o grupo familiar, y el

sufijo latino “cide”, que se traduce por matar. A diferencia de los crímenes contra la humanidad, el genocidio consiste en la destrucción de un grupo, entendido como la pluralidad de seres que forman un conjunto, y no de individuos.

Lemkin consiguió convencer a las Naciones Unidas para que se aprobara la Convención sobre el genocidio en 1948. En el proyecto de la convención, Lemkin consideró tres formas de destrucción: el genocidio por destrucción de personas de un grupo, el “genocidio biológico” mediante el impedimento a la reproducción del grupo, y el “genocidio cultural” mediante la destrucción deliberada de la vida intelectual y cultural del grupo. Como explica Pablo Avilés, Doctorado por la Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales de París, Lemkin propuso incluir el “genocidio cultural” en la redacción de la convención durante las discusiones en el seno de la Comisión nº6 de las Naciones Unidas entre 1947 y 1948⁹², en un Reporte a la V Conferencia por la Unificación del derecho penal. Su propuesta consistía en considerar el “vandalismo”, entendido como la destrucción de obras de arte y cultura particular de esas colectividades, como un crimen contra el derecho de gentes y entender que la pérdida de una obra de arte no solo era sufrida por el artista sino por toda la humanidad.

Lemkin defendió que el concepto de genocidio designaba “un plan coordinado de diferentes acciones tendentes a la destrucción de los fundamentos esenciales de la vida de los grupos nacionales, con el *objeto de aniquilar* a los propios grupos”⁹³. Las diferentes acciones a las que hace referencia pueden consistir en la desintegración de la cultura, de la religión, del idioma así como las instituciones políticas, por ejemplo. El jurista subrayó que el genocidio se dirige contra un grupo nacional entendido como una entidad, por lo que se entiende que las

⁹² AVILÉS, Pablo. “El patrimonio cultural. Guerra, reconstrucción y valoración”, *Revista de la Inquisición, Intolerancia y Derechos Humanos*, nº 15, 2011, p. 109.

⁹³ LEMKIN, Raphael, *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington D.C., 1944, p. 79 [trad. esp.: *El dominio del Eje en la Europa ocupada*, en LEMKIN, Robert. *Genocidio: Escritos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, edición y estudio preliminar de Antonio Elorza, p. 219]. (énfasis añadido)

diferentes acciones mencionadas no se llevan a cabo contra los individuos sino contra los miembros del grupo nacional. Lemkin describió entonces el “genocidio cultural” como una de las “técnicas” del genocidio⁹⁴.

Bevan explica que el hecho de que Lemkin vinculara la “barbarie”, concebida como la destrucción premeditada de colectividades nacionales, raciales, religiosas y sociales, con el “vandalismo” consistía en expandir “el concepto de genocidio mucho más allá del cuerpo humano individual”.

Por otro lado, la jurista especializada en Derecho Internacional Nour Assaf hace referencia al trabajo de Lemkin recordando que durante el examen del proyecto de la Convención sobre el genocidio, la delegación de Pakistán estimó que el “genocidio cultural” es la finalidad, y que el genocidio físico es simplemente un medio⁹⁵.

A pesar de las intenciones iniciales de Lemkin, el término no se añadió al texto final de la Convención sobre el genocidio por miedo a que se usase con la intención de “menoscabar la noción de genocidio en sentido estricto”⁹⁶. En otras palabras, debido a la suma importancia y gravedad que envuelve el crimen de genocidio, se quiso evitar que la inclusión del “genocidio cultural” resultase en una atenuación del valor del concepto de genocidio. Más tarde, se planteó la posibilidad de incluir la protección del patrimonio cultural de las minorías en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, aunque tampoco se acabó añadiendo porque se consideró que dicha protección merecía estar garantizada por una convención especial⁹⁷.

⁹⁴ LEMKIN, Raphael, “Le Génocide”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 17, 1946, p. 375.

⁹⁵ ASSAF, Nour. *La protection des biens culturels lors des conflits armés identitaires: exposé critique et propositions de réforme*, Université Jean Moulin Lyon 3, 2018, p. 104.

⁹⁶ JAULIN, Robert, *La Décivilisation: Politique et pratique de l’ethnocide*, Bruselas: Éditions Complexe, 1974, p. 10.

⁹⁷ ASSAF, Nour. “La protection des biens culturels lors des conflits armés identitaires: exposé critique et propositions de réforme”, cit., p. 113.

Sin embargo, como explica Assaf, el artículo 2 de la Convención sobre el genocidio contiene una “brecha”, puesto que “no limita el genocidio a la destrucción puramente física ya que incluye el «traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo»”⁹⁸. No parece pues imposible ampliar la definición jurídica de genocidio para añadir actos de destrucción de patrimonio cultural, aunque no supongan una destrucción únicamente física, ya que se podría equiparar la intención y el resultado de un u otro acto.

Con todo, el “genocidio cultural” no ha sido tampoco reconocido en la jurisprudencia internacional. Aún así, la noción ha permanecido viva suscitando controversias doctrinales. En la actualidad, tras varios y recientes destrucciones notorias, parece oportuno cuestionarse de nuevo acerca de este concepto para reforzar la protección de los bienes culturales.

2. El reconocimiento del “genocidio cultural” como medida de protección del patrimonio cultural

Como expone Avilés⁹⁹, el conflicto yugoslavo necesitó nuevos términos para calificar algunos de los actos cometidos durante la guerra. A parte de la demostración de un genocidio, se usaron otros términos para denunciar la destrucción de bienes culturales, como “urbicidio”, la intención de aniquilar una ciudad y con ella los vestigios culturales de un pueblo para negar o tapar su existencia, o “etnocidio”, la destrucción de un grupo étnico o de su cultura. El “etnocidio”, término vecino del “genocidio cultural” y entendido como una

⁹⁸ ASSAF, Nour. “La protection des biens culturels lors des conflits armés identitaires: exposé critique et propositions de réforme”, cit., p. 104.

⁹⁹ AVILÉS, Pablo. “El patrimonio cultural. Guerra, reconstrucción y valoración”, cit., p. 89.

versión más cruel del genocidio, fue propuesto por diferentes intelectuales durante la década de los setenta.

A lo largo de las diferentes sentencias que dictó el TPIY, el tribunal prestó atención a la conexión entre el genocidio y la destrucción de los lugares religiosos y culturales y reconoció que el derecho consuetudinario impone límites al término de genocidio, excluyendo el tipo de “genocidio cultural” puesto que “sólo abarca la destrucción material a través de medios físicos o biológicos”¹⁰⁰. Lostal traduce las palabras del tribunal en una afirmación de que el hecho de destruir los bienes culturales no puede calificarse como un elemento constitutivo del genocidio, sin embargo, puede ser una prueba de la intencionalidad concreta del crimen.

Concretamente, en la sentencia de Radislav Krstić¹⁰¹ relativa al genocidio de Srebrenica¹⁰², el TPIY expresó que, aunque la destrucción física es el modo más evidente de destrucción de un grupo, puede considerarse también la destrucción de éste mediante la erradicación deliberada de su cultura y de su identidad, lo que conllevaría a su extinción como ente distinto del resto de la comunidad¹⁰³.

Diferentes autores han señalado la opinión parcialmente discrepante del juez Shahabuddeen¹⁰⁴ en la sentencia de apelación del caso Krstić. Shahabuddeen consideró que “no estaba claro porqué la intención de aniquilar un grupo de una manera no directamente física, como pudiera ser la eliminación de sus rasgos religiosos o culturales, debiera quedar fuera del alcance de la Convención para la

¹⁰⁰ LOSTAL, Marina, “La protección de bienes culturales en el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, Revista electrónica de estudios Internacionales, n°24 (2015), p. 10.

¹⁰¹ TPIY, Le Procureur c/ Radislav Krstic, affaire n° IT-98-33 (2/08/2001).

¹⁰² Radislav Krstić fue declarado culpable de genocidio en 2001 por el TPIY por crímenes de guerra en relación con la matanza de 8.100 hombres y niños bosnios en julio de 1995, durante la masacre de Srebrenica.

¹⁰³ Sentencia de Krstic, cit., párrafo 574.

¹⁰⁴ Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen; Judgement, Prosecutor v. Radislav Krstić (IT-98-33-A), Appeals Chamber, 19 abril 2004, pp. 89 y ss.

Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio sobre la que el Estatuto del TPIY se basa”¹⁰⁵. El acto de destruir o eliminar los rasgos culturales y religiosos de un grupo participa en la destrucción de la identidad del grupo. Al destruir su identidad, se pretende borrar su existencia por lo que, al igual que en el genocidio, el grupo es intencionalmente eliminado.

En su obra, Bevan recupera las palabras de Shahabuddeen para hablar de “genocidio cultural”: “hay acuerdo en considerar que la mera destrucción de la cultura de un grupo no es genocidio, pero es necesario ser muy cuidadoso: la destrucción de la cultura puede ser *un indicio que confirme la intención*, visible también en otras circunstancias, de destruir al grupo como tal”¹⁰⁶. Así, el tribunal pone en relieve la relación entre la destrucción de bienes culturales y la eliminación de las personas que los crearon. En la misma lógica, Lostal afirma que “el *mens rea* o dolo específico del crimen puede manifestarse a través de la destrucción o menoscabo causado a los símbolos culturales y religiosos del grupo que se encuentra bajo amenaza”¹⁰⁷.

A pesar de todo, el TPIY en general y el juez Shahabuddeen en particular dejaron claro que no podían reconocer el “genocidio cultural” como un crimen específico. No obstante, “los juicios del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia han demostrado asimismo la importancia de reunir pruebas detalladas del *modus operandi* de la destrucción llevada a cabo en el contexto de una guerra”¹⁰⁸, lo que inevitablemente evidencia la conexión entre la limpieza cultural y la limpieza étnica, que puede concluir en genocidio. Las condenas del TPIY tienen como resultado disuadir a autores potenciales de destrucciones de

¹⁰⁵ LOSTAL, Marina, “La protección de bienes culturales en el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, cit., p. 11.

¹⁰⁶ BEVAN, Robert, *La destrucción de la memoria*, cit., p. 369 (énfasis añadido).

¹⁰⁷ LOSTAL, Marina, “La protección de bienes culturales en el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, cit., p. 24.

¹⁰⁸ BEVAN, Robert, *La destrucción de la memoria*, cit., p. 370.

patrimonio cultural al poner sobre la mesa la cuestión de la responsabilidad penal de los culpables de crímenes de destrucciones culturales de un grupo. Es, pues, probable “que el lenguaje inconformista de la sala de primera instancia y del juez Shahabuddeen, sirvan de base para que en un futuro el genocidio cultural vuelva a ser replanteado”¹⁰⁹. De momento, la CPI tampoco ha reconocido el concepto de “genocidio cultural”.

De esta forma, queda claro que el “genocidio cultural” no reposa sobre una base jurídica que confirme su existencia. Sin embargo, no puede negarse que establecer una posible conexión con la noción de genocidio, como un componente de éste, es posible y, por ende, podría llegar a reconocerse el término.

Se volvió a hacer mención del “genocidio cultural”, junto al término “etnocidio”, en 2007 en el proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas presentado ante la Comisión de Derechos Humanos: “Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual de no ser sometidos a etnocidio ni a genocidio cultural”¹¹⁰. Finalmente, tras algunas modificaciones del texto, el término no llegó a la versión definitiva y fue reemplazado por, simplemente, “genocidio”.

En la misma línea, Jorge Bolaños y Rosa Ruiz recuerdan que “la práctica de arrasar físicamente el pasado de quien se considera enemigo no es algo nuevo. Limpieza étnica, genocidio y destrucción del patrimonio cultural siempre han ido de la mano de los conflictos”¹¹¹. Evidencian así la innegable correlación entre todos estos conceptos en casos de destrucción de patrimonio cultural en contextos

¹⁰⁹ LOSTAL, Marina, “La protección de bienes culturales en el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, cit., pp. 10 y 11.

¹¹⁰ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, *Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas: Derecho Penal Internacional y Defensa Judicial de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Nueva York, 16-27 mayo 2011, E/C.19/2011/4, p. 13.

¹¹¹ BOLAÑOS, Jorge; RUIZ, Rosa, “Genocidio cultural”, *Revista Española de Defensa*, abril (2015), p. 50, en: <https://www.defensa.gob.es/Galerias/gabinete/red/2015/red-316-genocidio-cultural.pdf> (visitado el 04/06/2021).

de conflicto armado. Siguiendo esta lógica, Bevan propone que se revise la obra de Lemkin para que el “genocidio cultural” se tipifique como un nuevo delito específico en aquellos casos en los que esté “intrínsecamente conectado con asesinatos en masa”. En todo caso, argumenta que para evitar deteriorar el concepto de genocidio se podría considerar el “urbicidio” como un delito o juzgar un delito independiente de “limpieza cultural”¹¹². Este concepto de “limpieza cultural” ha sido utilizado también por figuras relevantes del sector como Irina Bokova, la Directora General de la UNESCO de 2009 a 2017, quien habló “abiertamente en sus discursos de un nuevo concepto, la «limpieza cultural» (*cultural cleansing*), reflejo de la «gravedad sin precedentes de la destrucción»”¹¹³.

Diferentes proposiciones podrían llevarse a cabo para reconocer jurídicamente el “genocidio cultural”. En primer lugar, las Naciones Unidas podrían revisar la Convención sobre el genocidio para incluir, de manera separada e individual, el “genocidio cultural”. Por otro lado, se podría añadir a dicha convención un protocolo relativo a la dimensión cultural del genocidio¹¹⁴, con el fin de ensanchar los límites de su definición. Otra posibilidad sería adoptar una convención internacional específica relativa al “genocidio cultural”. Sin embargo, todas estas opciones conllevarían dificultades debido a las discrepancias y la falta de consenso entre los diferentes sujetos que conforman la sociedad internacional, así como las, probablemente, pocas ratificaciones por parte de los Estados a los supuestos nuevos textos legales internacionales. La posibilidad que seguramente daría menos lugar a desacuerdos y debates sería que los jueces internacionales, particularmente la CPI, interpretaran sus futuras sentencias ampliando la definición y campo de aplicación del crimen de genocidio para considerar, en los

¹¹² BEVAN, Robert, *La destrucción de la memoria*, cit., p. 373.

¹¹³ LIZARANZU, María Teresa, “El papel de la UNESCO en la protección del patrimonio en zonas de conflicto”, cit., p. 10.

¹¹⁴ ASSAF, Nour. “La protection des biens culturels lors des conflits armés identitaires: exposé critique et propositions de réforme”, cit., p. 113.

casos pertinentes, la presencia de un “genocidio cultural”. De esta manera, el ataque o la destrucción deliberada de patrimonio cultural con la intención de eliminar un grupo nacional, étnico, racial o religioso no se consideraría únicamente como un crimen de guerra, sino que podría juzgarse también en casos donde no concurra un conflicto armado, y adquiriría así un nuevo nivel de gravedad.

CONCLUSIONES

Del estudio de las nociones jurídicas basadas en el marco normativo vigente, puede constatar que las definiciones actuales quedan algo incompletas y ambiguas. En mi opinión, coincido con la doctrina en que la práctica internacional debería sustituir el concepto de “bien cultural” por el de “patrimonio cultural” ya que, aunque son dos nociones a menudo utilizadas erróneamente sin distinción, el último permite abarcar un abanico más amplio de elementos, incluidos los elementos inmateriales o intangibles. De esta manera, si se adoptara el término de “patrimonio cultural” en futuras convenciones, podría amplificarse la protección.

Tras realizar el análisis del cuadro jurídico internacional, se puede afirmar que las convenciones más relevantes tienen importantes carencias y deficiencias, lo que obstaculiza una protección eficaz del patrimonio cultural. La falta de interés por parte de los diferentes actores que conforman la comunidad internacional acerca de la protección y conservación del patrimonio cultural impide que se realicen revisiones fructíferas que consigan mejorar este marco normativo.

Por otra parte, a pesar de que la legislación internacional ha extendido la aplicación de la protección a casos de conflictos armados de índole no internacional además de los casos de conflictos armados internacionales (podemos referirnos, por ejemplo, a la adopción del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954, así como el Estatuto de Roma), sería útil adoptar nuevos textos que previeran la misma protección en situaciones donde no se necesitara un conflicto armado para seguir agrandando dicha protección.

A pesar de todo, es indiscutible que ha habido un gran avance en el desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia relativa al tema. Del análisis de la sentencia del TPIY sobre el bombardeo de Dubrovnik, hemos visto que el tribunal ayudó a

poner el foco de atención en la importancia del patrimonio cultural al hacer la distinción expresa entre bienes civiles y bienes culturales. Por otro lado, del estudio de la sentencia de la CPI relativa al caso Al Mahdi, hemos observado otro paso en la evolución del tema gracias a la calificación jurídica que hace la CPI del ataque a bienes culturales como un crimen de guerra, elevando así su gravedad y creando también un efecto disuasorio mayor en cuanto a posibles ataques en el futuro. Considero así que la sentencia de la CPI supone un gran avance, sin embargo, creo que aún queda mucho camino para garantizar una auténtica protección internacional del patrimonio cultural.

He podido constatar que la importancia de proteger el patrimonio cultural a nivel internacional reposa sobre el hecho de que, al igual que los delitos cometidos contra las personas, la pérdida de bienes culturales provoca también gravísimas consecuencias. Por un lado, el patrimonio cultural constituye un elemento de la identidad de los pueblos, por lo que su destrucción se traduce en la destrucción misma del grupo. Por otro lado, toda la humanidad en su conjunto será víctima indirecta de la pérdida de bienes culturales. Bajo mi punto de vista, estos motivos justifican ampliamente la necesidad imperativa de mejorar y seguir desarrollando el marco jurídico que protege el patrimonio cultural.

De este modo, al reflexionar acerca de las motivaciones que llevan a atacar, robar o destruir el patrimonio cultural de una comunidad, y mediante el estudio de la teoría del “genocidio cultural” en la tercera parte del trabajo, propondría el reconocimiento del “genocidio cultural” como un nuevo instrumento jurídico que permitiera una protección del patrimonio cultural más amplia. De esta manera, la aplicación de la protección no necesitaría un contexto de conflicto armado para aplicarse y se solventaría el freno que supone la reserva de la “necesidad militar” establecida en la Convención de La Haya de 1954.

En resumen, la importancia que la comunidad internacional otorga a los bienes culturales ha ido aumentando durante los últimos años y ha permitido sensibilizar acerca de la necesidad de proteger el patrimonio cultural, convirtiéndose en un objetivo cada vez más presente en el derecho internacional contemporáneo. Para conseguir este propósito, es esencial seguir mejorando el cuadro jurídico a fin de constituir un régimen de protección realmente eficiente. Para ello, todos los Estados deben poner más esfuerzos en promover sus bienes culturales para sensibilizar acerca de su valor, deben respetar los textos jurídicos internacionales que tienen por misión proteger el patrimonio cultural, así como participar en la creación de instrumentos útiles para su salvaguarda.

BIBLIOGRAFÍA

1. TRATADOS Y OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, La Haya, 1954 y sus Protocolos.
- Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, Exportación y Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales, París, 1970.
- Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, París, 1972.
- Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, París, 2003.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.
- Estatuto Internacional del TPIY adoptado por el Consejo de Seguridad (Resolución 827, 25 de mayo de 1993).
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, *Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas: Derecho Penal Internacional y Defensa Judicial de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Nueva York, 16-27 mayo 2011, E/C.19/2011/4.
- Resolución 2347 del Consejo de Seguridad de la ONU de 2017.

2. JURISPRUDENCIA

- TPIY, Le Procureur c/ Radislav Krstic, affaire n° IT-98-33 (2/08/2001).
- Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen; Judgement, Prosecutor v. Radislav Krstić (IT-98-33-A), Appeals Chamber (19/04/2004).
- TPIY, Le Procureur c/ Miodrag Jokić, affaire n° IT-01-42/1-S (18/032004).
- CPI, Le Procureur c/ Ahmad Al Faqi Al Mahdi, affaire n° ICC-01/12-01/15 (27/09/2016).

3. DOCTRINA

- AGUILAR, Alexis, “Protección de bienes culturales en caso de conflicto armado”, *Revista Electrónica Amicus Curiae*, vol 1, n°5, septiembre-diciembre, 2015, en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/view/54584> (visitado el 10/01/2021).
- ASSAF, Nour. *La protection des biens culturels lors des conflits armés identitaires: exposé critique et propositions de réforme*, Université Jean Moulin Lyon 3, 2018.
- AVILÉS, Pablo. “El patrimonio cultural. Guerra, reconstrucción y valoración”, *Revista de la Inquisición, Intolerancia y Derechos Humanos*, n° 15, 2011.
- BEVAN, Robert, *La destrucción de la memoria*, Valencia: La Caja Books, 2019.

- BLAKE, Janet, “On defining the cultural heritage”, *The International and Comparative Law Quarterly*, nº49(1), 2000.
- BOLAÑOS, Jorge; RUIZ, Rosa, “Genocidio cultural”, *Revista Española de Defensa*, abril (2015), en: <https://www.defensa.gob.es/Galerias/gabinete/red/2015/red-316-genocidio-cultural.pdf> (visitado el 04/06/2021).
- DE RUEDA ROIGÉ, Francesc Josep, “La protección internacional del patrimonio cultural en caso de conflicto armado”, *Locvs Amoenvs*, nº4 (1998-1999).
- GÜNAY, Musab Talha, “Looking Humanity in the Eye and Seeing its Loss in the Eyes of the ICC: An Evaluation of Daesh’s Destruction of Palmyra using the Gravity Assessment Made by the ICC Prosecutor in the Al Mahdi Case”, *Santander Art and Culture Law Review*, 5(2), 2019
- HERNÁNDEZ, Augusto, “El derecho de los conflictos armados no internacionales: una visión introductoria”, *Agenda Internacional del Instituto de Estudios Internacionales*, 7(14), 2000, en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7252> (visitado el 16/06/2021).
- JAULIN, Robert, *La Décivilisation: Politique et pratique de l’ethnocide*, Bruselas: Éditions Complexe, 1974.
- LEMKIN, Raphael, “Le Génocide”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 17, 1946.
- LEMKIN, Raphael, *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington D.C., 1944, [trad. esp.: *El dominio del Eje en la Europa ocupada*, en LEMKIN, Robert.

Genocidio: Escritos, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, edición y estudio preliminar de Antonio Elorza, p. 219].

- LIZARANZU, María Teresa, “El papel de la UNESCO en la protección del patrimonio en zonas de conflicto”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº42, 2016, en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4960/documento/tribuna.pdf?id=6209> (visitado el 10/06/2021).
- LOSTAL, Marina, “La Protección de Bienes Culturales en el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (The Protection of Cultural Property under the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia)”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2012.
- MAINETTI, Vittorio, “De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé: L'entrée en vigueur du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954”, *Revue Internationale De La Croix-Rouge/International Review of the Red Cross*, 86(854), 2004.
- MELZER, Nils, *Derecho internacional humanitario: una introducción general*, Ginebra: CICR, 2019.
- NEGRI, Vincent, *Le patrimoine culturel, cible des conflits armés: de la guerre civile espagnole aux guerres du 21e siècle*, Bruylant: Bruselas, 2014
- PINEROS, Elena: “Primera condena de la Corte Penal Internacional por destrucción de patrimonio histórico en Tombuctú: el caso Al Mahdi”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 18 abril-septiembre, 2020, en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/5266> (visitado el 17/06/2021).

- SAN MARTÍN CALVO, Marina. “La acción normativa de la UNESCO y sus órganos asesores en el ámbito de la protección de los bienes culturales”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, nº 8, 2016, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5754867> (visitado el 13/06/2021).
- SAN MARTÍN CALVO, Marina: “La sanción penal internacional de los crímenes de guerra contra los bienes culturales. El asunto Ahmad al-Mahdi”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, nº 8, 2016, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5754872> (visitado el 16/06/2021).
- VERRI, Pietro, *Le dictionnaire du droit international des conflits armés*, Ginebra: CICR, 1988.

4. PÁGINAS WEB

- Heritage For Peace, *Convención de la UNESCO 1970*, <https://www.heritageforpeace.org/heritage-for-peace/legal-framework/unesco-convention-1970/?lang=es> (visitado el 22/12/2020).
- Legacy website of the ICTY, *L’acte d’accusation concernant Dubrovnik est rendu public dans son intégralité*, 2 de octubre de 2001, <https://www.icty.org/fr/sid/7948> (visitado el 04/03/2021).
- Legacy website of the ICTY, *Jugement rendu dans l’affaire Le Procureur c/ Miodrag Jokić*, 18 de marzo de 2004, https://www.icty.org/x/cases/miodrag_jokic/tjug/fr/040318_Jokic_Miodrag_summary_fr.pdf (visitado el 12/01/2021).

- Legacy website of the ICTY, *Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, <https://www.icty.org/fr> (visitado el 19/05/2021).

- Legacy website of the ICTY, *Arrêt rendu dans l'affaire Le Procureur c/ Miodrag Jokić*, 30 de mayo de 2005, https://www.icty.org/x/cases/miodrag_jokic/acjug/fr/050830_Jokic_summary_fr.pdf (visitado el 24/02/2021).

- Legacy website of the ICTY, *Miodrag Jokić Plaide coupable de six chefs de violations des lois ou coutumes de la guerre*, <https://www.icty.org/fr/sid/8208> (visitado el 21/05/2021).

- Legacy website of the ICTY, *L'acte d'accusation concernant Dubrovnik est rendu public dans son intégralité*, <https://www.icty.org/fr/sid/7948> (visitado el 04/03/2021).

- Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, *Convención de 1954*, <http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/unesco/es/QueeslaUNESCO/Convenciones/Paginas/Convención-de-1954.aspx> (visitado el 21/12/2020).

- Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, *Convención de 1970*, <http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/unesco/es/QueeslaUNESCO/Convenciones/Paginas/Convención-de-1970.aspx> (visitado el 21/12/2020).

- Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, *Convención de 1972*, <http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/unesco/>

[es/QueeslaUNESCO/Convenciones/Paginas/Convención-de-1972.aspx](https://www.unesco.org/es/QueeslaUNESCO/Convenciones/Paginas/Convención-de-1972.aspx)
(visitado el 22/12/2020).

- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [UNESCO], *¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial?*, <https://ich.unesco.org/es/que-es-el-patrimonio-inmaterial-00003> (visitado el: 29/12/2020).
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [UNESCO], *El Consejo de Seguridad de la ONU adopta una resolución histórica para la protección del patrimonio cultural*, <https://es.unesco.org/news/consejo-seguridad-onu-adopta-resolucion-historica-proteccion-del-patrimonio-cultural> (visitado el 18/06/2021).