

EVOLUCION JURÍDICA DE LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS BIENES CULTURALES EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA¹

SUMARIO:

I. EVOLUCIÓN JURÍDICA HASTA EL CONVENIO DE 1954. II. LA CODIFICACIÓN Y EL DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL: EL CONVENIO DE 1954 Y SUS PROTOCOLOS. III. LOS BIENES CULTURALES PROTEGIDOS. IV. LAS OBLIGACIONES GENERALES DE PROTECCIÓN. V. RÉGIMENES DE PROTECCIÓN ESPECIAL. VI. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN REFORZADA. VII. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN EN CASO DE OCUPACIÓN. VIII. LA OBLIGACIÓN DE EVITAR SAQUEOS Y DE RESTITUIR LOS BIENES CULTURALES ILÍCITAMENTE OBTENIDOS. IX. EL CONTROL DE APLICACIÓN Y EL RÉGIMEN RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL INDIVIDUAL.

I. EVOLUCIÓN JURÍDICA HASTA EL CONVENIO DE 1954

El interés por la protección internacional de los bienes culturales en caso de conflicto armado está de actualidad como consecuencia de expolios como el de Irak o de la Antigua Yugoslavia. El régimen jurídico internacional existente es contemporáneo, y encuentra sus orígenes en la progresiva sensibilidad que aparece a partir de la Ilustración, y más en general, desde las excavaciones (de Carlos III, entre otros), el desarrollo del coleccionismo etc.².

El primer gran debate internacional se produce después de los grandes saqueos napoleónicos, que dieron lugar al establecimiento del Museo del Louvre (Museo de la Humanidad) así como, en España, José I iniciaba lo que sería el Museo del Prado³. Muchos de los grandes museos occidentales de vocación universalista son el resultado de colecciones reales pero también de saqueos bé-

1. Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto I+D del Ministerio de ciencia y tecnología “Relevancia para España del régimen jurídico internacional de protección de la cultura y del comercio de bienes culturales”.

2. Vid. Sobre los antecedentes: O’ KEEFE, R., *The protection of cultural property in armed conflict*, Cambridge University Press, 2006, pp. 5 ss.

3. Vid. COLORADO CASTELLARY, A., “José I el gran expoliador”, *Descubrir el Arte*, año IX n. 107 (2008), pp. 26-32.

licos, bienes obtenidos por la colonización, las expediciones internacionales y las excavaciones, así como por compra y donación. De ahí que en la actualidad existan tantas reclamaciones de restitución⁴.

En la Conferencia de Viena de 1815 se debatió sobre el principio de la *restitutio in integrum* a los países en que habían sido expoliados en Europa (fuera de Europa ni se planteaba), que defendía UK⁵, al tiempo que traía los mármoles del Partenón. Además, en aquella época, se fue creando la idea de una vinculación sagrada entre pueblo, territorio y objeto cultural⁶, manifestación de un creciente nacionalismo cultural. Los defensores de la integridad de los museos argumentaron que la Francia post-revolucionaria era el depósito natural de la herencia artística europea, la mayor accesibilidad de las colecciones al gran público o la mejor protección del patrimonio. Los Tratados de paz guardaron silencio. *Viena no constituye por ello un precedente jurídico para la creación de una regla de restitución.*

El Código Lieber (1864) y los arts. 8, 16 y 17 de la Declaración de Bruselas (1874) serán relevantes en la formación de las *primeras reglas de protección de bienes culturales en caso de conflicto armado*. En 1880 el Instituto de Derecho internacional incluyó un art. 6 en su Manual de las leyes y usos de la guerra. Los Convenios de la Haya de 1899 y de 1907 no se referían de manera detallada a esta cuestión, si bien las referencias a las obligaciones de la potencia ocupante serán relevantes y el art. 56 de las leyes y costumbres de la guerra. Además, el art. 27 anejo al IV Convenio de 1907 establecía que en los asedios y bombardeos se debían tomar todas las medidas necesarias para ahorrar daños a edificios de culto, artes y ciencias, sino se empleaban con finalidad militar. Por

4. Vid. Sobre esto: CUNO, J., *Who owns antiquity?, Museums and the Battle over our ancient Heritage*, Princeton University Press, 2008, 228 pp; MERRYMAN, J.H., "Two ways of thinking about cultural property", *A.J.I.L.*, 831, 1986, pp. 831-853; del mismo autor, *Thinking about the Elgin Marbles. Critical Essays on Cultural Property, art and law*, Kluwer Law International, 2000, 468 (contiene un conjunto de estudios y trabajos que tocan la cuestión), del mismo autor, como coordinador, VV.AA., *Imperialism, art and restitution*, Cambridge University Press, 2006, 266 pp.; EVELYN GEORGE, T., "Using customary International law to identify fetishistic claims to cultural property", *New York University School of Law*, 2005, pp. 1207-1236; HUGUES, J., "The trend towards liberal enforcement of repatriation claims in cultural property disputes", *Georges Washington International Law review*, 131 (2000-2001), pp. 131-153; NAFZIGER, J.A.R., "The New International legal Framework for the return, restitution or forfeiture of cultural property", *N.Y.U.J. Int' l L. & Pol* 789-812, 1982-1983, p. 790; WILLIAMS, S.A., *The International and nacional protection of movable cultural property. A comparative study*, Oceana Publications, 1978, p. 14

5. WILLIAMS, S.A., *The International and nacional protection of movable cultural property. A comparative Study*, Oceana Publications, New York, 1978, p. 7.

6. VRDOLIAK, A.F., *International law, museums and the return of cultural objects*, Cambridge University Press, 2006, p. 19, 24, 25.

su parte, el art. 56 también disponía que debían ser perseguidas las destrucciones intencionales de monumentos históricos, obras de arte y ciencia. Además, la convención sobre bombardeos por fuerzas navales (la novena) se refería en su art. 5 a la protección de “monumentos históricos, de arte y de ciencia”.

La Primera Guerra Mundial⁷, que no fue muy destructora de bienes culturales, salvo en casos como los de Reims, Louvain o Arras condujo a diversas iniciativas, con objeto de suplir las insuficiencias de las normas internacionales en vigor. En los Tratados de Paz se compensaba a Bélgica por las pérdidas culturales causadas por Alemania (art. 247) y se restituían a Francia los trofeos, archivos y obras de arte que se hubiesen tomado en la guerra de 1870-1871 y en la primera guerra mundial (art. 245).

En los años treinta se aprueba el Tratado sobre la protección de Instituciones artísticas y científicas y monumentos históricos, llamado Pacto Roerich, firmado entre Estados Unidos y 21 Repúblicas americanas el 15 de abril de 1935. Establece que los monumentos históricos, museos, instituciones científicas, artísticas, culturales y educativas deben considerarse neutrales y como tales ser respetados y protegidos por los beligerantes (art.1). Creaba una bandera identificativa (círculo rojo con una triple esfera roja en fondo blanco) y preveía que los Estados enviasen a la Unión panamericana la lista de monumentos e instituciones protegidas. La protección se perdía si el bien era utilizado con fines militares (art. 5). Fue el primer tratado internacional específico⁸.

Tanto la guerra civil española como la Segunda Guerra Mundial fueron precedentes relevantes para la elaboración del Convenio de 1954. La guerra civil estuvo detrás de la preparación de un anteproyecto de convención internacional para la protección de monumentos y obras de arte en los conflictos armados, que serviría de base del convenio de 1954⁹, pero que no pudo fructificar a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial.

7. Sobre esto: GARNER, W., *International law and the World War*, 2 vol., London, 1920; KOWALSKI, W.W., *Art treasures and war: A study on the restitution of looted cultural property pursuant to public International law*, Schadla-Hall, T., London, 1998; TOMAN J., *La protection de biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la convention de la Haye du 14 mai 1954*, Editions UNESCO, 1994, 490 pp; CHAMBERLAIN, K., *War and cultural Heritage*, Institute of Art and Law, 2004; CLEMENT, E. y SEGUROLA, A., “Les instruments du Droit international public pour la protection des biens culturels”, *Intérêt culturel et mondialisation. Les aspects internationaux*, tome II, Sous la direction de N. Mezghani, M., Cornu, Collection Droit du patrimoine culturel et naturel, L’Harmattan, 2004, pp. 77-120, p. 80.

8. Se aplica en cualquier tiempo, para la protección de bienes culturales y se prevé la adopción de medidas legislativas internas, signos de identificación especial, preparación de listas de bienes etc..

9. Fue preparado por un Comité de expertos en el que estuvieron prestigiosos juristas como Lapradelle, Politis, Sas, Joinville, coordinados por Charles de Visscher. Así, por ejem-

Al inicio de la Segunda Guerra Mundial Francia y el Reino Unido declararon solemne y públicamente, el 3 de septiembre de 1939, que “en caso de guerra conducirán las hostilidades salvaguardando la protección civil y los monumentos que son el testimonio del género humano”¹⁰. El Reino Unido retiró formalmente esta declaración después del ataque aéreo a Rotterdam¹¹.

Una vez que Estados Unidos se involucra en la guerra crea, en 1942, un Comité para la conservación de los recursos culturales, junto a otras iniciativas¹². Los desembarcos aliados en Sicilia y Normandía aceleraron los esfuerzos de protección. Fue importante la *declaración de Londres*, de 1943 (de 18 Estados) que condenaba los actos de pillaje, y estimaba que debían considerarse nulas las transferencias de bienes culturales de territorios ocupados. Para Williams esa declaración suponía una novedad revolucionaria para el desarrollo del Derecho internacional¹³.

La práctica de la segunda guerra mundial fue relevante por el saqueo nazi de bienes públicos y privados –de judíos, en particular–, así como por la destrucción de bienes durante los ataques, en algunos casos deliberados como sucedió muy especialmente en algunos países eslavos de Europa del este, considerados inferiores por los atacantes. La condena de Rosenberg simbolizó el fin de una era –una era muy larga– en que el saqueo del arte era deplorado pero no constituía una violación del Derecho internacional¹⁴. Hasta la segunda guerra mundial las reglas relativas a la protección de la propiedad cultural eran inadecuadas¹⁵, aunque como hemos visto ya se habían producido unos desarrollos importantes.

plo, las obligaciones mínimas en protección, los límites derivados de la necesidad militar, la importancia de educar a las tropas, el compromiso de perseguir los actos de pillaje y destrucción, la concepción del patrimonio cultural como de interés de la humanidad, universal, y no sólo nacional. Vid. En *Révue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 1939, pp. 614 ss; sobre la guerra civil, véase, recientemente: COLORADO CASTELLARY, A., *Exodo y exilio del arte. La odisea del Museo del Prado durante la Guerra civil*, Cátedra, Madrid, 2008.

10. TOMAN, J., *op. cit.*, p. 37.

11. O'KEEFE, *op. cit.*, p. 64.

12. NICHOLAS, L.H., *El saqueo de Europa. El destino de los tesoros artísticos europeos durante el Tercer Reich y la Segunda Guerra Mundial*, Ariel, 2007. p. 257.

13. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 22.

14. MERRYMAN J.H., “Introduction”, *Imperialism, art and restitution*, Edited por Merryman, J.H., VV.AA., Cambridge University Press 2006, pp. 1-16, pp. 7 y 8.

15. MERRYMAN, J.H., “Two ways fo thinking about cultural property”, *AJIL* (1986), p. 835.

II. LA CODIFICACIÓN Y EL DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL: EL CONVENIO DE 1954 Y SUS PROTOCOLOS

A iniciativa de Holanda se celebró en la Haya una Conferencia intergubernamental, en 1954¹⁶, que dio lugar a la aprobación de la convención y del primer protocolo. Las disposiciones del convenio del 54, sobre las que volvemos luego, han contribuido a la cristalización de normas consuetudinarias de protección de bienes culturales en caso de conflicto armado¹⁷.

Pero el marco jurídico convencional y consuetudinario era insuficiente como pusieron de relieve los Estados¹⁸, la doctrina¹⁹, los expertos²⁰ y la práctica en los conflictos de Irak y la Antigua Yugoslavia²¹. Entre las principales críticas

16. A iniciativa de Holanda la IV sesión de la Conferencia General de la UNESCO adoptó una Resolución 6.42 sobre la defensa de los bienes de valor cultural; la secretaria de la UNESCO y el Consejo internacional de Museos prepararon un estudio que dio lugar a un Informe; posteriormente el Director General fue autorizado (Res.4.44) a presentar un proyecto de convención internacional, que fue enviado a los Estados y al Comité internacional de Museos. Un Comité de expertos presentó a la UNESCO, en 1952, tres documentos (comentario; proyecto de convención; proyecto de ejecución). Se creó un Grupo de Trabajo que preparó dos Informes y, finalmente, entre el 21 de abril y el 14 de mayo de 1954 se reunió en la Haya la Conferencia. Sobre los trabajos preparatorios del Convenio TOMAN, J., *op. cit.*, pp. 39 ss; CASANOVAS Y LA ROSA, O., "La protección internacional...", *op. cit.*, PANIAGUA REDONDO, "Regulación jurídico internacional de los bienes culturales en caso de conflicto armado", *Iuris. Cuadernos de política jurídica*, Generalidad de Cataluña, , nº 1, 1994. Vid. *Conférence Intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé. Actes de la Conférence convoquée par l'Organisations des Nations Unies pour l'Education, la science et la culture, tenue à la Haye du 21 avril au 14 mai 1954*, Publiés par le Gouvernement des Pays-Bas, La Haye, 1961 (están en la página web de la UNESCO).

17. En este sentido, MEYER, D.A., "The 1954 Hague cultural property convention and its emergence into customary international law", *Boston University international journal*, vol. 11, 1993, pp. 353 ss.

18. En las reuniones de los Estados Partes, que se han celebrado los días 16-25 de julio de 1962; 13 de noviembre de 1995; 13 de noviembre de 1997; 18 de noviembre de 1999; 5 de noviembre de 2001; 26 de octubre de 2005; 20 de diciembre de 2007.

19. BOYLAN, P.J., *Review of the convention for the protection of cultural property in the event of armed conflict*, UNESCO, París, 1993; vid. asimismo, sobre las deficiencias: BADENES CASINO, M., *La protección de los bienes culturales durante los conflictos armados. Especial referencia al conflicto armado en el territorio de la Antigua Yugoslavia*, Universitat de Valencia, 2005, pp. 108 ss.

20. Vid. HENCKAERTS, J.M., "Nuevas normas para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado: la importancia del segundo protocolo de la Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", *Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Reunión de expertos*, Servicio de asesoramiento en Derecho internacional humanitario, CICR, Ginebra, octubre de 2000, 2002, pp. 27-56.

21. En este sentido BORIES, C., *Les bombardements serbes sur la vieille ville du Dubrovnik. La protection internationale des biens culturels*, Cedin París, Perspectives internacionales nº 27, Editions Pedone, 2005, 234.

se indicaba la falta de eficacia, el escaso número de bienes inscritos en el registro internacional de bienes culturales bajo protección especial, la complejidad y lentitud del mecanismo de control, la inadecuación a los conflictos contemporáneos, la falta de desarrollo de medidas de aplicación por los Estados, la inadecuación de algunos términos jurídicos etc..

Por ello los días 15 a 26 de marzo de 1999 se reunió en la Haya una Conferencia diplomática con objeto de negociar el segundo protocolo²², que entró en vigor el 9 de marzo de 2004. Desarrolla las obligaciones de salvaguarda y respeto, establece un nuevo sistema de protección reforzada para bienes del patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad, desarrolla la responsabilidad penal, la jurisdicción y la cooperación judicial internacional. Además, crea un Fondo y un Comité para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, junto a otras disposiciones de menor relevancia. Asimismo, amplía el ámbito de aplicación de la Convención de 1954. Esta se aplicaba a guerras y situaciones de ocupación (art. 18), pero no a los conflictos no internacionales, en los que se aplicaban las disposiciones relativas al respeto de bienes culturales y, el resto, solo en el caso en que hubiese acuerdos especiales (art.19). El protocolo de 1999 extiende el ámbito de aplicación a los conflictos armados que no tengan carácter internacional²³. La relación entre la Convención y el segundo protocolo es de complementariedad (art.2).

III. LOS BIENES CULTURALES PROTEGIDOS

La noción de bien cultural del Convenio de 1954 se establece en el art. 1 del Convenio de 1954. Es el resultado del consenso entre Francia y otros países²⁴. Incluye tanto el continente como el contenido. Se protegen tanto los edificios cuyo objeto sea conservar los bienes culturales, como los bienes muebles e inmuebles de gran importancia para el *patrimonio cultural de los pueblos*.

22. Participaron 93 Estados partes en la Convención y 19 Estados no partes –estos como observadores así como un conjunto de organizaciones no gubernamentales especializadas en la materia (Comité Internacional de la Cruz Roja, Comité internacional del Escudo azul, Consejo Internacional de archivos, Consejo internacional de Museos, Consejo internacional de monumentos y sitios, Federación internacional de libreros). Vid. *Diplomatic Conference on the Second Protocol to the Hague Convention for the protection of cultural property in the event of armed conflict*, The Hague 15-26 March 1999, París junio de 1999.

23. Establece que el protocolo no se aplicará en situaciones de disturbios y tensiones internos, como tumultos, actos de violencia aislados y esporádicos y otros actos de carácter similar

24. Vid. Sobre los trabajos preparatorios del Convenio TOMAN, J., *op. cit.*, En cuanto a la definición véase pp. 64-73. Hubo una solución intermedia entre hacer una definición abstracta y general y enumerar con precisión los bienes culturales objeto de protección.

Cada Estado tiene la competencia discrecional para determinar los bienes a los que se aplica la protección. Por ejemplo, España consideró, en 1984, que los bienes protegidos eran aquellos incluidos en la lista de Patrimonio Mundial de la Humanidad de la UNESCO, en una posición restrictiva²⁵, que refleja por lo demás la falta de un estándar universalmente aplicado.

La noción de bien cultural del Convenio de 1954 se inserta en una lógica universalista. Los daños a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la Humanidad. Pero el Convenio protege tanto los bienes de importancia universal como los de relevancia local o nacional. En este sentido, como indicó el Presidente de la Conferencia intergubernamental de 1954 “no se trata solo de conservar los centros monumentales y los tesoros de renombre mundial sino de un gran número de bienes culturales que son preciosos para los países a los que pertenecen, a causa de su belleza o de la venerable tradición de que son testigos”²⁶.

La aprobación del Protocolo de 1999 ha introducido un nuevo régimen de protección reforzada para determinados bienes culturales calificados como *patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad*, que se define en el art. 10 del segundo Protocolo, donde se precisan las condiciones para que un bien cultural se ponga bajo la protección reforzada y, en primer lugar, se especifica que debe ser una *patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad*²⁷. Además, se indica que esté protegido por medidas nacionales adecuadas, jurídicas y administrativas, que reconozcan su valor cultural e histórico excepcional y garanticen su protección en el más alto grado²⁸. Se trata de una noción nueva que deberá ser objeto de una precisión mayor, como se está haciendo con la redacción de un Proyecto de principios rectores para la aplica-

25. Otros países han incluido los objetos de más de 100 museos, galerías y colecciones, como el Reino Unido, en 2004. Por su parte Austria incluyó 76890 objetos, Iraq unos 10.000 etc..O’ KEEFE, R., *The protection of cultural property in armed conflict*, Cambridge University Press, 2006, p. 105.

26. Actes de la Conférence de la Haye, *op. cit.*, p. 100.

27. Que sea patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad. Que esté protegido por medidas nacionales adecuadas, jurídicas y administrativas, que reconozcan su valor cultural e histórico excepcional y garanticen su protección en el más alto grado. Que no sea utilizado con fines militares o para proteger instalaciones militares, y que haya sido objeto de una declaración de la Parte que lo controla, en la que se confirme que no se utilizará para esos fines.

28. Esto ha sido interpretado por las líneas directrices en el sentido de que en el ámbito nacional se hayan adoptado medidas de identificación y salvaguardia de la propiedad de acuerdo con el artículo 5 (medidas de salvaguardia), que se han adoptado también medidas en el marco de la planificación y entrenamiento militar así como en el derecho penal en cuanto a la represión de los delitos contra la propiedad cultural bajo protección reforzada.

ción del segundo protocolo y en las discusiones del Comité para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado.

Esta noción no es exactamente igual que la de patrimonio mundial, aunque haya evidentes conexiones²⁹, pues el art. 10 requiere otros requisitos. Lo normal será, sin embargo, que coincidan en muchos casos. Canadá³⁰ ha hecho una propuesta de aproximación a la noción de patrimonio cultural de la mayor importancia de la humanidad³¹. Habrá que ir determinando, con la ayuda del Comité, los criterios que deben reunirse para esta noción³², lo que constituye una de las aportaciones más relevantes del protocolo.

IV. LAS OBLIGACIONES GENERALES DE PROTECCIÓN

La primera obligación general es la de *salvaguardia* (art.2 y 3). Los Estados deben “preparar en tiempo de paz la salvaguardia de los bienes culturales situados en su territorio contra los efectos previsibles de un conflicto armado” (art. 3). Algunos Estados como España todavía están en ello, a pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor. Esta obligación exige la adopción de medidas, algunas de las cuales se especifican en el Convenio que no es exhaustivo, y por tanto los Estados deben complementar.

En cuanto a las medidas previstas en la convención (art. 6, 7, 16) cabe destacar la identificación de bienes mediante emblema, la aprobación de reglamentos y ordenanzas militares para asegurar la observancia de la convención y establecer los servicios especializados en el respeto de los bienes culturales. Pero además se deben adoptar otras medidas para aplicar la convención. En esta línea ya en 1962 un grupo de Expertos señaló diversas medidas, como la elabo-

29. Primera Reunión del Comité para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, UNESCO, París 11 de junio de 2007, anexo I, p. 2.

30. Segunda reunión del Comité para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, UNESCO, 17-19 de diciembre de 2007.

31. En este sentido destaca que revista una importancia cultural excepcional, que sea único en su género y que su destrucción sea irreparable para la humanidad.

32. Segunda reunión del Comité para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, UNESCO, 17-19 de diciembre de 2007, pp. 2 y 3. Así, que sea un bien cultural excepcional que aporte un testimonio de uno o varios periodos de la evolución de la humanidad en el plano nacional, regional o mundial; que represente una obra maestra de la creatividad humana; que aporte un testimonio excepcional de una tradición cultural o de una civilización viva o que ha desaparecido; que sea la manifestación de un intercambio considerable de realizaciones humanas durante un determinado periodo de tiempo o en un área cultural específica del mundo, sobre la evolución de las artes y las ciencias; que tenga una importancia crucial para la identidad cultural de las sociedades de que se trate

ración de listas de bienes culturales, el microfilmado de archivos, la realización de planes de evacuación de edificios culturales, de emergencia y salvamento, de prevención de fuegos, de creación de órganos nacionales encargados de adecuar la legislación nacional, etc.

El art. 5 del segundo protocolo recoge algunas de estas medidas de salvaguardia³³, que se desarrollan en las Líneas directrices pues la lista sigue sin ser exhaustiva, en aras de la protección. En este sentido, las líneas directrices y el Comité recomiendan a las Partes que cooperen a nivel nacional e internacional y con las Organizaciones no gubernamentales en la adopción de nuevas medidas. En la actualidad, con independencia de que sea una cláusula abierta, los Estados deben adoptar un amplio conjunto de medidas de salvaguardia para cumplir con lo previsto en el Convenio y en los protocolos.

La *obligación de respeto* supone obligaciones en el ataque y en la defensa. Cuando se realiza un ataque existe la obligación de abstenerse de realizar actos de hostilidad contra los bienes culturales (art. 4). Además, no se aplica la *exceptio non adimplenti contractus* (principio de reciprocidad). Tiene uno de sus precedentes más relevantes en la orden del General Eisenhower, durante el desembarco de Normadía, de “proteger y respetar” los lugares históricos³⁴, y en la directriz de apoyo que declaraba que los oficiales de monumentos debían utilizarse para “la mayor ventaja en las zonas de las cuales eran responsables..”.

Esta obligación se vio complementada por el *Protocolo I a los convenios de Ginebra de 1949*, firmado el 8 de junio de 1977, al prohibirse los ataques indiscriminados (art. 51, 4) y excesivos, los ataques (art. 52) o represalias a los bienes de carácter civil, cultural y de culto, los actos de hostilidad contra monumentos históricos, obras de arte, lugares de culto que sean patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, o la utilización de esos bienes en apoyo del esfuerzo militar.

El protocolo del 99 desarrolla las precauciones en el ataque. Existe la obligación de verificar que los bienes no son civiles sino militares, o que los medios

33. Así destaca la preparación de inventarios, la planificación de medidas de emergencia para la protección contra los incendios o el derrumbamiento de estructuras, la preparación del traslado de bienes culturales muebles o el suministro de una protección adecuada in situ de esos bienes, y la designación de autoridades competentes que se responsabilicen de la salvaguardia de los bienes culturales.

34. Así como una directriz de apoyo que declaraba que los oficiales de monumentos debían utilizarse para la “mayor ventaja en las zonas de las cuales eran responsables..”. NICHOLAS, L.H., *El Saqueo de Europa. El destino de los tesoros artísticos europeos durante el Tercer Reich y la Segunda Guerra Mundial*, Editorial Ariel, 2007, 599 pp. , p. 331.

de ataque eviten o reduzcan el daño a los bienes civiles; o la obligación de abstenerse de realizar ataques excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. El art. 7 desarrolla las precauciones en el ataque, al indicar que se debe:

- a) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que van a atacar no son bienes culturales;
- b) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar y, en todo caso, reducir lo más posible los daños que se pudieran causar incidentalmente a los bienes culturales.
- c) Abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente daños a los bienes culturales que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;
- d) Suspender o anular un ataque si se advierte que: i) el objetivo es un bien cultural; ii) es de prever que el ataque causará incidentalmente daños a los bienes culturales que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

El art. 8 establece, por otro lado, precauciones contra los efectos de las hostilidades que deben tomar las Partes como alejar los bienes culturales de la proximidad de objetivos militares.

Del mismo modo se ha restringido la posibilidad de invocar, para atacar un bien cultural, la existencia de una *necesidad militar que impida de manera imperativa su cumplimiento* al establecer el art. 6 que sólo se puede invocar esta causa –prevista por el art. 4, 2 del convenio de 1954– si la propiedad cultural, por su función, es un objetivo militar, no hay alternativa y lo decide, al menos, un Jefe de Batallón. Interpretar cuando una necesidad militar impide de manera imperativa el cumplimiento no es sencillo. A tal efecto cabe recordar que el 23 de diciembre de 1943 Eisenhower distinguía, en la orden de protección de monumentos, entre las nociones de necesidad militar y conveniencia militar.

Del mismo modo las negociaciones de la Conferencia de la Haya del Convenio de 1954 el representante de España, Sr. Teixidor, señaló:

“l’Españe (...) n’ est pas d’ accord sur le concept de nécessité militaire, invoqué dans le projet, parce que l’ interpretation de ce principe a fréquemment donné lieu á des abus flagrants. Les considérations politiques doivent passer au second plan, et la première préoccupation de la Conférence doit être d’ assurer l’ efficacité de la future Convention sur le plan juridique. L’ état de nécessité militaire peut être considéré comme une “exception tolérable” dans certains cas, mais il ne doit pas

figurer comme l' un des principes qui régissent la convention, si l' on veut qu' elle ne reste pas lettre morte³⁵.

En la práctica esta cláusula de necesidad militar debe ser interpretada de manera restrictiva. Las demoliciones de casas en Israel han dado lugar a pronunciamientos de la Corte Suprema (*Hess v. Commander of the IDF in the West Bank*, HCJ 2056/04) en las que la Corte ha invocado el convenio de 1954 en relación con la demolición de edificios históricos de la ciudad vieja de Hebrón, estableciendo que debía ser supervisada por un experto en arqueología³⁶, lo que evidencia las dificultades prácticas que su aplicación conlleva.

V. REGÍMENES DE PROTECCIÓN ESPECIAL

i) La práctica contemporánea de creación de refugios culturales se inicia en los años veinte³⁷. Será en la guerra civil y en la segunda guerra mundial cuando tome fuerza³⁸. En la guerra civil española la República utilizó como refugios culturales las Torres de Valencia, el Castillo de Peralada, San Fernando de Figueras o la Mina de talco de la Bajol. La preocupación por la protección llevó al gobierno de la República y a otras instituciones culturales europeas a preocuparse por el salvamento de los tesoros españoles.

Posteriormente, en la Segunda Guerra Mundial ya desde 1938 los directores de los museos británicos empezaron a preparar refugios culturales en el metro y en regiones distantes de la capital. Los refugios mostraron gran utilidad debido a los importantes bombardeos que sufrió la capital durante la guerra, y del que resultaron dañados el British Museum, la Tate o la National Gallery. Francia también empezó pronto los preparativos de protección en refugios, destacando los castillos del Loira (en particular el de Chambord) u otras medidas de protección en las vidriadas de la Saint-Chapelle o de algunas catedrales como las de Chartres, Amiens o Metz. Otro ejemplo fue que la URSS llevó sus grandes museos o gran parte de ellos a territorios lejanos en la estepa siberiana en refugios como el teatro Novarsibirsh, Perum, en los Urales, Yekaterimburgo etc..³⁹

35. *Intervención del Representante de España en la Conferencia de la Haya de 1954*, Acta de la sesión plenaria, *op. cit.*, p. 117.

36. Sobre esto caso véase O' KEEFE, *op. cit.*, p. 131.

37. Así, en 1929 el Ministro de educación de Holanda había solicitado un estudio de planes para proteger las colecciones nacionales, y en 1933 un Comité británico había comenzado a estudiar precauciones contra los ataques aéreos

38. Vid. Sobre la guerra civil y la segunda guerra mundial, en cuanto a refugios culturales: VV.AA., *Descubrir el Arte*, año IV, nº 53 (julio de 2003), pp. 21-38.

39. Vid. NICHOLSON, *op. cit.* pp. 71, 75; O' KEEFE, *op. cit.* pp. 86 ss.

El Convenio de 1954 protege los bienes culturales, que deben tener un emblema (art. 10), mediante la concesión de inmunidad a los refugios. La protección obliga a no realizar actos de hostilidad frente a los refugios culturales, que no pueden ser utilizados como escudos culturales (art. 9 y 11). Su establecimiento exige, de conformidad con el art. 8, que estén situados lejos de objetivos militares o puntos sensibles (aeródromos, estaciones de radio, establecimientos destinados a trabajos de defensa nacional, puertos, estaciones de ferrocarril, una gran línea de comunicaciones). No se deben utilizar para operaciones ni fines militares. Asimismo puede colocarse bajo protección especial todo refugio para bienes culturales muebles, en cualquier lugar, si está construido de tal modo que según todas las probabilidades no haya de sufrir daños a consecuencia de bombardeos (art. 8, 2)

La aplicación de la figura de los refugios no ha tenido el éxito que hubiese sido de esperar. En 1959 Italia se comprometió, por ejemplo, a no utilizar Vía Aurelia, para necesidades militares, en caso de conflicto armado. Pero en la práctica convencional los refugios inscritos son muy pocos⁴⁰, por lo que habría que animar a los Estados a poner en marcha la convención de manera más previsoramente.

La inmunidad de un refugio cultural puede suspenderse si se utiliza para fines militares (art. 9). La suspensión de inmunidad sólo puede producirse si hay una necesidad militar ineludible (art. 11). El protocolo de 1999 establece en su art. 13 que para la pérdida de la protección especial el ataque debe ser el único medio de finalizar con el uso militar del refugio. La cancelación de la protección especial puede producirse si el refugio no cumple las condiciones de protección especial del art. 1⁴¹, o si hay una violación seria y continua del art. 12 (utilizar los bienes culturales en apoyo a la acción militar)⁴².

ii) Los arts 12 a 14 del Convenio regulan el régimen de transporte de bienes culturales (arts,12 a 14) bajo inspección internacional, que prevé el reglamento mediante convoyes que ostentarán el emblema del art. 16. Los Estados

40. Así en el *International register of cultural property under special protection* solo aparecen, en 2000 (CLT/CIH/MCO/2008?PI/46) aparecen los siguientes registros. En Austria el Refugio de Alt-Aussee (desde el 17 de noviembre de 1967); en República Federal de Alemania Zentraler Bergungsort Oberrieder Stollen; en Holanda las Comunas de Zandvoort, Heemskerk, Steenwijkerwold y Maastricht. Y el Estado de la Ciudad del Vaticano.

41. Que tenga gran importancia para la Humanidad, esté protegido por medidas nacionales, no sea utilizado para objetivos militares. Cada Estado, indica el art. 11 somete al Comité la lista de bienes sometidos a protección especial, que decide sobre la base del art. 10.

42. Según el Protocolo de 1999 el Comité ante una violación continua puede cancelar la protección especial; el Comité debe dar oportunidad a las partes de decir sus puntos de vista.

se obligan a abstenerse de actos de hostilidad contra un transporte efectuado bajo protección especial (art.12, 3)⁴³.

La práctica previa a estas disposiciones fue la de la guerra civil española y el transporte del Museo del Prado a Ginebra, en febrero de 1939. A finales de 1938, el pintor José María Sert, autor de los frescos de la Sala de la Sociedad de Naciones –ahora también acompañado por otro español, Barceló, cuya obra en la misma sede ha desatado incomprensiblemente la polémica–, inició las gestiones con la Oficina Internacional de Museos para salvar las obras en peligro. Jacques Avenol, Secretario General de la Sociedad de Naciones, contrario a intervenir en la guerra civil a consecuencia del acuerdo de no intervención, estableció un plan de acción que venía respaldado por la sociedad civil europea; las Organizaciones Internacionales no gubernamentales de la época en materia cultural realizaron un esfuerzo notable para la salvación del patrimonio español. El denominado Comité Internacional de Salvamento de los tesoros de arte españoles, presidido por David-Weil, presidente del Consejo de museos nacionales de Francia, y financiero judío cuya colección cultural sería expoliada por los nazis; también formaba parte del Comité el Director del Museo del Louvre, de la Tate Gallery, del Rijksmuseum, del Museo Metropolitano de Nueva York etc..

El Comité nombró a dos delegados (Jacques Jaujard; Neil MacLaren) que se encargaron de negociar con el Presidente del Gobierno de la República, Juan Negrín y con el Ministro de Asuntos Exteriores, Alvarez del Vayo, los días 2 y 3 de febrero de 1939. El objeto de dicha negociación, en un momento en que la guerra estaba perdida para la República y sólo se buscaba ganar tiempo para negociar una paz más honrosa, era el de evacuar las obras del Museo del Prado a Suiza, para ponerlas a resguardo de los rescoldos finales del conflicto.

Se hizo así el Acuerdo de Figueras, de 3 de febrero, cuyo contenido prefigura en gran parte el régimen establecido en los arts. 12 a 14 del Convenio de 1954. La evacuación se haría entre el 3 y el 9 de febrero en 61 camiones. El pintor Sert había escrito al Duque de Alba y éste al General Jordana (a la sazón Ministro de Asuntos Exteriores de Franco), solicitando la paralización de ataques aéreos, si bien estos fueron bombardeados con escaso éxito por la legión Condor, y la aviación italiana y nacionalista.

Uno de los elementos más relevantes fue el Acuerdo de Figueras, precedente muy significativo para la Inmunidad de embargo, captura y presa de los bienes culturales y de los medios de transporte del acuerdo de 1954, tal y como

43. Por su parte el art. 13, establece una disposición especial sobre transporte en caso de urgencia.

quedó configurado en el art. 8⁴⁴. El art. 14 del Convenio de 1954 indica que se otorgará inmunidad de embargo, de captura y de presa a los bienes culturales que gocen de la protección prevista en los arts. 12 y 13, a los medios de transporte dedicados al traslado de dichos bienes.

VI. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN REFORZADA

El protocolo del 99 prevé la creación de un régimen de protección reforzada. Para ello los Estados deben solicitar al nuevo Comité de protección de bienes culturales la inscripción en una lista del bien de que se trate. También podría el Comité invitar al Estado a que haga la solicitud, por propia iniciativa o por recomendación de algunas ONGs especializadas en la materia. El Comité debe basarse para adoptar una decisión sobre inclusión en la lista de un bien para que tenga protección reforzada exclusivamente en los criterios del art. 10 –anteriormente señalados–, teniendo en cuenta las alegaciones de los Estados, la opinión de los expertos, las OI y las ONGs. La decisión se toma por mayoría de 4/5 de los miembros del Comité.

La concesión de protección reforzada implica que tiene inmunidad, por lo que las partes se abstienen de atacarlo y no pueden utilizarlo con fines militares (art. 12). En el protocolo se contemplan las causas de pérdida, suspensión y anulación de la protección reforzada en los arts. 13 y 14. En esencia se puede perder o suspender, según los casos, si deja de tener los criterios exigidos en el art. 10 o si se utiliza con fines militares –en grave violación del art. 12–, momento en el que el Comité podría anular su inmunidad, retirándolo de la lista, lo que se notificaría al Director General de la UNESCO, al secretario general de Naciones Unidas y a las Partes en el Protocolo. Antes de adoptar esta decisión el comité daría a las partes la posibilidad de conocer sus pareceres. En el supuesto

44. “8. El Secretario General de la Sociedad de Naciones entregará el recibo de las obras y objeto de arte a él confiados al delegado del Gobierno español. 9. Este recibo implicará el compromiso de devolver, el día en que la paz sea restablecida en España, las obras y los objetos de arte confiados al Secretario General SDN únicamente al gobierno de España para que permanezcan como bien común de la nación española. El Gobierno de la República española desea afirmar vivamente que anhela poner urgentemente fuera de todo riesgo las obras mencionadas. Por esta razón, acepta los términos del noveno párrafo que precede, pero interpreta el último punto en el sentido de que en ningún caso las obras citadas podrán ser objeto de enajenación, retención o embargo, cualquiera que sea el procedimiento, la acción o el Tribunal. Es decir, que quiere afirmar su voluntad de que en ningún caso pueda ser limitada la propiedad de las obras, ni su posesión por la nación española cuando la paz se restablezca” El texto en Castellary, *op. cit.*, pp. 151-153.

en que el bien se haya convertido en “objetivo militar” sólo podría ser atacado, como ya vimos, siguiendo las precauciones del art. 13,2⁴⁵.

VII. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN EN CASO DE OCUPACIÓN

La concepción general del convenio de 1954 (art. 5) es que una Potencia ocupante debe cooperar con las autoridades nacionales competentes en la salvaguardia y conservación de los bienes culturales. Esta disposición encuentra sus antecedentes en la colaboración entre autoridades alemanas y francesas o italianas para la protección de bienes culturales en 1940 y 1943⁴⁶. La idea presente es la de una intervención mínima de la potencia ocupante, que debe cooperar en la preservación de los bienes. Solo en supuestos de intervención urgente (art. 5, 2) la potencia ocupante puede adoptar otras medidas, en cooperación con las autoridades nacionales.

Esta lógica de intervención mínima se completa en el Protocolo de 1999 que establece la necesidad de impedir las exportaciones y desplazamientos de propiedad ilícitos de bienes culturales, las excavaciones arqueológicas –salvo cuando sea absolutamente indispensable para salvaguardar, registrar o conservar– y la transformación o modificación de la utilización de bienes culturales con las que se pretende ocultar o destruir testimonios de índole cultural, histórica o científica.

Dicho esto, el expolio del Museo de Bagdad ante la mirada indiferente de tropas estadounidenses puso de manifiesto otros problemas, que exigen acudir a otras normas del derecho humanitario que complementen las normas específicas de que estamos hablando. En esta línea el art. 42 del reglamento de la Haya de 1907 establece que un “territorio está ocupado si se encuentra bajo la autoridad del ejército enemigo”. Una autoridad ocupante está obligada, indica el art. 43 (Convenio de la Haya) a mantener el orden público y la seguridad así como evitar el caos, el desgobierno, los pillajes y los robos, disposiciones que eran aplicables a USA en la ocupación de Iraq, en 2003, por lo que incumplió sus obligaciones en tanto que Potencia ocupante. Cabe recordar que en el caso de

45. Que establece que el ataque sea el único medio factible para poner fin a la utilización de ese bien, se hayan tomado prácticamente todas las precauciones posibles en la elección de medios y métodos de combate para poner término a la utilización y reducir al mínimo los posibles daños. Además se exige, salvo que las circunstancias lo impidan por exigencias de legítima defensa inmediata que el ataque haya sido ordenado por el más alto mando operativo, se haya dado aviso y dado un plazo a la parte contraria para que deje de utilizar ese bien como objetivo militar.

46. TOMAN, J., *op. cit.*, p. 104; O'KEEFE, *op. cit.*, p. 134.

Iraq la Resolución 1483 (2003) del Consejo de Seguridad confirma la aplicabilidad de las convenciones de la Haya y de Ginebra al conflicto (“...los poderes, responsabilidades y obligaciones específicas de esos Estados como potencias ocupantes que actúan bajo un mando unificado...”).

VIII. LA OBLIGACIÓN DE EVITAR SAQUEOS Y DE RESTITUIR LOS BIENES CULTURALES ILÍCITAMENTE OBTENIDOS

i) El art. 4, 3 del Convenio establece que los Estados se comprometen a prohibir, impedir y a hacer cesar, en caso necesario, cualquier acto de robo, de pillaje, de ocultación o apropiación de bienes culturales y a no requisar bienes culturales muebles ni tomar medidas de represalia contra los bienes culturales. Además, el primer protocolo establece que en ningún caso los bienes culturales podrán retenerse a título de reparaciones de guerra. En definitiva, en los conflictos hay que evitar cualquier robo, requisa, represalia o saqueo de bienes culturales.

Estas obligaciones descansan sobre los Estados que deben hacerlas cumplir a las fuerzas y al personal bajo su control. Además, el art. 15, 1 del segundo protocolo considera una violación grave robar, saquear o hacer un uso indebido de los bienes culturales protegidos y perpetrar actos de vandalismo contra ellos. Cabe hacer notar que la obligación de los Estados es “prohibir, impedir y hacer cesar”, lo que implica que los actos deben ser impedidos aunque no sean cometidos por miembros de las fuerzas armadas. Esto tiene que ver con la práctica durante la segunda guerra mundial.

La obligación de evitar saqueos y la proscripción de los botines es contemporánea. Cabe recordar que España fue uno de los Estados que sufrió el saqueo napoleónico. Napoleón pensaba que Francia tenía una gran misión cultural que cumplir en Europa y en el mundo, por lo que el saqueo sirvió para hacer el Museo Napoleón⁴⁷. Vino a España el director de este Museo, Dominique Vivant, para seleccionar las obras a saquear. En 1813 se enviaron unas cincuenta obras de Velázquez, Ribera, Murillo, Zurbarán, Claudio Coello, Carreño, Caxés, Mafra, Navarrete el Mundo, Cano, Rizzi, Collantes, Carducho, Ribalta, Herrera, Mazo, Pereda⁴⁸. En 1808 se habían llevado a París otras doscientas cincuenta. Finalmente cuando José I se iba de España en su equipaje constaba –indica Colorado– más de mil quinientos carros cargados con el tesoro artístico. Pero

47. Sobre esto COLORADO CASTELLARY, A., “Jose I el gran expoliador”, *Descubrir el arte*, año IX, n 107, pp. 28 ss.

48. COLORADO CASTELLARY, *ibidem*, p. 32.

en la batalla de Vitoria desapareció gran parte del botín. El resto de las obras fue llevada por los británicos al palacio de Lord Wellington en Londres, donde permanecen, pues cuando éste ofreció devolverlas Fernando VII se las regaló por haber llegado a su posesión por “medios tan justos como honorables”⁴⁹.

Pero será la Segunda Guerra mundial el momento contemporáneo en el que los pillajes, destrucciones y expolios de obras han sido enormes, y que tendrá relevancia para el Convenio de 1954⁵⁰. El saqueo se inició en Austria. Se permitió a 80.000 judíos que salieran del país si cedían sus bienes a la Oficina de emigración judía, que dependía de K.A. Eichmann. Las colecciones se amontonaban en el Museo Kunthistorisches. Prosiguió en Checoslovaquia y Polonia donde se confiscaron colecciones privadas y públicas y se destruyeron bienes culturales⁵¹. En países del Este como la URSS la limpieza cultural y el saqueo no tuvo contemplaciones, llevada a cabo por las Fuerzas de tareas especiales (Einsatzgruppen), bajo control de Rosenberg y su ayudante Utikal.

De conformidad con el antisemitismo nazi en Francia se saquearon unas 203 colecciones privadas de arte, muchas de ellas de judíos como Paul Rosenberg, la familia Rothschild, Bernheim-Jeune, David-Weill, Alphonse Kahn o Fritz Gutmann etc.. banqueros o marchantes de arte. Hace tres años Feliciano publicó un libro resultado de 8 años de investigaciones⁵² sobre la forma en que se hizo y el destino posterior de las confiscaciones de arte privadas, por órdenes directas de Hitler o del alto mando nazi (y de Goering, fundamentalmente). En 1940 a petición de Bormann y Goebels, Otto Rummel, director de los museos nacionales alemanes, haría un Informe que serviría de base para la posible reclamación de devolución de 1800 obras de arte de origen alemán, que todavía permanecían en museos franceses, y que habían sido transferidos por “compra ilegal” o conquista militar, fundamentalmente en época de Napoleón⁵³. En la

49. COLORADO CASTELLARY, *ibidem*, p. 32.

50. Vid. NICHOLAS, L.H., *El saqueo de Europa. El destino de los tesoros artísticos europeos durante el tercer Reich y la Segunda Guerra mundial*, Editorial Ariel, 2007, 599 pp.

51. Así se saquearon, entre otras cosas, en Checoslovaquia, la biblioteca de la Universidad de Praga, el Museo Nacional checo, los palacios del archiduque Fernando de Habsburgo, el conde Colloredo y el príncipe Schwarzenberg, y las colecciones Lobkowitz de armaduras, monedas y pinturas. Por lo que se refiere a Polonia muchas obras de arte se sacaron al extranjero antes de la invasión. Los nazis consideraban inferiores a los polacos (eslavos inferiores: arte degenerado de la raza humana) por lo que no tuvieron reparos en destruir y confiscar edificios y bienes culturales. Vid. NICHOLAS, *op. cit.*, pp. 63 y ss, pp. 80 ss.

52. FELICIANO, H., *El museo desaparecido. La conspiración nazi sobre las obras maestras del arte mundial*, Destino, 2004.

53. FELICIANO, H., *El museo desaparecido. ibidem*, p. 45 ss.

parte final de este Informe, del que solo se hicieron 5 copias el Dr. Kummel indicaba que “es cuestionable si todo el patrimonio francés será suficiente para reemplazar estas pérdidas” y que “los franceses no pueden objetar la legitimidad de esas reclamaciones”

En Francia se planteó una tensión entre la Wehrmacht y las otras fuerzas de ocupación alemanas sobre el saqueo⁵⁴. El Conde Metternich, que defendía el honor del Ejército alemán, insistía en la necesidad de cumplir con las reglas de las convenciones de la Haya de 1907. El 30 de junio Hitler había ordenado que todos los objetos de arte, públicos y privados, y en especial los que fuesen propiedad de los judíos fuesen “protegidos”. Al enviar esta directriz a la Wehrmacht el comandante supremo Keitel indicaba que los objetos no serían expropiados sino “transferidos a nuestro cuidado como seguridad para las negociaciones de la paz”. Esta directriz fue interpretada por Metternich en el sentido de resistirse al saqueo, por lo que se negó a que el Ejército trasladase obras de arte del Castillo de Chambord –donde se habían refugiado– a París, considerando que tanto el art. 48 de la convención de la Haya como el decreto de la Wehrmacht debían interpretarse en el sentido de que las obras debían quedarse, para ser protegidas, en el lugar en que estaban sin trasladarse fuera de Francia.

Sin embargo, Hitler especificó el 17 de septiembre ordenando al Ejército que prestara toda la ayuda posible al *Eisantzstab Reichsleiter Rosenberg* (ERR) puesto que éste estaba “autorizado a transportar a Alemania bienes culturales que le parecieran valiosos y protegerlos allí”. Hitler, posteriormente, autorizó el traslado de las obras que tenía el ERR a finales de 1940. Entre abril de 1941 y julio de 1944 salieron de Francia, según Nicholson (*op. cit.*, pp. 166 ss) 4174 cajones que llenaron 138 furgones con 22.000 lotes enviados al Reich, que fueron en gran parte al Castillo de Neuschwanstein (y al Monasterio de Buxheim, al castillo Nikolsburg en Checoslovaquia, a los castillos Kogl y Seisenegg en Austria) etc... Por lo demás y ante las protestas del gobierno de Vichy sobre las confiscaciones a los judíos, dirigidas al General Von Stulpnagel, éste solicitó al ERR un sustento jurídico de esas actividades, que lo prestó el jefe de actividades del ERR en el oeste, G. Utikal, resumiendo la locura de la filosofía nazi como base de la apropiación ilícita⁵⁵. Se estimaba que el “judío y sus bienes es-

54. Sobre esto NICHOLAS, L.H., *op. cit.*, pp. 150, 156, 158, 160, 166.

55. En esta línea en el Informe se indicaba que al conquistar Francia el ejército alemán la había liberado de la influencia del judaísmo internacional. Los judíos, por su acumulación de riquezas, habían impedido que el pueblo alemán tuviese su “propia parte de los bienes económicos y culturales del universo”. La mayor parte de los judíos de Francia venía originalmente de Alemania, por lo que la protección de sus obras debía considerarse una pequeña indemnización

tán fuera de toda ley y de los convenios de la Haya, dado que durante siglos los propios judíos habrían considerado a los no judíos fuera de sus leyes⁷⁷. Desgraciadamente 6 décadas después no se han establecido las medidas que impidan nuevos saqueos, ni se ha adquirido la suficiente concienciación de la necesidad de evitar este tipo de expolios.

El caso paradigmático y más reciente de saqueo el de *Irak*⁵⁶, cuna de las civilizaciones (Assur, Babilonia, Ninive, Hatra, Samara, Ujaidir.), objeto de uno de los más recientes e importantes expolios. El museo nacional de Bagdad fue creado por Satti el Husri durante el mandato británico en Irak; desde la independencia se fue enriqueciendo el museo y, en 1966, se inauguró uno nuevo. Hasta 1980, en que se llegó a la edad de oro de la arqueología en Irak, este museo había reunido más de 200.000 piezas relevantes. Según los últimos cálculos, siempre inciertos, se expoliaron 15.000 objetos de lo que se habrían recuperado hasta la fecha aproximadamente un tercio. Por su calidad era uno de los mejores del mundo. Fue saqueado una vez ocupado Bagdad, delante de tropas norteamericanas que estuvieron impasibles ante un importante saqueo. Se produciría una dimisión y una investigación sin mayores consecuencias.

En 1998 J. Russell publicó un libro titulado *The final sack of Niniveh*, que era una segunda edición de su tesis de 1990, de la que tuvo que retirar las fotos de más de 600 relieves del palacio de Rey Senaquerib, que entre ambas fechas habían sido robados. Desde el punto de vista jurídico internacional en el momento de la ocupación ni Estados Unidos ni el Reino Unido habían ratificado la Convención de 1954 o sus protocolos. Pero estos Estados están obligados por los convenios de la Haya y de Ginebra así como por las reglas generales de Derecho internacional consuetudinario. La decisión de *to invade on the cheap* hizo imposible, señala O'Connell, cumplir con las obligaciones internacionales⁵⁷. Además, de por esta razón se produjo como mínimo el incumplimiento de la debida diligencia *in vigilando*. Los casos ahora señalados muestran tanto la importancia como en ocasiones la ineficacia de las normas aplicables.

por los grandes sacrificios que el Reich ha hecho por la gente de Europa en su lucha contra el judaísmo". NICHOLAS, *op. cit.*, p. 172 ss

56. Vid., por ejemplo: "Saqueo en Irak: ¿Dónde están sus tesoros?", *Historia* 16, año XX-VII, nº 328, agosto de 2003, pp. 9-51. BALLART, J., *El patrimonio histórico y Arqueológico: valor y uso*, Barcelona, Ariel, 1997.

57. Vid. O'CONNELL, M.E., "Occupation failures and the legality of armed conflict: the case of Irati cultural property", *Art antiquity and law*, vol. IX, Issue 4, december 2004, pp. 322-363; MEYER, D., "The 1954 Hague cultural property convention and its emergente into Customary International law", *B.U. Int' LJ*, 349 (1993), pp. 387 ss.

ii) Cuando se producen este tipo de robos, expolios y saqueos se plantea el traslado de esos bienes a otros países y su entrada en el comercio ilícito de bienes culturales, que es una cuestión de gran actualidad⁵⁸. La guerra de Iraq, por ejemplo, inundó el mercado negro de piezas culturales procedentes de Irak, exportadas ilícitamente. Con independencia de que haya o no un conflicto armado internacional, el 80% del contrabando de bienes culturales es ilícito.

El Protocolo I del Convenio de 1954 establece que cada una de las Altas Partes Contratantes se compromete a impedir la exportación de bienes culturales de un territorio ocupado por ella durante un conflicto armado (art.1). Además, se comprometen a colocar bajo secuestro los bienes culturales importados en su territorio, que procedan directa o indirectamente de cualquier territorio ocupado (art.2). Por otro lado, los Estados que tengan la obligación de impedir la exportación de bienes culturales del territorio ocupado deberán indemnizar a los poseedores de buena fe de los bienes culturales (art. 3).

El análisis de este protocolo tiene relación con el Convenio sobre medidas para prohibir la importación, exportación y transferencia ilícita de bienes culturales, de 14 de noviembre de 1970, que considera ilícitas la exportación y transferencia de bienes culturales resultantes, directa o indirectamente, de una ocupación por Potencia extranjera⁵⁹, si bien es un instrumento concebido fundamentalmente contra el pillaje en tiempo de paz. Por su parte, la Convención de 1970 se complementa con la de 1995 en cuanto a la restitución internacional, desde el punto de vista del derecho internacional privado.

El protocolo contempla la devolución de los bienes culturales si bien prevé la indemnización del poseedor de buena fe. La UNESCO desde hace tiempo lleva promoviendo la restitución de los bienes culturales a sus países de origen⁶⁰. En la UNESCO un Comité intergubernamental para fomentar el retorno

58. Vid. sobre esto: BYRNE-SUTTON, Q., *Le trafic International des biens culturels sous l'angle de leur revendication par l'Etat d'origine*, Zurich, 1988; FRIGO, M., *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, Milano, 1986; WILLIAMS, S.A., *The International and national protection of movable cultural property. A comparative Study*, New York, 1978; FRAOUA, R., *Le trafic illicite des biens culturels et leur restitution*, Fribourg, 1985; GOY, R., "Le retour et la restitution des biens culturels a leur pays d'origine en cas d'appropriation illegale", *RGDIP* (1993), pp. 394 ss;

59. El convenio establece un conjunto de compromisos y medidas para combatir estas prácticas ilícitas: certificados de exportación (prohibición de salida sin certificado); prohibición de compra de bienes ilícitos; obligación de restituir; sanciones penales; llamamiento a los Estados en caso de pillaje; servicios de protección; medidas educativas etc..

60. Vid. un primer análisis global de la cuestión en *Return and restitution of cultural property*, Museum, vol. XXXI, n 1, 1979, 69 pp; RUDESTINE, D., "The rightness and utility of vo-

de los bienes culturales a los países de origen que analiza casos, promueve negociaciones bilaterales para su retorno e impulsa otras medidas de protección y de devolución⁶¹. Pero la doctrina internacionalista se plantea si esta disposición convencional de restitución prevista por el art. 3 del primer protocolo constituye la expresión de una norma consuetudinaria. Es cierto que existe práctica internacional de devolución, como hemos visto que sucedió tras las guerras napoleónicas, y las dos guerras mundial. Pero la cuestión es interpretar si estas prácticas de restitución constituyen la excepción a la regla, o la aplicación de una regla, valga la redundancia.

El Derecho viene en este ámbito de un amplio e histórico *Ius praedae*, de una importante práctica de pillajes. A juicio de Carducci aunque la historia evidencia ocasionalmente la afirmación de un principio de restitución hasta tiempos contemporáneos no era el reflejo de una norma consuetudinaria. La práctica de las dos guerras mundiales en materia de restitución⁶² (tratado de Versalles, al que ya nos referimos; tratados de paz) hacen difícil afirmar la existencia de una regla consuetudinaria. Según Carducci la práctica muestra un conjunto de elementos heterogéneos que están lejos de converger en una eventual *opinio iuris*⁶³. Además, para este autor, es relevante el hecho de que la obligación de restitución se incluyese en el protocolo, y no en la convención de 1954, lo que vendría a confirmar la ausencia hasta el momento de una regla consuetudinaria de restitución preexistente y suficientemente consolidada.

luntary repatriation”, *Cardozo Arts & Ent.L.J.*, 69, 2001, pp. 69-85; EVELYN GEORGE, T., “Using customary International law to identify fetishistic claims to cultural property”, *N.Y.U.Law Review* (2005), pp. 1207-1237.

61. Sin entrar en este tema cabe señalar su labor en muchos asuntos, con mayor o menor fortuna, como por ejemplo, en tiempos recientes, la reclamación de la cabeza esculpida de piedra de Medossa, sustraída del sitio Patrimonio mundial de la Humanidad de Hatra, entre Reino Unido e Iraq; la reclamación griega de los mármoles del Partenón, entre Reino Unido y Grecia; la esfinge de Boguskoy, entre Alemania y Turquía; el obelisco de Aksum, entre Italia y Etiopía; los archivos Oe-Kyujanggak, entre Francia y la República de Corea; artefactos Nok y Sokoto, entre Francia y Nigeria.

62. Vid. junto a lo analizado anteriormente: LACHS, M., *Le probleme de la propriété par la liquidation des suites de la seconde guerre mondiale*, AFDI, VII, 1961, pp. 40 ss.; PANZERA A.F., *La tutela internazionale dei beni culturali in tempo di guerra*, Turin, 1993; VISSCHER, C., de., “La protection internationale des objets d’art et des monuments historiques”, *RDILC*, XVI, 1935, pp. 244 ss.

63. Así, Carducci se refiere a la generalidad de las cláusulas de restitución, la diferencia del contenido, la frecuente oposición a su puesta en marcha por el Estado obligado. CARDUCCI, G., *La restitution internationale des biens culturels et des objets d’art. Droit commun, directive CEE, conventions de l’Unesco et d’Unidrot*, Préface de Paul Lagarde, LGDJ, 1997, pp. 125 ss.

IX. EL CONTROL DE APLICACIÓN Y EL RÉGIMEN RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL INDIVIDUAL

i) El art. 24 del Protocolo prevé la creación de un Comité para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, compuesto por miembros de doce Estados Partes, elegidos por la reunión de los Estados partes, con una representación equitativa de las regiones y culturas del mundo, entre personas competentes en patrimonio cultural, defensa o el Derecho internacional (art. 24, 3 y 24, 4). Se prevé que el Comité se reúna de manera ordinaria una vez al año y de manera extraordinaria cuando lo estime necesario (art. 24, 2). Las atribuciones del Comité, durante los 4 años de mandato, son las siguientes:

- Elaboración de los principios rectores de la aplicación del protocolo.
- El establecimiento de la lista de bienes culturales bajo la protección reforzada y la concesión, suspensión o anulación de dicha protección.
- La supervisión del protocolo, el examen de los Informes de las Partes y la formulación de observaciones al respecto.
- El análisis de las peticiones de asistencia internacional, la determinación del empleo del fondo y cualquier otra atribución que le encomienda la Reunión de las partes.

El Comité se ha reunido en 3 ocasiones⁶⁴ y ha examinado el Proyecto de principios rectores para la aplicación del Protocolo y algunas cuestiones controvertidas del mismo, como hemos visto. Hasta el momento ha analizado los tres primeros capítulos del Proyecto de principios rectores y una guía práctica presentada por Finlandia para la elaboración de los Informes periódicos de los Estados Partes. En todo caso, las funciones del Comité son muy relevantes, siendo un órgano que puede contribuir a una mejor aplicación e interpretación del Convenio.

ii) Otra cuestión importante en la protección del patrimonio cultural en los conflictos armados es la relativa a la responsabilidad penal internacional individual por el incumplimiento de las normas de protección.

En el pasado las guerras acababan con una amnistía por los crímenes cometidos, que normalmente constaba en los Tratados de paz. La primera en que se planteó sin mayores consecuencias la responsabilidad fue en la Subcomisión III sobre las responsabilidades por la violación de las leyes y costumbres de la guerra. El juicio de Nuremberg y la condena de Rosenberg, uno de los principales responsables del expolio, supondrá un paso adelante importante en la práctica internacional.

64. En la primera ocasión el día 11 de junio de 2007; en la segunda los días 17 a 19 de diciembre de 2007; en la tercera los días 4 a 6 de junio de 2008.

En este sentido, no cabe duda de que en el Derecho internacional actual se genera responsabilidad penal internacional por la destrucción de bienes culturales, si se reúnen determinadas condiciones del tipo penal internacional, en la medida en que constituye un crimen de guerra muy grave. Así se deduce del art. 8, 2, b, IX, del Estatuto de Corte Penal internacional, relativo a la violación grave de las leyes y usos aplicables en conflicto armado que establece, entre otras conductas: “dirigir intencionalmente ataques contra edificios destinados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, normalmente históricos, hospitales, y lugares en que se agrupe a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares”. Aquí se exige para que haya responsabilidad intencionalidad y que no sea un objetivo militar.

Por su parte el art. 15 del protocolo de 1999 considera que es una violación grave toda persona que, deliberadamente y en violación de la convención o del protocolo ataque (o utilice en apoyo de la acción militar) un bien cultural bajo protección reforzada, ataque o cause destrucciones importantes en los bienes culturales protegidos, robe saquee o haga un uso indebido de los bienes culturales protegidos y perpetre actos de vandalismo contra ellos.

El Tribunal para la Antigua Yugoslavia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la responsabilidad del General Pavle Strugar por la destrucción de bienes culturales en *Dubrovnic* (Croacia) en noviembre y diciembre de 1991⁶⁵. Cabe recordar que el 6 de diciembre durante el ataque ordenado por Strugar, se bombardeó el casco viejo de Dubrovnic.

Strugar apeló sobre la base de 100 errores de hecho y de derecho. Para la sala de apelación, Strugar tenía la capacidad de prevenir el bombardeo (par. 260). Consideró (par. 272) que se había producido un bombardeo extensivo, deliberado y en amplia escala sobre la ciudad vieja. Concluyó que la intención de los atacantes era tener por objetivo a “civiles y objetos civiles de la vieja ciudad”. Además,

65. Para el Tribunal de Instancia el bombardeo fue deliberado, y no iba dirigido a las posiciones militares croatas, causando amplio daños materiales en la ciudad vieja así como la muerte de dos personas que no tomaban parte activa en las hostilidades: la fiscalía acusó a Paule Strugar por responsabilidad criminal individual sobre la base del art. 7, 1 del estatuto por haber ordenado y ayudado. El Tribunal consideró que Strugar tenía la autoridad de iure así como el control efectivo de las fuerzas JNA involucradas en el bombardeo de la vieja ciudad: si bien antes del ataque podría no saber que se iba a producir sobre la ciudad vieja, fue informado de ello por una protesta de la *European Community Monitor Mission*. Esta información así como otros incidentes previos que se habían producido en octubre y noviembre de 1991 le habían dado la información del claro y alto riesgo de que la artillería bajo su mando bombardease la ciudad vieja. Strugar no adoptó los pasos necesarios para asegurar que parase o para investigarlo o adoptar medidas disciplinarias contra sus subordinados. *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Appeals Chamber, sentencia de 17 de julio de 2008.

resaltó la ausencia de objetivos militares en la ciudad vieja. Para la Sala el crimen de destrucción intencionada de la propiedad cultural (art. 3, d del Estatuto) es una *lex specialis* en relación con el ataque a objetivos civiles. El Mens rea requerido para el crimen es similar (la intención). Sobre la base de que toda la ciudad vieja de Dubrovnic estaba, desde 1979, en la *World Heritage list*, se consideró que cada estructura o edificio de la ciudad vieja caía dentro del ámbito del art. 3, d del Estatuto. Además había emblemas protectores de la UNESCO bien visibles desde las posiciones del ataque, por lo que los perpetradores del crimen eran razonablemente conscientes del estatuto de protección de la propiedad cultural de la ciudad vieja y que el ataque no podía estar justificado por necesidades militares.

En esta línea las jurisdicciones competentes para perseguir a los presuntos responsables de un crimen de guerra de esta naturaleza podrían ser un Tribunal internacional o una jurisdicción nacional ejerciendo su “jurisdicción internacional”. El protocolo de 1999 desarrolla en diversos preceptos la cooperación judicial internacional con objeto de dar vida al principio clásico *aut dedere aut iudicare* (vid. arts. 16 a 18).

Finalmente cabe traer a colación el supuesto de la trágica destrucción de los *Budas de Bamiyan*, por los talibanes, en el territorio de Afganistán. En ese caso no había un conflicto armado. Por ello el 17 de octubre de 2003 la UNESCO aprobó la *Declaración relativa a la destrucción intencional del patrimonio cultural*, que carece de valor jurídico vinculante, pero que es significativa y relevante en la evolución del Derecho internacional. Esta declaración se apoya en la aparición de reglas de derecho internacional consuetudinario relativas a la protección del patrimonio cultural, si bien no dice cuales; se apoya asimismo en el citado estatuto de corte penal internacional y en los convenios de protección del patrimonio cultural en supuestos de conflicto armado. Y el último considerando pretende rellenar las lagunas del Derecho internacional con los “principios del Derecho internacional, los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública”.

La declaración, que parte del reconocimiento de la importancia del patrimonio cultural, define qué es una destrucción intencional, y establece medidas que deben adoptarse para luchar contra la destrucción intencional del patrimonio cultural, en tiempos de paz y en caso de ocupación (arts. IV y V, respectivamente); además considera que responderá el Estado “en la medida en que lo disponga el Derecho internacional” (art. VI) y que los Estados deben adoptar medidas para prever penas efectivas que sanciones a los individuos que cometan u ordenen actos de destrucción intencional del patrimonio cultural de gran importancia para la humanidad, esté o no incluido en una lista mantenida por la UNESCO u otra Organización internacional.