

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

Marina Lostal Becerril*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA JURISPRUDENCIA DEL TPIY. III. REFLEXIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TPIY. IV. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: Desde que estallara la guerra de los Balcanes hasta ahora se han producido tres eventos importantes para el derecho de la protección de bienes culturales en los conflictos armados: la adopción del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que otorga jurisdicción a este tribunal para juzgar delitos contra los bienes culturales y religiosos; la aprobación en 1999 del Segundo Protocolo con el fin de confirmar y modernizar las obligaciones de la "Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado" de 1954; y la "Declaración de la UNESCO relativa a la destrucción intencional del patrimonio cultural" tras la destrucción de los Budas de Bamiyan en 2001. Mientras que estos dos últimos instrumentos han sido examinados de manera exhaustiva en otros trabajos, y a pesar de los más de 15 años de vasta jurisprudencia sobre el tema, todavía no existe un estudio actualizado de los casos del TPIY. Por ello, en este artículo analizo en orden cronológico la jurisprudencia que este tribunal ha producido al respecto desde 1997 hasta 2011 y, asimismo, avanzo la siguiente tesis: la interpretación del TPIY ha llevado a cabo una *involución* y una *evolución* con respecto al derecho convencional de protección de bienes culturales, así como una *revolución doctrinal* por la que ha conectado la destrucción de bienes culturales con el crimen de persecución y genocidio. Dado que la interpretación del TPIY no coincide en su mayor parte con la protección de bienes culturales plasmada en los tratados internacionales pertinentes, concluyo que, hoy por hoy, esta materia tiene una doble vida: una convencional y otra jurisprudencial.

ABSTRACT: Since the outbreak of the Balkan war, three major events have taken place in what regards the protection of cultural property in armed conflict: the adoption of the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia which gives this court jurisdiction to try crimes against cultural and religious property; the approval of the Second Protocol to confirm and upgrade the obligations of the "1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict"; and, finally, the "2003 UNESCO Declaration concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage"

Fecha de recepción del original: 21 de junio de 2012. Fecha de aceptación de la versión final: 2 de octubre de 2012.

* Licenciada en Derecho · Premio Extraordinario (Universidad de Zaragoza, 2008); Máster de Derecho · LL.M. (Universidad de Cambridge, 2009); Máster de Investigación en Derecho Europeo, Internacional y Comparado (Instituto Universitario de Florencia, 2010); Doctoranda en Derecho Internacional (Instituto Universitario de Florencia); *Visiting Ph.D. Student* (Universidad de Queensland, Australia). Marina.Lostal-Becerril@eui.eu.

motivated by the destruction of the Buddhas of Bamiyan in 2001. While the latter two instruments have been exhaustively examined in scholarly literature, no updated study of the ICTY case-law exists yet. In this paper I go through all such cases and underline the following idea: the interpretation of ICTY has given rise to an involution and an evolution vis-à-vis the treaty law for the protection of cultural property in armed conflict; as well as to a doctrinal revolution by linking the destruction of cultural and religious property to the crimes of persecution and genocide. Since the interpretation of the ICTY largely diverges from the treatment afforded to cultural property in treaty law, I conclude that the protection of cultural property in armed conflict has by now a double life: one conventional and one jurisprudential.

PALABRAS CLAVE: bienes culturales y religiosos, fines militares, persecución, genocidio, actus reus, mens rea.

KEYWORDS: *cultural and religious property, military purposes, persecution, genocide, actus reus, means rea.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde que la protección de bienes culturales ocupara la primera plana internacional en 1954 con la adopción de la “Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado” (Convención de La Haya de 1954), el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) ha sido la única institución que ha creado jurisprudencia al respecto.¹ Desde el establecimiento del TPIY en 1993² se han producido dos eventos importantes en esta materia: la aprobación en 1999 del “Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954” (Segundo Protocolo de 1999), así como la adopción de la “Declaración de la UNESCO relativa a la destrucción intencional del patrimonio cultural” en 2003 (Declaración de UNESCO de 2003) motivada por la destrucción de los Budas de Bamiyan por el régimen talibán. Mientras que estos dos instrumentos ya han sido examinados en varias ocasiones,³ a día

¹ Antes de 1954, el Tribunal de Nüremberg había condenado a varios criminales de guerra por la destrucción y pillaje de bienes culturales. Entre ellos el más famoso fue Alfred Rosenberg, quien llevó a cabo una política de saqueo de libros y objetos artísticos en los territorios ocupados. Ver NOWLAN, J., "Cultural Property and the Nuremberg War Crimes Trial". *Humanitäres Völkerrecht*, vol. 6, no. 4, 1993, pp. 221-23. La Corte Penal Internacional y el Tribunal de Camboya también incluyen crímenes de guerra contra los bienes culturales en sus estatutos, pero todavía no han tratado ningún caso al respecto. Ver artículos 8(2)(b)(ix) y 8(2)(e)(iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional y el artículo 7 de la ley de Establecimiento de las Cámaras Extraordinarias de la Corte de Camboya (NS/RKM/1004/006 - 2004).

² Resolución del Consejo General de Naciones Unidas de 15 de mayo de 1993: S/RES/827 (1993).

³ FERNÁNDEZ LIESA, C. "Evolución Jurídica De La Protección Internacional De Los Bienes Culturales En Los Conflictos Armados", *Anuario de Derecho Internacional* n° 25, 2009, pp. 239-262; ABAD LICERAS J.M., "Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y su Aplicación en las Reglas de Enfrentamiento (ROE's)", en DE TOMÁS MORALES S., (ed), *Las operaciones de mantenimiento de la paz y el derecho internacional humanitario*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 224-236; 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*, Valencia, Universitat de Valencia, 2005, pp. 105-137; GARCÍA LABAJO J.M., "La protección de bienes culturales en caso de conflicto armado", en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO J.L. (ed), *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 681-712; LENZERINI, F., "The Unesco Declaration

de hoy no existe un estudio actualizado que analice los casos en que el TPIY ha tratado la destrucción de bienes culturales.⁴

La importancia de un estudio de este tipo reside en tener una noción clara, global y actualizada de las decisiones del TPIY para poder así evaluar cómo su jurisprudencia se relaciona con la disciplina de la protección de bienes culturales en los conflictos armados, hasta ahora dominada por el derecho meramente convencional. Asimismo, sabiendo cuáles son los antecedentes establecidos por el TPIY, podremos hacernos una idea de cuáles serán los puntos de referencia sobre los que la Corte Penal Internacional argumentará sus futuros casos concernientes a la protección de bienes culturales. De hecho, el primer caso de la Corte Penal Internacional relativo a la destrucción de bienes culturales puede ser inminente después de que la jefe de la fiscalía (Fatou Bensouda) declarara en julio 2012 que la destrucción de las tumbas en Tombuctú, patrimonio de la humanidad, constituye un crimen de guerra del que su oficina tiene competencia para investigar a fondo.⁵

Además de presentar una relación cronológica de los casos del tribunal, en este artículo avanzo la siguiente tesis: la jurisprudencia del TPIY ha adoptado una actitud trivalente con respecto a la protección convencional de bienes culturales. En ocasiones, el tribunal ha retrocedido en el tiempo ofreciendo una interpretación de esta materia basada en ideas anteriores incluso a la acuñación del término “bienes culturales” como categoría legal.⁶ Esto ha ocurrido en gran parte porque el mismo Estatuto del TPIY ha optado por

Concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage: One Step Forward and Two Steps Back." Italian Yearbook of International Law, vol. 13, 2003, pp. 131-45; Prott, L.V. "The International Movement of Cultural Objects," International Journal of Cultural Property, vol.12, 2005, pp. 278-279; TOMAN, J., Cultural Property in War: Improvement in Protection: Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Paris, UNESCO Publishing, 2009; HENCKAERTS, J-M., "New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict." International Review of the Red Cross, nº 835, 1999, pp. 593-620.

⁴ Aunque hay tres publicaciones principales sobre la jurisprudencia del TPIY al respecto, la última se remonta a 2005. ABTAHI, H., "The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia." Harvard Human Rights Journal, nº 1, vol. 14, 2001, pp. 1-32, MERON, T., "The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict within the Case-Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia." Museum International, nº 4, vol. 57, 2005, pp. 41-60; FRULLI, M. "Advancing the Protection of Cultural Property through the Implementation of Individual Criminal Responsibility: The Case-Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia." Italian Yearbook of International Law, vol. 15, 2005, pp. 195-216.

⁵ *Aljazeera*, "ICC threatens Mali Islamists with war crimes", 2 de Julio de 2012, disponible en: <http://www.aljazeera.com/news/africa/2012/07/20127119538255768.html>.

⁶ La acuñación del concepto de “bien cultural” en el campo del derecho internacional corrió a cargo de la Convención de La Haya de 1954. Su artículo 1 dice: “Para los fines de la presente Convención, se considerarán bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario: a. Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos; b. Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a. tales como los museos, las grandes bibliotecas, los

una definición de crimen contra bienes culturales -de acuerdo con su artículo 3(d)- anclada en el “IV Reglamento de La Haya de 1907 Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre” (Reglamento de La Haya de 1907),⁷ y no en pautas convencionales más modernas, como las marcadas por la Convención de La Haya de 1954, o la de los “Protocolos Adicionales I y II de 1977 a las Convenciones de Ginebra de 1949” (Protocolos Adicionales I y II de 1977).⁸ En otras ocasiones y sin razón aparente, la jurisprudencia del TPIY se ha acercado a las normas de la Convención de La Haya de 1954, o de los Protocolos Adicionales I y II de 1977. Por ejemplo, alejándose de una interpretación literal de su Estatuto, el TPIY ha decidido que el

depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a.; c. Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a. y b., que se denominarán «centros monumentales».”

⁷ El artículo 3(d) del Estatuto relativo al crimen de guerra contra bienes culturales y religiosos reza: “Al Tribunal internacional le compete el enjuiciamiento de las personas que contravengan las leyes o usos de la guerra. Estas contravenciones comprenden, entre otras:... (d) la toma, destrucción o daño causado a los de establecimientos dedicados a la religión, a la caridad, a la educación, a las artes y a las ciencias así como a los monumentos históricos, a las obras artísticas y científicas.” Por su parte, los artículos 27 y 56 del IV Reglamento de la Haya de 1907 aplicables, respectivamente, en caso de conflicto armado u ocupación, dicen: (Art. 27) “En los sitios y bombardeos se tomarán todas las medidas necesarias para favorecer, en cuanto sea posible, los edificios destinados al culto, a las artes, a las ciencias, a la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en donde estén asilados los enfermos y heridos, a condición de que no se destinen para fines militares...” (Art. 56) “Los bienes de las comunidades, los de establecimientos consagrados a los cultos, a la caridad, a la instrucción, a las artes y a las ciencias, aun cuando pertenezcan al Estado, serán tratados como propiedad privada. Se prohíbe y debe perseguirse toda ocupación, destrucción, deterioro intencional de tales edificios, de monumentos históricos y de obras artísticas y científicas.”

⁸ De hecho, tras la segunda guerra mundial, se acusó al IV Reglamento de La Haya de 1907 de haber sido incapaz de reducir los desastres culturales de la guerra y, por tanto, la redacción de la Convención de 1954 se retuvo oportuna. La razón de la mayor sofisticación de esta convención reside en varios factores: al contrario del IV Reglamento de La Haya de 1907 que sólo hace valer su protección a escenarios muy específicos de conflictos armados internacionales y ocupación, las normas básicas de la Convención de La Haya de 1954 son aplicables en los conflictos armados tanto de carácter internacional, como no internacional (art. 19(1)). Bajo su articulado se distingue entre un régimen de protección ordinario y otro especial destinado a bienes de menor o mayor notoriedad cultural respectivamente (ver artículos 4 y 8). Finalmente, la convención prohíbe el mero uso que pueda derivar en daño o destrucción, aunque esta eventualidad no se materialice (artículo 4(1)). Lejos de suponer una excepción en el tiempo, las obligaciones esenciales de esta convención fueron reiteradas en los Protocolos Adicionales I y II de 1977 (arts. 56 y 16, respectivamente), así como en el Segundo Protocolo de 1999. Por el contrario, dado que el artículo 3(d) del Estatuto del TPIY (i) no dejó claro si también se aplicaba a los conflictos no-internacionales, (ii) adoptó una lista heterogénea de objetos a proteger que iba desde edificios religiosos a escuelas y, (iii) en último lugar, el tipo punible exigía un resultado de “toma, destrucción o daño” del objeto, este artículo supuso un retroceso en el tiempo y el derecho. Ver O'KEEFE, R., *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict* (Cambridge, Cambridge University Press) 2006, p. 101; M. FRULLI, R. WOLFRUM y A.F. VRDOLJAK han ya notado la divergencia de trato entre los estatutos de las cortes penales internacionales y el derecho convencional de protección de bienes culturales en sus artículos: FRULLI, M. “The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The Quest for Consistency.” *European Journal of International Law*, vol. 22, n° 1, 2010, pp. 203-217; WOLFRUM, R. “Reflections on the Protection of Cultural Property in Armed Conflict,” en Heinz-Peter Mansel (ed.), *Festschrift für Erik Jayme* (München: Sellier European Law Publishers), 2004, pp. 1789-1800; VRDOLJAK, A. F. “Cultural Heritage in Human Rights and Humanitarian Law.” en *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Orna Ben-Naftali (ed.) (Oxford, Oxford University Press) 2011, p. 284.

régimen especial del artículo 3(d) sólo se aplica a los bienes religiosos y culturales *que representan el patrimonio cultural de los pueblos*, requisito que se encuentra en la Convención de La Haya de 1954.⁹ Finalmente, el tribunal ha planteado una serie de innovaciones inusitadas en el derecho convencional. Esta innovación doctrinal¹⁰ consiste en haber establecido un vínculo directo entre la destrucción de bienes culturales y religiosos con los crímenes que afectan derechos fundamentales de la persona. Más concretamente, el TPIY ha dictaminado que la obliteración o menoscabo de un bien cultural o religioso, cuando tenga graves consecuencias para la víctima (el grupo humano) y se haya cometido bajo presupuestos discriminatorios puede equivaler al *actus reus* del crimen contra la humanidad de persecución. De manera similar, el TPIY ha observado que si esta destrucción se lleva a cabo con la intencionalidad específica de erradicar a tal grupo humano de manera física o biológica, tal acto puede dar lugar al *mens rea* del crimen de genocidio. Por todo ello mantengo que el tratamiento de bienes culturales en el TPIY representa con respecto a esta disciplina una *involución* y una *evolución*, así como una *revolución* en relación a los crímenes contra los derechos fundamentales.

Este estudio está dividido fundamentalmente en dos partes: (i) la exposición cronológica de todos los casos del TPIY sobre bienes culturales y (ii) la evaluación de la interpretación del Tribunal con respecto al derecho convencional vigente. En la primera parte se hace hincapié en el perfil del acusado y su sentencia, y se contextualiza la contribución del caso a la disciplina de la protección de bienes culturales en los conflictos armados. En la segunda parte se sintetizan los elementos principales de la jurisprudencia del TPIY, y de ahí se expone la tesis de la *involución*, *evolución* y *revolución*. En la conclusión se invita a reflexionar sobre si la jurisprudencia del TPIY debe verse en líneas generales como un adelanto o un retraso con respecto al derecho convencional de protección de bienes culturales.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TPIY

1. Duško Tadić

Duško Tadić, de nacionalidad bosnio-serbia, fue condenado a 20 años de prisión por crímenes contra la humanidad y contravenciones de las leyes y usos de la guerra a cuenta de matanzas, palizas, traslados forzosos, y del ataque sobre la localidad bosnia de Prijedor.¹¹ Aunque sus actos no incidían directamente sobre la destrucción o daño

⁹ Ver artículo 1 de la Convención de la Haya de 1954.

¹⁰ Theodor Meron apuntó ya en 2005 que “[i]n terms of the doctrinal contribution which our Tribunal has made to international law protecting cultural property in times of military conflict, I would single out the notion, elaborated in several cases I have discussed, that the destruction of institutions dedicated to religion or education can, if committed with the requisite discriminatory intent, amount to persecution as a crime against humanity.” MERON, T., "The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict within the Case-Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia." *Museum International*, n° 4, vol. 57, 2005, p. 56.

¹¹ Initial Indictment, *Prosecutor v. Dusko Tadić* (IT-94-1-T), pp. 1 y 2.

ocasionado a bienes culturales, el caso de *Tadić* ha sido esencial para el desarrollo de la jurisprudencia del TPIY ya que estableció las dos condiciones necesarias para que se dieran los tipos de los artículos 2 (infracciones graves de las Convenciones de Ginebra de 1949), 3 (contravenciones de las leyes y usos de la guerra) y 5 (crímenes contra la humanidad) del Estatuto. Éstas eran (y siguen siendo):

- “a) Tiene que haber un conflicto armado;
- b) Y tiene que existir un nexo entre los actos cometidos y el conflicto armado.”¹²

Asimismo, determinó cuáles eran los requisitos generales para que pudiéramos hablar de contravenciones de las leyes y usos de la guerra en el sentido del artículo 3.

“[L]as condiciones necesarias para satisfacer los requisitos del Artículo 3 del Estatuto son:

- (i) la contravención debe constituir la infracción de una regla de derecho internacional humanitario;
- (ii) la regla ha de ser consuetudinaria o, si pertenece a un tratado, deben cumplirse las condiciones necesarias;
- (iii) la contravención ha de ser “seria”, es decir, debe referirse a una regla que proteja valores importantes, y la contravención debe conllevar graves consecuencias para la víctima; y
- (iv) la contravención debe comportar, de acuerdo con el derecho consuetudinario o convencional, la responsabilidad criminal individual de la persona responsable por la violación de la regla.¹³

Estos cuatro puntos han pasado a llamarse las “cuatro condiciones de *Tadić*” y han sido reiteradas a lo largo de los más de 15 años de jurisprudencia del TPIY.¹⁴ Aunque el delito contra los establecimientos religiosos y culturales del artículo 3(d) tiene sus propios elementos, las cuatro condiciones *Tadić* siguen actuando como condiciones “paraguas” de este delito.

2. Tihomir Blaškić

Éste fue uno de los primeros casos deliberados por el tribunal, ya que Tihomir Blaškić se entregó voluntariamente en 1996. En marzo de 2000 fue condenado a 45 años de prisión a causa de varios crímenes contra la humanidad, que incluían el de persecución contra la población bosnio-musulmana, y contravenciones de las leyes y usos de la guerra. La sala de apelaciones redujo posteriormente su condena a 9 años.¹⁵

¹² Judgement, *Prosecutor v. Dusko Tadić* (IT-94-1-T), Sala de Primera Instancia, 7 de mayo de 1997, párr. 560.

¹³ Judgement, *Prosecutor v. Tadić* (IT-94-1-T), Trial Chamber, 7 May 1997, párr. 610. (Traducción propia).

¹⁴ Por ejemplo, *Prosecutor v. Mladen Naletilić & Vinko Martinović* (IT-98-34-T), Trial Chamber, 31 March 2003, párrs. 224-231; Judgement, *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević* (IT-05-87/1-T) Trial Chamber, 23 February 2011, párrs. 1528 y ss.

¹⁵ Judgement *Prosecutor v. Tihomir Blaskić* (IT-95-14-A), Appeals Chamber, 29 July 2004, p. 257.

Parte de su acusación concernía a la destrucción masiva de mezquitas en el territorio de Bosnia-Herzegovina, particularmente en la zona central de Lašva Valley. La sala de primera instancia se pronunció aquí por primera vez sobre los elementos específicos de este delito, sobre los que el artículo 3(d) no dice nada. A pesar del silencio del artículo, la sala decidió que se habían de cumplir 2 condiciones:

- “(1) Los establecimientos dedicados a la religión o a la instrucción no debían ser utilizados para fines militares.
- (2) Asimismo, no debían estar situados cerca de los objetivos militares.”¹⁶

Mientras que la excepción basada en el uso para fines militares estaba inspirada en el Reglamento de La Haya de 1907 y, por tanto, la sala reiteraba la regresión temporal del Estatuto, nunca antes se había exculpado la destrucción o perjuicio causado a bienes culturales por su mera cercanía a objetivos militares. Esta insólita condición restaría garantías a la protección de los bienes culturales porque, en primer lugar, no se especifica cuánta lejanía o cercanía se requiere para estimar que un bien cultural está situado o no en la proximidad inmediata de un objetivo militar. En segundo lugar, no se esclarece la razón de fondo por la que la cercanía a un objetivo militar justificaría el ataque *directo* a un monumento cultural o establecimiento dedicado al culto.

En otro orden de cosas, tomando inspiración de un informe de la Comisión de Derecho Internacional, la sala de primera instancia dictaminó que el crimen contra la humanidad de persecución¹⁷ podía ser perpetrado a través de distintos tipos delictivos, incluyendo el siguiente:¹⁸

- “La persecución puede por lo tanto darse en forma de confiscación y destrucción de viviendas y negocios particulares, *edificios simbólicos*, o medios de subsistencia pertenecientes a la población musulmana de Bosnia-Herzegovina”.¹⁹

Es decir, la destrucción de los edificios simbólicos, tal y como lo son los edificios históricos emblemáticos de una ciudad o, en este caso, las mezquitas utilizadas por la población musulmana, pueden suponer el *actus reus* o elemento constitutivo del crimen de persecución. Este hallazgo fue confirmado por la sala de apelaciones cuando dijo que “la destrucción de ciertos bienes, dependiendo en su extensión y naturaleza, puede representar el crimen de persecución”²⁰ Dado que ningún tratado internacional había establecido esta conexión entre la destrucción de edificios simbólicos con los crímenes contra la humanidad, el caso *Blaskić* representó el inicio de una corriente nueva dentro de la disciplina de la protección de bienes culturales.

¹⁶ Judgement, *Prosecutor v. Blaskić* (IT-95-14-T), Trial Chamber, 3 March 2000, párr. 185.

¹⁷ Artículo 5(h) del Estatuto.

¹⁸ Judgement, *Prosecutor v. Blaskić* (IT-95-14-T), Trial Chamber, 3 March 2000, párr. 185. párr. 218.

¹⁹ *Ibid.* (énfasis añadido).

²⁰ Judgement, *Prosecutor v. Blaskić* (IT-95-14-A), Appeals Chamber, 29 de julio 2004, párr. 133 (traducción propia).

3. Dario Kordić y Mario Čerkez

Los bosnios-croatas Dario Kordić, político de cierta notoriedad, y Mario Čerkez, militar de carrera, fueron miembros de la formación militar conocida como Consejo Croata de Defensa o HVO (*Hrvatsko Vijeće Obrane*) y estuvieron íntimamente implicados en los enfrentamientos contra los bosnios-musulmanes.²¹ Fueron sentenciados a 25 y 15 años respectivamente por crímenes contra la humanidad, violaciones de las Convenciones de Ginebra de 1949 y contravenciones de las leyes y usos de la guerra.

Entre la destrucción sistemática de objetos civiles pertenecientes a la población musulmana, uno de los edificios reducidos a cenizas fue la escuela primaria de Dubravica.²² A raíz de esto, la sala de primera instancia quiso esclarecer si los establecimientos dedicados a la educación tenían un carácter cultural y, por tanto, incurrían en el tipo del artículo 3(d). Para resolver este punto, la sala repasó por primera vez *todas* las convenciones en vigor que trataban el tema de la protección de bienes culturales. Después de tomar nota del Reglamento de La Haya de 1907 y del primer Protocolo Adicional de 1977, la sala subrayó que, de acuerdo con la Convención de La Haya de 1954, los bienes culturales se refieren a aquellos objetos muebles o inmuebles que tengan “una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos” (artículo 1). A partir de esta observación, el TPIY concluyó lo siguiente:

“La Sala de Primera Instancia apunta que los establecimientos dedicados a la educación son, sin lugar a dudas, bienes de gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos ya que son, sin excepción, centros de aprendizaje, de arte y ciencias, con sus valiosas colecciones de libros, obras de arte y de ciencia.”²³

El artículo 3(d) del Estatuto no menciona que los establecimientos tengan que satisfacer un umbral mínimo de relevancia cultural; este requisito fue introducido por la Convención de La Haya de 1954. Por consiguiente, la sala había decidido supeditar la interpretación estrictamente literal del artículo 3(d) con el fin de acercarlo a los parámetros de un tratado internacional más avanzado en el tiempo.

En lo que respecta a los crímenes contra la humanidad, la sala reiteró la opinión de que el derribo de mezquitas y edificios dedicados a la religión en general podían dar lugar a actos persecutorios. Mientras que en *Blaškić* la destrucción de sitios religiosos y culturales se había agrupado junto con la destrucción de objetos civiles en general, en este caso la sala notó que los bienes culturales y religiosos presentan características especiales, dada su conexión directa con el grupo humano que representan:

“Este acto, cuando es perpetrado con la intención discriminatoria requerida, equivale a un ataque contra la identidad religiosa de un pueblo. Como tal, manifiesta una pura expresión de la noción de “crímenes contra la humanidad”

²¹ Indictment, *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez* (IT-95-14), pp. 1 y 2.

²² *Ibid.* párr. 26.

²³ *Prosecutor v. Kordić and Čerkez* (IT-95-14/2-T), Trial Chamber, 26 February 2001, párr. 360 (traducción propia).

dado que toda la humanidad resulta en efecto dañada por la destrucción de una cultura religiosa única y de sus objetos culturales concomitantes. Por lo tanto, la sala de primera instancia halla que la destrucción y el daño intencional ocasionado a los establecimientos dedicados a la religión o educación musulmana, junto con la intención discriminatoria requerida, puede equivaler a un acto de persecución.²⁴

En sede de apelación se confirmaron todos los hallazgos de la sala de primera instancia, menos uno:

“La sala de apelaciones no puede ver cómo todos los establecimientos dedicados a la educación cumplen estos criterios. Por consiguiente, la sala de apelaciones observa que la sala de primera instancia erró cuando consideró que “los establecimientos dedicados a la educación son, sin lugar a dudas, bienes de gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos”²⁵

Hay que notar que aunque esta sentencia corrigió la opinión de la sala de primera instancia, no disputó que el *criterio* a satisfacer era aquel de que los bienes tenían que ser de gran importancia para el patrimonio cultural. Por lo tanto, en el TPIY se mantuvo el acercamiento del artículo 3(d) del Estatuto a los estándares de la Convención de La Haya de 1954, y así sería por algún tiempo (ver más adelante el caso *Hadžihasanović & Kubura*).

4. Biljana Plavšić

Este proceso es uno de los pocos donde en el banco de los acusados se sentaba una mujer. Biljana Plavšić, profesora universitaria de biología y miembro de la presidencia de Bosnia-Herzegovina a partir de 1992, fue acusada y sentenciada por crímenes contra la humanidad dirigidos a la población bosnio-musulmana. La sala de primera instancia declaró a propósito de este caso que ninguna sentencia podría nunca reflejar el horror de lo ocurrido y el impacto terrible que esto tuvo sobre las víctimas.

Bajo su influencia se echaron abajo más de 100 mezquitas, dos maktab (escuelas musulmanas) y siete iglesias. Algunas de estas instituciones fueron construidas en la Edad Media y por tanto eran de alto significado cultural.²⁶ Dada la admisión de culpabilidad de Biljana Plavšić, la elaboración doctrinal de la sala de primera instancia es bastante limitada siendo ésta una de las sentencias más cortas producidas por la sala de primera instancia (44 páginas). No obstante, sí se reiteró que la destrucción de instituciones religiosas podía dar lugar a un crimen de persecución, y que el alcance y extensión de estos actos también ilustraban el grado de gravedad del crimen.²⁷ La línea de pensamiento por la que la destrucción de bienes culturales y religiosos estaba

²⁴ *Ibid.* párr. 207 (traducción propia).

²⁵ Judgment, *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez* (IT-95-14/2-A), Appeals Chamber Judgment, 17 December 2004, párr. 92.

²⁶ Judgment, *Prosecutor v. Biljana Plavšić* (IT-00-39&40/1-S), Trial Chamber, 27 February 2003, párr. 44.

²⁷ *Ibid.* párr. 52.

íntimamente ligada a los actos de persecución parecía así ganar aprobación a lo largo y ancho de las salas del TPIY.

Aunque Biljana Plavšić fue condenada a 11 años de prisión, esta relativamente corta pena se explica por su entrega voluntaria, admisión de culpabilidad, remordimiento, avanzada edad y actitud tras el conflicto.

5. Radislav Krstić

Radislav Krstić fue la primera persona condenada por genocidio en el tribunal para la antigua Yugoslavia. Radislav Krstić había sido teniente general de las fuerzas militares nacionales yugoslavas o JNA (*Jugoslovenska Narodna Armija*) y, junto con el recientemente aprehendido Ratko Mladić, estuvo detrás de la masacre de musulmanes bosnios en Srebrenica en 1995. En un principio fue condenado a 46 años de prisión, hasta que la sentencia en apelación lo redujo a 35 años.²⁸

El crimen de persecución y el de genocidio parecen muy similares dado que ambos están dirigidos contra un grupo que se define como tal por su carácter nacional, étnico, racial o religioso.²⁹ Sin embargo, mientras que los actos persecutorios pueden adoptar diversas formas tal y como evidencia la interpretación abierta del TPIY del artículo 5 del Estatuto, en el caso de genocidio el tipo delictivo exige que la intencionalidad del perpetrador sea la de erradicar, en todo o en parte, el grupo al que las víctimas de genocidio pertenecen, y que dicha erradicación se lleve a cabo de manera física o biológica exclusivamente. Como diría el TPIY en el caso de *Kuprestić et al.*:

“Se podría decir que, desde el punto de vista del *mens rea*, el genocidio es la forma más extrema e inhumana del crimen de persecución. En otras palabras, cuando la persecución escala a su versión más extrema y sus actos intencionales y deliberados tienen como objetivo la aniquilación de un grupo, o de parte de un grupo, se puede constatar que tal persecución equivale a genocidio.”³⁰

Prosiguiendo sobre la línea de que el impacto de la obliteración de lugares religiosos y culturales guarda una conexión con los delitos dirigidos hacia los grupos humanos, tal y como es el caso de los actos persecutorios, el TPIY exploró la relación entre la destrucción de dichos lugares y el genocidio. La sala reconoció estar constreñida por los límites del derecho consuetudinario que excluye el tipo de “genocidio cultural”³¹ y sólo

²⁸ Judgement, *Prosecutor v. Radislav Krstić* (IT-98-33-A), Appeals Chamber, 19 April 2004, pp. 86 y 87. Goran Jelisić, Milomir Stakić, Simo Drljača, Milan Kovačević y Ratko Mladić también han sido *acusados* (no necesariamente encontrados culpables) de genocidio. Ver: Initial Indictment, *Prosecutor v. Goran Jelisić aka Adolf; Ranko Cesic* (IT-95-10); Indictment, *Prosecutor v. Milomir Stakić, Simo Drljača & Milan Kovačević* (IT-97-24-I); Initial Indictment, *Prosecutor v. Ratko Mladić* (IT-95-5-I).

²⁹ Ver artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948.

³⁰ Judgement, *Prosecutor v. Zoran Kuprestić et al.*, Trial Chamber (IT-95-16-T), 14 January 2000, párr. 636 (traducción propia)

³¹ El genocidio cultural fue propuesto por el padre de la tipificación del crimen de genocidio, Rafael Lemkin. La propuesta de “genocidio cultural” que consistiría en la erradicación de los símbolos distintivos de un grupo de manera que éste dejara de ser una entidad social distinta, es decir, dejara de ser

abarca la destrucción material a través de medios físicos o biológicos;³² no obstante, dispuso lo siguiente:

“[C]uando hay destrucción física o biológica a menudo hay también ataques simultáneos contra los bienes culturales y religiosos del grupo en cuestión, así como contra sus símbolos, ataques que se pueden calificar legítimamente como evidencia de la intencionalidad de destruir el grupo físicamente. En este caso por tanto, la Sala de Primera Instancia tomará la destrucción deliberada de mezquitas y casas pertenecientes al grupo como evidencia de la intencionalidad de aniquilar el grupo.”³³

Por lo tanto el TPIY mantuvo que, aunque la destrucción de estos bienes no se puede hacer equivaler al *actus reus* o elemento constitutivo del genocidio, sí que nos puede proporcionar su *mens rea* o intencionalidad específica. Es más, el lenguaje de la sentencia denota la insatisfacción de la sala con el hecho de que la definición de este crimen por parte del derecho positivo y consuetudinario no incluyera la destrucción de bienes culturales y religiosos en el tipo:

“La Sala de Primera Instancia es consciente de que debe interpretar la Convención [para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio]” de acuerdo con el principio de *nullum crimen sine lege*. En consecuencia, y a pesar de los últimos acontecimientos, el derecho consuetudinario limita la definición de genocidio a aquellos actos que buscan la destrucción física o biológica del grupo.”³⁴

Este sentimiento quedó más patente en la opinión parcialmente discrepante del juez Shahabuddeen en la sentencia de apelación,³⁵ quien afirmó 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 Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio” sobre la que el Estatuto del TPIY se basa.³⁶ Al fin y al cabo, cuando se eliminan los signos culturales y religiosos de un grupo, se está diluyendo la identidad del grupo como tal y, por tanto, su existencia como ente distinto al resto de la sociedad. En pocas palabras, aunque de una manera más sutil, también se elimina al grupo.

En conclusión, a pesar de que estaba en los planes iniciales de Rafael Lemkin, el genocidio cultural no ha sido reconocido ni en la “Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio” ni en la jurisprudencia internacional. Sin embargo, es muy probable que la conexión de la destrucción de bienes culturales con el *mens rea* del delito, así como el lenguaje inconformista de la sala de primera instancia y del juez

grupo, nunca vio la luz. AKHAVAN, P. *Reducing Genocide to Law: Definition, Meaning, and the Ultimate Crime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 6 y ss.

³² Judgement, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Trial Chamber(IT-98-33-T), 2 August 2001, párrs. 576 y 580.

³³ *Ibid.* párr. 580 (traducción propia).

³⁴ *Ibid.* (traducción propia; énfasis añadido).

³⁵ Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen; en Judgement, *Prosecutor v. Radislav Krstić* (IT-98-33-A), Appeals Chamber, 19 April 2004, pp. 89 y ss.

³⁶ *Ibid.* párr. 49.

Shahabuddeen, sirvan de base para que en un futuro el genocidio cultural vuelva a ser replanteado.

6. Mladen Naletilić & Vinko Martinović

Mladen Naletilić nació en Siroki Brijeg, una localidad bosnia exclusivamente católica. Mladen Naletilić utilizó su fortuna para fundar un grupo paramilitar (*Convicts' Battalion* o KB) del que se convirtió en comandante. Vinko Martinović, natural de la provincia de Mostar había sido toda su vida un conductor de taxi hasta que, cuando la guerra estalló, se unió a las fuerza de defensa croatas "HOS" (*Hrvatske Obrambene Snage*) donde se convirtió en el comandante del batallón de Mostar. Ambos fueron acusados de crímenes contra la humanidad, infracciones graves de las Convenciones de Ginebra de 1949, y contravenciones de las leyes y usos de la guerra. En concreto, los actos de persecución comprendieron la detención ilegal de los musulmanes bosnios, su traslado forzoso, malos tratos, así como la destrucción y pillaje de su propiedad privada. Asimismo, el cargo número 22 de la acusación se refería específicamente a la destrucción de la mezquita de Sovici.³⁷ Aunque Mladen Naletilić fue absuelto de esta particular acusación, fue condenado a 20 años de prisión, y su compañero Vinko Martinović a 18.

En este caso se retomó la discusión sobre las condiciones necesarias para que hubiera lugar al delito del artículo 3(d). En el caso *Blaskić* la sala había señalado que los establecimientos dedicados a la religión o a la instrucción no debían ser utilizados para fines militares y que estos establecimientos no debían estar situados cerca de los objetivos militares. No obstante, la sala de primera instancia apuntó lo siguiente:

"La Sala rechaza que las instituciones protegidas "no deban haber estado situadas en la proximidad de objetivos militares". La Sala no está de acuerdo con la opinión de que el mero hecho de que una institución se encuentre en la "vecindad inmediata de un objetivo militar" justifique su destrucción."³⁸

Por lo tanto, el caso *Naletilić&Martinović* se deshizo del único requisito que había supuesto una invención desfavorable para la protección de los bienes culturales en tiempo de guerra, y así sería hasta el caso *Dorđević*. No obstante, la sala también confirmó la condición de que los bienes no debían ser utilizados para fines militares. Se comenzó a fraguar así en la jurisprudencia del TPIY un elemento impropio del siglo XXI y perteneciente a las leyes establecidas en 1907.

7. Milomir Stakić

Milomir Stakić, un bosnio-serbio y político de índole local, fue acusado de genocidio, asesinatos en contra de las leyes y usos de la guerra, y de varios crímenes contra la

³⁷Initial Indictment, *Prosecutor v. Mladen Naletilić & Vinko Martinović* (IT-98-34-I), 18 December 1998, párr. 34.

³⁸*Prosecutor v. Mladen Naletilić & Vinko Martinović* (IT-98-34-T), Trial Chamber, 31 March 2003, párr. 604 (traducción propia; énfasis añadido).

humanidad, como el de persecución, exterminación o deportación de no-serbios en la provincia de Prijedor. Aunque la sala de primera instancia no consideró que se hubiera dado el *dolus specialis* del crimen de genocidio, es decir, la intención específica de conllevar la destrucción material total o parcial de un grupo, Milimir Stakić fue condenado a cadena perpetua. La sala de apelaciones redujo el peso de su sentencia a 40 años de prisión.³⁹

La sala coincidió con la opinión expresada en el caso *Kordić&Čerkez* de que la destrucción de instituciones religiosas, cuando es cometida “con la intención discriminatoria requerida, equivale a un ataque contra la identidad religiosa de un pueblo”⁴⁰ y, por tanto, aunque este comportamiento no estuviera listado bajo el artículo 5 del Estatuto (sobre crímenes contra la humanidad), la obliteración y menoscabo ocasionado a edificios religiosos y culturales podía ser considerada un acto persecutorio.⁴¹ A estas alturas, que la destrucción de bienes culturales llevada a cabo con una intención discriminatoria tenía un carácter distinto al de la destrucción de objetos civiles y podía constituir el crimen de persecución, era ya jurisprudencia consolidada en el TPIY.⁴²

8. Miroslav Deronjić

Miroslav Deronjić fue el vice-presidente del partido serbio demócrata partícipe del proyecto “*Greater Serbia*” cuya misión principal era la limpieza étnica del país. Miroslav Deronjić fue destinado a la región de Bratunac donde los serbios suponían una minoría de la población. Deronjić estimó que la limpieza de ciudadanos musulmanes tenía que empezar por el pueblo de Goglova y dio la orden de atacar y quemar esta localidad indefensa, donde 64 personas fueron ejecutadas y las familias supervivientes fueron forzadas a dejar sus casas.⁴³

Deronjić admitió haber ordenado la quema de la mezquita de Glogova, así como de la propiedad privada de la población bosnio-musulmana. A raíz de estos eventos la sala de primera instancia tuvo que decidir si estos actos eran de gravedad suficiente para constituir el crimen de persecución.⁴⁴ En este ejercicio la sala notó que el común denominador de todos los actos de persecución estaban constituidos, de un lado, por la motivación de discriminación política, racial o religiosa y, de otro, por el nivel de gravedad de los actos que ha de ser igual o superior a la de los actos enumerados en el artículo 5 del Estatuto.⁴⁵ Basándose en el caso de *Stakić*, la sala de primera instancia volvió a afirmar que:

³⁹ Nota de prensa, *Judgement in the Case Prosecutor v. Dr. Milimir Stakić*. La Haya: 31 julio, 2003.

⁴⁰ *Prosecutor v. Milimir Stakić* (IT-97-24-T), Trial Chamber, 31 July 2003, párr. 767.

⁴¹ *Ibid.* párr. 768.

⁴² MERON, T., "The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict within the Case-Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia." *Museum International*, nº 4, vol. 57, 2005, p. 56.

⁴³ Nota de prensa, *Judgement in the case the Prosecutor v. Miroslav Deronjić*. La Haya: 30 de marzo de 2004.

⁴⁴ *Prosecutor v. Miroslav Deronjić* (IT-02-61-S) Trial Judgment, 30 March 2004, párr. 117.

⁴⁵ *Ibid.* párr. 118.

“[L]a confiscación, destrucción o daño deliberado a instituciones dedicadas a la religión, la caridad y la educación de las artes y las ciencias, los monumentos históricos y obras de arte y la ciencia” es un delito punible en virtud del artículo 3 (d) del Estatuto, y cuando es llevado a cabo con la intención discriminatoria requerida, asciende al nivel de persecución.”⁴⁶

Deronjić fue condenado a 10 años de prisión por el crimen contra la humanidad de persecución que incluía la destrucción de la mezquita de Glogova. Su sentencia fue confirmada en apelación.⁴⁷

9. Miodrag Jokić y Pavle Strugar

Miodrag Jokić y Pavle Strugar son los protagonistas de los dos casos del TPIY sobre bienes culturales por excelencia. De hecho, Miodrag Jokić y Pavle Strugar fueron juzgados por su conexión con el bombardeo del casco viejo de Dubrovnik perteneciente a la “Lista del patrimonio cultural”⁴⁸ prevista por la “Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural 1972”. El caso viejo de Dubrovnik fue bombardeado el 6 de diciembre de 1991 dando lugar a la muerte de dos personas, el daño físico de varias y el menoscabo de edificios de relevancia histórica y cultural. Miodrag Jokić, tras entregarse voluntariamente y declararse culpable a varias de sus acusaciones, fue sentenciado a 7 años de prisión, mientras que Pavle Strugar fue condenado a 8.

Los casos de Jokić y Strugar son importantes desde el punto de vista doctrinal ya que fue aquí donde el TPIY volvió a acercar su entendimiento del derecho de bienes culturales a las pautas establecidas por la Convención de La Haya de 1954 y, por ende, de su Segundo Protocolo de 1999. Una 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. Así la Convención de La Haya de 1954 destina un régimen de protección ordinario para los bienes culturales en general (artículo 4), y un régimen de protección especial para aquellos “bienes culturales inmuebles de importancia muy grande” (artículo 8). En la misma tónica, el Segundo Protocolo de 1999 divisa un sistema de protección reforzada para los bienes culturales que representen el “patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad” (artículo 10.a). Por el contrario, el artículo 3(d) del Estatuto no hace ninguna mención sobre distintos niveles de relevancia cultural y, por tanto, parece proteger todas las instituciones religiosas y culturales por igual. No obstante, la sala de la primera instancia declaró lo siguiente:

⁴⁶*Ibid.* párr. 122.

⁴⁷*Prosecutor v. Miroslav Deronjić* (IT-02-61-A) Appeals Judgment, 20 July 2005, p. 56.

⁴⁸ Artículo 11.2: “A base de los inventarios presentados por los Estados según lo dispuesto en el párrafo 1, el Comité establecerá, llevará al día y publicará, con el título de “Lista del patrimonio mundial”, una lista de los bienes del patrimonio cultural y del patrimonio natural, tal como los definen los artículos 1 y 2 de la presente Convención, que considere que poseen un valor universal excepcional siguiendo los criterios que haya establecido. Una lista revisada puesta al día se distribuirá al menos cada dos años.”

“El casco antiguo [de Dubrovnik] es jurídicamente distinto del resto de la ciudad en general porque el casco antiguo en su totalidad, incluyendo las murallas medievales, goza de una inscripción en la Lista del patrimonio mundial y de las protecciones e inmunidades que conlleva tal inscripción.”⁴⁹

En ambos casos la sala de primera instancia tomó nota de la especial importancia del casco viejo de Dubrovnik y llevó esta diferencia factual al campo jurídico. De hecho, el TPIY encontró que el grado de culpabilidad de Jokić y Strugar era superior y, por ello, también habría de serlo su sentencia.⁵⁰ En consecuencia, la práctica del TPIY consiguió de nuevo rebasar los límites de la literalidad del artículo 3(d) y reconocer que cuando se habla de bienes culturales, no todos los objetos merecen las mismas consecuencias legales.

En otro orden de cosas, el caso *Strugar* llevó a cabo otro acercamiento a las directrices establecidas por el derecho convencional internacional al dictaminar que el artículo 3(d) del TPIY se aplicaba en los conflictos armados tanto de carácter internacional como en los de no-internacional. He así como la sala de primera instancia se adhirió a la lógica de la Convención de La Haya de 1954, los dos Protocolos Adicionales de 1977 y el Segundo Protocolo de 1999 que prevén que la protección de bienes culturales sea, en menor o mayor medida, de igual aplicación en los conflictos armados no-internacionales.

10. Radoslav Brđanin

Radoslav Brđanin fue acusado de genocidio, violaciones de las Convenciones de Ginebra de 1949, contravenciones de las leyes y usos de la guerra y crímenes contra la humanidad en la región bosnia de Krajina. En un primer momento fue sentenciado a 32 años de cárcel, hasta que la sala de apelaciones disminuyó su pena en 2 años.⁵¹ Entre los crímenes de que fue acusado se encontraba la destrucción o daño intencional ocasionado a las instituciones dedicadas a la religión⁵² tanto del credo musulmán como católico.

A pesar de que la sala de primera instancia examinó todos los instrumentos convencionales sobre la protección de bienes culturales y sus respectivas excepciones (p. ej. la regla de los “objetivos militares” en el caso del *Protocolo Adicional Primero de 1977*, o la excepción basada en la necesidad militar imperativa de la *Convención de La Haya de 1954*), volvió a corroborar que el crimen de guerra del artículo 3(d) del Estatuto no se produciría si los establecimientos religiosos o culturales eran utilizados con fines militares.⁵³ Es decir, parecía ya inevitable que la jurisprudencia del TPIY se conformara con reproducir la letra del Reglamento de La Haya de 1907 en lo que a excepciones se refiere.

⁴⁹ Judgement, *Prosecutor v. Pavle Strugar* (IT-01-42-T), Trial Chamber, 31 January 2005, párr. 279 (traducción propia; énfasis añadido).

⁵⁰ *Ibid.* párr. 461; Judgement, *Prosecutor v. Miodrag Jokić* (IT-01-42/1-S), 18 March 2004, párrs. 54 y 67.

⁵¹ Judgement, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin* (IT-99-36-T), Appeals Chamber, párrs. 498 y ss.

⁵² Sixth Amendment Indictment, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin* (IT-99-36-T), count 12.

⁵³ Judgement, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, Trial Chamber (IT-99-36-T), 1 September 2004, párrs. 594-598

11. Enver Hadžihasanović & Amir Kubura

Enver Hadžihasanović y Amir Kubura, ambos militares de carrera, fueron acusados de asesinatos, daños físicos personales, detención ilegal, destrucción injustificada de propiedad civil y de destrucción y daño intencional causado a establecimientos dedicados al culto.⁵⁴ Finalmente fueron condenados en última instancia a 3 años y medio y 2 años de prisión, respectivamente.

Este caso es notable en lo que respecta al tratamiento de bienes culturales porque supuso un retroceso pasajero. La sala de primera instancia había establecido de manera indirecta en *Kordić & Čerkez* que los establecimientos del artículo 3(d) debían representar bienes de “gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos”, acercando así la jurisprudencia del TPIY a las pautas convencionales de 1954 y 1977. No obstante, en este caso se señaló lo siguiente:

“[E]s suficiente que la institución dañada o destruida esté dedicada a la religión, y no hay necesidad de establecerse si representa el patrimonio cultural de un pueblo”⁵⁵

En resumen, la sala decidió retornar a la más absoluta literalidad del artículo 3(d) del Estatuto alejándolo de los progresos convencionales del siglo XX. No obstante, este repentino *flash-back* fue de carácter pasajero ya que, en un caso que estudiaremos a continuación (*Martić*), la sala adoptó una solución intermedia que reconciliaría la literalidad del artículo 3(d) con los patrones del derecho convencional.

12. Momčilo Krajišnik

Momčilo Krajišnik, economista de profesión, se unió al partido serbio demócrata en 1990 donde se convertiría en presidente de la asamblea de Bosnia-Herzegovina. Krajišnik fue declarado culpable de varios crímenes contra la humanidad (persecución, exterminación, asesinatos, deportación y traslados forzosos) y sentenciado a 20 años de cárcel en sede de apelación.⁵⁶

Bajo su influencia política y la de Radovan Karadžić, Nikola Koljević, y Biljana Plavšić, se dirigieron varios ataques contra la población bosnio-croata y bosnio-musulmana en 35 diferentes localidades, todas ellas habitadas. Mientras que al principio las primeras actuaciones consistían en la imposición de toques de queda o en la instalación de puntos de control donde se registraba a civiles de manera aleatoria, la situación se agravó y empezaron a perpetrarse ataques contra localidades indefensas

⁵⁴Third Amendment Indictment, *Prosecutor v. Enver Hadžihasanović & Amir Kubura* (IT-01-47-PT).

⁵⁵Judgement, *Prosecutor v. Enver Hadžihasanović & Amir Kubura* (IT-01-47-PT), Trial Chamber, 15 March 2006, párr. 60.

⁵⁶Judgement, *Prosecutor v. Milan Martić* (IT-95-11-A) Appeals Chamber, 8 October 2008, párrs. 355 y ss.

carentes de objetivos militares, donde multitud de musulmanes y croatas perecieron. Asimismo, se arrasaron casas y edificios religiosos y culturales.⁵⁷

Con ocasión de tal limpieza étnica se dinamitaron y derribaron alrededor de 200 edificios religiosos, en su mayoría mezquitas, pero también iglesias católicas. La sala de primera instancia confirmó que la destrucción de sitios religiosos y culturales acometidos de manera discriminatoria, conllevaban unas graves consecuencias para el grupo y, por ello, representaban la mera expresión del crimen de persecución.⁵⁸

13. Milan Martić

Milan Martić, policía y luego comandante de las fuerzas serbias en Croacia, diseñó y ejecutó un plan de persecuciones pensado para expulsar a la población croata, musulmana y la no-serbia en general del territorio de Zagreb y varias localidades de Bosnia-Herzegovina. El cargo número 13 de su acusación se basaba en la destrucción de establecimientos dedicados al culto. Por todo ello, Martić fue declarado culpable y sentenciado a 35 años de prisión.⁵⁹

Mientras que, una vez más, la sala de primera instancia confirmó con esta sentencia que para el TPIY el uso de las instituciones religiosas o culturales para fines militares constituye una excepción al tipo del artículo 3(d),⁶⁰ por otra parte consiguió reconciliar las dos visiones opuestas acerca del umbral de relevancia cultural que las instituciones religiosas y culturales debían satisfacer de acuerdo con el Estatuto:

“El artículo 3(d) del Estatuto consta de dos tipos de protección de monumentos culturales, históricos y religiosos: la protección general y la especial. La protección general se aplica a objetos civiles, es decir, todos aquellos objetos que no sean objetivos militares. La especial se concederá a "monumentos históricos, obras de arte, y lugares de culto, siempre y cuando constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos". El "patrimonio cultural o espiritual de los pueblos" abarca objetos cuyo valor trasciende las fronteras geográficas, y que son únicos en carácter y están íntimamente relacionados con la historia y la cultura de un pueblo".⁶¹

En otras palabras, interpretó que el artículo 3(d) era capaz de abarcar todos y cada uno de los monumentos históricos y edificios religiosos: tanto los más humildes como lo más destacados. De esta manera, la sala de la primera instancia ha establecido un puente entre la lista de objetos protegidos por el Estatuto y, por ende, el Reglamento de La

⁵⁷ Amended Consolidated Indictment, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik and Biljana Plavšić* (IT-00-39 & 40-PT).

⁵⁸ Judgement, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik* (IT-00-39-T), Trial Chamber, 27 September 2006, párrs. 838-840.

⁵⁹ Judgement, *Prosecutor v. Milan Martić* (IT-95-11-T) Trial Chamber, 12 June 2007, párrs. 481 y ss. La sentencia fue confirmada en sede de apelación: Judgement, *Prosecutor v. Milan Martić* (IT-95-11-A) Appeals Chamber, 8 October 2008, párrs. 355 y ss.

⁶⁰ *Ibid.* párr. 98.

⁶¹ *Ibid.* párr. 97

Haya de 1907, y el derecho convencional más evolucionado que requiere un nivel de notoriedad cultural mínima (p. ej.: “una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos” según la Convención de 1954 y su Segundo Protocolo, o “constituir el patrimonio cultural de los pueblos”, según los Protocolos Adicionales de 1977).

14. Milan Milutinović *et al.*

Los acusados de este caso, todos políticos de alto rango que incluso llegaron a ocupar la presidencia de Serbia, concibieron una campaña de terror dirigida hacia los ciudadanos albano-kosovares residentes en Kosovo. La operación tenía como objetivo expulsar a este grupo poblacional para que la provincia quedase dominada por una mayoría serbia. Para ello, emplearon distintos métodos que fueron desde el traslado forzoso, la destrucción de propiedad privada, cultural y religiosa, hasta asesinatos de cientos de civiles.⁶² Los acusados fueron condenados a penas de prisión de entre 15 y 22 años. Actualmente, este caso se encuentra en sede de apelación.

En lo que concierne al tratamiento de bienes culturales, la sala de primera instancia perfeccionó de manera definitiva la naturaleza del vínculo entre el menoscabo de estos bienes y el crimen de persecución. Esto tuvo lugar porque la sala fue muy clara en su observación de que los bienes culturales no debían subsumirse en la categoría general de objetos civiles ya que aquéllos eran cualitativamente distintos y su destrucción podía conllevar, por sí misma, el tipo del crimen de persecución:

“La sala de apelaciones en el caso *Blaskić* procedió bajo la suposición de que la destrucción de bienes culturales y religiosos formaba parte de la categoría general de “destrucción de bienes”; este enfoque estaba influenciado por la manera en que la acusación había planteado el caso, de acuerdo con la cual todo tipo de bien, incluyendo aquéllos de índole religiosa, se subsumía bajo el título de “destrucción y saqueo de bienes.” Por otra parte, algunas salas de primera instancia de este tribunal han tratado la destrucción de los bienes culturales y religiosos como un tipo de persecución distinto del tipo general de destrucción de bienes/objetos civiles. De tal modo, la sala de primera instancia en el caso *Stakić* habló de dos categorías de destrucción constituyentes de actos persecutorios, concretamente, “la destrucción o daño intencional ocasionado a edificios culturales y religiosos”, y “la destrucción, daño ocasional y saqueo de establecimientos residenciales y comerciales [...]

No obstante, la sala de primera instancia del caso *Kordić* mantuvo, y esta sala concuerda con ella, que la destrucción de instituciones religiosas equivale a un ataque contra la identidad religiosa de un pueblo. Como tal, manifiesta “casi una pura expresión” de la noción de crímenes contra la humanidad. Por esta razón, la sala considera que la jurisprudencia del TPIY prohíbe de manera específica la destrucción de lugares religiosos y monumentos culturales como una forma de crimen contra la humanidad de persecución.”⁶³

⁶² Indictment, *Prosecutor v. Milan Milutinović et al.* (IT-99-37), párrs. 95-98.

⁶³ Judgement, *Prosecutor v. Milan Milutinović et al.* (IT-99-37), Trial Chamber, 26 February 2009, vol. 1, párrs. 204 y 205 (traducción propia).

La gran innovación de este caso reside en sugerir que la destrucción de *un único* edificio de esta naturaleza puede acarrear graves consecuencias para la víctima (el grupo) y, por tanto, constituye un acto de persecución. Así se puede inferir a través de la definición de los elementos del delito contra instituciones religiosas y culturales:

“El *actus reus* de este delito es el siguiente: (a) la *propiedad religiosa o cultural* debe ser destruida o muy dañada; (b) no debe haber sido usada con fines militares y; (c) la destrucción o daño debe haber sido el resultado de un acto dirigido contra estos bienes.”⁶⁴

A pesar de que la sala respaldara de nuevo la arcaica condición de que el uso de los bienes culturales y religiosos con fines militares priva estas instituciones de protección, el TPIY consiguió hacerse eco de que los bienes culturales y religiosos aúnan y representan la identidad de los grupos humanos y, por ello, las consecuencias de la destrucción de uno solo de esos ejemplares pueden ser fatales para la víctima.

15. Vlastimir Đorđević: el caso más reciente

El caso Đorđević representa un paso adelante y otro atrás en el desarrollo de la jurisprudencia del TPIY. Vlastimir Đorđević era asistente del ministro serbio de interior, jefe del departamento de seguridad pública y coronel general de las fuerzas serbias.⁶⁵ La acusación de Đorđević es similar a la del caso anterior, es decir, bajo la dirección e influencia de este sujeto se produjo una campaña de terror y violencia sistemática contra la población albano-kosovar. Entre los métodos de aterrorizar a estos civiles se incluyó la quema de monumentos históricos y lugares religiosos.⁶⁶ Vlastimir Đorđević fue declarado culpable de varios crímenes contra la humanidad (asesinatos, persecución, deportación) así como de otros actos inhumanos, por lo que fue sentenciado a 27 años de cárcel. En la actualidad, su caso se encuentra en sede de apelación.⁶⁷

La sala de primera instancia confirmó la interpretación innovadora del caso *Milutinović et al.* por la que la destrucción de *un solo* lugar religioso o cultural puede considerarse un acto persecutorio en función de la gravedad que esto haya tenido sobre el grupo víctima del ataque. De este modo, la sala dispuso que para probar que la destrucción de edificios religiosos constituía un crimen de persecución “el *sitio* religioso debe haber sido destruido o muy dañado”.⁶⁸ Sin embargo, cuando la sala expuso el resto de los elementos del crimen, no sólo afianzó la condición de que los establecimientos en cuestión no han de ser utilizados con fines militares, sino que volvió a requerir expresamente y en contra de la jurisprudencia más reciente del tribunal, que los edificios religiosos no debían estar situados cerca de objetivos militares:

⁶⁴ *Ibid.* párr. 206 (traducción propia; énfasis añadido).

⁶⁵ Initial Indictment, *Prosecutor v. Nebojša Pavković et al.* (IT-03-70-I), 25 September 2003, pp. 2 y 3.

⁶⁶ *Ibid.* p. 8, párr. 22.

⁶⁷ Judgement, *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević* (IT-05-87/1-T) Trial Chamber, 23 February 2011, párrs. 2229 y ss.

⁶⁸ *Ibid.* párr. 1773(a) (traducción propia; énfasis añadido).

“La destrucción no debe estar justificada por necesidad militar, es decir, el establecimiento religioso no debe ser utilizado con fines militares *ni estar situado en la proximidad inmediata de objetivos militares.*”⁶⁹

Este requisito había sido repentinamente introducido en el caso *Blaskić*, pero rechazado y abandonado a partir del juicio de *Naletilić y Martinović*. Como ya he apuntado anteriormente, esta insólita condición resta seguridad a la protección de los bienes culturales. Siendo éste el último caso del TPIY concerniente a la protección de bienes culturales, hay que considerar esta visión como la representativa de la jurisprudencia del tribunal, al menos hasta que otro caso la rebata.

III. reflexiones sobre la jurisprudencia del TPIY

1. Síntesis de la Jurisprudencia del TPIY y de las Pautas Convencionales

Si tuviéramos que sintetizar a modo de artículos de código el tratamiento de los bienes culturales por parte de la jurisprudencia del TPIY, éstos probablemente tendrían la siguiente forma:

1) La toma, destrucción o menoscabo de los edificios dedicados al culto o los monumentos históricos constituye una violación del derecho internacional siempre y cuando: a) el establecimiento en cuestión no sea usado con fines militares y b) no se encuentre ubicado en la proximidad inmediata de un objetivo militar.

2) Cuando se cometa con intención de discriminar a un grupo definido por sus características nacionales, étnicas, raciales o religiosas, la toma, destrucción o menoscabo de uno o varios de sus establecimientos religiosos o culturales podrá constituir un acto persecutorio y, por tanto, un crimen contra la humanidad. Si además media una intencionalidad específica de erradicar física o biológicamente -en todo o en parte- al grupo, el acto de la toma, destrucción o menoscabo puede equivaler al *mens rea* del crimen de genocidio.

Por su parte, tal y como se ha ido insinuando a lo largo del artículo, el derecho internacional *convencional* está definido por otro tipo de pautas, entre las que destacaría dos elementos importantes:

1) La exposición sistemática del concepto de bien cultural. Tanto la Convención de La Haya y Segundo Protocolo, como los Protocolos Adicionales de 1977 definen el concepto de bienes culturales con referencia a un criterio claro y conciso: el objeto, mueble o inmueble, ha de representar un elemento importante para el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos.⁷⁰

⁶⁹ *Ibid.* párr. 1773(c) (traducción propia; énfasis añadido).

⁷⁰ Ver el artículo 1 de la Convención de La Haya de 1954; el 53 del Protocolo Adicional I de 1977, y el artículo 16 del Protocolo Adicional II de 1977.

2) El nivel de protección cualitativamente superior al reservado para los objetos de carácter civil. Éstos últimos pueden ser atacados cuando se hayan convertido en objetivos militares: “los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan de manera efectiva a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del momento una ventaja militar definida”.⁷¹ En cambio, los bienes culturales sólo pueden ser objeto de ataque en caso de necesidad militar imperativa. Ésta, de acuerdo con el Segundo Protocolo de 1999, requiere por un lado que el bien cultural se haya convertido a través de su función en un objetivo militar y, por otro, que no haya ninguna alternativa factible para la obtención de la ventaja militar definida anticipada.⁷² Asimismo, al contrario de los objetos civiles, el derecho convencional prohíbe el *uso* de los bienes culturales con fines militares.⁷³ Además, se prevé un grado adicional de protección cuando el bien en cuestión es de alta relevancia cultural.⁷⁴

2. Involución, Evolución y Revolución de la Jurisprudencia del TPIY

Dicho esto, cabe observar que la jurisprudencia del TPIY ha adoptado una actitud diversa y trivalente con respecto a los patrones establecidos por el derecho convencional. Si se toma como punto de referencia la Convención de la Haya de 1954 de la que la antigua Yugoslavia era parte, la interpretación del TPIY ha supuesto una *involución* y una *evolución* con respecto a la misma como veremos a continuación. Además, la manera en que el TPIY ha interpretado la destrucción de bienes culturales ha dado lugar a una *revolución* doctrinal⁷⁵ con respecto a la protección de los derechos fundamentales de la persona. Asimismo, cabe aclarar que la Convención de la Haya de 1954 ha de ser el parámetro con el que evaluar la actuación del TPIY y su Estatuto no sólo porque es el tratado de referencia en lo que respecta a la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, sino sobre todo, porque la antigua Yugoslavia era Estado parte de la convención.

A) Involución

La interpretación del TPIY ha llevado a cabo una *involución* en el tiempo con respecto a las pautas actuales de protección de bienes culturales. Que las características del Estatuto del TPIY están inspiradas en un época anterior a la de las dos guerras mundiales salta a la vista porque el artículo 3(d) no sólo *no* recoge una definición sistemática de bienes culturales y religiosos, sino que para que un ataque contra estos establecimientos sea penado ha de darse un *resultado* de toma, destrucción o menoscabo.⁷⁶ La otra fuente de involución temporal es la opinión, consistentemente

⁷¹ Art 52.2 del Protocolo Adicional I de 1977 (traducción propia).

⁷² Artículo 6.2 del Segundo Protocolo de 1999.

⁷³ Artículo 4.2 de la Convención de la Haya de 1954; artículo 53(b) del Protocolo Adicional I y 16 del Protocolo Adicional II.

⁷⁴ Ver artículo 8 de la Convención de la Haya de 1954; artículo 10 del Segundo Protocolo de 1999.

⁷⁵ MERON, T., "The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict within the Case-Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia." *Museum International*, nº 4, vol. 57, 2005, p. 56.

⁷⁶ Ver notas al pie 6-8.

expresada por el TPIY, de que el uso para fines militares de los edificios dedicados al culto y a la cultura justifica la destrucción de los mismos. De nuevo, una excepción a la regla general de este tono sólo se puede encontrar en el arcaico Reglamento de La Haya de 1907.

Hay tres motivos por los que esta interpretación del TPIY anclada en el Reglamento de La Haya de 1907 ha de considerarse desafortunada. En primer lugar, la Convención de La Haya de 1954 fue expresamente redactada con el propósito de superar el Reglamento de La Haya de 1907. Muchos de los desastres culturales acaecidos bajo las dos guerras mundiales y también con la guerra civil española fueron achacados a los límites del Reglamento de La Haya de 1907.⁷⁷ La conferencia que dio lugar a la Convención de 1954 sostuvo por tanto que el Reglamento de La Haya de 1907 “había apuntado muy alto y, por ello, había también arriesgado conseguir muy poco”.⁷⁸ De hecho, se pensó que uno de los aspectos primordiales a tratar era la ausencia de una noción unitaria y homogénea de los bienes culturales que fuese más selectiva en los objetos a proteger. Se sancionaba así de manera más o menos definitiva y determinante que el Reglamento de La Haya de 1907 había dejado ya en los años 50 de reflejar un derecho acorde a las necesidades del tiempo.

En segundo lugar, dado que en el momento del conflicto toda la antigua Yugoslavia era parte de la Convención de La Haya de 1954, es incomprensible por qué el Estatuto del TPIY y posteriormente su jurisprudencia no se hizo más eco de sus cláusulas.⁷⁹ Esto es, el TPIY dio un salto atrás en lo que respecta al derecho que le era aplicable sin razón aparente. Es más, el comité de expertos de las Naciones Unidas que propulsó la adopción del Estatuto del TPIY, señaló la necesidad de introducir un delito contra los bienes culturales y religiosos refiriéndose expresamente a la Convención de La Haya de 1954.⁸⁰ En último lugar, cuando en 1993 la comunidad internacional reaccionó ante lo que estaba aconteciendo en la guerra de los Balcanes, no sólo puso en marcha el TPIY sino que, en lo que a bienes culturales respecta, se activaron las negociaciones que desembocarían en el Segundo Protocolo de 1999 adicional a la Convención de la Haya de 1954. Es paradójico que de manera simultánea por un lado se adoptase el instrumento más avanzado en la materia y que, por otro, se actuara como si este instrumento no existiese.

⁷⁷ UNESCO, "Records of the Seventh Session", Paris, 1952, UNESCO doc. 7/PRG/7; ABAD LICERAS J.M., "Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y su Aplicación en las Reglas de Enfrentamiento (ROE's)", en DE TOMÁS MORALES S., (ed), Las operaciones de mantenimiento de la paz y el derecho internacional humanitario, Dykinson, Madrid, 2009, p. 208.

⁷⁸ *Ibid.*; ver también O'KEEFE R., *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 101.

⁷⁹ Judgement, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez* (IT-95-14/2-T), Trial Chamber, 26 February 2001, párr. 359.

⁸⁰ FRULLI, M. "The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The Quest for Consistency." *European Journal of International Law*, vol. 22, nº 1, 2010, p. 208 citando el citing the UN Doc. S/1994/674, parte II.

B) Evolución

La segunda postura de la jurisprudencia del TPIY ha sido la de, en algunos casos, acercar el contenido del artículo 3(d) al espíritu más moderno y avanzado del derecho convencional. Es decir, la jurisprudencia del TPIY también ha dado lugar a una *evolución* dentro de su propio entendimiento de la protección de bienes culturales. Esto ha ocurrido sobre todo en el ámbito *nominal* de la protección, es decir, en lo que respecta a las definiciones y contenido de la noción de bienes culturales. La metodología ha sido muy clara: abandonar la literalidad del artículo 3(d) para, sin razón ni justificación aparente, acercar su significado al de la Convención de La Haya de 1954. Prueba de ello es que la sala de la primera instancia decidió en el caso *Kordić & Čerkez* que para formar parte de la lista del artículo 3(d), las instituciones debían representar el patrimonio cultural de importancia para los pueblos. En sede de apelación de este mismo caso, en contra del tenor literal del artículo 3(d), se llegaron incluso a excluir las instituciones dedicadas a la educación del ámbito de este artículo bajo la premisa de que éstas no representaban por sí solas tal patrimonio cultural. En *Hadžihasanović & Kubura* se retornó momentáneamente a la letra escrita y la sala estableció que las instituciones religiosas y culturales no debían satisfacer ningún tipo de umbral de notoriedad para recaer bajo la influencia del artículo 3(d). En *Martić* se optó por una versión conciliadora entre la literalidad del artículo 3(d) y los criterios convencionales y se aclaró que esta cláusula abarca *todos* los establecimientos religiosos y culturales, tanto los más importantes como los menos notorios.

Otra prueba de esta interpretación evolutiva viene dada por el reconocimiento de que no todos los bienes culturales y religiosos son iguales entre sí. Con ocasión de los casos *Strugar y Jokić* que concernían el bombardeo de un sitio inscrito en la “lista del patrimonio mundial”, la sala de primera instancia dictaminó que la mayor relevancia cultural del casco antiguo de Dubrovnik “no caía en saco roto” sino que conllevaba consecuencias jurídicas distintas. Esto se tradujo en un mayor grado de culpabilidad de Miodrag Jokić y Pavle Strugar y, por tanto, en una mayor sentencia para ambos. En el fondo esta decisión estaba suscribiendo a la lógica de la Convención de La Haya de 1954 y de su Segundo Protocolo que, como se ha explicado antes, destinan distintos tipos de régimen de protección según el valor cultural.⁸¹

C) Revolución

Theodor Meron, el presidente del TPIY, ya señaló en 2005 que posiblemente una de las contribuciones doctrinales más notables del tribunal consistía en haber ligado la destrucción de los bienes culturales y religiosos pertenecientes a un pueblo con sus derechos fundamentales. De hecho, todavía a día de hoy, las dos líneas de pensamiento que vamos a ver no se han recogido en ningún tratado internacional.

⁸¹ Comparar artículos 4 y 8 de la Convención de la Haya de 1954; y los artículos 6 y 10 del Segundo Protocolo de 1999.

Mientras que en el pasado ya se había apuntado que algunos tipos de destrucción de propiedad podían constituir actos persecutorios cuando tuvieran un grave impacto sobre la víctima,⁸² la primera revolución doctrinal del TPIY reside en haber establecido que no es lo mismo destruir la propiedad privada de las personas (p. ej. casas o negocios) que los bienes culturales del grupo al que pertenecen. Así en el caso de *Kordić & Čerkez* se declaró que un ataque contra un bien cultural o religioso es una ataque directo contra la *identidad* que, por ello, manifestaba una pura expresión de los crímenes contra la humanidad. Esta opinión ha sido respaldada por *Krajišnik, Stakić* o *Milutinović et al.* No obstante, la más importante revolución en este aspecto es que, mientras que la destrucción de la propiedad privada ha de tener siempre un carácter masivo, la sala determinó en *Milutinović et al.*, para después confirmarlo en *Dorđević*, que el daño extensivo o la destrucción de *un* bien cultural o religioso podría ya considerarse un elemento constitutivo del crimen de persecución. Quizá la revolución doctrinal más inesperada es la afirmación de que, aunque el *actus reus* del genocidio requiere la exterminación material a través de métodos físicos o biológicos del grupo, 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. Así se dispuso en *Krstić* y, es más, lo sorprendente del caso es el tono insatisfecho y sugerente de la sala y del juez Shahabuddeen que, sin lugar a dudas, rompieron una lanza a favor del reconocimiento o, al menos, de la puesta en debate del llamado “genocidio cultural.” Sin embargo, ha de quedar claro con respecto a qué doctrina la interpretación del TPIY de la destrucción de bienes culturales ha dado lugar a una revolución. Mientras que Theodor Meron apuntaba que el TPIY había contribuido al derecho de protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, quizá sería más acertado señalar que el gran beneficiario de esta interpretación innovadora ha sido el campo de los derechos fundamentales: este tipo de casos del TPIY no han reforzado o aumentado el nivel de protección de los bienes culturales y edificios religiosos en tiempo de conflicto armado *per se*, sino que ha logrado establecer la existencia de crímenes contra la humanidad y genocidio a través de su destrucción o menoscabo.

IV. CONCLUSIÓN

El TPIY ha producido una vasta jurisprudencia en lo que respecta a la protección de bienes culturales. A lo largo de estos 15 años de historia institucional ha castigado la destrucción y menoscabo de los centenares de edificios religiosos y culturales caídos en la guerra de los Balcanes en calidad de contravención de las leyes y usos de la guerra (artículo 3 del Estatuto). Asimismo, el TPIY ha adoptado una interpretación abierta del artículo 5 de su Estatuto relativo a los crímenes de guerra y ha dictaminado que la obliteración o daño extensivo de los símbolos culturales y religiosos de un grupo, dado el vínculo entre tales símbolos y la víctima, puede tener un impacto tal como para constituir un acto persecutorio. Es más, cuando además estos actos se llevan acabo con

⁸² De hecho, en los juicios de Nuremberg se estableció que la persecución de los judíos en la Segunda Guerra mundial también tomó la forma de quema de sinagogas, de sus negocios y casas. Ver *Judgement, Prosecutor v. Blaskić* (IT-95-14-T), Trial Chamber, 3 March 2000, párr. 228.

la intencionalidad específica de exterminar al grupo de manera material por medio de métodos físicos o biológicos, de acuerdo con el caso *Krstić*, la destrucción de bienes culturales proporcionaría el *mens rea* del crimen de crímenes, esto es, de genocidio.

Es obvio que la actuación del TPIY ha constituido un avance en lo que respecta a la protección de bienes culturales en un sentido: se ha dejado muy claro que los ataques contra estos objetos no son olvidados por la justicia y sus perpetradores son juzgados. Es más, a mayor notoriedad del objeto cultural en cuestión, mayores son las posibilidades de ser perseguido por la fiscalía, tal y como muestran los casos de *Jokić* y *Strugar*. A pesar de haber aumentado por tanto el poder disuasorio de la prohibición de este tipo de comportamiento hay, en mi opinión, dos aspectos que incitan a preguntarse hasta qué punto la intervención del TPIY ha sido positiva. El primero es que, tras una lectura de la jurisprudencia sobre este tema, da la sensación de que el tribunal ha ido redefiniendo los contornos del delito contra bienes culturales a medida que le llegaban los casos con el resultado de que, en más de una y de dos ocasiones, se ha producido el fenómeno *donde dije digo, digo Diego*. Así, por ejemplo, en un principio los objetos listados en el artículo 3(d) tenían que representar el patrimonio cultural más importante para los pueblos (*Kordić&Čerkez*), luego no (*Hadžihasanović & Kubura*) y luego sí (*Martić*). De igual manera, la inmediata vecindad a un objetivo militar parecía justificar el ataque directo a lugares religiosos y culturales (*Blaskić*), después la jurisprudencia a partir de *Naletilić&Martinović* refutó esta excepción como válida, hasta el caso más reciente (*Dorđević*), donde esta condición se volvió a plantear. *Dorđević* es el caso más reciente del TPIY en relación a bienes culturales y religiosos, pero no el último.

Hay todavía dos casos en apelación (*Milutinović et al.* y *Dorđević*) así como dos nuevos juicios –el de Ratko Mladić y el de Goran Hadžić-⁸³ cuya acusaciones incluyen delitos contra los bienes culturales y religiosos. La maleabilidad de la opinión del tribunal hace que sea casi del todo impredecible saber cuál va a ser la delineación final de estos delitos. La pregunta de fondo es ¿a qué se debe esta actitud tan variable por parte del tribunal? Quizá no tengamos ahora una respuesta, pero sí se puede concluir que el hecho de que la jurisprudencia del TPIY haya supuesto al mismo tiempo una *involución*, una *evolución* y una *revolución* ha dado lugar a que la protección de bienes culturales en los conflictos armados tenga una doble vida: la convencional por una parte, y la jurisprudencial por otra.

⁸³ Fourth Amended Indictment, *Prosecutor v. Ratko Mladić* (IT-09-92-PT), 16 December 2011, párr.59(j); Indictment, *Prosecutor v. Goran Hadžić* (IT-04-75-I), 21 May 2004, párr. 16(j).