

UNIVERSITAT DE LLEIDA.

Departament de Dret Públic.
Programa de Doctorat

**LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL PATRIMONIO
CULTURAL.**

Tesis presentada para aspirar al título de Doctor/a en Derecho por:

Núria CAMPS MIRABET.

Realizada bajo la dirección del Dr. ALBERT GALINSOGA JORDÁ,
Profesor titular de Derecho Internacional Público de la Universitat de
Lleida.

Lleida, 5 de mayo de 2000.

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL PATRIMONIO CULTURAL.

-SUMARIO-

INTRODUCCIÓN	p. i
ABREVIATURAS.....	p. xvii

CAPITULO PRIMERO: EL DERECHO INTERNACIONAL

SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

<u>Y LA SOBERANÍA DEL ESTADO.</u>	p. 1
---	------

I.- La evolución del derecho internacional relativo al patrimonio cultural	p. 3
1.- Los orígenes de la protección del patrimonio cultural	p. 4
2.- El inicio del proceso de codificación	p.15
3.- El periodo de la Sociedad de Naciones	p. 20
II.- La cooperación institucionalizada a escala universal	p. 27
1.- Las nuevas funciones del Derecho Internacional contemporáneo.....	p. 28
2.- La transformación de la soberanía estatal hacia la protección de intereses colectivos	p. 31
A.- La noción de patrimonio común de la humanidad y la protección internacional del patrimonio cultural	p. 38
B.- La “responsabilidad” colectiva de la Comunidad Internacional en la protección del patrimonio cultural	p. 45
a).- Respecto de los bienes muebles.....	p. 48
b).- Respecto de los bienes inmuebles	p. 48
III.- La autonomía normativa del sector	p. 51
1.- El Derecho Internacional Humanitario.....	p. 53
A.- La Convención de la UNESCO de 1954.....	p. 53
B.- La extensión de la protección ante tipos de conflictos armados	

y armas no previstos anteriormente.....	p. 57
2.- La protección del patrimonio cultural contra el tráfico ilícito:	
la Convención de la UNESCO de 1970.....	p. 62
A.- Características del tráfico ilícito de bienes culturales	p. 64
B.- La noción de tráfico ilícito de bienes	p. 66
C.- La Convención de la UNESCO de 1970.....	p. 68
3.- La protección conjunta del patrimonio cultural y natural:	
la Convención de la UNESCO de 1972.....	p. 71

CAPÍTULO SEGUNDO: LA CONFIGURACIÓN DE LA PROTECCIÓN

INTERNACIONAL DEL PATRIMONIO CULTURAL COMO UN SECTOR

<u>JURÍDICO</u>	p. 77
I.- Concepto y contenido	p. 78
1.- La noción de bien cultural en el plano normativo	p. 81
A.- Ámbito universal	p. 82
B.- Ámbito regional europeo	p. 99
2.- Categorización de los bienes culturales.....	p.102
A.- Criterios de conceptualización.....	p.102
B.- Criterios derivados de la naturaleza del bien	p. 106
II.- Fuentes del Derecho internacional del patrimonio cultural.....	p. 115
1.- Procedimientos de creación normativa.....	p. 115
A.- La costumbre	p. 115
B.- Los tratados.....	p. 122
2.- Naturaleza jurídica de las normas internacionales relativas a la protección internacional del patrimonio cultural.....	p. 125
A.- Normas obligatorias.....	p. 125
B.- Normas programáticas	p. 130
III.- Principios sustantivos que rigen la protección internacional del patrimonio cultural	p. 125
1.- Principios rectores	p. 139

A.- El principio del respeto y valorización del patrimonio cultural.....	p. 139
B.- El principio de publicidad, sensibilización y libre acceso	p. 144
C.- El principio de libre circulación.....	p. 149
D.- El principio de la financiación eficaz	p.153
E.- El principio de la solidaridad y de la cooperación internacional	p. 155
2.- Principios correctores	p. 162
A.- El principio del respeto a la soberanía del Estado	p. 163
B.- El principio de la conservación <i>in situ</i>	p. 169
C.- El principio de subsidiariedad.....	p. 173

CAPÍTULO TERCERO: EL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL

DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL..... p.177

I.- El reconocimiento de un estatuto jurídico específico para el bien cultural	p. 177
1.- Sistemas específicos de protección internacional	p. 178
2.- La inserción de normas de protección en instrumentos jurídico-internacionales reguladores de otros ámbito materiales	p. 192
A.- Derecho Internacional Humanitario.....	p. 192
B.- Derecho del mar y la protección del patrimonio cultural.....	p. 196
3.- La regulación del comercio internacional de bienes culturales: especial referencia al régimen de la Unión Europea.....	p. 206
A.- El comercio de bienes culturales en el ámbito de la Unión Europea: régimen previsto en el Derecho originario.....	p. 208
B.- Las medidas de protección adoptadas a través del Derecho derivado	p. 216
II.- La creación de derechos y obligaciones específicos respecto de los bienes culturales	p. 224
1.- Derechos específicos respecto de los bienes culturales.....	p. 224
A.- Los derechos humanos y la protección del patrimonio cultural	p. 226
a).- Los derechos culturales en el ámbito universal	p. 226
b).- Desarrollos y especificidades en el ámbito regional europeo.....	p.230
2.- La creación de obligaciones específicas respecto de los bienes culturales.....	p. 240

A.- Las obligaciones de los Estados: aspectos generales.....	p. 241
B.- Las medidas concretas de protección.....	p. 245
3.-Excepciones a las obligaciones de protección	
en caso de conflicto armado	p. 254
A.- Cláusulas de excepción a la protección	p. 255
B.- La restricción progresiva del alcance de las excepciones	p. 263

CAPÍTULO CUARTO: LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

EN EL ÁMBITO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES:

<u>ESPECIAL REFERENCIA A LAS FUNCIONES DE LA UNESCO</u>	p. 267
I.- La cooperación institucionalizada de ámbito universal: la UNESCO	p. 268
1.- La UNESCO como organización internacional: aspectos generales.....	p. 268
A.- Antecedentes.....	p. 268
B.- Objetivos.....	p. 271
C.- Miembros	p. 274
D.- Estructura y funcionamiento	p. 277
2.- La función normativa autónoma de la UNESCO: las Recomendaciones	
de la UNESCO relativas a los bienes culturales	p. 283
A.- Bienes inmuebles	p. 285
a).- Recomendación sobre los principios internacionales	
que deberán aplicarse a las excavaciones arqueológicas.....	p. 285
b).- Recomendación relativa a la protección de la belleza	
y del carácter de los lugares y paisajes	p. 287
c).- Recomendación sobre la conservación de los bienes culturales	
que la ejecución de obras públicas o privadas pueda poner en peligro	p. 288
d).- Recomendación sobre la protección en el ámbito nacional	
del patrimonio cultural y natural	p. 291
e).- Recomendación relativa a la salvaguardia de los conjuntos históricos	
y su función en la vida contemporánea	p. 293
B.- Bienes muebles	p. 294
a).- Recomendación que define los principios internacionales	
que deberán aplicarse a las excavaciones arqueológicas.....	p. 295
b).- Recomendación sobre los medios más eficaces	
para hacer los museos accesibles a todos	p. 297

c).- Recomendación sobre medidas encaminadas a prohibir e impedir la exportación, importación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales.....	p. 298
d).- Recomendación sobre el intercambio internacional de bienes culturales	p. 299
e).- Recomendación sobre la protección de los bienes culturales muebles.....	p. 300
C.- Valoración de conjunto.....	p. 302
3.- Funciones atribuidas a la UNESCO por los distintos instrumentos jurídicos internacionales en materia de patrimonio cultural.....	p. 305
A.- La Convención de la UNESCO de 1954	p. 305
B.- La Convención de la UNESCO de 1972.....	p. 310
a).- Asistencia preparatoria	p. 311
b).- Asistencia de urgencia.....	p. 312
c).- Formación	p. 313
d).- Cooperación técnica	p. 314
e).- Asistencia a actividades de promoción destinadas a dar a conocer mejor o a aplicar la Convención	p. 316
4.- Órganos específicos en el marco de la UNESCO y la colaboración de las Organizaciones No Gubernamentales	p. 317
A.- El Comité del Patrimonio Mundial.....	p. 317
B.- El Centro del Patrimonio Mundial.....	p. 317
C.- Organizaciones no gubernamentales en el ámbito del patrimonio cultural	p. 326
a).- ONGs que tienen reconocido estatuto consultivo ante la UNESCO	p. 328
b).- Otros organismos.....	p. 332
II.- La cooperación institucionalizada en el ámbito regional europeo.....	p. 334
1.- Aspectos generales	p. 334
2.- La acción del Consejo de Europa: órganos que participan en la protección del patrimonio cultural	p. 338
A.- Órganos generales.....	p. 343
a).- La Asamblea Parlamentaria	p. 343
b).- El Comité de Ministros.....	p. 344

c).- El Consejo de Poderes Locales y Regionales de Europa (CPLRE).....	p. 346
B.- Órganos específicos	p. 347
a).- La Conferencia Europea de Ministros Responsables del Patrimonio Cultural	p. 347
b).- El Consejo de Cooperación Cultural	p. 353
c).- El Fondo Cultural del Consejo de Europa	p. 359
4.- La acción de la Unión Europea en el sector cultural	p. 363
A.- Antecedentes.....	p. 363
B.- El desarrollo progresivo de la acción cultural.....	p. 367
C.- Nuevas perspectivas de acción a partir del Tratado de la Unión Europea	p. 371
a).- Objetivos.....	p. 371
b).- Medios de acción.....	p. 375

CAPÍTULO QUINTO: LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS

INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL... p. 377

I.- Sistemas de control internacional en materia de patrimonio cultural	p. 378
1.- Control sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Estadosp. 379	
A.- Antecedentes.....	p. 379
B.- El control ejercido por órganos <i>ad hoc</i>	p. 382
a).- El sistema de control de la Convención de 1954	p. 382
b).- Aplicación al conflicto árabe-israelí.....	p. 386
C.- El control institucional.....	p. 390
a).- Ámbito universal	p. 391
b).- Ámbito regional europeo	p. 398
2.- Mecanismos de control de la protección de los derechos culturales	p. 400
A.-. Control institucional y competencias de las Organizaciones Internacionales	p. 401
a).- Los procedimientos de control del ECOSOC	p. 402
b).- El procedimiento de control de la UNESCO.....	p. 404
B.- Órganos de control vinculados a instrumentos convencionales.....	p. 405
II.- Los medios de arreglo pacífico de controversias.....	p. 407

1.- Aspectos generales	p. 407
2.- Medios institucionales de las Organizaciones Internacionales	p. 410
3.- Medios contemplados por la vía convencional	p. 412
a).- La protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado	p. 412
b).- La protección del patrimonio cultural contra el tráfico ilícito	p. 414
c).- La protección del patrimonio cultural submarino	p. 416
4.- Bienes culturales y disputas territoriales	p. 423
III.- El régimen de la responsabilidad en materia	
de protección internacional del patrimonio cultural	p. 426
1.- Aspectos generales	p. 426
2.- La responsabilidad del Estado	p. 429
A.- La responsabilidad del Estado por la violación de obligaciones de comportamiento.....	p. 430
a).- La inadmisibilidad de represalias y de otras contramedidas basadas en la reciprocidad	p. 431
b).- La cuestión de los bienes culturales expropiados por prácticas coloniales.....	p. 434
c).- Consideración del genocidio cultural o “etnocidio”	P. 440
B.- La responsabilidad del Estado por la violación de obligaciones de resultado	p. 441
a).- La violación de la obligación de prevención: el “asunto de las pirámides”	p. 441
3.- La responsabilidad del individuo	p. 448
A.- La responsabilidad individual vinculada a actividades del Estado	p. 449
a).- Antecedentes	p. 450
b).- La exigencia de responsabilidad internacional del individuo ante órganos internacionales	p. 454
d).- La remisión a los ordenamientos internos	p. 459
B.- El tráfico ilícito de bienes culturales.....	p. 462
a).- El régimen jurídico establecido por el derecho	

convencional de ámbito universal.....	p. 463
d).- El tráfico ilícito en el ámbito regional europeo	p. 467
4.- Las consecuencias de la responsabilidad internacional.....	p. 473
A.- El principio de restitución.....	p. 474
a).- Hechos derivados de conflictos armados.....	p. 474
b).- El problema de la restitución del patrimonio expropiado por prácticas coloniales.....	p. 481
c).- La restitución de los bienes objeto de tráfico ilícito en tiempo de paz.....	p. 486
B.- Otros problemas jurídicos vinculados a la reparación	p. 494
CONCLUSIONES	p. 499
FUENTES DE CONOCIMIENTO	p. 520

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por **objeto** el estudio de la protección internacional del patrimonio cultural desde la perspectiva del Derecho Internacional Público con especial detenimiento en el régimen de protección adoptado en el ámbito regional europeo.

Con relación al interés genérico que ha motivado el trabajo, cabe señalar que la evolución del Derecho internacional ha venido marcada por la tensión, según señala el profesor KISS, entre dos fuerzas antagónicas como son la voluntad de los Estados de ser soberanos y la necesidad de cooperación. El progreso científico y técnico ha acelerado la transformación de la sociedad y ha puesto de relieve una creciente interdependencia mundial, en especial en una serie de ámbitos en los cuales la cooperación internacional resulta indispensable tras la comprobación de las limitaciones de los ordenamientos jurídicos internos para alcanzar una protección adecuada en estos sectores.

Así se explica la reciente evolución del Derecho internacional tendente a la protección jurídico-internacional de intereses colectivos, paradigma de ello es la progresiva consolidación de un Derecho internacional de los Derechos humanos o del Derecho internacional del medio ambiente. En palabras del profesor CARRILLO SALCEDO “las principales líneas jurídico-positivas en las que estas nuevas dimensiones de las funciones del Derecho internacional se manifiestan son las siguientes:

(...) Consolidación de un Derecho internacional para la protección de intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto, evidente en la limitación de ciertos espacios de interés internacional, en las libertades del alta mar o en la protección internacional del medio ambiente (...) “.

En este sentido el profesor GALINSOGA JORDÀ sostiene que “las funciones del Derecho Internacional han evolucionado a partir del concepto clásico de coexistencia que no contemplaba la protección de intereses generales de la Comunidad Internacional. La libertad de acción de los Estados no estaba entonces limitada por un orden objetivo, sino más bien por los derechos subjetivos de otros Estados”.

La adopción de una normativa internacional destinada a la protección jurídica del patrimonio cultural plasma la existencia en este ámbito de un interés general de la Comunidad internacional. Sin embargo, no resulta exento de dificultad dirimir el alcance y los límites de dicho interés general si tenemos en cuenta que el patrimonio cultural depende esencialmente de la soberanía del Estado, hecho que es así reconocido en las normas internacionales de origen convencional.

A lo anterior cabe añadir la dificultad intrínseca a la delimitación del objeto de estudio debido a la amplitud y el carácter polisémico del término cultura que engloba distintas acepciones en un mismo concepto. Desde la percepción de Ortega y Gasset, cultura es el conjunto de ideas y referencias desde la que cada tiempo vive, de lo cual se infiere que patrimonio cultural podría ser todo.

De manera que si se estudiara la protección del patrimonio cultural *latu sensu*, deberían ser objeto de análisis las normas jurídicas protectoras de cualquier manifestación cultural. En este caso tal como afirma el profesor CASANOVAS Y LA ROSA “la noción de patrimonio cultural debería comprender muchas manifestaciones distintas de los “bienes culturales” propiamente dichos”; por tanto, cabría incluir, entre otras, la protección de los derechos de autor y conexos, la conservación de las imágenes en movimiento... con lo cual el objeto de estudio resultaría casi inabarcable. Por este motivo, desde un punto de vista jurídico y también por razones de eficacia, se ha optado por una definición más restringida de patrimonio cultural circunscrita fundamentalmente, a los bienes que tengan un valor artístico, histórico o arqueológico, en definitiva el que podríamos identificar como patrimonio cultural de carácter material excluyendo del análisis el patrimonio cultural de carácter inmaterial o intangible, comprendido por el conjunto de manifestaciones culturales, tradicionales y populares emanadas de una comunidad, como son las tradiciones orales, las lenguas, la música, la literatura, la danza, el arte escénico, rituales, artesanías.. No obstante, esta aproximación no resulta tampoco exenta de dificultades si tenemos en cuenta que los límites de aquello que es considerado arte son imprecisos y subjetivos.

Asimismo, se ha tomado en consideración, por una parte, la tendencia creciente hacia una renovación del concepto tradicional de patrimonio cultural incluyendo en el mismo nuevas categorías como el paisaje cultural, el patrimonio industrial y el turismo cultural, tal como ha sido puesto de relieve en la Conferencia Intergubernamental de Políticas Culturales favorables al Desarrollo celebrada en Estocolmo bajo los auspicios de la UNESCO (30 de marzo a 2 de abril de 1998). Por otra parte y en conexión

con lo anterior, progresivamente se va afianzando una nueva visión más amplia e innovadora del patrimonio que lo vincula al desarrollo, concretamente el Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo, *Nuestra diversidad creativa* subraya la necesidad de que el patrimonio cultural esté “al servicio del desarrollo”.

El objeto estudiado presenta el interés de manejar, por una parte, la aplicación de conceptos generales del Derecho internacional público a esta materia, como son : las nuevas funciones del Derecho internacional contemporáneo; la transformación de la soberanía estatal hacia la protección de intereses colectivos; la relación existente entre la noción de “patrimonio común de la humanidad” y la protección internacional del patrimonio cultural; los principales procedimientos de creación normativa; la interrelación entre derechos humanos y la protección del patrimonio cultural y la aplicación de las nociones de control internacional y responsabilidad internacional.

Por otra parte, plantea problemas jurídicos específicos que revisten especial importancia en aras a la posible configuración de la protección del patrimonio cultural como un sector autónomo:

- la existencia de unos principios sustantivos que rigen la protección del patrimonio cultural;
- sistemas específicos de protección para los bienes culturales derivados principalmente de instrumentos jurídico-internacionales específicos pero también de instrumentos reguladores de otros ámbitos materiales de protección;

- la creación de derechos y obligaciones específicos respecto de los bienes culturales;

De todo lo anterior se desprende el interés teórico del objeto estudiado por los problemas jurídicos que plantea, complejidad que se ve incrementada por el análisis pluridisciplinar al que se presta la materia, ya que el estudio de algunas cuestiones va más allá de la disciplina del Derecho internacional público resultando de aplicación conceptos propios del Derecho internacional privado.

El **objeto específico** del trabajo se centra, pues, en el estudio de la normativa internacional destinada a la protección del patrimonio cultural a partir de la cual se analiza la evolución progresiva hacia el establecimiento de un sistema de cooperación institucionalizada a escala universal, así como el análisis del régimen jurídico-internacional del patrimonio cultural, sus características principales, las obligaciones que comporta, la función que desempeñan las Organizaciones internacionales, en particular la UNESCO y la aplicación de las normas internacionales en esta materia.

El estudio específico de los instrumentos jurídico-internacionales de aplicación a la materia se justifica porque un análisis profundo de los mismos permite deducir, los objetivos de la protección, la delimitación de la noción de bienes culturales objeto de protección, tarea que entraña gran dificultad, la distinta naturaleza de las obligaciones que de ellos se derivan, los principios rectores en este ámbito, la función de impulso que desempeñan las Organizaciones internacionales así como las tendencias en la evolución del derecho internacional relativo a la protección del patrimonio cultural.

Se estudia, asimismo, con especial detenimiento la protección del patrimonio cultural en el ámbito regional europeo a través de la cooperación institucionalizada, esencialmente en el marco del Consejo de Europa, así como la acción comunitaria en el sector cultural. Se incluyen ciertas referencias a la protección del patrimonio cultural en otros ámbitos regionales en particular, al sistema americano pero sin ánimo de exhaustividad sino más bien como ejemplo ilustrativo de otros sistemas de protección e incluso, en algunos supuestos, a modo de análisis comparativo que contribuye a completar el estudio prioritario del objeto específico en el ámbito regional europeo.

El **método** elegido para el análisis del objeto de la presente investigación es el método jurídico positivo, sin embargo debe ser completado, en especial en el caso de un objeto con notable carácter pluridisciplinar como el presente, desde otras perspectivas metodológicas; en particular desde una perspectiva histórico-sociológica

Las opciones metodológicas adoptadas responden a la evolución del Derecho Internacional contemporáneo, así como a las necesidades expresadas del medio social que regula. Se manifiestan estas opciones en los apartados dedicados a las fuentes, cuando se toma en consideración el valor normativo de los instrumentos normativos no vinculantes (recomendaciones de las OO.II., por ejemplo), en la medida en que expresan un consenso generalizado y que son susceptibles de recoger y generar una práctica de los Estados, susceptible de declarar, reafirmar, cristalizar o contribuir a establecer principios jurídicos vinculantes. También se hace patente en la adopción de una posición monista, aunque no extrema, en las relaciones entre el Derecho Internacional y los ordenamientos internos de

los Estados, que es especialmente notoria en el tratamiento de la responsabilidad internacional.

Así, en aplicación del método elegido la investigación se ha desarrollado en diversas fases:

- La primera fase se ha centrado en un análisis desde una perspectiva evolutiva de las normas destinadas a la protección internacional del patrimonio cultural; tomando en consideración, al mismo tiempo, las nuevas funciones del Derecho internacional contemporáneo estrechamente vinculadas a la transformación de la soberanía hacia la protección de intereses colectivos.

- En una segunda fase, se ha intentado acotar el objeto de estudio desde una perspectiva normativa, estudiando los distintos instrumentos convencionales tanto de ámbito universal como regional.

- En una tercera fase, se ha procedido a identificar los procedimientos de creación normativa así como la naturaleza jurídica de las normas creadas y los principios sustantivos que rigen la protección internacional del patrimonio cultural. Asimismo, se han analizado las funciones atribuidas a las Organizaciones internacionales por los distintos instrumentos jurídico internacionales en materia de patrimonio cultural. En el plano universal, se ha centrado especialmente en el estudio de la UNESCO, por una parte, de sus funciones normativas y, por otra parte, de las funciones que le han sido atribuidas en materia de promoción y control de la aplicación de las normas internacionales. En el plano regional europeo, teniendo en cuenta tanto la distinta naturaleza jurídica de los instrumentos normativos estudiados, como sus respectivos efectos jurídicos, se ha procedido al estudio de las Recomendaciones, Resoluciones y Convenios internacionales sobre la materia adoptados en el marco del Consejo de Europa, por una parte, y, por

otra, en el ámbito comunitario el análisis del derecho originario como del derecho derivado relativo al objeto de investigación.

La **sistemática** adoptada se basa en la adopción de los siguientes criterios fundamentales de sistematización:

- 1.- La distinción cronológica, anterior - posterior.
2. - La distinción entre Derecho aplicable en tiempo de paz y en caso de conflicto armado.
- 3.- La distinción entre Derecho universal y derecho regional, en especial el ámbito regional europeo.
- 4.- La distinción entre bienes muebles - bienes inmuebles.
- 5.- La distinción creación-aplicación de las normas jurídicas internacionales.
- 6.- La distinción entre normas vinculantes - no vinculantes.

La aplicación de dichos criterios ha conducido a la división de la investigación en cinco capítulos.

- En el Capítulo Primero, ha sido objeto de análisis la interrelación existente entre el Derecho internacional del patrimonio cultural y la soberanía del Estado. A este fin se ha partido del estudio, a grandes rasgos, de la evolución experimentada por el Derecho internacional relativo a la protección del patrimonio cultural desde sus orígenes hasta la progresiva consolidación de una cooperación institucionalizada a escala universal. En este sentido, se ha analizado desde una perspectiva general las nuevas funciones del Derecho internacional contemporáneo y la tendencia de la transformación de la soberanía estatal hacia la protección de intereses colectivos concretada en este ámbito específico. Para ello se ha procedido al

estudio de los diferentes convenios internacionales en los que se plasma esta tendencia a través del concepto de “responsabilidad” colectiva de la Comunidad internacional en la protección del patrimonio cultural. Asimismo el análisis de dichos Convenios ha servido para abordar la autonomía normativa de este sector.

- En el Capítulo Segundo se ha estudiado la configuración de la protección internacional del patrimonio cultural como sector jurídico. Para ello se ha procedido al análisis de algunas cuestiones de especial relevancia a fin de concretar la protección de los bienes culturales desde una perspectiva jurídica como son:

- La noción de bien cultural en el plano normativo y su conceptualización a través de diferentes criterios.
- Los procedimientos de creación normativa.
- Los principios que rigen la protección internacional del patrimonio cultural.

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, la sistemática adoptada ha consistido en el análisis de los principales instrumentos internacionales vigentes tanto de carácter universal como regional para proceder a un estudio comparativo de los mismos a fin de obtener unos criterios de conceptualización de los mismos, descripción que ha sido completada por los criterios derivados de la propia naturaleza del bien, permitiendo todo ello en conjunto abordar la noción de bien cultural como un concepto formal que constituye una categoría jurídica plenamente adoptada por el Derecho internacional contemporáneo.

Por lo que respecta a la segunda de las cuestiones mencionadas, se ha llevado a cabo un examen global de las fuentes del Derecho internacional del patrimonio cultural, en particular se ha analizado la existencia de normas consuetudinarias referidas específicamente a este ámbito. Para ello, en este caso ha resultado, válido recurrir a la distinción tradicionalmente utilizada en esta materia entre las normas aplicables en caso de conflicto armado y las aplicables en tiempo de paz. Asimismo, han sido objeto de análisis los tratados que constituyen una de las vías más utilizadas para la protección del patrimonio cultural. Finalmente, se ha centrado el examen en la naturaleza jurídica de las normas internacionales aplicables a este ámbito, en este sentido se ha procedido a distinguir entre normas obligatorias, que a su vez contienen normas que crean obligaciones concretas y normas que estipulan obligaciones generales no concretadas y de desarrollo discrecional, y normas programáticas vigentes tanto en el ámbito universal como regional.

Respecto a la tercera de las cuestiones planteadas, a partir del análisis desde una perspectiva global del Derecho internacional vigente, se ha deducido la existencia de un conjunto de principios que informan el régimen jurídico que rige esta materia. La sistemática aplicada para el estudio de los mismos conduce a la distinción entre principios rectores, los cuales inspiran el conjunto de la normativa vigente en este ámbito y principios correctores por cuanto suponen una limitación la internacionalización de este sector.

- En el Capítulo Tercero, es objeto de análisis el régimen jurídico internacional de protección del patrimonio cultural. A partir de la normativa internacional vigente se ha procedido al estudio de los elementos que lo

caracterizan. En este sentido, cabe destacar el reconocimiento de un estatuto específico para el bien cultural que se concreta en la existencia de distintos sistemas de protección derivados esencialmente de las normas internacionales que se dedican exclusivamente a la protección del patrimonio cultural pero también de instrumentos jurídico-internacionales reguladores de otros ámbitos materiales, como es el Derecho internacional humanitario, el Derecho del mar y el comercio internacional; con respecto a este último se trata en mayor profundidad, dado el relevante interés que reviste, el sistema de protección previsto en el marco de la Unión Europea cuyo punto de partida es el artículo 36 del TCEE y que ha experimentado una notable evolución a partir de la entrada en vigor del mercado único, analizándose cuales son los instrumentos de protección adoptados.

El análisis del régimen jurídico internacional de protección se completa con el examen de los derechos y obligaciones específicos respecto de los bienes culturales tanto en el ámbito universal como las especificidades que presentan en el ámbito regional europeo. Se cierra el capítulo con una referencia a las cláusulas de excepción que, en caso de conflicto armado, limitan la protección restando eficacia a los instrumentos jurídicos internacionales previstos al efecto.

- En el Capítulo Cuarto se ha abordado la protección del patrimonio cultural en el ámbito de las Organizaciones internacionales. El paradigma de la cooperación institucionalizada de ámbito universal en el ámbito de la protección del patrimonio cultural, lo constituye la UNESCO. Ello explica que se haga un análisis, aunque sin ánimo de exhaustividad, de los aspectos generales de la misma para analizar a continuación con una mayor profundidad su misión específica en la protección del patrimonio cultural. Con este propósito se examina la función normativa autónoma en esta

materia que se concreta en la adopción de una amplia variedad de Recomendaciones con idéntico objetivo último. Se procede a un estudio sistemático y detallado de las mismas -adoptando como criterio de distinción el de bienes inmuebles, bienes muebles- debido a que revisten especial interés por su carácter de orientadoras del comportamiento de los Estados preparando el terreno para la posterior adopción de normas vinculantes.

Asimismo, son objeto de análisis las funciones de distinto alcance y naturaleza que le vienen atribuidas a la UNESCO por los instrumentos jurídico-internacionales vigentes en este ámbito; como complemento a lo anterior se estudian los órganos específicos para la protección del patrimonio cultural existentes en el marco de dicha Organización. Para el cumplimiento de su misión la UNESCO se vale de todos los recursos posibles de ahí que se analice la relevante función de colaboración e impulso de la Organizaciones no gubernamentales vinculadas a la UNESCO, así como la colaboración con “otros organismos” en determinados aspectos puntuales.

El estudio de la protección del patrimonio cultural en el ámbito de las Organizaciones internacionales resultaría incompleto sino se analizara la cooperación institucionalizada en el ámbito regional europeo puesto que el Consejo de Europa viene ejerciendo una relevante misión en este ámbito. Así pues, se estudia dicha acción así como, estableciendo un paralelismo con el estudio de la UNESCO, los órganos que participan en la protección del patrimonio cultural. Finalmente se estudia la acción cultural comunitaria, a partir de una visión progresiva de la misma y las nuevas perspectivas abiertas en el ámbito cultural en general y, con relación a la

protección del patrimonio cultural, en concreto, a partir del Tratado de la Unión Europea.

- Por último, en el Capítulo Quinto, se analiza la aplicación de las normas internacionales para la protección del patrimonio cultural. A este fin el estudio se ha centrado, en primer lugar, en el análisis de los diversos sistemas de control existentes para promover la observancia de las obligaciones contraídas por los Estados y asegurar su cumplimiento, procediéndose a una clasificación de los mismos en función de la naturaleza de los órganos que tienen a su cargo dicha misión. En segundo lugar, se ha procedido al estudio de los principios y normas vigentes en materia de protección del patrimonio cultural respecto al arreglo pacífico de las controversias que pueden suscitarse en la interpretación y aplicación de la normativa existente en este ámbito. Este análisis ha derivado en la distinción, por una parte, de los medios institucionales de las Organizaciones internacionales, esencialmente en el marco de la UNESCO y, por otra parte, los medios contemplados por los distintos instrumentos convencionales a partir de sus respectivos ámbitos materiales de regulación.

En tercer lugar, y a modo de corolario de lo anterior, se analiza el régimen de la responsabilidad internacional en esta materia. Para ello, se ha partido de la distinción entre la responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento de obligaciones de comportamiento, y la derivada del incumplimiento de obligaciones de resultado. El estudio no quedaría completo sin analizar, asimismo, la responsabilidad del individuo por actos que vulneran los principios y normas internacionales en materia de protección del patrimonio cultural. Por último, se abordan las consecuencias de la responsabilidad internacional de lo cual se deriva el análisis de la

restitución de los bienes culturales diferenciando distintas perspectivas en función de la naturaleza de los actos con base a los cuales se considera ilícita.

- Las **fuentes de conocimiento** consultadas sobre las que se fundamenta la presente investigación son las siguientes:

- En primer lugar, se ha acudido a las publicaciones que recogen los instrumentos jurídico-internacionales dedicados a la protección del patrimonio cultural. Así, por lo que respecta al ámbito universal se han utilizado las publicaciones de la UNESCO, mientras que con relación al ámbito regional europeo se han utilizado por una parte, las publicaciones del Consejo de Europa en especial les “*Rapports explicatifs*” de los distintos Convenios y por otra parte, respecto a la normativa comunitaria se han utilizado las publicaciones de los Tratados constitutivos y en lo relativo al Derecho derivado, se ha consultado el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE, serie L y serie C).

- En segundo lugar, también se ha acudido a documentos del sistema de Naciones Unidas, en especial a las publicaciones de los Documentos Oficiales de la Asamblea General, y cuando se ha considerado de interés para el objeto de estudio se ha acudido también a las Resoluciones del Consejo de Seguridad, así como a los Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).

- En tercer lugar, se ha acudido igualmente a la doctrina científica, cuya valiosa aportación ha orientado de forma determinante y ha

enriquecido el presente estudio. Diversas obras generales, monografías y aportaciones a obras colectivas en el marco de las cuales se han abordado, aunque en algunos casos sea de manera tangencial, cuestiones relativas a la protección del patrimonio cultural, han resultado de sumo interés en la realización de la presente investigación.

Una de las fuentes que resultan de mayor utilidad a la hora de realizar un análisis profundo y exhaustivo de las diversas cuestiones que plantea el objeto de investigación, lo constituye la consulta a los Cursos generales publicados en el *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*; así como la consulta de las revistas periódicas especializadas tanto las que se ocupan preferentemente de aspectos de Derecho internacional público como aquéllas que se centran en el estudio del Derecho comunitario. Entre las primeras cabe destacar la “Revista Española de Derecho Internacional”, la *Revue Générale de Droit International Public*, la *Revue Belge de Droit International*, la *Rivista di Diritto Internazionale, Roma*, la *Comunità Internazionale*, la *Revue Hellenique de Droit International*, la “Revista Internacional de la Cruz Roja”, la *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, *International and Comparative Law Quaterly*, el “Anuario de Derecho Internacional”, el *American Journal of International Law*, el “Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional”, el *Annuaire de l'Institut de Droit International*, el *Netherlands Yearbook of International Law*, el *Annuaire Français de Droit International*. Entre las segundas, la “Revista Derecho Comunitario Europeo” (anteriormente “Revista de Instituciones Europeas”), la *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, *Cahiers de Droit Européen*, la *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, *Common Market Law Review*, etc.

A fin de consultar la documentación mencionada anteriormente se ha acudido a las bibliotecas y hemerotecas de diversos centros, entre otros, de la Universitat de Lleida, de la Universitat de Barcelona, así como la biblioteca depositaria de Naciones Unidas sita en la Universidad de Barcelona, la *Université Libre de Bruxelles*. Asimismo, se ha consultado la biblioteca general de la UNESCO con sede en París, la biblioteca del Consejo Internacional de Museos (ICOM) con sede en París, la biblioteca del Centro Unesco de Catalunya con sede en Barcelona, la biblioteca del *Patronat Català del Pro Europa* en las Delegaciones del mismo en Lleida y Bruselas, la biblioteca general de la Comisión Europea con sede en Bruselas.

También se ha acudido al Centro de documentación y biblioteca del Gabinete técnico del *Departament de Cultura de la Generalitat de Catalunya*, al Centro de Documentación Europea de la Universitat de Lleida, así como al *Institut d'Etudes européennes* de la *Université Libre de Bruxelles*.

Desde aquí quisiera agradecer la amabilidad y las orientaciones del conjunto de personas que me han prestado su valiosa ayuda en los diferentes centros a los que he acudido o consultado. En especial me gustaría destacar la amabilidad y dispuesta colaboración de la Sra. Susanna Martí del *Centre Unesco de Catalunya*, del Sr. David Martel del Centro del Patrimonio Mundial de la UNESCO, de la Sra. Joëlle Bouteiller de la sección de Documentación de la División del Patrimonio Cultural del Consejo de Europa, de la Sra. Montse Tafalla de la Biblioteca de Naciones Unidas de la Universidad de Barcelona y del Sr. Quintí Casals y la Sra Anna M. Lapeyra del Centro de Documentacion Europea de la Universitat de Lleida.

ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS

ADI	Anuario de Derecho Internacional
AFDI	Annuaire Française de Droit International.
AIDI	Annuaire de l'Institut de Droit International.
AIEA	Agencia Internacional de la Energía Atómica.
AJIL	American Journal of International Law
BYIL	British Year Book of International Law
CAHMIN	Comité <i>ad hoc</i> para la protección de las minorías nacionales.
CAME	Confederación de Ministros Aliados de Educación.
CAR/ASP	Centre d'activités régional/Aires spécialement protégées.
CC-PAT	Comité del Patrimonio Cultural.
CDCC	Consejo de la Cooperación Cultural.
CDI	Comisión de Derecho Internacional.
CDUP	Comité director para las políticas urbanas y el patrimonio arquitectónico.
CEE	Comunidad Económica Europea.
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja.
CIECC	Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
CIJ	Corte Internacional de Justicia.
CNE	Comité Nacional Español.
COI	Comisión Oceanográfica Internacional.
COREPER	Comité de Representantes Permanentes.

CPLRE	Conferencia Permanente de Poderes Locales y Regionales de Europa./Congreso de Poderes Locales y Regionales de Europa.
CPM/WHC	Convención del Patrimonio Mundial.
CSCE	Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa.
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
EJIL	European Journal of International Law.
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura.
FPM/WHF	Fondo del Patrimonio Mundial.
GATT	Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio
ICCROM	Centro Internacional de Estudios para la Conservación y Restauración de Bienes Culturales.
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly.
ICOM	Consejo Internacional de Museos.
ICOMOS	Consejo Internacional para la defensa de Monumentos y Sitios histórico-artísticos.
IDI	Institut de Droit International.
IHLADI	Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.
ILA	International Law Association.
ILM	International Legal Materials
INTERPOL	Organización Internacional de la Policía Criminal.
IOPA	International Organization for the Protection of Works of Art.
IYIL	Italian Yearbook of International Law.
JDI	Journal de Droit International.
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence.

LPM/WHL	Lista del Patrimonio Mundial.
NILR	Netherlands International Law Review.
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law.
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional.
OEA	Organización de Estados Americanos.
OIEA	Organismo Internacional de la Energía Atómica.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OMI/OMCI	Organización Marítima Internacional.
OMC	Organización Mundial de Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud.
ONG	Organización No Gubernamental.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.
OUA	Organización para la Unidad Africana.
OVPM	Organización de las Ciudades del Patrimonio Mundial.
PAM	Plan de Acción para el Mediterráneo.
PHI	Programa Hidrológico Internacional.
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
PNUE/PNUMA	Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente.
RBDI	Revue Belge de Droit International.
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye.
RDI	Rivista di Diritto internazionale.
RDISDP	Revue de Droit International, des Sciences Diplomatiques et Politiques.
RDP	Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l'Étranger.

RDU	Revue de Droit Uniforme.
REDI	Revista Española de Derecho Internacional.
REDP	Revue Européenne de Droit Public.
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public.
RICR	Revista Internacional de la Cruz Roja.
RIE	Revista de Instituciones Europeas.
RJC	Revista Jurídica de Catalunya.
RTDE	Revue Trimestrelle de Droit Européen.
RMCUE	Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne.
RSA	Recueil des Sentences Arbitrales, publicado por las Naciones Unidas
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea.
UICN	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de sus recursos.
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
UNIDROIT	Instituto para la Unificación del Derecho Privado de Roma.

CAPÍTULO PRIMERO:

EL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL Y LA SOBERANÍA DEL ESTADO.

La protección del patrimonio cultural desde la perspectiva jurídica se presenta como uno de los sectores de reciente y progresiva internacionalización. El estudio de la evolución seguida desde la aparición de las primeras normas internacionales hasta la actualidad muestra ciertos paralelismos con otros sectores de reciente internacionalización.

Así, la afirmación y el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y su traducción en normas internacionales se han producido desde la afirmación de la soberanía del Estado (normas de Derecho humanitario y normas sobre el trato a los extranjeros), para, en una fase posterior, desde una concepción distinta, hacerse también exigibles las obligaciones derivadas frente al propio Estado de la nacionalidad (derechos humanos y libertades fundamentales), limitando el concepto tradicional de la soberanía, que sólo se autolimitaba en la reciprocidad de las relaciones entre Estados (¹).

La protección del medio ambiente sigue un paralelismo estrecho en esta evolución, limitando aquí no ya la competencia personal del Estado respecto de sus nacionales, sino también el fundamento más firme de la concepción tradicional de la soberanía: la competencia territorial. Las

¹. GALINSOGA JORDÀ, Albert: “El estatuto de los refugiados en el Derecho internacional contemporáneo”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (Coordinador): *Refugiados: Derecho y solidaridad*, ACNUR-Consejo General del Poder Judicial-Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, pp. 35 y ss.

normas internacionales relativas a la protección del medio ambiente no sólo limitan la libertad de los Estados en los espacios comunes -de los que tradicionalmente ha sido excluida su apropiación-, exigiendo un ejercicio racional y prudente de las libertades que rigen en estos espacios, sino que también establecen verdaderas obligaciones para los Estados respecto de la protección y conservación ecológica en territorios que se hallan bajo su competencia exclusiva.

Los principios y normas que rigen la protección del patrimonio cultural tienen con estos sectores del Derecho Internacional contemporáneo fuertes elementos comunes, que responden al reconocimiento de intereses públicos de carácter general de toda la Comunidad internacional, que deben ser preservados y protegidos. La protección de estos intereses colectivos puede llevarse a cabo tanto en plano relacional (tutela colectiva descentralizada), como en el plano institucional (tutela colectiva organizada), siendo este último el que se presenta como más idóneo ⁽²⁾. El objeto del presente capítulo es mostrar el origen y evolución de las normas e instituciones dirigidas a la protección del patrimonio cultural y a su tutela en el ámbito internacional, teniendo en consideración el efecto de tales transformaciones en la concepción de la soberanía del Estado.

². JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos: “El concepto de Derecho internacional público”, en DÍEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho internacional Público*, 12ª ed; Tecnos, Madrid, 1999, p. 85.

I.- LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL RELATIVO AL PATRIMONIO CULTURAL.

La necesidad de proteger los bienes culturales surge, en principio, vinculada a la voluntad de preservarlos de la destrucción indiscriminada que padecen durante los conflictos armados; representa una parte ínfima de los múltiples esfuerzos emprendidos para mitigar los devastadores efectos de las guerras.

Sin embargo, la idea de proteger los bienes culturales ha experimentado una evolución progresiva que ha tenido su correspondiente plasmación en instrumentos jurídicos internacionales. Se ha producido en este ámbito un desarrollo considerable desde los orígenes hasta la regulación actual; de modo que se ha considerado igualmente imprescindible la adopción de medidas destinadas a preservar los bienes culturales en tiempo de paz, puesto que el patrimonio cultural, al igual que el natural, se encuentra en una situación cada vez más crítica, amenazado de destrucción “no sólo por las causas tradicionales de deterioro sino también por la evolución de la vida social y económica que las agrava con fenómenos de alteración o de destrucción aún más temible” ⁽³⁾.

³. Preámbulo de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, de 16 de noviembre de 1972, véase: UNESCO: Convenciones y recomendaciones de la Unesco sobre la protección del patrimonio cultural”, PNUD/Unesco, 1990, p. 17 y ss.

1.- LOS ORÍGENES DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL PATRIMONIO CULTURAL.

Si nos remitimos a los orígenes de la protección de los bienes culturales vemos que es relativamente reciente ya que, hasta el siglo XIX, el ataque indiscriminado a los bienes culturales, el incendio, el pillaje, eran manifestaciones habituales de la violencia que dominaba los conflictos bélicos, “la guerra se hacía sin ningún tipo de orden”⁽⁴⁾.

Esta afirmación, aun revistiendo un fondo de verdad general, debe ser matizada. En efecto, incluso en la Antigüedad más remota se conocieron y practicaron entre poderes políticos rivales ciertas reglas jurídicas. Hay que coincidir con el profesor TRUYOL y SERRA en señalar que, sin embargo, “el Derecho internacional de la Antigüedad fue un derecho precario y fragmentario, puesto que se fundamentaba en la religión, que en sus comienzos, poseía un carácter étnico, limitado a cada grupo, pueblo, ciudad o principado en particular”⁽⁵⁾.

En la Antigüedad, un monumento histórico, una obra de arte, carecían de cualquier privilegio. En caso de conflicto armado era habitual recurrir al saqueo de los bienes enemigos sobre la base de un *ius predae* que constituía un modo válido de adquisición de la propiedad, y era práctica común arrasar la ciudad conquistada. El único límite era el respeto a los edificios sagrados dedicados al culto religioso, sin embargo, los templos, no se respetaban por

⁴. MORALES POCH, Ivette: “La protección de los bienes culturales en los conflictos armados”, *Derecho y opinión*, Universidad de Córdoba, octubre 1992, nº 0, pp. 91-100.

⁵. TRUYOL Y SERRA, Antonio: *Historia del Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1998, p.16.

el valor intrínseco del bien cultural sino por su naturaleza religiosa debido a que, lo divino o sagrado era estrechamente vinculado a la guerra.

Es imposible calcular el número de obras de arte destruidas, algunas de las cuales formarían parte de lo que hoy se denomina patrimonio mundial con lo cual con su desaparición no sólo se ha empobrecido el patrimonio de un pueblo sino que es el patrimonio común de la humanidad el que se ha visto mermado (⁶).

La destrucción de los bienes culturales era considerada como una consecuencia inexorable de la guerra y el derecho de botín se concebía como “ley general” (⁷). En esta etapa no existían normas comúnmente aceptadas que regularan la conducta de los beligerantes, pudiéndose éstos valerse de todos los medios. Sin embargo, esta “ley general”, que caracteriza un período tan extenso de la Historia de la Humanidad, en el que se desarrollan civilizaciones tan diversificadas, también conoce sus inflexiones, matices y excepciones.

En el Oriente Próximo y el Asia Menor durante el período de los cinco grandes reinos o imperios (Babilonia, Egipto, el reino hitita de Asia Menor, el Mitanni al noroeste de Mesopotamia y Asiría) la guerra no se

⁶. En este contexto se enmarca la destrucción de dos ciudades que eran centros de cultura muy prestigiosos, se trata de Cartago y Corinto, siendo esta última especialmente rica en monumentos artísticos. A ello hace referencia el testimonio de Cicerón (*De officiis*, I, 11), citado en *La tutela internazionale dei beni culturale in tempo di guerra*, de Antonio FILIPPO PANZERA. G. Giappichelli Editore, Torino, 1993, p.13.

⁷. “*C’est une loi universelle et éternelle que, dans une ville prise par des ennemis en état de guerre, tout, et les personnes, et les biens appartiennent aux vainqueurs*”, Xénophon, *Cyropédie* (VII, 5, 73), citado por TOMAN, Jiri: *La protection des biens culturels en cas*

beneficiaba de una regulación que atenuara sus excesos y crueldades. No obstante, se ha distinguido la práctica babilona, y, sobre todo asiría (⁸), caracterizada por su extrema impiedad, del comportamiento de los egipcios y los hititas, mucho más humano.

Se han citado como precedentes de humanización de la guerra el Imperio persa de los Aqueménidas (hacia 550-351 a.C.), el Código de Manú en la India -que supone un primer Derecho de la guerra, que se caracteriza por una considerable humanización (⁹)-, el *Pentateuco* hebreo con su espíritu hospitalario para los extranjeros -sin exclusión de esclavos e inmigrantes- o el pensamiento chino clásico desde Confucio (hacia 551-479 a.C.), cuyo pacifismo parte de la sumisión estricta de la política a la moral, desembocando en una doctrina de la “guerra justa”.

de conflit armé. Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954., Unesco, París 1994, p. 18.

⁸. Una explicación razonable de esta diferencia podría atribuirse a la amenaza constante de los vecinos nómadas que Egipto no sentía por razones de mayor aislamiento geográfico. Sin embargo, esta razón no parece suficiente para justificar la crueldad de sus respectivas denominaciones. Mientras en el caso babilonio la técnica de dominación parecía basarse en la organización, en el caso asirio puede atribuirse la práctica del terror como una técnica de dominio (TRUYOL y SERRA, Antonio: *Historia del Derecho y del Estado*, vol. 1, Alianza Universidad, Madrid, 1991, p.34). Hay que tener en cuenta, sin embargo, la Asiria que destruye las ciudades que conquista hasta los cimientos es la “segunda Asiria”; es decir, aquella que surge a partir de mediados del siglo XIV a.C. (MEDINA ORTEGA, Manuel: *Teoría y formación de la Sociedad internacional*, Tecnos, Madrid, 1983, pp.259-260).

⁹. Según señala PENNA, “De conformidad con la costumbre y con los textos espirituales, no podían ser atacados ni destruidos lugares de ceremonias religiosas, viviendas de personas que no participaban en la guerra o propiedades que no pertenecían a las fuerzas armadas (...). El *Dharmayudha*, conceptualización hindú de la “guerra justa”, según el *Agni Purana*, consistía en respetar los huertos, jardines y otros lugares de culto” . “Después de la conquista, no cabe alterar las prácticas, los pactos ni las tradiciones familiares de ese país “ (*Dharmasastras*, reconciliaciones tardías de revelaciones sagradas que forman parte de los *Smritis*, fuente del Derecho humanitario hindú, citado por: PENNA, L.R.: “Disposiciones escritas y consuetudinarias relativas a la conducción de las hostilidades y trato que recibían las víctimas de conflictos armados en la Antigua India”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 94, julio-agosto 1989, pp. 352-368.)

Durante el período de la **Grecia clásica** se produce un verdadero sistema intra helénico de Derecho internacional. Aunque el derecho de la guerra lo permitía todo contra el enemigo, a largo plazo las normas jurídicas fueron atenuando su rigor. Así, la necesidad de una declaración formal del estado de guerra, el respeto de los heraldos enemigos, la neutralización de los santuarios y de las propiedades de los dioses -que implicaba también la de aquellos que allí se refugiaban (derecho de asilo)- vinieron a limitar sus efectos. Es importante señalar que las alianzas de Ciudades (*amphictiones*) ya aseguraban con anterioridad el acceso pacífico a los sitios célebres, que tuvieran un carácter religioso, como el más famoso de ellos el templo de Apolo en Delfos (¹⁰).

El **mundo romano** sufrió una gran evolución a lo largo del periodo de su dominación. Se ha afirmado que, inicialmente, “las instituciones internacionales romanas estaban basadas (...) en el respeto de las restantes comunidades políticas y en el mantenimiento de la paz internacional. La guerra sólo podía desencadenarse para reparar una injusticia y había que seguir un procedimiento interno muy complejo para declararla. Con posterioridad se conservarían ciertas formalidades y exigencias materiales siguiendo esta tradición. Cuando el Imperio romano era ya una realidad, la República siguió manteniendo las formas del Derecho internacional, por lo que sus formas de dominación ofrecían una enorme complejidad jurídica (¹¹). Con el período helenístico se forjó el concepto de *ius naturale* o

¹⁰. *Ibidem*, pp. 25.

¹¹. MEDINA ORTEGA, Manuel: *Teoría y formación de la Sociedad internacional*, Tecnos, Madrid, 1983, p.288.

derecho común a todos los seres vivos, según ULPIANO, del cual una parte la constituye lo que se denominará el *ius gentium*, por el que se regirá la regulación de las guerras (¹²).

La práctica diferiría en los diferentes períodos históricos y en las distintas civilizaciones, pero cabe destacar que, a partir de la obra de CICERÓN (*De officiis*), en la que se atiende con gran amplitud los problemas de moral y de derecho en su aplicación a otros pueblos y especialmente a los enemigos en tiempo de hostilidades, con la continuidad que recibirá con el estoicismo y SÉNECA, la limitación del recurso a la guerra y la proporcionalidad en su conducción habrán de estar presentes en la doctrina de manera que se anuncian ya las concepciones presentes en la obra de los clásicos del Derecho internacional y, especialmente, en Francisco de VITORIA (¹³).

En el **mundo islámico** se aprecia igualmente una limitación del recurso a la guerra, en este sentido EL-DAKKAK, afirma que “la doctrina islámica (...) preceptúa que las operaciones militares no deben sobrepasar los límites de las necesidades militares”. Ello no impide que el botín de

¹². LALINDE ABADÍA, Jesús: *Las culturas represivas de la Humanidad*, Universidad de Zaragoza, 1992, p.376.

¹³. La toma del botín seguía siendo considerada legítima en tiempos de VITORIA, siempre que se tratara de una guerra justa, pudiendo el beligerante apropiarse de todo lo que sea necesario para compensar suficientemente las cosas que le habían sustraído y también los gastos ocasionados por la guerra. Pero esta doctrina, que ya en el Derecho romano y en la doctrina jurídica medieval permitía al vencedor apropiarse de todos los bienes muebles, fue sometida por VITORIA a la aplicación del principio de proporcionalidad y la evaluación equitativa en la que el vencedor debía actuar como un juez justo y no como parte beligerante, quedando fuera de dicha apropiación los bienes de los particulares. También consideró que, incluso cuando pudiera presentarse como totalmente necesario, el saqueo no era lícito *per se* (Francisco de VITORIA, *De iure belli*. Véase: RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino: *La doctrina colonial de Vitoria o el Derecho de la paz y de la guerra. Un legado perenne de la Escuela de Salamanca*, Librería Cervantes, Salamanca, 1993, pp.122-124).

guerra sea considerado legítimo en el Derecho islámico y que esté regulado incluso su reparto entre los combatientes, quedando prohibida la devastación de los bienes civiles, pero no su apropiación por los vencedores⁽¹⁴⁾.

La **Edad Media** no aportó modificaciones significativas. La práctica de la destrucción se perpetuaba basada en la doctrina de la "guerra justa" (*bellum iustum*) que surge en esta época⁽¹⁵⁾; confería el derecho de hacer la guerra (*jus ad bellum*) sin tener en cuenta los medios utilizados (*jus in bello*), de modo que todo estaba permitido a aquél que luchaba en una "guerra justa", todo medio se consideraba lícito. Por tanto, los bienes culturales continuaban estando desprotegidos como en la Antigüedad; así, las guerras provocadas por motivos religiosos comportaban la destrucción sistemática de valores culturales de pueblos de confesiones diferentes. Ejemplos significativos de destrucción los constituyen los ejércitos germánicos, las Cruzadas o las invasiones árabes y otomanas que

¹⁴. EL -DAKKAK, Said: "El Derecho internacional humanitario entre la concepción islámica y el Derecho internacional positivo", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 98, marzo-abril de 1990, pp. 111-125.

Se cuenta que el califa Omar Ibn Al-Khettab vio, una vez que fue a Jerusalén para hacer las paces con sus habitantes, un templo judío que los romanos habían soterrado. Empezó entonces, con su ejército, la evacuación de la tierra para despejarlo y restituirlo a los judíos, permitiéndoles cumplir allí sus deberes religiosos (EL -DAKKAK, Said: "El Derecho internacional humanitario entre la concepción islámica y el Derecho internacional positivo", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 98, marzo-abril de 1990, p. 123).

En el mismo sentido: ZEMMALI, Ameer: "Algunas ideas humanitarias del imán Al-Awzai (700-774)", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 98, marzo-abril de 1990, p.133.

¹⁵. La distinción entre *bellum iustum*, aquella que persigue el verdadero y propio derecho y *bellum iniustum*, referida a la guerra que busca la satisfacción de intereses no tutelados como derecho, persiste con diversos matices durante todo el s. XVIII fundamentalmente a través de las aportaciones de GROZIO, *De iure belli ac pacis libri tres* (1625), en

devastaban cuanto se encontraba a su paso. Cabe mencionar, como excepción algunos intentos de prohibición para proteger las iglesias por su carácter sagrado pero no fueron respetados (¹⁶).

En el siglo XV algunos autores, anticipándose al nuevo espíritu del Renacimiento, si bien aceptaban la doctrina de la guerra justa, empezaron ya a postular en favor de la moderación en los medios. El Renacimiento inauguró una actitud completamente diferente hacia la creatividad humana. El arte, el artista y la obra de arte, adquirieron un nuevo rango. Tal como explica NAHLIK (¹⁷) a partir del Renacimiento aquello que saldrá de la mano del artista ya no será considerado como una obra artesanal sino como un acto de creación, considerado un acto único que no se puede repetir ni copiar. A esta nueva concepción del arte contribuyó en gran parte Leonardo. Sin embargo se produjo una grave contradicción entre esta nueva visión del arte y la realidad de la práctica.

Durante el siglo XVI, e incluso XVII, se desencadenaron conflictos devastadores acompañados de destrucción y de saqueos de los cuales tampoco escaparon los bienes culturales entre ellos la Guerra de los Treinta Años. Los conquistadores españoles en América también utilizaron estos métodos devastadores, así, por ejemplo, Hernán Cortés hizo destruir todos

FRIGO, Manlio: *La protezione dei beni culturali nel Diritto Internazionale*. Università di Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1986, p.64.

¹⁶. Ejemplo de ello es el edicto promulgado, en 1158, por el Emperador germánico Federico I (1152-1194) en el que prohibía el pillaje, sin embargo no fue en absoluto respetado.

¹⁷. NAHLIK, Stalislaw.E: "Protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé". *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye, RCADI*, vol. 120; 1967-I, pp. 61-163.

los edificios, templos y monumentos de Tenochitlan, capital del Imperio Azteca.

Ahora bien, paralelamente, a partir de la segunda mitad del siglo XVII, parece afirmarse progresivamente como práctica de los Estados la restitución de ciertos bienes, principalmente los archivos. Ello se deduce de los principales tratados de paz, en los cuales aparece como regla o cláusula generalmente observada la restitución de los archivos que han sido desplazados en el transcurso del conflicto, así como la restitución, a veces recíproca, de bienes sustraídos a los particulares. El primer ejemplo de los mismos lo constituye el Tratado de Münster (1648) relativo a la Paz de Westfalia en el cual se estipulan disposiciones relativas a la restitución de los archivos (¹⁸).

La restitución de bienes culturales diferentes de los archivos se irá introduciendo lentamente en algunos tratados. Así, cabe citar el Tratado de Oliva (1660) firmado entre Suecia y Polonia, en el cual se prevé, además de la restitución de los archivos, la restitución de la Biblioteca Real Polaca; el Tratado de Whitehall (1662) entre Inglaterra y los Países Bajos que hace mención expresa de las obras de arte pertenecientes a las colecciones de Stuart.

Algunos autores, considerados clásicos del Derecho Internacional, aunque de manera un tanto dispersa y poco coherente, empiezan a hacer

¹⁸. Igualmente pueden citarse como ejemplos: el Tratado de Münster (1648) entre España y los Países Bajos, arts. XXIV y XXIX; el Tratado de Isla de los Faisanes (1659) entre España y Francia, art. CXII; el Tratado de Utrecht (1713) entre Francia y los Países Bajos, art. VI, véase: NAHLIK, Stanislaw E.: "Protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé". *RCADI* vol. 120; 1967-I, pp. 77-78.

referencia a las obras de arte. Así Albéric GENTILIS, les dedicó todo un capítulo en el que, simplemente a modo de reflexión, lamentaba la destrucción de obras de arte, consideraba que era una práctica que se había de evitar aunque el propio derecho la autorizara. GROCIO no hizo una mención explícita a los bienes culturales; reconocía el derecho de botín, pero señaló que el derecho de gentes había traspasado los límites que establece el derecho natural, y por tanto habría que evitar los excesos y “limitar la devastación” (19).

Con la **Ilustración**, ya en el siglo XVIII, la práctica de la expoliación de obras de arte empezó a ser abandonada gracias a una nueva concepción de la guerra, producto del Iluminismo, que fue recogida en el ámbito del Derecho por la evolución del pensamiento iusnaturalista. La doctrina empezó a ser más coherente, y su aportación contribuyó a la elaboración de normas jurídicas en este ámbito. Su contribución inicial se centró en lanzar la idea de "humanizar la guerra". Así, Justin GENTILIS defendía que "el derecho de gentes no admite ni la destrucción ni el robo de cosas que no tienen importancia en la conducción de la guerra" (20). La guerra debía limitarse a la destrucción del potencial bélico del enemigo sin atacar a personas y bienes que no estuvieran relacionados con el conflicto (21).

19. GROTIUS: *De iure belli ac pacis*, (libro III, caps. VI y XII), (VERRI, Pietro: “La suerte de los bienes culturales en los conflictos armados. De la Antigüedad a la Segunda Guerra Mundial”, *Revista internacional de la Cruz Roja*, marzo-abril 1985, décimo año-Núm. 68, pp.67-85).

20. GENTILIS, Justin: *Dissertatio de eo quod in bello licet*, Argentorari, 1690; (NAHLIK, Stanislaw E.: “Protección de los bienes culturales”, *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario*, Instituto Henry Dunant, ed. Tecnos, UNESCO 1990, p. 203).

21. Al respecto puede consultarse DE VISSCHER Charles: *Les monuments historiques et les oeuvres d'art en temps de guerre et dans les traités de paix*, in *Mouseion*, 1939,

Con Emmerich de VATTEL se empezó a imponer la consideración de que "la destrucción voluntaria de monumentos públicos, de templos, de tumbas, de estatuas, de cuadros, etc, es condenada absolutamente, incluso por el derecho de gentes voluntario.."; contribuyendo a difundir la idea de que, en caso de guerra, todo beligerante debe salvaguardar los edificios que honran a la humanidad y que no contribuyen en manera alguna a hacer que el enemigo sea más fuerte ⁽²²⁾.

No obstante, y a pesar de esta nueva tendencia, en esta época se produjeron también excepciones notorias. El caso más flagrante, si bien no el único, fue el de las Guerras Napoleónicas a las que siguió un saqueo sistemático de obras de arte que eran transportadas a Francia con la pretensión de reunir allí las obras maestras del arte de la época. Con este fin se sustrajeron muchos bienes de Italia, España, Prusia, Egipto... A modo de ejemplo, cabe señalar que, tras la campaña de las tropas de Bonaparte en Italia, el acuerdo de armisticio o tratado de paz contenía cláusulas en las que se fijaba de manera expresa la obligación para los vencidos de entregar a Francia un cierto número de obras de arte indicadas nominativa o cuantitativamente ⁽²³⁾.

vol. 47-48, p.130, citado por FRIGO, Manlio: *La protezione dei beni culturali nel Diritto Internazionale*. Università di Milano. Dott. A. Giuffrè ed., 1986, p. 65.

²². VATTEL explica "Pour quelque sujet que l'on ravage un pays on doit épargner les édifices qui font honneur à l'humanité, et qui en contribuent point à rendre l'ennemi plus puissant, les temples, les tombeaux, les bâtiments publics, tous les ouvrages respectables par leur beauté. Que gagne-t-on à les détruire? C'est se déclarer l'ennemi du genre humain, que de le priver, de gaieté de coeur, de ces monuments de l'art de ces modes de goût", VATTEL Emerich: *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, (NAHLIK, S.E: "Protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé". *RCADI*, vol. 120; 1967-I, pp.75-76).

Cuando se produjo la caída del Imperio napoleónico, las cuestiones políticas quedaron reguladas por el Acta final del Congreso de Viena (1815), en la cual no se incluye ninguna cláusula con relación a la restitución de las obras de arte sustraídas por Francia y su devolución a los países de origen. Sin embargo, las potencias aliadas reivindicaron unánimemente la restitución a través de una nota-circular, dirigida a otras potencias el 11 de septiembre de 1815, por Lord Castelreagh (²⁴), que encuentra su fundamento jurídico en el incipiente principio de la integridad del patrimonio cultural nacional y en el carácter ilícito de las expoliaciones cometidas con ocasión de la guerra, ilicitud que se hace igualmente extensiva a la “cesión formal” de obras de arte a través de los tratados de paz.

2.- EL INICIO DEL PROCESO DE CODIFICACIÓN.

El “movimiento de codificación”, entendido por la Comisión de Derecho Internacional como “la reglamentación intergubernamental de cuestiones jurídicas de interés general y permanente“, encuentra su origen en el Congreso de Viena (1814-1815) en el marco del cual las Potencias

²³. Según pone de manifiesto NAHLIK, se convirtió en costumbre notoria que allí por donde triunfaban las tropas imperiales de Napoleón, pasaba a continuación el barón Vivant-Denon, director del Museo del Louvre, para elegir que obras del enemigo eran “dignas” de ser incorporadas al mismo.

²⁴. Según se expresaba en dicha nota del Secretario de Estado británico, Lord Castlereagh, la conducta del gobierno republicano, después imperial, era “*contrary to every principle of justice and to the usages of modern warfare (...) it does not appear that any middle line can be adopted, which does not go to recognize a variety of spoliations under the cover of treaties, if possible more flagrant in their character than the acts of undisguised rapine.*” véase: NAHLIK, Stanislaw E.: “Protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé”. *R.C.A.D.I.*, vol. 120; 1967-I, p. 80.

signatarias del Tratado de París de 1814 aprobaron varias disposiciones destinadas a regular cuestiones que afectaban a intereses comunes como el régimen de los ríos internacionales, a la abolición de la trata de esclavos y al rango de los representantes diplomáticos. El profesor René-Jean DUPUY escribió que “*Le travail codificateur apparaît dans l’État comme un facteur d’unité politique*” y, admitiendo las diferencias entre la dimensión interna e internacional, manifestaba su convicción de que la creciente conciencia de la existencia de intereses comunes entre los miembros de la Sociedad Internacional permite conservar un paralelismo con dicha función de la labor codificadora” (25).

A partir del Tratado de París de 1814, en las distintas conferencias diplomáticas celebradas se aprecia “un esfuerzo de los gobiernos por desarrollar el derecho internacional mediante convenciones multilaterales” (26). Algunos ejemplos significativos los constituyen, la Convención de París sobre la propiedad industrial de 20 de marzo de 1883, la Convención de la Cruz Roja (Ginebra) de 22 de agosto de 1864. Sin embargo, fueron las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907 las que supusieron un estímulo definitivo en favor de la codificación del derecho internacional.

Respecto a los bienes culturales los primeros intentos de codificación se sitúan también, en concordancia con lo expuesto más arriba, en el transcurso del s. XIX al producirse gradualmente una cierta humanización de la guerra en el plano jurídico internacional. De manera progresiva, se fueron consolidando las ideas surgidas en el siglo anterior, fruto de la

²⁵. DUPUY, René-Jean: “La codification du droit international a-t-elle encore un intérêt à l’aube du troisième millénaire?”, en *Studi in onore di Roberto Ago*, vol. 1, Milano, 1987, p.264.

Ilustración. Se empezó a distinguir entre objetivos militares y objetivos no militares y la doctrina mantuvo firmemente que, en caso de bombardeos de objetivos no militares, debería evitarse el ataque a los bienes culturales. La práctica de los Estado confirma estos principios ⁽²⁷⁾.

En general, se aprecia una mayor sensibilidad hacia el problema de la conservación de los bienes culturales, especialmente en caso de conflictos armados. Estas circunstancias propician que a partir de la segunda mitad del siglo XIX, se inicie el proceso codificador internacional del derecho de la guerra y en particular, que la protección de los bienes culturales empiece a ser objeto de regulación jurídica internacional.

Uno de los documentos que tuvo una gran influencia en la formación y codificación del derecho de la guerra, en el cual se reflejan los nuevos principios de humanidad en la conducción de las hostilidades, fue un reglamento interno para el servicio en campaña de los Estados Unidos, promulgado en 1863 y conocido como “*Las Instrucciones de Lieber*” ⁽²⁸⁾. En lo que respecta a los bienes culturales, es de destacar que algunas de sus disposiciones constituyeron un ejemplo para la ulterior codificación en el plano internacional de las normas para la protección de los mismos ⁽²⁹⁾. En

²⁶. NACIONES UNIDAS: *La Comisión de Derecho internacional y su obra*, Naciones Unidas, Nueva York, 1996, 5ª ed., p. 2.

²⁷. NAHLIK, Stanislaw E.: "Protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé". *RCADI*, vol. 120; 1967-I, pp.85-86.

²⁸. Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, prepared by Francis Lieber and promulgated as General Order No. 100 by President Lincoln on 24 April 1863. Véase: SCHINDLER, Dietrich; TOMAN, Jiri (Directeur.): *The Laws of Armed Conflicts. A Collection of Conventions, Resolutions and other Documents*, 3ª ed. Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, .

²⁹. Las Instrucciones de Lieber establecían lo siguiente:

general, los principios que contiene tuvieron repercusiones en el desarrollo del derecho militar de otros países (³⁰).

Algunos autores han señalado que la Instrucciones de Lieber contienen por primera vez, y aunque de una manera implícita, la primera referencia por escrito de un principio considerado durante mucho tiempo de derecho consuetudinario, se trata del principio de proporcionalidad (³¹), principio clásico o de base del Derecho de los conflictos armados, que se caracteriza por prohibir a los beligerantes toda acción que si bien se presenta como lícita *in abstracto*, aparece como ilícita *in concreto* en razón de su carácter excesivo, es decir, en razón de que no aportaría un real beneficio estratégico a su autor (³²).

- “los bienes pertenecientes a las iglesias, a los hospitales u otros establecimientos de carácter exclusivamente caritativos, las instituciones educativas y a las fundaciones para el progreso de los conocimientos humanos, como escuelas, universidades, academias, observatorios y museos de arte u otros que tengan un carácter científico no pueden ser considerados como propiedades públicas en el sentido del art. 31; pero pueden ser utilizados cuando el servicio público lo exija, y deben ser respetados” (art. 34).

- “las obras de arte clásico, las bibliotecas, las colecciones científicas o los objetos de gran valor (...) deben ser preservados, al igual que los hospitales, de todo daño que no sea inevitable, incluso si están en ciudades fortificadas que sean asediadas o bombardeadas“(art. 35).

³⁰. Según señala Pietro VERRI, repercutieron en los reglamentos para el servicio en campaña de las tropas alemanas, inglesas, españolas, francesas, italianas, japonesas y rusas, que contienen disposiciones muy similares; véase: VERRI, Pietro: “La suerte de los bienes culturales en los conflictos armados. De la Antigüedad a la Segunda Guerra Mundial”, *Revista internacional de la Cruz Roja*, marzo-abril 1985, décimo año- Núm. 68, pp.128-129.

³¹. BARDONET, Daniel: “Quelques observations sur le principe de proportionnalité en Droit International”, *El Derecho Internacional en un mundo en transformación, Liber Amicorum en Homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Arechaga*, vol. II, Montevideo-Uruguay 1994, p. 1024.

El proceso codificador continua con un primer proyecto de acuerdo internacional que hace referencia a los bienes culturales. Se trata de la *Declaración de Bruselas sobre las leyes y costumbres de la guerra* de 27 de agosto de 1874 (³³), aunque nunca fue ratificada, reafirma algunos de los principios que habían ido surgiendo anteriormente.

La Declaración establece que los bienes destinados al culto, a las obras de caridad y a la educación, a las artes y a las ciencias, incluso si son de propiedad pública, deben ser tratados como propiedad privada, es decir han de ser respetados. También determina de una manera expresa que el saqueo es contrario al Derecho internacional y prohíbe (artículo 13) cualquier tipo de destrucción de bienes del enemigo que no encuentre justificación en una necesidad imperativa de la guerra.

En el marco del proceso de evolución de las normas relativas a la protección de los bienes culturales destaca la adopción en 1880, por unanimidad, por el Instituto de Derecho Internacional del *Manual de Oxford sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre* (³⁴), el cual recibió en gran medida la influencia de la Declaración de Bruselas de 1874. Contiene dos disposiciones (artículos el 34 y 53) que son de aplicación en

³². DAVID, Eric: *Principes de Droit des conflits armés*, Tome 2, ULB, Bruxelles, 1994 p.140; KWAKWA, E: *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Kluwer-Nijhoff, Dordrecht, 1992, pp. 38-39.

³³. La Conferencia de Bruselas se convocó a iniciativa de Alejandro II de Rusia (27 de julio-27 de agosto 1874) y recibió el impulso de Henry Dunant, el cual tampoco permaneció indiferente a los peligros que amenazaban los bienes culturales, véase TOMAN, Jiri: *La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire a la Convention de La Haye du 14 mai 1954*. Collection Patrimoine mondial. Éditions UNESCO, París 1994, pp.24-25. La Declaración de Bruselas se puede consultar en el *Anuario del Instituto de Derecho Internacional (I.D.I)*, 1877, I, p.291 ss, citado en FILIPPO PANZERA, Antonio: *La tutela internazionale dei beni culturale in tempo di guerra*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993, p.18.

materia de bienes culturales inmuebles. El primero de ellos, (art. 34) es casi una reproducción literal del art. 17 de la Declaración de Bruselas ⁽³⁵⁾, mientras que el segundo (art. 53), determina que no pueden incautarse los bienes de los ayuntamientos y los edificios dedicados al culto, a la caridad, a la instrucción, a las artes o a las ciencias.

La evolución de las normas relativas a la regulación de la guerra, y concretamente las referidas a la protección de los bienes culturales, adquiere un impulso definitivo con la Iª y IIª Conferencias internacionales de paz de La Haya desarrolladas en 1899 y 1907, respectivamente. Si bien la referencia a los bienes culturales (*nomen iuris*, todavía no utilizado en aquella época) no es muy extensa, la normativa adoptada, en particular el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo al IV Convenio de 29 de julio de 1899 y al IV Convenio de 18 de octubre de 1907 y el IX Convenio sobre el bombardeo por fuerzas navales de 18 de octubre de 1907, representa un avance considerable respecto a los anteriores intentos de codificación

Las disposiciones sobre la guerra terrestre contenidas en el IV Convenio de La Haya de 1907 recibieron, además, una confirmación considerable al ser declaradas por el Tribunal de Nuremberg como *“admisses par tous les Etats civilisés et regardées par eux comme*

³⁴. Véase: Manual de Oxford de 1880 en *Annuaire de l'I.D.I.*, 1882, V, p.159 y ss, en FILIPPO PANZERA, Antonio; *op cit.*; p.19.

³⁵. Este artículo 34 dispone lo siguiente: *"En cas de bombardement, toutes les mesures nécessaires doivent être prises pour épargner, si faire se peut, les édifices consacrés aux cultes, aux arts, aux sciences et à la bienfaisance, les hôpitaux et les lieux de rassemblement de malades et de blessés, à la condition qu'ils ne soient pas utilisés en même temps, directement, pour la défense. Le devoir de l'assiégé est de désigner ces édifices par des signes visibles indiqués d'avance à l'assiégeant"*.

l'expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre.⁽³⁶⁾. A pesar de algunas restricciones y ciertas “lagunas” ⁽³⁷⁾ que limitan una protección absoluta de los bienes culturales, estos Convenios han recibido la calificación de pioneros en el desarrollo de la protección de los bienes culturales en tiempo de guerra.

3.- EL PERIODO DE LA SOCIEDAD DE NACIONES.

Finalizada la Iª Guerra Mundial ya se puso de manifiesto que los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 no eran suficientes para lograr una adecuada protección de los bienes culturales, puesto que no pudieron impedir la gran (destrucción, incendios, saqueos...) que se produjo durante la conflagración. La Conferencia de paz de 1919, confirmó la existencia del principio de la obligación de restitución -tradicionalmente presente en los tratados de paz desde la Paz de Westfalia- de todos los bienes que hubieran sido objeto de apropiación y transferencia ilícita durante el conflicto, abordándose el problema de la reparación de una manera exhaustiva.

Las disposiciones más interesantes respecto a la obligación de restitución de los bienes culturales sustraídos se hallan en el Tratado de

³⁶ . La profesora Victoria ABELLÁN HONRUBIA, señala que en el preámbulo de este Convenio queda claramente explicitada la referencia a los principios generales humanitarios como límite al comportamiento de los beligerantes en los conflictos armados, al expresar en el mismo las Partes contratantes su “deseo de servir aún en el caso extremo de conflictos armados los intereses de la humanidad y las necesidades siempre en aumento de la civilización”; véase: ABELLÁN HONRUBIA, Victoria: “El Derecho Humanitario Bélico: evolución histórica”, *La regulación jurídica internacional de los conflictos armados*, Cruz Roja Española, Barcelona, 1992, p.61.

³⁷. En este sentido véase: DE BREUCKER, Jean: “Pour les vingt ans de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels”, *Revue Belge de Droit international*, vol. XI, 1975-2, pp.530-531.

Versalles (con Alemania) de 28 de junio de 1919 (Art.238), en el Tratado de Saint-Germain-en-Laye (con Austria) de 10 de octubre de 1919 (art. 189) y el Tratado de Riga (con Rusia, Ucrania y Polonia) de 18 de marzo de 1921 (art. 11) (³⁸).

Por primera vez se introdujo la restitución por sustitución o restitución por equivalencia, así por ejemplo Alemania es obligada a “*fournir à l’Université de Louvain (...) les manuscrits, incunables, livres imprimés, cartes et objets de collection correspondant en nombre et en valeur aux objets semblables détruits dans l’incendie mis par l’Allemagne à la Bibliothèque de Louvain*” (Tratado de Versalles, art. 247, al.1.). Dicha sustitución de objetos perdidos por otros de análogas características constituyó un significativo precedente.

Desde la Iª Guerra Mundial, quedó demostrado que la regulación que aportaban los Convenios de La Haya resultó demasiado sucinta y limitada para asegurar una protección eficaz de los bienes culturales en el transcurso del conflicto. A ello contribuyó igualmente el hecho de que se había producido un avance de los medios técnicos, como la ampliación del radio de los ataques terrestres y marítimos, dado el mayor alcance de los cañones, , así como el empleo de aviones durante las hostilidades lo cual contribuyó a la expansión de las operaciones militares (³⁹).

³⁸. Para un estudio exhaustivo de estos Tratados véase FRIGO, Manlio: *La protezione dei beni culturali nel Diritto Internazionale*, Università di Milano-Dott. A. Giuffrè Editore, 1986, pp 78-83.

³⁹. VERRI, Pietro: “La suerte de los bienes culturales en los conflictos armados. De la Antigüedad a la Segunda Guerra Mundial”, *Revista internacional de la Cruz Roja*, marzo-abril 1985, décimo año- Núm. 68, pp.133-134.

La gravedad de la destrucción que sufrieron muchas ciudades (Reims, Lovaina, Arras..), puso en evidencia las carencias existentes y la necesidad de completar y perfeccionar los mecanismos jurídicos protectores de los bienes culturales. A partir de ahí surgió un interés creciente de la Comunidad internacional al respecto que se tradujo en múltiples iniciativas derivadas tanto de instituciones públicas como de asociaciones privadas. La mayoría de las tendencias apuntaban hacia la elaboración de una Convención especial, monográfica sobre esta materia.

Una de las primeras iniciativas al respecto partió de la Sociedad Holandesa de Arqueología, cuando todavía no había finalizado el conflicto ⁽⁴⁰⁾. Dicha Sociedad presentó un informe al Ministerio de Asuntos Exteriores Holandés y a todas las asociaciones análogas de otros países en el cual se exponían algunas de las principales carencias del régimen de protección previsto en las Convenciones de La Haya, en especial el hecho de que dicha normativa no preveía la necesidad de preparar una adecuada protección de los bienes culturales ya en tiempos de paz, mucho antes del inicio de las hostilidades ⁽⁴¹⁾.

Más relevante en el proceso de codificación, fue otra iniciativa, puesto que no se quedó en un simple proyecto, fue la adopción del Tratado

⁴⁰. En abril de 1918 la Sociedad Neerlandesa de Arqueología (*Nederlandsche Oudleidendige Bond*) propuso a la Reina de los Países Bajos convocar una conferencia internacional sobre la protección de los monumentos y objetos históricos contra los peligros de la guerra.

⁴¹. La propuesta más interesante que presenta el proyecto presentado por la Sociedad Holandesa de Arqueología, es la de confiar ciertas funciones de prevención y control a una Oficina internacional, concretamente la misión de redactar un inventario público de edificios y monumentos históricos que, bajo el compromiso previo de no ser utilizados con fines militares, debieran ser respetados.

para la Protección de Instituciones Artísticas y Científicas y Monumentos Históricos, denominado "Pacto Roerich" ⁽⁴²⁾, firmado en Washington, en el marco de la Unión Panamericana, el 15 de abril de 1935, después de varias conferencias privadas celebradas en Brujas y Washington. Actualmente se halla en vigor en once Estados ⁽⁴³⁾.

Este Pacto tiene por mérito ser el primer instrumento convencional, aunque a escala regional, que trata de una manera específica el problema del respeto y la protección acordados a los bienes y valores culturales y de su defensa, en todas las situaciones, es decir, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra con especial atención a los supuestos de conflictos armados. El Pacto Roerich tuvo una influencia decisiva y en cierto modo contribuyó a sentar la líneas básicas de toda la normativa internacional posterior, especialmente la Convención de La Haya de 1954.

En el ámbito universal, el proyecto más significativo fue el impulsado por la Oficina Internacional de Museos en 1937 ⁽⁴⁴⁾. Tal como señala el

⁴². La denominación de "Pacto Roerich" se debe a la iniciativa del profesor Nicolas Roerich pintor, poeta y humanista ruso, que tuvo el mérito de plantear el problema de la protección de los bienes culturales después de la Iª Guerra Mundial. Para ello puso en marcha una campaña en favor de un sistema de protección jurídica internacional que cubriera el conjunto de bienes e instituciones culturales; para una mayor información sobre el itinerario seguido por Roerich, hasta la firma del Pacto de 1935, vid: ALEXANDROV, Emile: *La protection du patrimoine culturel en droit international public*, Sofia-Press, 1978.

⁴³. Entró en vigor el 26 de agosto de 1935. Los Estados Parte son los siguientes: Brasil, Chile, Colombia, Cuba, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, México, República Dominicana y Venezuela.

⁴⁴. Este proyecto deriva del encargo que la Oficina Internacional de Museos realizó a un grupo de expertos presididos por el profesor Charles De Visscher (integrado por Gouffre de Lapradelle, N. Politis, F. Moinevill y G.J. Sas), consistente en la elaboración de un proyecto de Convenio sobre la protección de los monumentos y obras de arte en caso de

profesor NAHLIK, “la mención de los conflictos internos así como las medidas detalladas que contiene en materia de evacuación al extranjero, permiten deducir que los autores del proyecto estuvieron muy influidos por los acontecimientos que se habían producido en España”.

Para proteger las obras de arte del Museo del Prado y otros tesoros artísticos particularmente amenazados por la Guerra Civil, se adoptó como medida la evacuación de estos bienes culturales hacia el extranjero para ser depositados en un país neutral, (Suiza) y bajo la protección de una Organización Internacional (la Sociedad de Naciones); preveyéndose que cuando la paz fuera restablecida los objetos evacuados serían restituidos al Gobierno de España para “conservarlos como propiedad común de la nación española”⁽⁴⁵⁾. Con ello se había sentado un precedente importante que tuvo su influencia en la redacción del Proyecto⁽⁴⁶⁾.

conflicto armado. Uno de los acontecimientos que contribuyó a poner de manifiesto la necesidad de adoptar un Convenio al respecto fue la Guerra Civil Española, la amplitud de las destrucciones que en el transcurso de la misma se llevaron a cabo.

⁴⁵. Así quedó dispuesto en el Acuerdo sobre el tesoro artístico español, firmado en el Castillo de Figueras el 3 de febrero de 1939 por D. Julio Alvarez del Vayo, Ministro de Estado del Gobierno Republicano Español y M. Jaujard, subdirector del Museo del Louvre en representación de un comité *ad hoc* constituido bajo la presidencia de M. David Weill presidente del Consejo de Museos Francés que organizó la evacuación hacia Ginebra. Fueron testigos de la firma de este Acuerdo M. McLaren (British Museum) Pérez Rubio en representación de la Junta Republicana Española para la protección de los tesoros artísticos nacionales y el Dr. Miguel A. Marín jefe del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña y asesor del Ministerio de Estado del Gobierno de la República. Para un estudio con mayor detalle del proceso de adopción de dicho acuerdo y de la evacuación de los bienes culturales especialmente amenazados, véase: MARÍN, Miguel A.: “Así salvamos los tesoros del Museo del Prado”, *Historia y vida*, nº 241, Año XXI, Barcelona-Madrid, abril 1988, pp. 70-78.

⁴⁶. El Comité de Dirección de la Oficina Internacional de Museos constata que la documentación relativa a la Guerra Civil Española “a été pour le Comité, d’une très grande utilité pour l’établissement des principes qui devront inspirer l’élaboration de la convention internationale envisagée” (*Archives de la Société des Nations*, Genève), citado por TOMAN, Jiri: *La protection des biens culturels en cas de conflit armé*.

El Proyecto de Convenio internacional, y de reglamento de ejecución, para la protección de los monumentos y obras de arte en el transcurso de los conflictos armados fue presentado al Consejo y a la Asamblea de la Sociedad de Naciones en 1938. Sin embargo no pudo llegar a ser adoptado y convertirse en una Convención debido al estallido de la IIª Guerra Mundial en 1939 (⁴⁷).

La importancia del Proyecto radica en que algunos de los preceptos que lo integraban, sirvieron de base a la Convención sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 1954. El proyecto quiso conciliar las exigencias de la guerra con la máxima seguridad posible para los monumentos y obras de arte amenazadas por el conflicto. Ejemplo de ello es que tomó en consideración tanto la necesidad militar como las exigencias de la protección. La Convención de 1954, retuvo la perspectiva más restrictiva que había adoptado el proyecto al introducir la condición de la necesidad militar, la cual no se había tomado en consideración en el Pacto Roerich.

A pesar de todas las iniciativas reseñadas y de lo que parecía un consenso generalizado entre los Estados en torno a los principios básicos que debían inspirar la normativa internacional a adoptar, en el momento en que se desencadenó la IIª Guerra Mundial, los únicos preceptos

Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954. Éditions UNESCO, París 1994, p.35.

⁴⁷. El gobierno de los Países Bajos, envió el Anteproyecto de Convenio a 62 gobiernos en enero de 1939 de los cuales el 3 de octubre de 1939 treinta Estados se declararon dispuestos a participar en una conferencia diplomática al respecto, otros no se pronunciaron de forma explícita pero se mostraron de forma general acordes a los principios del anteproyecto; la Asamblea General de la Sociedad de Naciones aceptó igualmente la oferta de los Países Bajos de preparar una conferencia diplomática, pero ya era demasiado tarde porque en este mismo año estalló la guerra, véase: TOMAN, Jiri: *La*

convencionales en vigor en Europa respecto a la protección de los bienes culturales eran las limitadas disposiciones de las Convenciones de la Haya de 1907⁽⁴⁸⁾.

Durante la conflagración hubo destrucción y saqueo de bienes culturales en todos los frentes. Los medios destructivos empleados durante el conflicto permiten afirmar que la guerra fue total⁽⁴⁹⁾. Los bombardeos masivos alcanzaron a ciudades como Varsovia, Belgrado, Coventry, Londres, Nuremberg, Dresde., las cuales sufrieron graves daños en su patrimonio histórico-artístico⁽⁵⁰⁾, poniéndose de manifiesto, un vez más, la

protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954. Éditions UNESCO, París 1994, p.36.

⁴⁸. Al comienzo de la guerra algunos de los Estados beligerantes - como fue el caso de los gobiernos francés y británico, influidos por los trabajos que se venían desarrollando en el período interbélico- hicieron declaraciones de principios en las que afirmaban solemnemente y públicamente que en caso de guerra conducirían las hostilidades de manera que salvaguardarían a la población civil y que su deseo era preservar por todos los medios posibles “los monumentos de la civilización humana”, véase *Les monuments et oeuvres d’art en temps de guerre*. Office international des Musées, Publications de l’Institut international de coopération intellectuelle, París, 1939, p. 225, citado por CLÉMENT, Etienne: “Le concept de *responsabilité collective* de la communauté internationale pour la protection des biens culturels dans les conventions et recommandations de l’UNESCO”, *R.B.D.I.*, 1993/2, vol. XXVI, p.535.

Los Estados Unidos también crearon con el mismo fin la “American Commission for the Protection and Salvation of Artistic and Historic Monuments in War Areas”, así como un cuerpo especial de oficiales: los *Monuments Fine Arts and Archives Officers* e incluso dos órdenes (Instrucciones de 29 de diciembre de 1943 y de 26 de mayo de 1944) dadas por el General Eisenhower, Comandante en Jefe de las Fuerzas Aliadas, incluyen instrucciones precisas para la salvaguardia de los bienes culturales.

⁴⁹. La concepción de guerra total fue rechazada contundentemente por el Tribunal militar internacional de Nuremberg por considerar “dénie toute valeur aux principes moraux qui inspirèrent les conventions destinées à rendre les conflits armés plus humains”, a este respecto véase: DAVID, E: *Principes de Droit des conflits armés*, 1993-1994/1, ULB, Bruxelles, p. 143-145.

⁵⁰. Para un análisis con mayor detalle sobre como se llevó a cabo la destrucción y saqueo de bienes culturales en los diferentes frentes, véase: NAHLIK, Stanislaw E.: "Protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé". *RCADI*, vol. 120; 1967-I, pp.105-110.

insuficiencia del Derecho internacional existente para proteger y preservar los bienes culturales de manera efectiva ⁽⁵¹⁾.

II.- LA COOPERACIÓN INSTITUCIONALIZADA A ESCALA UNIVERSAL.

En el plano internacional, la preocupación por la protección de los bienes culturales en tiempo de paz es un fenómeno reciente si lo comparamos con la actividad normativa internacional existente en caso de conflicto armado, ya que no se inicia prácticamente hasta bien entrado el siglo XX.

Los Estados no apreciaban la necesidad de llevar a cabo una acción conjunta ni de que existiera una normativa jurídica internacional en este ámbito si no estaba dirigida a salvaguardar el patrimonio histórico-artístico de posibles daños causados por conflictos armados. Asimismo, consideraban que pertenecía a la esfera del Derecho interno exclusivamente, y no al ámbito internacional, todo lo relativo al saqueo de sitios arqueológicos, la protección de determinados inmuebles y de centros históricos y la transferencia ilícita de obras de arte.

De modo que se puede afirmar que la protección en el plano internacional del patrimonio cultural en tiempo de paz, es un fenómeno propio del siglo XX y más especialmente, encuentra su desarrollo y

⁵¹. Para la protección de los monumentos históricos se recurrió a la institución de “ciudades abiertas”, prevista en el art. 25 del Reglamento del IVº Convenio de La Haya y en el art. 1º del IXº Convenio de La Haya (1907), en virtud de la cual queda prohibido su bombardeo; sin embargo, en ocasiones la declaración de “ciudad abierta” no era reconocida por el adversario.

aplicación concreta a partir de la IIª Guerra Mundial. Este hecho no es casual sino que se enmarca dentro de la evolución que experimenta el Derecho internacional en su conjunto a partir de la posguerra, que refleja las nuevas características que van transformando la sociedad internacional.

1.- LAS NUEVAS FUNCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO.

La Carta de las Naciones Unidas consagra la protección jurídica internacional de valores universales proclamados a través de principios de derecho internacional que contribuyen a su progresiva humanización. Al respecto, el profesor PASTOR RIDRUEJO afirma que “el Derecho Internacional de nuestros días se nutre de unos valores éticos - humanización, socialización, democratización- que, aun minimamente operativos, apenas si estaban presentes en la normatividad anterior a la segunda guerra mundial”⁽⁵²⁾.

Sobre las nuevas funciones del Derecho Internacional, en tanto que Derecho de una sociedad mundial, el profesor TRUYOL SERRA mantiene que “el derecho internacional ya no puede contentarse con delimitar entre ellas las competencias estatales; debe enfrentarse con el establecimiento de un orden comunitario adecuado a las dimensiones del planeta, cuyo objetivo primordial e inmediato no es otro que el de una promoción equilibrada y

⁵². PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*; 7ª edición, Madrid, 1999, p.32.

armónica del desarrollo del conjunto de la humanidad considerada como un todo” (⁵³).

El profesor CARRILLO SALCEDO, señala que “Las principales líneas jurídico-positivas en las que estas nuevas dimensiones de las funciones del Derecho internacional se manifiestan son, en mi opinión, las siguientes:

- Humanización del orden internacional (...)

- Consolidación de un Derecho internacional para la protección de intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto, evidente en la limitación de los poderes de los Estados sobre ciertos espacios de interés internacional, en las libertades del alta mar o en la protección internacional del medio ambiente.

- Cristalización en la práctica internacional contemporánea de la noción jurídica de patrimonio común de la Humanidad (⁵⁴).

Asimismo, a partir de la IIª Guerra Mundial se constata una mayor interdependencia entre los Estados, así como la progresiva evolución del derecho de la “coexistencia” hacia un derecho de la “cooperación”, vinculada a la emergencia de las Organizaciones internacionales en el plano universal y regional y la tendencia al multilateralismo. Se trata de realidades que contribuyen a modificar las relaciones entre los Estados observándose una creciente institucionalización de la Comunidad internacional.

⁵³. TRUYOL SERRA, Antonio: *La Sociedad Internacional*; Madrid, 1994, pp. 96-97.

⁵⁴. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, Madrid, 1984, p.197 (el subrayado es nuestro).

En lo relativo a la protección internacional de los bienes culturales la relación entre el régimen jurídico y las funciones de las Organizaciones internacionales se halla en clara correspondencia. Así, las primeras iniciativas, que se sitúan en el periodo ínter bélico, se llevan a cabo al amparo de la Sociedad de Naciones, aunque sólo tenían por objeto los bienes muebles. Intentaron concretar la idea de cooperación internacional en ésta materia mediante la elaboración de normas convencionales.

En primer lugar, fue adoptado en 1933, a recomendación de la Asamblea de la Sociedad de Naciones, un proyecto de convención sobre la repatriación de objetos de interés artístico, histórico o científico, perdidos, robados o ilícitamente transferidos o exportados (⁵⁵). A continuación se adoptó un Proyecto de Convención sobre la protección de tesoros nacionales de valor artístico o histórico, en 1936 (⁵⁶); un Proyecto de Convención sobre la protección internacional del arte y de la historia de 1939. Asimismo, el Acta Final de la Conferencia del Cairo (1937) contenía algunos principios en materia de excavaciones arqueológicas, los cuales, si bien no tenían valor jurídico positivo, sirvieron de precedente para futuros instrumentos convencionales sobre esta cuestión.

2.- LA TRANSFORMACIÓN DE LA SOBERANÍA ESTATAL HACIA LA PROTECCIÓN DE INTERESES COLECTIVOS.

⁵⁵. Véase: 14 *League of Nations O.J.*; 1933, p.1394; cfr. texto en O.I.M; *Art et Archéologie. Recueil de législation comparée et de droit international*, vol. I, Paris, 1939, p.114; en FRIGO, Manlio: *La protezione dei beni culturali nel Diritto Internazionale*. Università di Milano. Dott. A. Giuffrè editore, 1986, p 115.

⁵⁶. Véase: 17 *League of Nations O.J.*; 1936, p.1310, e *Mouseion*, 1936, vol. 33-34, p. 283 ss, *Ibidem*, p.115.

El estudio de la protección del patrimonio cultural, por una parte, requiere un tratamiento que tenga en cuenta los aspectos multidisciplinares que lo caracterizan y, por otra, lleva a la utilización en el plano jurídico de contribuciones de origen diverso que no siempre se puede calificar de fuente en un sentido propiamente jurídico.

Estas características son predicables igualmente de otros campos de interés en el plano internacional, como, por ejemplo, la protección del medio ambiente. La protección del patrimonio cultural presenta fuertes similitudes con este sector del Derecho internacional contemporáneo. Algunos autores abogan por un concepto amplio de medio ambiente que incluye a los bienes culturales. De tal manera que la protección internacional de los bienes culturales constituiría un ámbito específico dentro del ámbito general de la protección internacional del medio ambiente ⁽⁵⁷⁾.

Se trata en ambos casos de sectores jurídico-internacionales de reciente creación que tienen en común, en cuanto a su origen, la necesidad de dar respuestas urgentes desde la perspectiva del Derecho, a situaciones derivadas de catástrofes medioambientales, en un caso y, de los irreparables daños infligidos al patrimonio cultural por los conflictos armados y otras amenazas recientes, en otro.

El tratamiento de la protección internacional del patrimonio cultural, al igual que el de la protección del medio ambiente, tienen como punto de partida la soberanía estatal, noción que actúa como condicionante. Al igual

⁵⁷. En este sentido véase: FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos: “La protección internacional del medio ambiente”, *Cursos de Vitoria-Gasteiz*, 1988, p.299.

que la protección del medio ambiente, la protección del patrimonio cultural se basa también en el respeto de la soberanía de los Estados, tal como lo demuestra el sistema de protección internacional establecido por la Convención de 1972, basado en el principio de subsidiariedad: “A la Comunidad Internacional le corresponde ayudar, pero no suplantar, ni sustituir a los Estados...”⁽⁵⁸⁾.

Ahora bien, tal como sostiene FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, se produce una evolución hacia una concepción funcional de la soberanía. Se plantea la necesidad de redefinir el concepto de soberanía “en orden a proteger el medio ambiente, donde se pone el acento no es en el elemento territorial del tema sino en la gestión de ese medio, que debe ser realizada teniendo en cuenta el interés existente de cara a su protección. Se trata de que el Estado sea consciente de que, independientemente de sus competencias territoriales, el medio ambiente, constituye un bien común de todos los hombres”⁽⁵⁹⁾.

En el mismo sentido de redefinir el concepto de soberanía y, por tanto, el poder del Estado sobre su territorio nacional se pronuncia DUPUY, al señalar que es preciso subordinar “al respeto de determinados principios la gestión que la humanidad delega a cada Estado sobre su territorio, lo que representa una nueva forma de concebir el poder del Estado sobre su territorio y la noción de soberanía, ya que proteger el medio ambiente es,

⁵⁸. CORRIENTE CÓRDOBA, José Antonio: “El Camino de Santiago y la protección internacional de los bienes culturales”, *Anuario de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra, 1993, p.48.

⁵⁹. FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos: “La protección internacional del medio ambiente”, *op. cit*, p.172.

evidentemente, condicionar el ejercicio de las competencias nacionales”⁽⁶⁰⁾.

La noción que fundamenta esta concepción innovadora de la soberanía es la de “bien común” o “interés general” que hay que conservar. Esta idea está presente en diversos instrumentos internacionales referidos a la protección del medio ambiente⁽⁶¹⁾, pero igualmente, de forma reiterada, y en términos muy similares la hallamos en los Convenios internacionales vigentes en materia de protección internacional del patrimonio cultural, lo cual nos permite trasladar las anteriores consideraciones, entorno a un concepto funcional de la soberanía del Estado, a este ámbito.

Así, en el Preámbulo de la Convención sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 1954, se proclama que “la conservación del patrimonio cultural presenta una gran importancia para todos los pueblos del mundo (...)” y, por tanto, resulta conveniente establecer un sistema eficaz de protección colectiva de este patrimonio.

El instrumento que consagra definitivamente esta idea es la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, de 1972. Así, cabe señalar algunas de sus disposiciones en las cuales se halla presente; el artículo 4º estipula para cada uno de los Estados Partes

⁶⁰. DUPUY, René. Jean: “Introduction du sujet”, *Colloque Workshop*, 1975, Académie de Droit International de la Haye, pp. 16 y ss.

⁶¹. La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo 16 junio de 1972, en su Principio II estipula: “Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación y ordenación, según convenga” (el subrayado es nuestro).

“la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio “.

Al respecto, KISS, sostiene que el ámbito de la protección internacional del patrimonio cultural es uno en los que se aprecia más claridad la noción de *trust* , entendido como un mandato ejercido en interés de las generaciones presentes y futuras; el patrimonio cultural debe ser conservado y gestionado, por y para las generaciones presentes, teniendo en cuenta los intereses de las generaciones futuras ⁽⁶²⁾.

Igualmente, el artículo 6º de dicha Convención establece: “Respetando la soberanía de los Estados en cuyos territorios se encuentre el patrimonio cultural y natural a que se refieren los artículo 1 y 2 y sin perjuicio de los derechos reales previstos por la legislación nacional sobre ese patrimonio, los Estados Partes en la presente Convención reconocen que constituye un patrimonio universal en cuya protección la comunidad internacional tiene el deber de cooperar (...)” ⁽⁶³⁾.

⁶². KISS, considera que el concepto de *trust* comporta, desde el punto de vista material, la gestión de bienes en provecho de otros con el objetivo de conservar estos bienes para los destinatarios futuros. Se trata de una institución destinada a facilitar la transmisión de ciertos bienes de una generación a otra, por tanto tiene un carácter esencialmente protector. KISS, Alexandre Ch: “La notion de patrimoine commun de l’Humanité”, *op. cit*; p.128-133.

⁶³. La Recomendación sobre la protección en el ámbito nacional del patrimonio cultural y natural adoptada por la Conferencia General de la UNESCO el mismo día que la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, el 16 de noviembre de 1972, declara de manera contundente que los Estados “en cuyo territorio estén situados bienes del patrimonio cultural y natural tienen la obligación de proteger esa parte del patrimonio de la humanidad y velar para que se transmita a las generaciones futuras”, el subrayado es nuestro.

Estas disposiciones permiten deducir la importancia de la Convención de 1972 para la teoría del Derecho internacional, ya que, tal como señalaba el profesor KISS, consagra el principio en virtud del cual ciertos bienes, aunque se hallen sometidos a la soberanía del Estado, revisten un interés que concierne a toda la Humanidad, y que por ello, deben ser conservados por la Comunidad internacional en su conjunto ⁽⁶⁴⁾.

La consideración del patrimonio cultural como un “bien común“ cuya protección incumbe al conjunto de la Comunidad internacional, conduce a la actuación no sólo de los Estados, sino que, la existencia de un interés común, hace que se extienda también, a las relaciones multilaterales a través de la cooperación conjunta en el marco de las Organizaciones internacionales, las cuales, han ejercido una significativa labor de impulso en este ámbito.

De este modo, se explica la adopción de diversos convenios internacionales con el fin de instaurar un sistema cooperación entre los diferentes Estados. Tal como afirmaba VIRALLY, “todo este movimiento convencional procede, en definitiva, de la idea de un patrimonio recibido y que hay que transmitir. Se trata, de un lado, de un patrimonio natural, que no se limita a las especies vivas, sino que se compone también de espacios naturales privilegiados y amenazados, algunos de los cuales, por otra parte, constituyen hábitats necesarios para la vida de las diversas especies. Se trata también de un patrimonio cultural, especialmente de lugares amenazados y de monumentos, que deben ser protegidos” ⁽⁶⁵⁾.

⁶⁴. KISS, Alexandre-Charles: “La notion de patrimoine commun de l’Humanité”, *op. cit.*; p. 171.

Esta concepción condiciona la gestión estatal de estos bienes situados en su territorio y la orienta necesariamente hacia un deber de conservación y salvaguardia de los mismos en tanto que “herencia común”. Así, tal como afirma FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, “los Estados se hallan encargados de una verdadera función internacional”. La idea de función internacional aplicada al Estado, según VIRALLY, “aporta una gran novedad a la teoría del Estado (y a la concepción misma que se pueda tener de la Comunidad internacional)”.

Esta idea, anteriormente había estado reservada a las Organizaciones internacionales. Extendida al Estado, tiende a significar que la independencia cede el paso a la interdependencia. Se trata de una verdadera revolución. Nos dirigimos así hacia la admisión de conceptos que participan de estas “revoluciones” del Derecho internacional contemporáneo, al mismo tiempo que de la “crisis” denunciada por algunos (y de la cual estas “revoluciones” son evidentemente un aspecto o causa)” (66).

Uno de dichos conceptos, conexo a la noción de “bien común” o “interés general” de la Comunidad internacional, que fundamenta la concepción de una función internacional aplicada al Estado, es el de “patrimonio común de la humanidad”; puesto que ambos se caracterizan por implicar “una superación del exclusivismo propio de la noción clásica de soberanía territorial” (67). De ahí se infiere otro elemento que es predicable de ambas nociones; se trata de su carácter innovador, puesto que se

⁶⁵. VIRALLY, Michel: “Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public”, *R..C.A.D.I.*; t. 183, 1983-V, p. 345.

⁶⁶. *Ibidem*, , p. 344

distancian de la concepción clásica del Derecho internacional, y encuentran dificultades para delimitar su alcance y precisar su formulación jurídica a través de instrumentos internacionales dotados de carácter obligatorio en aras a determinar la responsabilidad internacional del Estado en caso de incumplimiento.

A.- LA NOCIÓN DE PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL PATRIMONIO CULTURAL.

El profesor CARRILLO SALCEDO, respecto a la noción de un patrimonio común de la Humanidad, señala que, a pesar de sus innegables ambigüedades, ha cristalizado jurídicamente en la práctica internacional; aunque continua siendo un concepto polémico ⁽⁶⁸⁾ y que despierta antagonismos políticos ⁽⁶⁹⁾. Al respecto el profesor CASSESE afirmaba al

⁶⁷. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *El Derecho internacional en un mundo en cambio*, tecnos, Madrid, 1984, p.202.

⁶⁸. Algunos autores examinan desde una perspectiva crítica la noción de patrimonio común de la humanidad. En esta dirección JOYNER, afirma lo siguiente “*the most that can be postulated about the present status of the CHM (common heritage of mankind) concept is that may indicate an emergent principle of international law. As yet the CHM is not a principle of international law erga omnes. The CHM today is neither the product of “instant custom” not jus cogens. Rather it is merely a philosophical notion with the potential to emerge and crystallise as a legal norm. The prime determinant of how, when or whether that norm-creating process will happen rests in the conduct os States. Whwn sufficient State prectice indicates clear, widw-spread acceptance of the CHM, its legitimacy in international law will be fixed. Until then, the CHM must remain only a conceptual ideal, not an international legal reality supported by State prectice*”, JOYNER, Christopher C.: “Legal implications of the concept of the common heritage of mankind”, *International and Comparative Law Quaterly*, vol. 35, jan. 1986, p. 199.

respecto “parece probable que no tenga ninguna posibilidad de ser aceptado por los países industrializados mientras no sea debidamente rebajado de manera que tenga en cuenta sus intereses” (70); lo cual unido a la “ausencia de un *consensus* de opinión en la Comunidad mundial, demuestra la dificultad de expresarlo en una forma jurídica y vinculante” (71).

Estas consideraciones son de aplicación también a la idea de “bien común” referida al patrimonio cultural que tampoco “ha desplegado todavía todo su potencial..”(72), pero está contribuyendo a instaurar un sistema de cooperación internacional a través de la difusión, intercambio de información, promoción de la investigación en materia de patrimonio cultural y, en especial, a través de la asistencia internacional, que contribuye

⁶⁹. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *El Derecho internacional en un mundo en cambio*, op. cit., p.202.

⁷⁰. CASSESE, Antonio: *International law in a divided world*”, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 391. Sobre esta cuestión GOMEZ ISA, sostiene que no podemos perder de vista las profundas contradicciones que existen a la hora de aplicar este innovador concepto. En todo momento se reflejan los intereses contrapuestos entre los países desarrollados y los países subdesarrollados, entre “el Norte” y “el Sur”. Prácticamente, en todos los ámbitos donde se ha pretendido que el Patrimonio Común de la Humanidad jugase un papel han surgido tensiones e intereses contrapuestos, con el consiguiente peligro de apropiación por parte de los países más industrializados, (GÓMEZ ISA, Felipe: “Patrimonio Común de la Humanidad”, *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto, vol. 41/2, julio-diciembre 1993, p.189).

⁷¹. CASSESE, Antonio: *International law in a divided world*”, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 391. En esta misma línea MALANCZUK afirma: “*the common heritage of mankind principle, as applied to the utilization of resources in areas beyond national jurisdiction, has certainly brought a new and useful dimension into the general development of international law, but in essence it is still a controversial and vague political principle which has found some form of legal recognition in a restricted number of treaties and other instruments for a restricted number of States parties to them or supporting them*”, MALANCZUK, P: “Space law as a branch of international law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 1994, p. 174.

⁷². VIRALLY, Michel: “Cours général de droit international public”, *R.C.A.D.I.*, 1983/V, tome 183, pp. 345 y ss.

a modificar la idea de reciprocidad tradicionalmente presente en las disposiciones convencionales.

La práctica de los Estados en materia de tratados pone de manifiesto un progresivo incremento de tratados en los cuales se rompe la regla clásica del *do ut des*, en virtud de la cual “uno está obligado sólo en la medida en que la parte contraria se atiene a la misma obligación o a una obligación que corresponda, y por lo tanto, se encuentra libre de todo vínculo en cuanto la parte contraria viola sus compromisos” (73). El principio de reciprocidad en materia convencional, que se traduce en un beneficio directo e inmediato para los contratantes, no está presente en dichos tratados, de modo que, para el Estado contratante únicamente comportan obligaciones.

Ahora bien, existen diferencias conceptuales que no permiten una identificación total entre la noción de patrimonio común de la humanidad y la idea de bien común que fundamenta la protección internacional del patrimonio cultural. De ahí que este interés colectivo de protección, haya sido calificado, “desde un punto de vista técnico-jurídico” como un *tertium genus* entre el simple interés y el derecho subjetivo” (74).

73. CASSESE al valorar el impacto de los derechos humanos sobre la Comunidad internacional afirma que la oposición “reciprocidad” contra “exigencias comunitarias”, viene dada por la proclamación, en el plano internacional, del derecho de los pueblos a la autodeterminación y de los derechos de la persona humana, que ha supuesto la introducción de “una nueva dimensión” que ha roto la lógica de la reciprocidad suplantándola por una lógica nueva; se trata de la de los “intereses comunitarios”, que trascienden las ópticas nacionales de cada poderoso y reflejan exigencias colectivas y humanitarias de progreso social”, CASSESE, Antonio: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Ariel, Barcelona, 1991, p.232.

74. CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol: “La protección internacional del patrimonio cultural”, *IHLADI*, vol. 10, p.109 basándose en el trabajo de CARDONA LLORENS, Jorge: “Interés, interés jurídico y derecho subjetivo en Derecho internacional público”,

De manera que los elementos que caracterizan la noción de patrimonio común de la Humanidad, como son la no-apropiación, la utilización racional, la gestión internacional y el reparto equitativo de los recursos no son de aplicación a la idea de “bien común” o “interés general” referida a la protección internacional del patrimonio cultural, en el mismo modo que se aplican a otros espacios como la Antártida, el espectro radioeléctrico o la Luna.

La Convención de 1972, si bien prevé un sistema de protección y asistencia internacional, “no establece ningún sistema de gestión internacional directa del patrimonio cultural dado que el régimen acordado se basa en el respeto de la soberanía de los Estados, el reconocimiento de los regímenes de propiedad establecidos por las legislaciones nacionales y el suministro de ayuda internacional está basado en el acuerdo con los Estados beneficiarios” ⁽⁷⁵⁾.

Aunque lo anterior es cierto puede afirmarse igualmente, que la atribución de una obligación de salvaguardia del patrimonio cultural que recae sobre ciertos Estados, considerados como depositarios de valores comunes a toda la Humanidad, prevista por la Convención de 1972, introduce un principio fundamental que se aproxima al fundamento mismo del concepto de patrimonio común de la Humanidad.

Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro, Valencia: Universitat de Valencia, 1989, pp. 231-248.

⁷⁵. CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol : “La protección internacional del patrimonio cultural”, *op. cit.*; pp.69-70. En este mismo sentido se pronuncia CORRIENTE CÓRDOBA, al subrayar que “la presencia de la soberanía nacional y los derechos públicos y privados constituidos a partir de ella determinan un régimen jurídico del Patrimonio Cultural y Natural distinto del de esos otros bienes o espacios” , “El Camino de Santiago y la protección internacional de los bienes culturales”, *Anuario de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra, 1993, p. 49.

Alexandre KISS, lo califica de patrimonio común de la Humanidad “por afectación” en contraposición al patrimonio común de la humanidad “por naturaleza”. Existen puntos de tangencia entre ambas acepciones, pero la característica fundamental común es el constituir la materialización del “interés común” de la humanidad o del “bien común”, ⁽⁷⁶⁾, o responder a una “finalidad de interés general” como lo denominan algunos autores ⁽⁷⁷⁾; mientras que la principal diferencia se encuentra en el principio de “no-apropiación” ⁽⁷⁸⁾. La distinción entre ambas nociones, quedaría muy desdibujada si se primara la noción de *trust*, a la que se refiere KISS, como característica principal del patrimonio común de la humanidad, es decir su utilización y conservación para el bien común en interés de toda la humanidad.

⁷⁶. KISS, Alexandre-Charles: “La notion de patrimoine commun de l’Humanité”, *R.C.A.D.I.*; t. 175, 1982-II, p. 231. En este mismo sentido el prof. BLANC ALTEMIR, considera que la noción de patrimonio común de la humanidad “se proyecta igualmente a otros ámbitos específicos como el cultural (patrimonio arqueológico y artístico) o el natural (especies salvajes y medio ambiente), en lo que se ha venido en llamar “el patrimonio común de la humanidad por afectación”, desde el momento en que la práctica totalidad de éste se encuentra bajo competencia estatal, faltando por lo tanto el elemento fundamental de la exclusión de soberanía”, BLANC ALTEMIR, Antonio: *El patrimonio común de la Humanidad. Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión*, Ed. Boch, 1992, p.167.

⁷⁷. PRIEUR califica dicha finalidad de interés general para la humanidad como “*un des axes essentiels de la coopération internationale de la fin du XX siècle*”, (PRIEUR, Michel: “La Protection de l’environnement”, en BEDJAOUI, Mohammed: *Droit International. Bilan et perspectives*, Éditions A. Pedone-UNESCO, París, 1991, pp. 1085-1106).

⁷⁸. BLANC ALTEMIR opina al respecto que “ciertamente, aunque el patrimonio cultural y natural no reúnen todos los criterios o requisitos enunciados al principio de este trabajo para identificar la noción de patrimonio común de la humanidad, es necesario señalar que su protección y preservación constituyen la materialización de un interés general de toda la humanidad, a cuya concreción y delimitación contribuye la noción de patrimonio común, con la que, por otra parte, guarda conceptualmente estrecha relación”.

Esta afirmación comporta necesariamente una mayor precisión sobre el contenido jurídico de la noción de “patrimonio común de la humanidad, en particular, con relación a la cuestión de la subjetividad internacional de la Humanidad, y, en última instancia, tal como señala KISS, a una cuestión concreta como es la de la representación: “¿quién puede hablar en nombre de la humanidad?”.

En el ámbito de la protección internacional del patrimonio cultural podría ser el Comité del Patrimonio Mundial, creado por la Convención de 1972, si bien, tal como se ha puesto de manifiesto, no gestiona directamente el patrimonio común de la humanidad aunque sí controla la gestión del mismo que llevan a cabo los Estados.

A este respecto el profesor CASANOVAS Y LA ROSA, afirma que “no se trata de que la humanidad o la comunidad internacional sean titulares de ningún tipo de derechos sobre bienes culturales concretos, o sobre el conjunto de ellos entendido como un patrimonio común. Estas nociones tienen trascendencia jurídica en tanto que, como ha dicho el profesor J.A. CARRILLO SALCEDO, son marcos de referencia que simbolizan la progresiva toma de conciencia de intereses colectivos, comunes que van más allá de los intereses nacionales, y que nos sitúan, por tanto, ante la intensificación y profundización de una de las funciones propias del Derecho internacional desde sus orígenes: La dimensión de la cooperación, como realidad distinta de la otra función básica del Derecho internacional, la coexistencia entre los Estados soberanos” (79).

BLANC ALTEMIR, Antonio: *El patrimonio común de la Humanidad. Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión*, op. cit; p.189.

Recientemente, la Declaración universal sobre el genoma humano y los derechos humanos, adoptada por la UNESCO, el 11 de noviembre de 1997 (⁸⁰), presenta una nueva aplicación del concepto de “patrimonio común de la Humanidad”, aplicándolo a un ámbito diferenciado, que no reúne las características de *res communis* que constituyen los aspectos comunes de los fondos oceánicos, el espacio ultraterrestre o la Luna y otros cuerpos celestes: prohibición de apropiación individual y utilización en función de objetivos intereses u objetivos comunes.

Si bien el hecho de que un monumento histórico pueda estar sometido a un régimen de propiedad pública o privada sin que ello influya o afecte a su eventual inscripción en la lista de bienes que pertenecen al patrimonio (cultural) de la humanidad, la aplicación del concepto al genoma humano se sitúa en una posición intermedia entre la de los bienes culturales y la contemplada en la Convención de las Naciones Unidas sobre la diversidad biológica. Este último instrumento jurídico explicita en su preámbulo que la conservación de la diversidad biológica “es una preocupación común de la humanidad”, pero no hace de los recursos biológicos un componente del patrimonio común de la misma. La situación jurídica intermedia del genoma humano hace que se le considere patrimonio común de la humanidad, aunque a “título simbólico”, hecho que determina un estatuto jurídico ambiguo (⁸¹).

⁷⁹. CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol: “La protección internacional del patrimonio cultural”, *op cit.*, pp. 105-106.

⁸⁰. Reafirmada en sus principios fundamentales por la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 9 de diciembre de 1998. Para un estudio sobre esta materia véase: BYK, Christian: “La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l’homme”, *JDI*, n.3, 1998, pp.675-695.

B).- LA “RESPONSABILIDAD” COLECTIVA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL.

Al aludir al término responsabilidad, en este supuesto, nos estamos refiriendo a una acepción amplia de dicho concepto y no a la noción de responsabilidad en sentido estricto tal cual es definida desde la perspectiva del Derecho internacional y confirmada por la Jurisprudencia internacional, es decir, la relación nueva, surgida con ocasión de la comisión de un acto internacionalmente ilícito, y que suele concretarse en el deber de reparar.

Esta “responsabilidad” colectiva es la consecuencia derivada de la idea de “bien común” o “interés general” referidos a la protección del patrimonio cultural. Se trata de un concepto reciente surgido por primera vez durante la primera mitad del presente siglo y que ha ido adquiriendo gradualmente un mayor relieve. Los considerables perjuicios que han ocasionado sobre el patrimonio cultural algunos de los conflictos recientes, en particular el que se ha desarrollado en la Ex-Yugoslavia, han llevado a evocar en reiteradas ocasiones, en especial tras los bombardeos sufridos por la antigua ciudad de Dubrovnik, el concepto de “responsabilidad” colectiva para la protección del patrimonio cultural. En esta dirección se han incoado determinadas iniciativas para reforzar la protección de los bienes culturales

⁸¹. BYK, Christian, “La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l’homme”, JDI, 1998, n° 3, pp. 675-695, esp. p. 682-686.

en caso de conflicto armado y dotar a la comunidad internacional de los medios necesarios para que en estos supuestos pueda ejercer esta “responsabilidad” colectiva.

A partir del “Pacto Roerich” o Tratado para la protección de instituciones artísticas y científicas, de 15 de abril de 1935, se ha desarrollado el concepto de “responsabilidad” colectiva para la protección del patrimonio cultural. Entre las iniciativas que llevaron a la adopción de este Tratado cabe hacer referencia a la Conferencia de Atenas de 1931 sobre la conservación de los monumentos históricos y las obras de arte, reunida a iniciativa de la Oficina Internacional de Museos, durante el transcurso de la cual se enunció la noción de *patrimonio cultural universal* ⁽⁸²⁾. El Preámbulo del Pacto Roerich enuncia que “los monumentos inmuebles son preservados porque constituyen *el patrimonio de la cultura de los pueblos*”, esta referencia será retomada en la mayoría de los ulteriores instrumentos internacionales sobre la materia.

El anteproyecto de Convención internacional para la protección de los monumentos y obras de arte en el transcurso de conflictos armados de 1938, al que el estallido de la IIª Guerra Mundial no permitió prosperar, hace referencia a la protección de los monumentos, no tanto porque

⁸². El Presidente del Comité de Dirección de la Oficina Internacional de Museos, Jules Destrée, en el informe de la Conferencia expresaba lo siguiente: “*Parmi les conclusions adoptées par la Conférence d’Athènes, il en est qui constituent de véritables innovations dans l’ordre international. C’est l’admission d’abord, par la Conférence tout entière, de cette notion nouvelle, selon laquelle la sauvegarde des chefs-d’oeuvre dans lesquels la civilisation s’est exprimée au plus haut degré, intéresse la communauté des peuples. (...) Qu’il me soit permis de noter ici qu’aucun autre domaine peut-être, n’appelle davantage la collaboration internationale, que celui de la protection du patrimoine artistique*”, “*La conservation des monuments d’art et d’histoire*”, *Dossiers de l’Office international des musées*. Institut International de coopération intellectuelle, Société des Nations, 1932; citado por CLÉMENT, Etienne; *op. cit.*, pp. 534-551

constituyen el patrimonio nacional, sino en cuanto a **patrimonio universal** que debe conservarse en interés de la humanidad entera; resulta interesante destacar que esta concepción del patrimonio influiría decisivamente en la Convención de 1954.

Cuando se desencadenó la IIª Guerra Mundial, si bien sólo estaban en vigor las insuficientes disposiciones de las Convenciones de la Haya de 1907, los Estados contendientes realizaron algunas declaraciones con relación a los bienes culturales. El gobierno francés y el británico afirmaron su deseo de “*preservar los monumentos de la **civilización humana***” y en este sentido, la Oficina Internacional de Museos preparó un modelo de declaración según la cual “*la destrucción de una obra de arte es un empobrecimiento cultural de **la humanidad entera***”⁽⁸³⁾.

En el Preámbulo de la Convención de 1954 se reconoce por primera vez en un instrumento jurídico vinculante de carácter internacional “*que los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la **cultura mundial***” (...) “*la conservación del patrimonio presenta una gran importancia para todos los pueblos del mundo*” y por tanto, **conviene que ese patrimonio tenga una protección internacional**”. A través de esta afirmación se está reconociendo implícitamente el concepto de “responsabilidad” colectiva para la salvaguardia del patrimonio cultural que será retomado y expresado con fórmulas diferentes en ulteriores

⁸³. *Les monuments et oeuvres d'art en temps de guerre*, Office international des Musées, Publications de l'Institut international de coopération intellectuelle, Paris, 1939, citado por CLÉMENT, Etienne; *op. cit.* p. 537.

instrumentos adoptados por la UNESCO, fundamentalmente en las recomendaciones. Esta Organización ha contribuido no solo a reforzar sino también a ampliar las normas internacionales en las que se halla contenido el ejercicio de la “responsabilidad” colectiva de la Comunidad internacional en materia de protección de bienes culturales.

a.- Respecto de los bienes muebles.

Afecta particularmente a los supuestos de robo, exportación e importación ilícitas a los que se hallan expuestos. El desplazamiento de los bienes de su lugar de origen puede poner en peligro el patrimonio cultural de los pueblos que lo padecen; esta situación se produce con frecuencia en el caso de excavaciones arqueológicas clandestinas.)

La Recomendación sobre el intercambio internacional de bienes culturales, aprobada en la Conferencia General de la UNESCO, el 26 de noviembre de 1976, afirma con rotundidad: *“Teniendo en cuenta que todos los bienes culturales forman parte del patrimonio cultural común de la humanidad y que cada Estado tiene una responsabilidad a ese respecto no sólo hacia sus propios nacionales sino también hacia **la comunidad internacional en su totalidad**”*.

La noción de “responsabilidad” colectiva se encuentra recogida, aunque de una manera implícita, en la Recomendación sobre la protección de los bienes culturales muebles de 1978, en el Preámbulo de la cual se afirma que al representar los bienes culturales diferentes formas de cultura *“forman parte del patrimonio común de la humanidad”* y, en consecuencia, *“cada Estado es moralmente responsable de su salvaguardia ante toda la comunidad internacional”* (art. II, pár.2).

b).- Respecto de los bienes inmuebles.

El primer instrumento internacional sobre la protección de bienes inmuebles, adoptado por la UNESCO, en el que se perfila de una manera expresa la noción de “responsabilidad” colectiva para la protección del patrimonio cultural de la humanidad, así como la necesidad de instaurar una cooperación internacional a tal efecto, es la Recomendación sobre la conservación de los bienes culturales que la ejecución de obras públicas o privadas pueda poner en peligro, de 1968. La Recomendación en su Preámbulo pone de manifiesto que “*es deber de los gobiernos de asegurar la protección y la conservación de la herencia cultural de la humanidad tanto como de promover el desarrollo social y económico*” (84). Para cumplir este propósito insta a los Estados a tomar las medidas necesarias para fomentar entre sus nacionales el interés y el respeto tanto por su propio patrimonio cultural como por el de los demás pueblos (artículo III, pár. 31).

En la Recomendación sobre la protección en el ámbito nacional, del patrimonio cultural y natural, de 1972 el principio aparece formulado de una manera inequívoca y completa. La Recomendación solicita a los Estados la adopción de un conjunto de medidas de protección científicas, técnicas, administrativas, jurídicas, financieras, así como la articulación de una política educativa y cultural apropiada, con el fin de asegurar una adecuada protección al patrimonio cultural y natural situado en su territorio para que pueda ser transmitido a las “generaciones futuras” (Preámbulo). Determina que corresponde a cada uno de los Estados Partes en cuyo territorio esté situado el patrimonio cultural, la protección y conservación del mismo, pero matizando que se trata de unas “*obligaciones no sólo*

respecto de sus nacionales, sino también de la comunidad internacional entera” (artículo III, pár. 4) ⁽⁸⁵⁾.

Igualmente, se pone de manifiesto el concepto de “responsabilidad” colectiva en la Recomendación relativa a la salvaguardia de los conjuntos históricos y su función en la vida contemporánea, de 1976 que establece que los conjuntos históricos o tradicionales constituyen los testimonios más tangibles de la riqueza y de la diversidad de las creaciones culturales, religiosas y sociales de la humanidad, y, sin embargo se encuentran amenazados de deterioro e, incluso de desaparición total. Los conjuntos históricos y su medio deberían ser considerados como un **“patrimonio universal irremplazable”**. Además de la “responsabilidad” colectiva que propone la Recomendación, cabría también una “responsabilidad” distinta, que es la de los miembros de la Comunidad internacional. Se articularía en forma de cooperación multilateral o bilateral, así como a través de Organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales (artículo VI, pár. 54).

La constatación de que la existencia de una responsabilidad frente a la Comunidad internacional por parte de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones de protección del patrimonio cultural, se basa sólo en los textos de Recomendaciones, ha llevado a afirmar al profesor CASANOVAS Y LA Rosa que “sobre estas bases difícilmente puede afirmarse que la protección del patrimonio cultural constituya una obligación *erga omnes* en el sentido que existan normas que establezcan comportamientos exigibles por cualquier otro Estado y cuyo

⁸⁴. El subrayado es nuestro.

⁸⁵. El subrayado es nuestro.

incumplimiento genere responsabilidad internacional. De los textos internacionales de protección del patrimonio cultural y de la noción de “patrimonio cultural de la humanidad” más que la consagración de una obligación *erga omnes* se deriva el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de que los bienes culturales constituyen una clase de bienes que tienen una regulación específica” (⁸⁶).

III.- LA AUTONOMIA NORMATIVA DEL SECTOR.

El Convenio constitutivo de la UNESCO confiere a esta Organización el mandato a la Organización de velar "por la conservación del patrimonio universal de libros, obras de arte y monumentos de interés histórico o científico", para lo cual recomienda "a los pueblos interesados la adopción de convenciones internacionales que sean necesarias a tal fin" (artículo I, 2, c). Se iniciaba así la instauración de un plano institucional de carácter específico y de ámbito universal, que ha tenido y está destinado a tener una influencia complementaria a los esfuerzos desarrollados por los Estados y por instituciones científicas y particulares en el plano relacional.

De la constatación de las deficiencias inherentes al sistema normativo en vigor, agravadas por la gran capacidad de destrucción demostrada durante la IIª GM, deriva, en una parte importante, toda la actividad normativa internacional emprendida en la más inmediata posguerra que condujo a la adopción de una Convención específica sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Ésta se inscribe dentro del amplio movimiento humanitario, desplegado como reacción a las

⁸⁶. CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol: “La protección internacional del patrimonio cultural”, *op. cit*, p. 108.

atrocidades cometidas durante la guerra, que pretendía evitar que en un futuro se volvieran a repetir, y que, en lo relativo a la protección del patrimonio cultural, recibe un impulso definitivo con la creación de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

En este periodo progresivamente se produce, asimismo, una toma de conciencia de los graves perjuicios que amenazan, incluso en tiempo de paz, a los bienes culturales ya sean inmuebles, afectados no sólo por catástrofes naturales o vandalismo, sino también por el rápido progreso de los medios de producción, o muebles cuyas amenazas principales son las excavaciones clandestinas y el tráfico ilícito. A partir de este momento se da un impulso definitivo a la actividad internacional en materia de protección que se traduce en la adopción de una serie de instrumentos jurídicos internacionales, que serán importantes tanto cuantitativa como cualitativamente, y que en su conjunto conducen a una mayor profundización de la cooperación en este ámbito.

Estas consideraciones pueden trasladarse al ámbito de la protección del patrimonio cultural, en el cual la UNESCO desempeña una función prominente, que se puso de manifiesto especialmente a partir de la adopción, bajo sus auspicios de la Convención de 1972. La necesidad de su adopción deriva de la insuficiente protección de los sitios naturales o de las riquezas culturales frente al rápido deterioro, consecuencia de la evolución económica y social, que podía provocar destrucciones irreversibles. De alguna manera, la creciente preocupación respecto al patrimonio cultural, reflejada en el ámbito interno por la adopción de instrumentos específicos

destinados a su preservación, se dejó sentir igualmente, si bien con posterioridad, en el plano internacional.

1.- EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

El desarrollo normativo del sector se ha producido en varias etapas, siendo, como se ha señalado, decisivo el nuevo marco de cooperación institucionalizada a partir del impulso que ha recibido la protección de los bienes culturales desde la creación de la UNESCO. La primera etapa tiene como objeto la regulación específica de los derechos y obligaciones relativos a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Se trata del establecimiento de un conjunto coherente de normas diferenciadas, que desarrollan los principios formulados en anteriores instrumentos jurídicos de Derecho Internacional Humanitario.

A).- LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO DE 1954.

A iniciativa de los Países Bajos, en el marco de la IVª sesión de la Conferencia General de la UNESCO (París, 1949), se adoptó la Resolución 6.42 que proclamaba la defensa de los bienes de “valor cultural”⁽⁸⁷⁾. Posteriormente, durante la V Conferencia general de la UNESCO, que tuvo lugar en Florencia en 1950, el gobierno italiano presentó un anteproyecto de convención, que, a su vez, retomaba el Proyecto de la Oficina Internacional

⁸⁷. En cumplimiento de dicha Resolución la Secretaría emprendió un nuevo estudio en cooperación con el Consejo Internacional de Museos (ICOM), cuyo resultado se presentó en un informe (Document UNESCO: 5C/PRG/6) basado en el principio de la protección directa, la adopción de medidas preventivas y las sanciones que debían ser incluidas en una ley penal internacional, el mismo fue discutido en la V Conferencia General (1950).

de Museos, adecuándolo a las nuevas experiencias y a los nuevos medios de combate.

El Proyecto sirvió de base los trabajos preparatorios que dieron lugar a una Conferencia diplomática que se desarrolló en la Haya entre el 21 de abril y el 15 de mayo de 1954 ⁽⁸⁸⁾ y que concluyó con la firma de la **Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado**, un Reglamento anexo para la aplicación de la misma y un Protocolo facultativo; todo ello en conjunto forma un “código” de protección de los bienes culturales que alcanza tanto a los bienes inmuebles como a los bienes muebles ⁽⁸⁹⁾, y que, en opinión de algunos autores, los principios fundamentales de estos instrumentos son parte integrante del derecho internacional consuetudinario ⁽⁹⁰⁾.

Debe señalarse, no obstante, que como es habitual en todo proceso de codificación del Derecho Internacional Humanitario, también en este caso se tuvo que intentar hallar el equilibrio entre las exigencias humanitarias y

⁸⁸. Para un estudio en mayor profundidad del *iter normativo* que precedió a la Convención de 1954, véase, TOMAN, Jiri: *La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954*, Éditions UNESCO, París, 1994, pp.39-42.

⁸⁹. En la Conferencia de La Haya estaban representados 56 Estados, entre los cuales 37 firmaron el Acta Final de la Conferencia intergubernamental sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado; 22 Estados firmaron el Protocolo. La Convención entró en vigor el 7 de agosto de 1956, de acuerdo con su artículo 33, en virtud del cual: “La presente Convención entrará en vigor tres meses después de haberse depositado cinco instrumentos de ratificación” siendo hasta 5 de enero de 2000 ratificada por 98 Estados mientras que el Protocolo ha sido ratificado por 82 Estados.; véase: UNESCO: *Convention and Protocol for the protection of cultural property in the event of armed conflict (The Hague, 14 may 1954), as at 5 January 2000*.

el orden militar, hasta el punto que en la Convención, tal como se aprecia en varias de sus disposiciones, se hacen múltiples concesiones a las exigencias militares.

La Convención de 1954 en su conjunto supuso la coronación de los esfuerzos que se habían emprendido, especialmente a partir de siglo XIX, para impedir que los conflictos armados dañasen o destruyeran los bienes artísticos e históricos, o fueran lo menos afectados posible por las consecuencias que comportan los fenómenos bélicos. En este sentido, la Convención de 1954, constituye el primer conjunto coherente de normas jurídicas de ámbito universal consagrado enteramente a la protección de los bienes culturales. Se le atribuye el mérito de concentrar en un sólo instrumento las disposiciones relativas a la protección de los bienes culturales que hasta el momento permanecían dispersas en varios instrumentos jurídico-internacionales.

El texto de la misma manifiesta expresamente la intención de cumplir una función armonizadora y complementaria de la normativa existente, así se pone de manifiesto en el Preámbulo a través de una referencia general en la que se expresa la voluntad de vincular la Convención con la normativa previa existente (⁹¹); dicha manifestación recibe su concreción en el artículo 36 de la Convención con relación al cual debe ser interpretada (⁹²). Con

⁹⁰. TOMAN, Jiri: *La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954*, Éditions UNESCO, Paris, 1994, p.41.

⁹¹. El Preámbulo de la Convención se expresa en los siguientes términos “*Inspirándose en los principios relativos a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado proclamados en las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 y en el Pacto de Washington del 15 de abril de 1935*”

⁹². Art. 36.1: “En las relaciones entre las Potencias que estén obligadas por las Convenciones de La Haya relativas a las leyes y usos de la guerra terrestre (IV) y a los

relación a la normativa anterior puede constatarse un hecho un tanto curioso y es que ni en el Preámbulo ni en el texto de la Convención se hace mención alguna de las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de guerra, si bien éstas habían servido de inspiración para la Convención de 1954, como puede observarse a través del estudio de varias de sus disposiciones que son casi una reproducción literal de las Convenciones de Ginebra (⁹³).

Las experiencias de los recientes conflictos armados, en especial los que afectaron a Irak y Kuwait, a Croacia y a Bosnia Herzegovina, pusieron de manifiesto la necesidad de estudiar urgentemente la posible revisión de la Convención de La Haya de 1954 a fin de reforzar los medios de aplicación de la misma y su eficacia. A iniciativa del gobierno alemán en 1993 se pone en marcha el proceso de revisión. Bajo los auspicios de la UNESCO se celebraron varias reuniones de expertos (Lauswolt 9-11 febrer 1994, París 28 noviembre-2 diciembre 1994), las cuestiones principales que se abordaron fueron los requisitos exigidos para obtener una protección especial, los mecanismos de control de la aplicación y la cláusula de la

bombardeos por fuerzas navales en tiempo de guerra (IX), ya se trate de las del 29 de julio de 1899 o las de 18 de octubre de 1907, y que sean Partes de la presente Convención, esta última completará la anterior Convención (IX) y el Reglamento anexo a la Convención (IV) y se reemplazará el emblema descrito en el artículo 5 de la Convención (IX) por el descrito en el artículo 16 de la presente Convención en los casos en que ésta y el Reglamento para su aplicación, prevén el empleo de dicho emblema.”

Art. 36.2: “En las relaciones entre las Potencias que estén obligadas por el Pacto de Washington del 15 de abril de 1935 para la protección de Instituciones Artísticas y Científicas y los Monumentos Históricos (Pacto Roerich) y que sean Partes en la presente Convención, ésta última completará el Pacto Roerich, y se reemplazará la bandera distintiva descrita en el artículo II del Pacto por el emblema descrito en el artículo 16 de la presente Convención, en los casos en que ésta y el Reglamento para su aplicación prevén el empleo de dicho emblema.”

⁹³. A título de ejemplo concreto puede señalarse que el artículo 21 de la Convención de 1954 es casi idéntico al art. 8/8/8/9 de las Convenciones de Ginebra de 1949. En general las similitudes se aprecian en la terminología utilizada, en la utilización de un signo, en la obligación de difusión de la Convención etc.

necesidad militar. Finalmente, el 26 de marzo de 1999 en el marco de la Conferencia diplomática convocada por la UNESCO en La Haya, se adoptó el **Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado**. Con la adopción del presente Protocolo se pretende, principalmente, establecer un sistema reforzado de protección y completar las medidas de aplicación de la Convención de 1954, intentando, al mismo tiempo, que las normas que rigen la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado reflejen la evolución del derecho internacional (⁹⁴).

B).- LA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN ANTE TIPOS DE CONFLICTOS ARMADOS Y ARMAS NO PREVISTOS ANTERIORMENTE.

Durante la Conferencia sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados, celebrada en Ginebra entre 1974 y 1977, se planteó de nuevo, si bien no como una cuestión principal, el tema relativo a la protección de los bienes culturales. Se adoptó la decisión de incluir en ambos Protocolos Adicionales una disposición sobre esta materia (⁹⁵), reafirmandose algunos

⁹⁴. El Segundo Protocolo fue abierto a la firma, conforme al art. 40 del mismo, del 17 de mayo al 31 de diciembre de 1999 en La Haya. El 1 de enero de 2000 ha sido firmado por 39 Estados, pero no ha sido objeto de ninguna ratificación, según estipula su art. 43 el Protocolo entrará en vigor tres meses después de haberse depositado veinte instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

⁹⁵. Si bien durante la primera Conferencia de expertos gubernamentales celebrada en 1971, la protección de los bienes culturales fue objeto de propuestas presentadas por los expertos de México, Suecia, Suiza, la República Árabe Unida y Holanda, el CICR no recogió dichas propuestas en el proyecto de Protocolos sometido a la Conferencia de 1974-77, por considerar que ya quedaban protegidos por las disposiciones más precisas de la Convención de 1954. La iniciativa de insertar en el texto de los Protocolos

de los principios generales enunciados en la Convención de 1954.. La Conferencia adoptó también la Resolución 20 en la que se reconoce que la Convención de 1954 y su Protocolo Adicional, “constituyen un instrumento de primordial importancia para la protección internacional del patrimonio cultural de toda la humanidad contra los efectos de los conflictos armados”, y que la aprobación del artículo 53 “no será en modo alguno obstáculo para la aplicación de esa Convención”; la Resolución concluye instando a todos los Estados que no son partes “a que suscriban dicha Convención“.

A fin de completar esta evolución es preciso hacer una referencia a la **Convención de Ginebra de 10 de octubre sobre Prohibiciones o Restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados** ⁽⁹⁶⁾. Esta Convención, adoptada dentro del proceso de reafirmación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, responde a la necesidad de elaborar nuevos instrumentos jurídicos destinados a prohibir o limitar el empleo de ciertos métodos y medios de hacer la guerra ⁽⁹⁷⁾. En concreto pretende

Adicionales una disposición destinada a la protección de los bienes culturales partió de una propuesta, en forma de enmienda, efectuada por Grecia, a la que se unieron España y Jordania, y en 1975, la Santa-Sede, Uruguay y Venezuela; TOMAN, Jiri: *La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention de La Haye*, Éditions UNESCO 1994, p. 404.

⁹⁶. La Conferencia diplomática sobre el Desarrollo y la Reafirmación del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados adoptó la Resolución 22 (IV). En la misma, se recomendaba la convocatoria de una Conferencia Internacional que llegara a resultados concretos sobre la prohibición o la limitación de determinadas armas convencionales. La Conferencia tuvo lugar en Ginebra, del 10 al 28 de septiembre de 1979 y del 15 de septiembre al 10 de octubre de 1980. El 10 de octubre la Conferencia aprobó la Convención y tres Protocolos anexos. La Convención entró en vigor el 2 de diciembre de 1983. España es Estado parte en la Convención, véase: *BOE* 14 de abril de 1994; A. 1081, para España entró en vigor el 29 de junio de 1994.

⁹⁷. Esta idea ya se había puesto de relieve en la XXª Conferencia Internacional de la Cruz Roja de 1965 y por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en

prohibir o limitar el uso de aquellas armas clásicas cuyos efectos son considerados excesivamente traumáticos o indiscriminados.

La Convención contiene disposiciones de carácter general, a modo de introducción, pero sin incluir disposiciones que prohíban directamente el empleo de dichas armas. Son los tres Protocolos anexos a la Convención los que contienen las disposiciones que estipulan la prohibición o restricciones del empleo de determinadas armas (⁹⁸). Desde la perspectiva de la protección de los bienes culturales, los Protocolos más significativos son el Protocolo de Ginebra, de 10 de octubre de 1980, sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II) y, en menor medida, el Protocolo de Ginebra, de 10 de octubre de 1980, sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III).

El Protocolo II prevé la protección de los bienes culturales, por una parte, de una manera indirecta al prohibir en general el empleo de armas trampa contra “emblemas, signos o señales protectores reconocidos internacionalmente” (art. 7, a), como los que se describen en las Convenciones de la UNESCO de 1954 y 1972 para distinguir a los bienes culturales cubiertos por el ámbito de aplicación de las minas. Por otra parte, de una manera directa al prohibir expresamente el empleo de armas trampa y otros artefactos contra los “Monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos” (art. 7, i).

Teherán del 22 de abril al 13 de mayo de 1968, por la Resolución 22 (IV) de la Conferencia Diplomática de 1977 sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario.

⁹⁸. El Protocolo de Ginebra de 10 de octubre de 1980, relativo a fragmentos no localizables (Protocolo I) se limita a prohibir el empleo de cualquier arma cuyo efecto

El Protocolo II fue enmendado el 3 de mayo de 1996 en el marco de la Conferencia de Examen de la Convención de Ginebra de 1980 ⁽⁹⁹⁾. Las modificaciones afectan principalmente a su ámbito de aplicación, responsabilidad del desminado, protección del personal humanitario, represión de violaciones y aplicación. Pero según se ha señalado a pesar de estas mejoras “existen insuficiencias provocadas por la ambigüedad que presenta la definición de mina antipersonal, la inadecuación de las restricciones previstas para reducir el número de víctimas, la ausencia de mecanismos de verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos ni de las violaciones de sus disposiciones y la no prohibición del empleo de un arma de efectos indiscriminados” ⁽¹⁰⁰⁾..

Por lo que respecta al Protocolo III, la protección de los bienes culturales no se contempla de forma específica que se incluye dentro de la protección más genérica, y por tanto más difusa y menos eficaz, de los “bienes de carácter civil”.

La estructura de la Convención de Ginebra de 1980 hace posible la adopción de protocolos que prohíban o regulen el uso de armas futuras. De ahí la adopción de un nuevo Protocolo que supone un avance significativo en la evolución del Derecho Internacional Humanitario, se trata del Protocolo de Viena Adicional al convenio sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan

principal sea lesionar mediante fragmentos que no puedan localizarse por rayos X en el cuerpo humano.

⁹⁹. España es Estado parte en el Protocolo II según fue enmendado el 3 de mayo de 1996, publicado en *BOCG*, Serie A, nº 107, de 22 de julio de 1997.

¹⁰⁰. *Derecho Internacional Humanitario. Tratados internacionales y otros textos*. Legislación. Mc GrawHill, Madrid 1998, p.473.

considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (1980), de 13 de octubre de 1995 (Armas láser o cegadoras: Protocolo IV).⁽¹⁰¹⁾.

Cabe destacar la alusión a la protección del patrimonio cultural en el marco de la **Conferencia Internacional para la protección de las víctimas de la guerra**, celebrada en Ginebra (30 de agosto a 1 septiembre 1993). Esta Conferencia convocada por el Consejo federal suizo pretendía recordar a los Estados las obligaciones derivadas de las Convenciones de Ginebra de 1949, en particular del artículo 1º común a los mismos, en virtud del cual “Las Altas Partes contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio en todas circunstancias”

La protección de los bienes culturales fue objeto de alusión por varias delegaciones⁽¹⁰²⁾. La Declaración adoptada por consenso, en el marco de la Conferencia, por las delegaciones de 160 Estados, recuerda a los Estados sus obligaciones de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario, la necesidad de difundirlo y la adopción de medidas prácticas. En su segunda parte la Declaración menciona expresamente la Convención de 1954 sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado e insta a todos los Estados a no ahorrar “ningún esfuerzo” para reafirmar las reglas del Derecho Internacional Humanitario aplicable en tiempo de conflicto armado que protegen los bienes culturales, los lugares de culto o el medio natural...”

¹⁰¹. España es Estado parte en el Protocolo IV, publicado en *BOCG*, Serie A, nº 108, de 22 de julio de 1977.

¹⁰². En particular las delegaciones de Bulgaria, Brasil, la Federación Rusa, la República de Eslovenia y la Soberana Orden de Malta, véase: TOMAN, Jiri: *La protection des biens culturels en cas de conflit armé. commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954*. Éditions UNESCO, 1994, p.50.

2.- LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO: LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO DE 1970 ⁽¹⁰³⁾.

La segunda etapa hacia la configuración de la protección de los bienes culturales como un sector del Derecho internacional contemporáneo se produce estableciendo un régimen jurídico diferenciado que los proteja contra aquellas prácticas ilícitas que los amenazan en tiempo de paz.

El proceso de internacionalización que se describe respecto de la protección del patrimonio cultural adquiere una progresiva plasmación en el Derecho convencional a partir de un grado distinto de implicación de las competencias estatales. Si inicialmente se habían protegido básicamente derechos del Estado frente a situaciones de conflicto que provocaban daños irreparables por la acción de otros Estados, el paso siguiente será la de la cooperación entre Estados interesados en hacer más efectivos los objetivos de sus respectivas legislaciones internas relativas al patrimonio cultural nacional.

En el transcurso de las últimas décadas, si bien es un fenómeno que se observa ya desde la IIª Guerra Mundial, se aprecia un creciente interés hacia los bienes culturales fundamentado en motivos de carácter económico. El mercado del arte se ha desarrollado considerablemente. Debido al

¹⁰³. Adoptada por la Conferencia General de la UNESCO durante la decimosexta reunión celebrada en París del 12 de octubre al 14 de noviembre de 1970. Entró en vigor el 24 de abril de 1972 de conformidad con su artículo 21, tras el depósito del tercer instrumento de ratificación por parte de Nigeria. Actualmente el número de Estados Parte es de 89, véase: UNESCO: *Convention concernant les mesures a prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels*, (Paris, 14 novembre 1970). Liste des 91 Etats Parties au 1er Decembre 1999.

creciente aumento de la demanda, y a la escasa oferta, los bienes culturales se convierten en mercancías sujetas a especulación y alcanzan precios sumamente elevados en el mercado. Son considerados “bienes refugio”⁽¹⁰⁴⁾, es decir bienes seguros, en los que invertir en períodos de crisis y de inflación, además se prestan a “transacciones rápidas y discretas”⁽¹⁰⁵⁾; ello conduce a que se prime el valor económico por encima del valor cultural del bien, quedando éste en un segundo término; lo cual explica en gran medida el espectacular incremento del tráfico ilícito.

A estas causas de índole económica, que son las más significativas, cabe añadir otras que también contribuyen a la expansión del tráfico ilícito. Se trata, por una parte, de motivos de carácter sociológico, HOLST⁽¹⁰⁶⁾ pone de manifiesto que la adquisición de bienes culturales colma una necesidad psicológica cuál es la de sentirse propietario de un objeto representativo de una cultura determinada. Por otra parte, responde a una necesidad material, propia de la sociedad actual que fomenta el “consumismo cultural”, de mostrar el medio social al que se pertenece a través de la posesión de valiosos bienes culturales.

¹⁰⁴. FRIGO, Manlio: *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1986, p. 195.

¹⁰⁵ Ridha FRAOUA señala que incluso algunas revistas económicas aconsejan a los lectores que desean invertir su dinero en bienes culturales, a modo de ejemplo hace referencia a Capital, Nr. 1, janvier 1991, pp 84-97: véase, FRAOUA, R: “La base constitutionnelle d’une réglementation suisse sur le contrôle de l’exportation et de l’importation des biens culturels”, *La libre circulation des collections d’objets d’art. the free circulation of art collection (Actes d’une rencontre organisé le 14 septembre 1992)*, Centre du Droit de l’Art, Schulthess, Polygraphischer, Zürich, 1993, pp. 71-88.

¹⁰⁶. HOLST, S: *Biens culturels et relations internationales: spoliations, protection, restitution*, Tesis tercer ciclo, Ciencias políticas, Universidad de París I, 1983, pp.113-114, citado por FUENTES CAMACHO, Víctor: *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, Eurolex, Editorial Beramar, Madrid 1993, p.31.

A.- CARACTERÍSTICAS DEL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES.

El espectacular avance de los medios de transporte y comunicación internacionales, experimentado durante este siglo XX, al mismo tiempo que ha favorecido la ampliación y promoción de estos intercambios culturales, conlleva unos riesgos evidentes, que ya se han puesto de manifiesto. Se ha producido un grave incremento del tráfico ilícito de bienes culturales, hasta el punto que figura en el segundo lugar de las actividades ilegales que mayor cantidades de dinero movilizan, después del narcotráfico (¹⁰⁷).

Si se realiza una comparación respecto a lo que sucedía veinte o treinta años atrás, se observa que el aumento del número de robos es tal que se habla de una auténtica “plaga”. La Organización Internacional de Policía (INTERPOL) estimaba en 60.000, las obras de arte robadas en Europa en 1989 (¹⁰⁸), se ha cifrado aproximadamente entre 450 y 500 el número de ellas que desaparecen diariamente en el mundo (¹⁰⁹), habiéndose constatado que los países más afectados por la pérdida de patrimonio cultural se

¹⁰⁷. El tráfico ilícito de bienes culturales plantea una dificultad adicional, tal como señala FUENTES CAMACHO, debido al “*blanchiment*” o “*blanchissage*” de los bienes que constituyen su objeto, el cual “se posibilita a través de una cadena más o menos larga de ventas y reventas, complicada a menudo mediante el traspaso de una o más fronteras nacionales, a lo largo de la cual los bienes van perdiendo poco a poco, su carácter ilícito para terminar en manos de un adquirente que ignora su dudosa procedencia y suele hallarse jurídicamente protegido” véase: FUENTES CAMACHO, Víctor: *El Tráfico ilícito internacional de bienes culturales. (Perspectivas del Derecho internacional privado español)*, Colección Estudios Internacionales, Madrid 1993, p.26.

¹⁰⁸. Véase: GIMBRÈRE, S; PRONK, T: “The Protection of Cultural Property: from UNESCO to European Community with Special Reference to the Case of Netherlands”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol XXIII, 1992, p. 226.

¹⁰⁹. Véase: PROTT, Lyndel V.: “Problems of private International Law for the protection of the cultural heritage”, *R. C.A.D.I.*, 1989-V, 217, p. 231.

corresponden con los más ricos en bienes culturales, pero los más desprovistos de medios económicos para protegerlos, mientras que los países cuyo patrimonio cultural es más reducido suelen coincidir con los que son más poderosos económicamente y se benefician en gran parte del tráfico ilícito.

Es por ello que algunos autores consideran que puede realizarse una distinción entre países “importadores” y “exportadores” de bienes culturales (¹¹⁰). Según señala FUENTES CAMACHO, entre los países “exportadores” cabe hacer otra clasificación en dos grupos. El primero lo integrarían los países en vías de desarrollo, que han sido los más afectados habitualmente por el tráfico ilícito: países de América Latina (México, Guatemala, Perú), India, Tailandia, Camboya, Indonesia.. y el segundo grupo corresponde a aquellos países desarrollados que no han podido evitar el sufrir importantes pérdidas en su patrimonio cultural, aunque no en un nivel tan elevado como los anteriores; entre éstos se sitúan principalmente, España junto con Italia, Grecia, Turquía, Egipto y en general, los países del área mediterránea.

¹¹⁰. Véase: PROTT, Lyndel V; O’KEEFE, P.J: *Medidas legislativas y reglamentarias nacionales de lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*, UNESCO, París 15 de junio de 1983, p. 1 El término de países importadores es aplicable según estos autores, en primer lugar a los países de América del Norte y de Europa así como ciertas monarquías del Golfo Pérsico, y sobre todo Japón, país que en 1989 importó bienes culturales por un montante que ascendía a 1,96 billones de dólares, (véase: FRAOUA, Ridha: “La base constitutionnelle d’une relementation suisse sur le contrôle de l’exportation et de l’importation des biens culturels”, *La libre circulation des collections d’objets d’art. the free circulation of art collection (Actes d’une rencontre organisé le 14 septembre 1992)*, Centre du droit de l’art. Schulthess Polygrphischer Zürich 1993, p. 72). Los autores citados anteriormente consideran que también existe una categoría de países denominados “países de tránsito” que designa aquéllos en los cuáles se encuentran los grandes péritos, tasadores, comerciantes y restauradores, como son, por ejemplo, Gran

B.- LA NOCIÓN DE TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES.

La noción del tráfico ilícito de bienes culturales comprende varias hipótesis las cuales tienen en común un elemento, se trata del hecho de haberse producido un traslado del bien cultural a otro Estado, normalmente para ser revendido, infringiendo la normativa del país de origen. El supuesto más habitual es que la salida del territorio del Estado de procedencia se haya producido tras un robo. Éste puede afectar a bienes sobre los que no se ha establecido ninguna restricción o prohibición de exportación o bien, puede darse un supuesto más complejo, cuando se trate del robo de bienes que la legislación del país de origen ha calificado de inexportables, atendiendo a su titularidad estatal o en función de su valor cultural. Se califican, también, de bienes culturales objeto de tráfico ilícito, aquellos cuya exportación es llevada a cabo por el mismo propietario o con su acuerdo contraviniendo las normas de protección del Estado de origen.

Asimismo, otro grupo de bienes culturales que se incluyen dentro del tráfico ilícito, son aquellos que proceden de excavaciones arqueológicas clandestinas; en estos casos resulta particularmente difícil para los Estados averiguar la procedencia, sobre todo si no han sido objeto de una clasificación o catalogación en el país de origen o si provienen del saqueo de sitios oficialmente desconocidos.

A fin de afrontar la amplia dimensión alcanzada por el tráfico ilícito de bienes culturales ⁽¹¹⁾, han sido adoptados varios instrumentos

Bretaña, Francia, Alemania, Suiza; no obstante, en algunos casos estas tres categorías de países pueden solaparse.

internacionales de naturaleza convencional, tanto en el ámbito universal como regional. El principal instrumento multilateral de protección de los bienes culturales muebles contra el tráfico ilícito lo constituye la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales, de 14 de noviembre de 1970. Se ha destacado la importancia de este instrumento por el hecho de consagrar en el plano convencional el compromiso -compartido por un significativo número de Estados- de considerar ilícitas la importación, la exportación y la transferencia de propiedad efectuadas de manera contraria a la Convención. En este sentido CARDUCCI afirma que la ratificación de la Convención de la UNESCO por 86 Estados -siendo Francia uno de los más recientes lo cual contribuye a reforzar su aplicación el continente europeo- constituye, “a pesar de sus debilidades estructurales (...) un consenso considerable sobre el principio mismo de la lucha contra el tráfico ilícito”⁽¹¹²⁾.

Este conjunto de factores explica el progresivo incremento del tráfico ilícito y la dimensión internacional del fenómeno, de ahí que resulte imprescindible la existencia de una cooperación entre los Estados con el fin de adoptar normas internacionales en esta materia, ya que las normas de ámbito interno resultan insuficientes para paliar el problema.

C.- LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO DE 1970.

¹¹¹. Se estima que a escala mundial el volumen alcanzado por el tráfico ilícito de bienes culturales se sitúa en segundo lugar a continuación del tráfico de drogas, véase: CARDUCCI, Guido: *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, L.G.D.J., París, 1997, p.17.

¹¹². *Ibidem*; p.140.

La Convención de 1970 constituye el instrumento normativo fundamental en cuanto a las medidas a adoptar para proteger los bienes culturales contra las transferencias ilícitas de propiedad y el tráfico ilícito en tiempos de paz. Estuvo precedida por la Recomendación sobre la misma materia adoptada por la UNESCO en 1964, a la cual completa y desarrolla, además de convertir en obligatorias para los Estados Partes los principios que en ella se enuncian.

La adopción de la Convención es el resultado de un largo proceso iniciado en los años sesenta con la finalidad de proteger los bienes culturales muebles en tiempo de paz. La petición dirigida a la UNESCO por algunos países como México, Perú, Brasil y Argentina -ricos en patrimonio cultural pero económicamente débiles, lo cual les lleva a encontrarse entre los más castigados por los saqueos de bienes culturales y que mayores pérdidas han sufrido en sus respectivos patrimonios- supuso un impulso decisivo para que dicha Organización actuara; de modo que aparece vinculada desde sus orígenes al *iter* jurídico que desembocó en la adopción de la Convención.

El primer paso en este sentido se refleja en el Programa del presupuesto para los años 1967-1968 adoptado por la Conferencia General en su catorceava sesión. En el mismo se prevé la elaboración de un estudio sobre la posibilidad de preparar un instrumento internacional relativo a los medios de prohibir e impedir la exportación, la importación y la transferencia de propiedad ilícita de los bienes culturales.

A partir de este momento se inició un estudio preliminar sobre los aspectos jurídicos y técnicos a tomar en consideración en el proceso de preparación de éste instrumento normativo internacional, tarea que estuvo a cargo de la Dirección General de la UNESCO. En dicho estudio se detallaron las complejas dificultades que se planteaban al intentar adoptar una Convención sobre una cuestión tan específica, los principales obstáculos eran los siguientes:

- la diversidad de regímenes jurídicos nacionales en materia de protección de bienes culturales,
- la protección jurídica del adquirente de buena fe,
- las dificultades técnicas derivadas de la aplicación de ciertas medidas de control a los diferentes despachos de aduanas

No obstante, también se señalaron algunas ventajas que podía conllevar la adopción de una Convención internacional en dicha materia, se enumeraban las siguientes:

- desarrollo de la comprensión y de la apreciación mutua entre las naciones
- eficacia superior de una convención internacional respecto de una convención regional
- carácter vinculante para los Estados de las obligaciones contenidas en la convención (¹¹³).

¹¹³. A partir de entonces el Director General preparó un “estudio preliminar sobre los aspectos jurídicos y técnicos de la elaboración eventual de una Convención sobre la importación, la exportación y la transferencia ilícita de bienes culturales”;

En el proceso de elaboración de la Convención se observa una evolución que se pone de relieve al analizar los tres proyectos de Convención previos a la adopción del texto definitivo. El Anteproyecto y el Proyecto Revisado elaborados por el Secretariado de la UNESCO se caracterizaban por adoptar una concepción muy amplia sobre la protección de bienes culturales.

A grandes rasgos (¹¹⁴), puede señalarse que en ambos se aprecia la idea básica en función de la cual para reducir el tráfico ilícito, era necesario, por un lado controlar estrictamente la exportación y la importación y de otro, impedir las transferencias de propiedad ilícitas de bienes culturales, también instan la restitución de los bienes culturales importados o exportados ilícitamente, a su país de origen.

En cambio, el Proyecto resultante de los trabajos del Comité de expertos gubernamentales, con base en el cual se adopta el texto definitivo de la Convención, se aparta en cierta medida de los anteriores por tratarse del resultado de un compromiso entre los intereses de los países importadores y los de los países exportadores. De manera que nos hallamos ante una Convención con unos objetivos más limitados que tuvo como contrapartida que un mayor número de Estados se adhiriesen a ella.

A diferencia de los proyectos anteriores, la Convención de 1970 opta por una concepción más restrictiva de protección. Por una parte, con

¹¹⁴. Para un análisis en mayor profundidad del Anteproyecto y el Proyecto revisado de Convención, véase: FRAOUA, Ridha: *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation, et le transfert de propriété illicites des biens culturels*, (Paris, 1970). *Commentaire et aperçu de quelques mesures nationales d'exécution*. UNESCO, CC-86/WS/40, pp. 5-45.

relación a los actos que dan lugar al tráfico ilícito internacional sólo contempla la hipótesis del robo quedando fuera del ámbito de protección especial previsto en el art. 7.b) los casos de exportación de bienes culturales procedentes de excavaciones clandestinas, así como aquellos que no hayan sido previamente robados.

Por otra parte, este carácter restrictivo se manifiesta en el hecho de que sólo prohíbe la importación de bienes culturales robados de los museos, monumentos públicos o instituciones similares del país de procedencia, quedando excluido el robo a sujetos no incluidos en las anteriores categorías, como puede ser el caso de las personas físicas o jurídicas privadas.

3.- LA PROTECCIÓN CONJUNTA DEL PATRIMONIO CULTURAL Y NATURAL: LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO DE 1972.

En la adopción de la Convención, según ha puesto de manifiesto Simon LYSTER (¹¹⁵), confluyeron dos factores distintos pero relacionados entre sí. El primero se puede describir como la progresiva toma de conciencia y aceptación por parte de la Comunidad Internacional de la noción de “patrimonio común”; basada en una concepción universalista del patrimonio, en función de la cual la protección del mismo no incumbe única y exclusivamente al Estado en cuyo territorio se sitúan los bienes a proteger sino a la Humanidad en su conjunto.

¹¹⁵. LYSTER, Simon: *International Wildlife Law*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1985, p. 209.

El segundo, hace referencia a la voluntad que mostró la Comunidad internacional de adoptar acciones concretas para proteger dicho “patrimonio común”. Se puso de manifiesto a raíz de un hecho concreto ocurrido durante los años sesenta, se trató de la construcción de la presa de Asuán, este proyecto amenazaba con destruir para siempre los monumentos de Nubia. El Director General de la UNESCO lanzó un llamamiento, antecedente de las posteriores campañas, para la salvaguardia de los mismos (¹¹⁶). La respuesta de la Comunidad internacional se produjo con bastante celeridad, puesto que no se podía permitir la desaparición de éstos monumentos; de suceder así se trataría de una pérdida irreparable que afectaría no sólo a Egipto y Sudán, sino a toda la Humanidad.

El 19 de diciembre de 1970 se firmó un acuerdo en el marco de la UNESCO relativo a la ayuda voluntaria a prestar para la ejecución del proyecto de salvaguardia de dichos monumentos. En virtud del mismo cada una de las Partes contratantes, ya fueran Estados miembros o miembros asociados de la UNESCO, se comprometía a contribuir al proyecto de salvaguardia, a través de una dotación al fondo instituido a tal efecto.

Resulta de particular interés el Preámbulo de dicho acuerdo ya que proclama que los monumentos que se pretende salvaguardar “forman parte del patrimonio cultural de la humanidad entera”, que es importante conservarlos “para la admiración y la veneración de las generaciones futuras”. Por consiguiente, los importantes recursos que se necesitaban para evitar esta desaparición debían ser proporcionados no sólo por los países directamente afectados sino por el conjunto de la Comunidad internacional.

¹¹⁶. El Director General de la UNESCO en aquellos momentos era René Maheu, quien lanzó el llamamiento el 8 de marzo de 1960 y la financiación que consiguió obtener

De esta manera la idea de un “patrimonio común” y de una “responsabilidad común” en su conservación adquiere una dimensión real (¹¹⁷).

Este tipo de acción internacional que persigue la solución urgente de casos concretos y muy significados de amenazas a la conservación del patrimonio cultural proseguiría después en lo que puede calificarse de “acción terapéutica”, dirigida a subsanar situaciones que comprometan gravemente dicha protección.

Así, en términos similares al anterior se firmó posteriormente otro acuerdo, el 29 de enero de 1973, sobre la ayuda voluntaria a prestar para la ejecución de los proyectos de salvaguardia del Templo de Borobudur, (Indonesia), el cual se encontraba gravemente amenazado por el mal estado de sus cimientos. El fundamento de la ayuda internacional y la motivación expresada coinciden con el acuerdo anterior, se diferencian un poco en la manera de ejecutar el proyecto; se prevé una gestión bastante precisa de la ayuda internacional al servicio de la conservación de este templo considerado también como un elemento del patrimonio común de la Humanidad (¹¹⁸).

ascendió a 30 millones de dólares. Participaron en ésta campaña un total de 50 Estados miembros de la UNESCO; véase: *Correo de la UNESCO*, octubre 1990, p. 44.

¹¹⁷. Cabe poner de relieve las condiciones a las que se sometió la ayuda internacional prevista, ya que la cantidades aportadas a este fin no fueron remitidas a las autoridades egipcias hasta que el gobierno egipcio se comprometió definitivamente a emprender los trabajos precisos para salvaguardar los monumentos afectados, a adoptar las medidas necesarias para que fueran ejecutados correctamente y a concluir a tal efecto contratos con los encargados de realizarlas.

¹¹⁸. En este caso se creó un Comité internacional especial encargado de asegurar el carácter internacional de la empresa, que asumió también la función de coordinar los trabajos y de recibir y canalizar las contribuciones aportadas. Llevó a cabo una labor de control a través de los informes periódicos que se le debían presentar sobre el desarrollo del proyecto de restauración y la utilización de los fondos.

Coincidió también en esta misma época, con relación al patrimonio natural, el comienzo de una toma de conciencia colectiva acerca de la necesidad de proteger el medio ambiente y los espacios naturales; especialmente activa en este terreno fue la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos naturales (UICN) ⁽¹¹⁹⁾. Esta evolución influyó en la posterior Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente que aprobó la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, de 16 de junio de 1972 ⁽¹²⁰⁾, y, a continuación, constituyó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), creado por la Resolución 2997 (XXVII) de 1972 de la Asamblea General.

Esta Declaración marca una nueva etapa en la protección del medio ambiente al poner de relieve la preocupación internacional y la necesidad de proteger el medio natural. Se convierte así en el instrumento de referencia de numerosos convenios y acciones internacionales posteriores relativas al medio ambiente.

De manera complementaria y paralela, más allá de las situaciones concretas que pudieran representar una amenaza a la salvaguardia de los

¹¹⁹. Esta Organización fue fundada en 1948, a raíz de la Conferencia de Brunnen (Suiza) celebrada en 1947 que retomaba sobre una base más sistemática los objetivos ya establecidos por la Conferencia de Berna de 1913, que fue la primera conferencia internacional sobre la protección de la naturaleza. La UICN, a principios de 1994, agrupaba a 68 Estados, 103 organismos de Derecho público (universidades..) y 640 organizaciones nacionales no gubernamentales, Véase: MATHIEU, J.L: *La protection internationale de l'environnement*, PUF , París, 1995, p.48-49.

¹²⁰. NACIONES UNIDAS. Doc. A/COF.48/14 Rev.1., véase también JUSTE RUIZ, José: “Derecho Internacional Público y medio ambiente”, (ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES

bienes culturales, progresivamente se fue gestando la idea de adoptar una Convención de ámbito universal que sentara las bases de un sistema de protección colectiva y organizara una asistencia mutua, de carácter internacional, en favor de la protección de monumentos y sitios considerados de “valor universal”, pudiendo considerarse que la puesta en práctica de un sistema general tendría el carácter de una “acción preventiva” que, a medio plazo, había de constituir la base de un régimen más completo general y permanente. De modo que la protección del patrimonio adquiriría una dimensión mundial. En este contexto la Conferencia General de la UNESCO en su XVII sesión, el 16 de noviembre de 1972 (¹²¹), aprobó la Convención sobre la protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.

La Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, recogió las tendencias de la época y, por primera vez, creó un marco en el cual tuviera cabida la dualidad del patrimonio, proteger a la vez el patrimonio cultural y el natural. De ahí el carácter innovador de la Convención ya que tradicionalmente patrimonio cultural y patrimonio natural eran considerados independientes entre sí; en cambio en ésta queda plasmada “la interacción entre hombre y naturaleza”, las obras de las

INTERNACIONALES: *Problemas internacionales del medio ambiente, VIII Jornadas*, Barcelona, 2 a 5 de julio de 1984. Universidad Autónoma de Barcelona, 1985, pp. 9-54.

¹²¹. La Convención entró en vigor el 17 de diciembre de 1975, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33 de la misma, “tres meses después de la fecha del depósito del vigésimo instrumento de ratificación, de aceptación o de adhesión..”; véase: *Recueil des Traités des Nations Unies*: N.15511/1. CL/3280. Annexe II, pp.33-35. El número de Estados Parte en la misma es de 152, véase: UNESCO: *Convention concerning the protection of the world cultural and natural heritage. Ratification Status*, as at 28 october 1997; WCH-97/, pp.1-5.

España es Parte en la Convención mediante Instrumento de aceptación de 18 de marzo de 1982 (B.O.E; nº 156 de 1 de julio de 1982), entró en vigor para España el 4 de agosto de 1982.

personas y las de las de la naturaleza formando un sólo patrimonio “mundial”, siendo necesario preservar el equilibrio entre ambas.

CAPÍTULO SEGUNDO:

LA CONFIGURACIÓN DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL PATRIMONIO CULTURAL COMO SECTOR JURÍDICO.

En términos generales y, desde la amplia perspectiva de las relaciones internacionales, un régimen internacional puede definirse de la siguiente manera: "normas y pautas de conducta que rigen la conducta respecto de ámbitos específicos de las relaciones internacionales". No sólo son modelos de conducta, sino que también reflejan y regulan estructuras de poder ⁽¹²²⁾. KRASNER, ha conceptualizado la noción de "régimen", como un conjunto de "principios, normas, reglas y procedimientos de adopción de decisiones en los que convergen las expectativas de un actor en un ámbito material determinado" ⁽¹²³⁾. En correspondencia, estos regímenes internacionales, en el plano estrictamente normativo, suelen denominarse como "sectores" del ordenamiento jurídico internacional. Así, la CJI estableció en el *asunto de los rehenes* (1980) que: "las reglas de derecho internacional constituyen un régimen completo en sí mismo" ⁽¹²⁴⁾.

Para analizar el régimen jurídico internacional que caracteriza a la protección del patrimonio cultural en tanto que sector específico del

¹²². ZARTMAN, I. William (Ed.): "Resolving Regional Conflicts: International Perspectives", *The Annals of the Academy of Political and Social Science*, vol. 518, Sage Publications, Newbury Park CA, pp. 18-19. También: YOUNG, Oran: "The Politics of International Regime Formation", *International Organisation*, vol. 43, nº 3, mayo de 1989, pp. 349-375.

¹²³. KRASNER, Stephen D.: "Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables", *International Organisation*, vol. 36, Spring 1982, p. 185.

¹²⁴. I.C.J., Reports 1980, pp.30-43.

ordenamiento jurídico, se atenderá en primer lugar a su delimitación desde la perspectiva del ámbito material. Este elemento es decisivo en la configuración de un sector y gira en torno al concepto y contenido del objeto de regulación jurídica. Seguidamente, se estudiarán los diversos procedimientos de producción normativa y sus características.

I.- CONCEPTO Y CONTENIDO.

Al intentar definir y determinar el objeto del estudio al cuál está dirigida la actividad internacional en esta materia se topa con dificultades de diversa índole. Primero, hallar una noción de patrimonio cultural generalmente aceptada no resulta tarea fácil puesto que cada pueblo tiene su propia concepción del mismo. Segundo, en coherencia con el objetivo de la presente investigación nos interesa fundamentalmente la noción "patrimonio cultural" como categoría jurídica. Sin embargo, su contenido viene definido principalmente desde el ámbito cultural, con lo cual se topa con el problema de la noción de "cultura" ya que cualquier intento de definición comporta siempre el riesgo de ser incompleto (¹²⁵). Tercero, la dificultad deriva de la propia amplitud de la expresión en la que se incluyen diferentes conceptos aferentes que, en algunos casos, pueden llevar a confusión, como por ejemplo la utilización indistinta de la noción patrimonio artístico y la de "patrimonio cultural", siendo esta última más vasta (¹²⁶).

¹²⁵. Un ejemplo ilustrativo de ello es que en 1952 dos autores americanos realizaron una lista de 160 acepciones del término "cultura", véase: KROEBER A.L; KLUCKHOHN C: *Culture, a critical review of concepts and definitions*. Cambridge, Mass, 1952, citado por A. Derout en *La protection des biens culturels en droit commmunautaire*. Apogée. Université Rennes I. 1993, p.13.

Ante las dificultades planteadas la actitud que se suele adoptar es la de renunciar a una definición estricta de patrimonio y optar, en cambio, por una noción amplia y extensiva. En esta dirección se ha definido el patrimonio cultural como "el conjunto, local, regional, nacional, continental o universal, de bienes muebles e inmuebles, materiales e inmateriales (o no físicos), de propiedad de particulares o de instituciones u organismos públicos o semipúblicos, que tengan un valor excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte, de la ciencia, de la vida económica y social, de la cultura en suma, y , por tanto, sean dignos de ser conservados para las naciones y para la comunidad internacional y conocidos por los pueblos a través de las generaciones" (¹²⁷).

Durante la Conferencia Mundial sobre Política Cultural celebrada en México en 1982, se puso de manifiesto que el patrimonio cultural de un pueblo se extiende "a las obras de sus artistas y arquitectos, de sus músicos, de sus escritores, de sus sabios y también a las creaciones anónimas surgidas del alma popular y al conjunto de valores que dan un sentido a la vida; comprende las obras materiales e inmateriales que manifiestan la creatividad de ese pueblo, lenguas, ritos, creencias, lugares y monumentos históricos, literatura, obras de arte, archivos y bibliotecas".

Así, el concepto de patrimonio cultural incluye aquellos monumentos, conjuntos, lugares y sitios, que posean un interés histórico, arqueológico,

¹²⁶. T.S.ELIOT afirma que "El término cultura admite distintas asociaciones según estemos pensando en el desarrollo del individuo, de un grupo o clase, o de una sociedad entera (...) lo fundamental es la cultura de la sociedad y el significado de la palabra "cultura" en relación a toda la sociedad es lo que en primer lugar ha de examinarse.." véase: ELIOT, Thomas.Stearns: *Notas para la definición de cultura*. Ed. Bruguera, 1984 p. 27 y ss.

artístico, científico, social o técnico (patrimonio arquitectónico), así como obras de arte, artesanales y de interés artístico-histórico.

Si bien es cierto que estas definiciones completas y exhaustivas de patrimonio cultural contribuyen a ampliar el ámbito de protección jurídica, al mismo tiempo dejan sin resolver una cuestión esencial: determinar cuáles son las características fundamentales que deberá reunir un objeto que, en términos generales, es susceptible de ser calificado de obra de arte, para estar incluido dentro de la categoría jurídica de "patrimonio cultural" a la que se otorga protección internacional.

La resolución de esta cuestión básica conduce al significado jurídico de la noción de "patrimonio cultural" o "bienes culturales"- expresiones consagradas por los instrumentos internacionales a partir de la IIª Guerra Mundial- en el Derecho internacional, al mismo tiempo que los problemas planteados apuntan las dificultades que entraña su definición, si es que ésta es posible. La primera se halla en que los bienes culturales no se pueden limitar sólo a los bienes artísticos, todo objeto (por ejemplo un vehículo de época o el mobiliario de un determinado estilo), puede convertirse en un bien cultural sin que sea calificado como obra de arte, de manera que se puede afirmar que algunas obras son culturales por su naturaleza intrínseca, mientras que otras pueden llegar a serlo. Los propios límites del arte son muy subjetivos, de manera que una obra de arte puede ser definida como un bien cultural sin que el bien cultural pueda ser definido únicamente como obra de arte.

La adopción de la expresión bienes culturales y patrimonio cultural indica la transposición al plano jurídico del interés de proteger no sólo las

¹²⁷. HARVEY, Edwin. R: *Relaciones culturales internacionales en Iberoamérica y el*

obras de arte, que responden a un criterio de tipo eminentemente estético, sino todos aquellos bienes que sean una representación material de la cultura individual o colectiva (¹²⁸).

Otra dificultad radica en la interacción que se produce entre objeto-mercancía y bien cultural, por cuanto algunos de ellos son objeto de transacciones comerciales.

1.- LA NOCIÓN DE BIENES CULTURALES EN EL PLANO NORMATIVO.

En el plano normativo no existe una definición uniforme de bienes culturales. En términos generales, se constata que cada instrumento internacional define la noción en función de los fines que persigue y del propio ámbito de aplicación.

De ahí que resulte de especial interés analizar los principales instrumentos internacionales vigentes, tanto de carácter universal como regional, en particular en el plano europeo, en aras a realizar un estudio comparativo de los mismos.

A).- ÁMBITO UNIVERSAL.

Mundo. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 251-252.

¹²⁸. Esta misma concepción se encuentra plasmada en varios instrumentos jurídicos internacionales; así la Convención de la UNESCO de 1970 se refiere a “bienes culturales debidos al genio individual o colectivo de nacionales de Estados de que se trate...” (art. 4. a); también la Recomendación de la UNESCO para la protección de los bienes culturales muebles, de 28 de noviembre de 1978, se expresa en términos similares al

- **La Convención sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado**, de 16 de mayo de 1954. Una de las grandes innovaciones de la Convención de 1954 es que introduce por primera vez la noción de "bienes culturales", en sustitución de una amplia variedad de expresiones que se habían utilizado a lo largo de la historia en el Derecho internacional (y también por los Derechos internos). Con esta noción se pretende significar y evidenciar la pertenencia a una categoría autónoma y lo suficientemente homogénea, que puede hacer referencia a un bien o a un conjunto de bienes.

Según se desprende de la Convención, no se toma en consideración la procedencia de los bienes en cuanto a si son de propiedad pública o privada y tampoco su origen; son las características intrínsecas del objeto las que lo llevan a gozar de protección. Con ello se distancia de las disposiciones de las precedentes Convenciones de La Haya, fruto de la ideología liberal de la época, en las cuales la noción de propietario resulta esencial y los bienes de propiedad privada gozan de mayores garantías de protección.

En las Convenciones de la Haya de 1907, la protección de los bienes culturales se vincula a la protección general de los bienes civiles. Sus disposiciones son muy generales de manera que no aportan una definición precisa de los objetos de protección, los cuales son enumerados a partir de su naturaleza y función; así por ejemplo se hace referencia a los edificios consagrados al culto, a las artes a las ciencias y a la beneficencia, y los monumentos históricos (¹²⁹).

considerar que se entiende por "Bienes culturales muebles", todos los bienes amovibles que son la expresión o el testimonio de la creación humana..." (art. 1. a).

El Tratado de Washington de 1935 (Pacto Roerich), contiene igualmente, una referencia de carácter general que se basa la función de los bienes, sólo comprende los bienes inmuebles, mientras que los bienes muebles sólo son protegidos si se hallan dentro de los bienes inmuebles (¹³⁰).

Otra de las aportaciones innovadoras de la Convención respecto al concepto de bienes culturales consiste en establecer una noción unívoca de lo que debe entenderse por bien cultural, ya que hasta el momento habían sido definidos de diferentes maneras. A partir de una comparación entre las distintas reglamentaciones internas y las diversas propuestas de las delegaciones nacionales se halla una solución intermedia que la mayoría de Estados están dispuestos a aceptar (¹³¹), pues hasta entonces habían sido definidos de diferentes maneras. Asimismo, se trata de una noción aglutinadora de todos los objetos que deben gozar de protección en caso de conflicto armado.

¹²⁹. Véase: Art. 27 y 56 del Reglamento anexo a la IV Convención de La Haya de 1907 y el art. 5 de la IX Convención de La Haya de 1907.

¹³⁰. El art. 1º del Pacto estipula que “los monumentos históricos, los museos, las instituciones científicas, artísticas, educativas y culturales deben considerarse como neutrales y, como tales, ser respetados y protegidos en tiempo de paz u en tiempo de guerra..”

¹³¹. Las opciones por las que abogaban las delegaciones nacionales resumen en los favorables a una definición de tipo general especificada por la normativa interna de cada Estado (Francia), los que preconizaban una definición simplemente enumerativa, que indicase a modo de ejemplo algunas categorías de objetos a proteger bajo la rúbrica de bienes culturales (Estados Unidos). Finalmente el grupo de trabajo, que llegó a una solución intermedia, y redactó el art. 1º estaba integrado por: Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Grecia, Israel, Italia, Japón, Noruega, Reino Unido, Suecia, Suiza, la URSS y Yugoslavia.

El elemento central que prima en la definición adoptada por la Convención es el valor de los bienes, ya que no tiene en cuenta ni el origen, ni el régimen de propiedad de los mismos. Según el artículo 1º de la Convención la noción de bienes culturales incluye tres amplias categorías de objetos:

- Aquellos bienes muebles o inmuebles que se consideren de gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como monumentos arquitectónicos, campos arqueológicos (¹³²), manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos (¹³³) o de reproducciones de los mismos. El hecho de introducir en la definición el calificativo de “importantes” o “de gran importancia”, permite

¹³². Tal como señala Jiri TOMAN, en el apartado a) del art. 1º quedarían incluidos igualmente, aunque no sean mencionados explícitamente, los sitios de interés arqueológico e histórico situados bajo el agua, como lo señalan recientes estudios sobre el desarrollo de la guerra marítima; así como se ha afirmado la extensión del ámbito de aplicación de la Convención de 1954 a los supuestos de bombardeo naval, véase: PROTT, Lyndel V.: “Commentary: 1954 Hague Convention for the protection of cultural property in the event of armed conflict”, RONZITTI, N (dir. publ.): *The law of naval warfare*, Dorcrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pp.582-583.

¹³³. Respecto, a los archivos cabe destacar que la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas del Estado de 8 de abril de 1978, la cual no ha entrado en vigor, define en su art. 20 lo que debe entenderse por “*archivos de Estado*”, “todos los documentos, sean cuales fueran sus fechas y su naturaleza producidos o recibidos por el Estado predecesor en el ejercicio de sus funciones que, en la fecha de la sucesión de Estados, pertenecían al Estado predecesor de conformidad con su derecho interno y eran conservados por él directamente o bajo su control en calidad de archivos con cualquier fin”. Como afirma el profesor PASTOR RIDRUEJO, aunque “los archivos de Estado constituyen sin duda bienes de Estado son objeto de un tratamiento específico en el contexto de la sucesión de Estados (...) por dos razones que apunta la Comisión de Derecho Internacional (...) la indivisibilidad y reproducibilidad” de los mismos; “La directriz general que inspira dicho régimen es el paso de los archivos del Estado predecesor al sucesor”, PASTOR RIDRUEJO, José A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 7ª edición, Madrid, 1999, pp. 314-317. En este sentido podemos afirmar que la Convención de 1978 traslada al ámbito de la sucesión de Estados una norma procedente del derecho consuetudinario, en este

un cierto margen de discrecionalidad a las autoridades internas competentes para que puedan incluir los bienes que consideren pertinentes en la misma, evitando, no obstante, una excesiva exhaustividad ya que de lo contrario el criterio “importante” puede quedar demasiado relajado y como consecuencia las posibilidades de protección material de los bienes se verían reducidas.

La noción comprende también los edificios y refugios, en caso de conflicto armado, destinados a conservar, exponer o proteger, los bienes muebles que puedan ser incluidos en la categoría anterior del apartado a) del artículo 1º.

En este caso la razón de la protección de dichos edificios obedece a su función o contenido. De manera que la protección se extiende igualmente a aquellos bienes inmuebles que, sin poseer intrínsecamente valor cultural, histórico artístico o arqueológico, se utilicen para exponer los bienes culturales (museos, grandes bibliotecas, depósitos de archivos) o para protegerlos en caso de conflicto armado (refugios).

Con base en el artículo 1º, apartado c), la protección alcanza a zonas amplias, que alberguen un número considerable de bienes culturales, un grupo de monumentos históricos o artísticos susceptibles de ser incluidos en las categorías comprensivas de la letra a y b del artículo 1º, y que se denominarán "centros monumentales", normalmente se trata de los barrios de ciertas ciudades o de ciudades enteras.

Tras el análisis del concepto de bienes culturales adoptado por la Convención de 1954, puede afirmarse que es la definición de bienes culturales más completa, en comparación con las que recogen otros textos internacionales ulteriores que se ocupan de esta materia ya sea con carácter

caso relativa a los conflictos armados, que se viene aplicando desde el siglo XVII que es

exclusivo o no. Entre las primeras, se halla la Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural de 1972, la cual contiene un concepto de bienes culturales más restringido ya que sólo se refiere a los bienes inmuebles; entre las segundas, los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra de 1977, los cuales protegen a un grupo más restringido de bienes, únicamente los más importantes, que constituyen el patrimonio cultural y espiritual de los pueblos (¹³⁴).

La Convención de 1954 extiende igualmente su protección a aquellos medios de transporte utilizados para trasladar los bienes culturales tanto hacia el interior de un país como en dirección a otro país con el objetivo de protegerlos de los efectos de los conflictos bélicos. Participa también de esta protección el personal especial encargado de la protección de los bienes culturales (¹³⁵).

En cualquier caso, todo objeto o persona que se beneficien de la protección que le otorga la Convención deberá estar debidamente identificado con el emblema distintivo de la misma (¹³⁶).

- La Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, de 14 de noviembre de 1970.

la de restitución de los archivos trasladados durante el conflicto.

¹³⁴. Véase: art. 53 del Protocolo Adicional I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el art. 16 del Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

¹³⁵. Véase: Artículos 12, 13 y 15 de la Convención de 1954.

¹³⁶. Véase: Artículos 16 y 17 de la Convención de 1954.

La Convención, en su artículo 1º, opta por una concepción amplia y exhaustiva sobre qué se entiende por bienes culturales, según la cual son considerados como tales “los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia.”

De ahí se deduce que para que los bienes entren en el ámbito de aplicación de la Convención deben cumplir la condición de ser considerado como “de importancia” por el Estado en cuestión. Se trata de un concepto un tanto impreciso que debe ser determinado por las legislaciones adoptadas en aplicación de la Convención, ya que el criterio de importancia puede ser interpretado de manera distinta en cada país.

La segunda condición que se establece para que un bien entre en el ámbito de protección de la Convención es que pertenezca a alguna de las categorías enumeradas en el artículo 1º. En el mismo se definen vastas categorías de bienes dentro de cada una de las cuales se incluyen un gran número de objetos. Corresponde a cada Estado determinar los bienes culturales que se incluyen en una u otra categoría, aunque un mismo bien puede pertenecer a varias de ellas. Cada categoría describe uno o más caracteres de los bienes culturales a proteger.

Un ejemplo de estas categorías a las que hace referencia el artículo 1º es la relativa a los bienes de interés artístico, art 1º, g, en la que se menciona bienes tales como “cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (...), producciones originales de arte estatuario y de escultura en cualquier material; grabados, estampas

y litografías originales; conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier material”.

Igualmente, forman parte del patrimonio cultural de cada Estado, no sólo los bienes creados en su territorio sino también, tal como se estipula en el artículo 4º, los adquiridos lícitamente a través de misiones arqueológicas, etnológicas o de ciencias naturales, los que han sido objeto de intercambios libremente consentidos y los recibidos a título gratuito o adquiridos legalmente con el consentimiento de las autoridades competentes del país de origen de los mismos.

En términos generales, puede afirmarse que la definición de bienes culturales prevista en la Convención es amplia y exhaustiva, a pesar de las condiciones o límites materiales fijados por el artículo 1º. De ahí que sea una de las disposiciones que ha recibido mayor número de críticas por la excesiva amplitud y vaguedad de la definición de “bien cultural”. Se ha destacado que la falta de límites a la posibilidad de designación de bienes culturales dejada a los Estados en base exclusivamente al criterio de la “importancia”, podría tener como consecuencia limitar los intercambios lícitos de bienes culturales (¹³⁷). A pesar de ello, otros instrumentos internacionales la han tomado como punto de referencia, así el Convenio UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, de 24 de junio de 1995 (¹³⁸), para delimitar su ámbito de aplicación material,

¹³⁷. A este respecto pueden consultarse las observaciones presentadas por Gran Bretaña, en UNESCO DOC. SHC/MD/5, cit; Add. 2, p.2.

¹³⁸. La Conferencia diplomática para la adopción del Proyecto de Convención de UNIDROIT sobre el retorno internacional de bienes culturales robados o exportados ilícitamente, tuvo lugar en Roma del 7 al 24 de junio de 1995. La Conferencia adoptó el

opta por una definición de bienes culturales directamente inspirada en el artículo 1º de la Convención de 1970 (¹³⁹).

En definitiva, el concepto de bienes culturales que determina la Convención de 1970, es una noción definida a partir de lo establecido en la legislación interna de cada Estado, ya que nos hallamos ante una Convención internacional destinada, sin embargo, a proteger el patrimonio nacional de cada Estado.

- La Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, de 16 de noviembre de 1972.

La Convención de 1972 opta por una noción descriptiva a efectos de definir los bienes que integran el patrimonio mundial, y realiza una doble distinción entre bienes que forman el patrimonio cultural y bienes que componen el patrimonio natural.

Se entiende por “*patrimonio cultural*” (artículo 1º) tres tipos de bienes, todos ellos bienes inmuebles, se trata de:

- *Monumentos*, que comprende las obras arquitectónicas, de esculturas o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia.

23 de junio la Convención UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente i fue abierta a la firma y a la adhesión a partir del 24 de junio de 1995.

¹³⁹. Según estipula el artículo 2 debe entenderse por bienes culturales a los efectos de este Convenio “les biens qui, a titre religieux ou profane, revetent une importance pour l’archéologie, la préhistoire, l’histoire, la littérature, l’art ou la science et qui appartiennent à l’une des catégories énumérées dans l’annexe à la présente Convention”;

- *Conjuntos*, están formados por grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia.

- *Lugares*, son obras del hombre u obras conjuntas del hombre y de la naturaleza así como las zonas que incluyen lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.

El “*patrimonio natural*” comprende (artículo 2º) *los monumentos naturales* constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico; *las formaciones geológicas y fisiográficas* y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animales y vegetales amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico; *los lugares naturales* o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural ⁽¹⁴⁰⁾

La definición de los bienes protegidos es más restrictiva que la que figura en la Convención de La Haya de 1954 sobre la protección de los

puede consultarse el texto completo del Convenio en *R.E.D.I.*; vol. XLVIII (1996), 1, pp. 441-463.

¹⁴⁰. Existe una diferente concepción de la noción de patrimonio cultural y natural entre la Convención de 1972, y la Recomendación adoptada el mismo 16 de noviembre de 1972 sobre la protección en el ámbito nacional del patrimonio cultural y natural. Mientras la Convención toma en consideración, a efectos de protección, sólo los bienes culturales y naturales “que tengan un valor universal excepcional”, la Recomendación, parte de la idea de que el patrimonio cultural y natural “se ha de considerar en su conjunto como un todo homogéneo que comprenda no sólo las obras de arte que representan un valor de

bienes culturales en caso de conflicto armado, ya que únicamente son objeto de protección los bienes inmuebles. Si bien los bienes culturales muebles no son objeto de regulación según se desprende del texto de la Convención, cabe considerar, como señala ALEXANDROV (¹⁴¹), que parece acorde con el espíritu y letra de la misma que los bienes muebles integrantes de monumentos y de conjuntos arquitectónicos o de lugares y formaciones naturales, también se beneficien de protección; puesto que, si dichos bienes muebles forman parte de un todo, su desaparición disminuiría el valor estético o científico de los conjuntos que la Convención protege.

Se trata de una cuestión polémica. En varias ocasiones diferentes Estados miembros han planteado la posibilidad de extensión de las inscripciones en la Lista del Patrimonio Mundial al patrimonio cultural mueble (¹⁴²). Existen varias causas que explican la dificultad de hacer realidad este propósito, cabe destacar esencialmente dos.

Por una parte, la disparidad de las legislaciones en vigor constituye un obstáculo práctico ya que algunas de ellas engloban todas las categorías del patrimonio físico: sitios, monumentos y objetos muebles; mientras que otras, establecen distinciones jurídicas absolutas entre sitios, inmuebles y muebles.

gran importancia, sino además los elementos más modestos que hayan adquirido con el tiempo un valor desde el punto de vista de la cultura o de la naturaleza”.

¹⁴¹. ALEXANDROV, Emile: *La protection du patrimoine culturel en droit international public*, Sofia-Presses 1978, pp.74-75.

¹⁴². Una de las más recientes fue la solicitud que presentó la delegación de Argelia al respecto, en el marco de la Conferencia General de la UNESCO celebrada en 1991.

Por otra parte, la variedad de políticas culturales constituye otro obstáculo. Algunos países agrupan en los museos nacionales las grandes obras maestras de la pintura, de la escultura, dejando vacíos los sitios y los monumentos de su “sustancia mobiliaria”; mientras que otros, son partidarios de favorecer la conservación integrada *in situ*.

En la práctica, el Comité del Patrimonio Mundial, la Secretaría de la UNESCO y las ONG parece que “hayan adoptado una actitud dilatoria en lo que concierne las posibilidades de extensión de la Convención de 1972 al patrimonio mueble. Aun considerando que la presencia de un patrimonio mueble importante en un sitio arqueológico o en un monumento constituye un elemento suplementario de apreciación positiva, el Comité no ha rehusado la inscripción de bienes culturales desprovistos de una parte significativa de su decoración mueble en provecho de una colección o de un museo”⁽¹⁴³⁾.

Este modo de concebir la protección podría entrar en contradicción con los objetivos de la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, de 1970, de ahí que se haya apuntado la necesidad de que la UNESCO recomiende la adopción conjunta de las Convenciones de 1970 y 1972 -cuyos Estados miembros no siempre coinciden- y que el Centro del Patrimonio Mundial participe regularmente en los trabajos del Comité intergubernamental para la promoción del retorno de bienes culturales a su país de origen o de su restitución en caso de apropiación ilegal.

¹⁴³. Véase: PRESSOUYRE, L: *La Convention du patrimoine mondial vingt ans après*. Éditions UNESCO, 1993, p. 32.

En 1992, a modo de balance de los veinte años de aplicación de la Convención, se inició un proceso de reflexión entorno al concepto de patrimonio mundial previsto por la misma. Una de las primeras observaciones que se efectuaron fue la de considerar que el texto privilegiaba una visión “monumental” del patrimonio, de acuerdo con los valores y cánones occidentales. Una mera lectura estadística de la Lista del Patrimonio Mundial, ponía de manifiesto importantes desequilibrios, tanto en cuanto a la distribución geográfica como a las categorías de los bienes inscritos (¹⁴⁴). Las lagunas que generan las definiciones encorsetadas de “cultura” y de “naturaleza” resultan cada vez más claras, a medida que progresan los conocimientos sobre la interacción entre la persona y su entorno y que se valoran en su justa medida las diferencias y valores culturales (¹⁴⁵).

A fin de englobar esta concepción más antropológica del patrimonio y de que la Lista pase de ser un catálogo de monumentos a ser representativa de las culturas tan diversas que ha generado la humanidad y, en definitiva, para evitar que la Lista pierda su credibilidad,- un tanto desfasada respecto a los avances efectuados en veinte años por las ciencias humanas- el Comité del Patrimonio Mundial adoptó, en 1992, una nueva categoría de sitios, los “paisajes culturales”. Se trata de lugares que han sido

¹⁴⁴. La Lista ponía de relieve una “sobrerrepresentación” de bienes culturales europeos y norteamericanos (más de la mitad del total); el predominio de ciudades históricas y de edificios religiosos; la preponderancia de la cristiandad (72% de los sitios religiosos inscritos) y de las civilizaciones desaparecidas, en detrimento de las culturas vivas. Este análisis también evidenció el desequilibrio entre bienes culturales (78%) y naturales (22%); véase: UNESCO FUENTES: *Algo más que piedras, un patrimonio vivo*, n° 80, junio 1996, pp. 7-13.

¹⁴⁵. En este sentido el Director del Centro del Patrimonio Mundial de la UNESCO, Bernd von Droste, afirmaba “Todo es cultura. Todo depende de los seres humanos o esta influido por ellos”.

creados, formados y preservados por los vínculos y las interacciones entre el hombre y su entorno.

Manteniendo el criterio fundamental de “valor universal excepcional” para aspirar a formar parte de la Lista, el Comité ha definido tres categorías de paisajes culturales.

La primera, comprende los “claramente definidos, pensados y creados intencionalmente por el hombre, lo que incluye jardines y parques creados por razones estéticas”.

La segunda se refiere “el paisaje esencialmente evolutivo”, resultado de una “exigencia de carácter social, económico, administrativo o religioso”, como los “paisajes fósiles” o aquellos que conservan “un papel social activo en la sociedad contemporánea, estrechamente asociados al modo de vida tradicional”.

La tercera engloba el paisaje cultural marcado por “la fuerza de asociación de los fenómenos religiosos, artísticos o culturales del elemento natural, más que por unas huellas culturales tangibles” (¹⁴⁶). Con estas nuevas categorías se pretende garantizar un enfoque más global de la

¹⁴⁶. A raíz de la adopción de esta nueva categoría de sitios, se varió la calificación de algunos sitios inscritos en la Lista del Patrimonio Mundial considerándolos a partir de entonces como “paisajes culturales”. Es el caso del parque nacional de Uluru-Kata Tjuta (Australia) y el parque nacional de Tongariro (Nueva Zelanda), ambos figuraban en la Lista como sitios naturales, pero tanto para los aborígenes australianos como para el pueblo maorí, según se ha señalado resultaba ofensivo que sólo merecieran la inscripción como patrimonio de valor universal solamente por su interés científico por la integridad de sus sistemas ecológicos. El comité del Patrimonio Mundial hizo suya esta preocupación, la solución fue el considerar a estos sitios “bienes mixtos” y

salvaguarda del patrimonio, evitando privilegiar un conjunto de valores con relación a otros (¹⁴⁷). Asimismo, conferir a la Lista una dinámica y enfoque realmente universal y dotarla de una mayor flexibilidad para evolucionar en la misma dirección de los futuros descubrimientos de la arqueología y de la ciencia.

En el marco de este proceso o “estrategia global” iniciado por la UNESCO para conseguir que la Lista del Patrimonio Mundial sea lo más representativa posible de la diversidad cultural mundial, en 1994 se llevó a cabo una revisión de los criterios de inscripción en la Lista, que ha sido plasmada en una revisión de las “Orientaciones” que guían la aplicación de la Convención (¹⁴⁸).

posteriormente desarrolló el concepto de “paisaje cultural” (PROTT,V. Lyndel: “Normes internacionals per al patrimoni cultural”, *Informe Mundial de la cultura*, 1998., p.234.)

¹⁴⁷. En este sentido, las nuevas categorías permiten reflejar las tradiciones pasadas y vivas de los pueblos indígenas cuyo patrimonio cultural -históricamente expoliado y considerado como el botín de la guerra colonial y objeto de la piratería internacional- constituye una contribución inestimable al patrimonio cultural de la humanidad. Respecto al patrimonio cultural indígena, el escritor E. Galeano afirmaba “La cultura dominante admite a los indios como objetos de estudio antropológico, pero no los reconoce como sujetos de la historia...”. En la visión de los protagonistas del proceso de alienación cultural, “los indios tienen folklore, no cultura; practican supersticiones, no religiones; hablan dialectos, no lenguas; hacen artesanías, no arte”; *Noticiero latinoamericano*, 17 de agosto de 1991. Sobre este tema véase: NACIONES UNIDAS. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías. Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas: *Información relativa al informe del resultado especial sobre el estudio de la propiedad cultural e intelectual de las poblaciones indígenas. Información recibida de organizaciones de poblaciones indígenas y de organizaciones no gubernamentales. Información presentada por el Movimiento “Tupay Katari”. Preservación y restitución del patrimonio cultural indígena*. E/Cn.4/sub.2/Ac.4/1993/9, 9 de julio de 1993. CRÓNICA ONU: “Conservación del patrimonio: derechos de propiedad cultural e intelectual”, junio de 1993, pp. 50-51.

¹⁴⁸. Véase: UNESCO. Comité intergouvernemental pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel: *Orientations devant guider la mise en oeuvre de la Convention du patrimoine mondial*, WHC-97/2, février 1997, pp.6-7.

Según las Orientaciones que deben guiar la aplicación de la Convención revisadas en enero de 1997, el bien cultural, además de cumplir las condiciones de autenticidad e integridad, debe responder al menos a uno, de los siguientes seis criterios:

- representar una obra maestra del genio creador humano;
- dar testimonio de un intercambio de influencias considerable durante un cierto periodo o dentro de una corriente cultural determinada, sobre el desarrollo de la arquitectura o de la tecnología, de las artes monumentales, de la planificación de ciudades o de la creación de paisajes;
- aportar un testimonio único o al menos excepcional, acerca de una tradición cultural o de una civilización viva o desaparecida;
- constituir un ejemplo eminente de un tipo de construcción o de un conjunto arquitectónico o tecnológico o de paisaje que ilustre uno o más periodos históricos significativos de la historia humana;
- constituir un ejemplo eminente de establecimiento humano o de ocupación del territorio representativo de una cultura (o de culturas), sobre todo cuando se ha convertido en vulnerable bajo el efecto de mutaciones irreversibles;
- estar directa o materialmente asociado a acontecimientos o a tradiciones vivas, a ideas, a creencias o a obras artísticas y literarias que tengan una significación universal excepcional (el Comité considera que este último criterio únicamente debería justificar la inscripción en la “Lista” en circunstancias excepcionales o cuando sea aplicado concurriendo otros criterios culturales o naturales).

El nuevo enfoque del concepto de patrimonio se articula alrededor de tres grandes ejes.

En primer lugar, debe ampliarse y desligarse progresivamente de la noción restrictiva de patrimonio, que se corresponde con la concepción tradicional del mismo en Occidente y que lo relaciona exclusivamente con monumentos y bienes muebles, es decir el patrimonio cultural tangible. No se trata de “desmaterializar” la noción de patrimonio sino más bien de humanizarla para universalizarla.

En segundo lugar, la nueva visión es más antropológica, se basa más en el sentido de los bienes, sus funciones social, cultural y espiritual, que en su forma, lo cual ha comportado la adopción de algunos tipos de bienes nuevos como los itinerarios culturales y las rutas de intercambio que han permitido el reconocimiento de especificidades patrimoniales de regiones enteras, hasta ahora marginadas (¹⁴⁹).

En tercer lugar, se propicia el acercamiento, a través de la noción de paisaje cultural, entre el patrimonio cultural y natural se trata de salvaguardar sitios, con una dimensión a la vez física e inmaterial, natural y

¹⁴⁹. Uno de los ejemplo más representativos en este sentido es el del continente africano y, en especial, el África subsahariana que sólo está representada en la Lista por 42 bienes inscritos (25 naturales, 16 culturales y 1 mixto), es decir, menos del 10% de los sitios de la Lista. Asimismo, únicamente dos tercios de los 45 Estados subsaharianos han ratificado la Convención de 1972. Según afirma el diplomático nigerino Messan, embajador de Níger ante la UNESCO, considera que la causa principal de esta infrarrepresentación del África subsahariana es que “para la mayoría de nuestros países, es difícil responder a las condiciones exigidas”, insiste en la inadecuación de los criterios de inscripción recogidos en la Convención (que ignora el patrimonio inmaterial y define categorías de bienes muy precisas) a las marcas culturales y espirituales africanas, a menudo difíciles de detectar para el no iniciado e imposibles de catalogar de manera simplista. Messan afirma “mientras que en el mundo occidental lo cultural y lo natural son dos ámbitos bien separados, para nosotros forman un todo. Nuestra percepción es global: las funciones religiosas, social, económica y medioambiental están estrechamente unidas”, acoge favorablemente la adopción de la noción de paisaje cultural y considera que la inclusión de los itinerarios culturales y las rutas de intercambio permitirán incluir las civilizaciones nómadas, UNESCO: “Don patrimonio africano”, *Fuentes*, nº 80, junio 1996, p.10. Al igual que en África, en Oceanía y en el Caribe en particular, lo que se

cultural, en un intento de superar el encorsetamiento de las categorías naturaleza y cultura para conseguir una eficaz protección del patrimonio mundial ⁽¹⁵⁰⁾. En este sentido se pronunciaba la Conferencia Intergubernamental de Políticas Culturales favorables al Desarrollo, celebrada en Estocolmo (30 de marzo a 2 de abril de 1998) al señalar, en el marco del Plan de acción adoptada por la misma, -basado en cinco objetivos políticos recomendados a los Estados miembros- que es necesario renovar la definición tradicional de patrimonio y reconocer la aparición de nuevas categorías en el ámbito del patrimonio cultural, como el paisaje cultural, el patrimonio industrial y el turismo cultural ⁽¹⁵¹⁾.

transmite de generación en generación es más un conjunto de reglas de organización del espacio que un patrimonio edificado.

¹⁵⁰. Como ya se ha señalado más arriba puede citarse como uno de los ejemplos que ha inducido a cuestionarse sobre el sentido de la distinción entre sitios culturales, el parque nacional de Uluru- Kata Tjuta (Australia central). Presenta unas características geológicas y relieves que no tienen parangón en el mundo. También alberga especies animales y vegetales raras. Pero Uluru es asimismo un lugar sagrado para los aborígenes anangu. Según Sarah Titchen, arqueóloga y especialista en conservación del patrimonio, “La conservación y la gestión del parque tienen en cuenta la ley y la tradición anangu, el tjukurpa (tiempo del sueño, tiempo de la ley o tiempo de la epopeya): así, establecen el reparto equilibrado de los grupos humanos con el fin de evitar la sobreexplotación de determinados alimentos naturales”. Así pues ante la cuestión de si Uluru es un sitio “cultural” o “natural”, cabe responder que es una combinación de los dos, ya que los aspectos culturales y naturales están inextricablemente ligados, de ahí que hayas obtenido la calificación de “paisaje cultural”.

¹⁵¹. Los cinco objetivos son los siguientes:

- Convertir la política cultural en uno de los componentes claves de la estrategia de desarrollo.
- Promover la creatividad y la participación en la vida cultural.
- Reforzar la política y la práctica de salvaguardia e incremento del patrimonio cultural, material e inmaterial, mueble e inmueble, y de promoción de las industrias culturales.
- Promover la diversidad cultural y lingüística en la sociedad de la información.
- Destinar más recursos humanos y económicos al desarrollo cultural; véase: CENTRE UNESCO DE CATALUNYA: *El poder de la Cultura. Conferència Intergubernamental*

B).- ÁMBITO REGIONAL EUROPEO.

En el ámbito regional europeo, el **Convenio para la salvaguarda del Patrimonio Arquitectónico de Europa**, de 3 de octubre de 1985, en su artículo 1º define el concepto de patrimonio arquitectónico tomando en consideración las categorías conceptuales que establece la Convención para la protección del patrimonio cultural y natural de la UNESCO de 1972. Así, se hace referencia a los *monumentos*, considerados como realizaciones aisladas particularmente destacadas por razones “históricas, artísticas, arqueológicas, científicas, sociales o técnicas”; a los *conjuntos arquitectónicos* homogéneos y coherentes que presentan un interés por razones semejantes a las anteriores; y, finalmente, los *sitios*, se trata de obras combinadas del hombre y la naturaleza. Dichos criterios cualitativos que justifican la protección deben ser apreciados por los servicios competentes de cada Estado parte; no es preciso que los cumplan todos sino que el hecho de cumplir uno o varios de ellos puede constituir motivo de protección.

Cabe poner de relieve, no obstante, algunas diferencias, en el plano material, con respecto a la Convención de 1972, ya que la Convención del Consejo de Europa de 1985, no engloba los sitios naturales con lo cual su ámbito de aplicación es más reducido. Otra diferencia a subrayar respecto a la Convención de la UNESCO es que no contiene una lista de bienes de valor universal excepcional, sino que sus objetivos se centran en fijar un régimen básico y general de protección, así como en definir un conjunto de principios a los que deben obedecer las políticas europeas de conservación del patrimonio.

de Politiques Culturals favorables al Desenvolupament, organitzada per la UNESCO a

- **El Convenio Europeo sobre las infracciones relativas a los bienes culturales**, de 23 de junio de 1985.

Respecto a la definición de bienes culturales (artículo 2º), que junto con la noción de infracción determina el ámbito de aplicación del Convenio, éste opta por una “enumeración gradual”. Es decir, en primer lugar, determina un “núcleo duro” de bienes culturales a los cuales ésta se aplica obligatoriamente (¹⁵²). Establece un mínimo obligatorio para favorecer que un mayor número de Estados la ratifiquen (Anexo II, párrafo 1). A partir de aquí deja abierta la posibilidad, a los Estados, para que, unilateralmente, extiendan la protección que ofrece la Convención a otras categorías de bienes enumeradas (Anexo II, párrafo 2) o incluso a una o varias categorías de “bienes muebles o inmuebles que presentan un interés artístico, histórico, arqueológico, científico o cualquier otro interés” y que no han sido enumeradas en la Convención.

El resultado es un concepto amplio de bien cultural -si bien partiendo de un mínimo obligatorio- que se inspira en gran parte en la lista contenida en la Convención de la UNESCO de 1970 y en su Recomendación sobre la protección de bienes culturales muebles de 1978.

Estocolm, els dies 30 de març a 2 d'abril de 1998, Barcelona, mayo 1998, pp. 3-22.

¹⁵². Las categorías de bienes a las que se aplica la Convención con carácter obligatorio son las siguientes: objetos arqueológicos producto de excavaciones; los elementos procedentes del desmembramiento de monumentos artísticos o históricos o de sitios arqueológicos; los cuadros, pinturas y dibujos hechos a mano, esculturas que presenten un gran valor desde el punto de vista artístico, histórico, arqueológico, científico o de cualquier otro punto de vista cultural; grabados, estampas, litografías y fotografías originales, de gran valor histórico, arqueológico, científico o en general desde el punto de vista cultural; útiles, monedas, sellos, armas, momias, muebles, tapicerías, instrumentos

- **El Convenio Europeo para la Protección del Patrimonio Arqueológico** (revisado), de 16 de enero de 1992.

El Convenio precisa y amplía, respecto al Convenio de 1969, la noción de patrimonio arqueológico al considerarse como “elementos del patrimonio arqueológico” todos los vestigios y otras “huellas” que recuerden la presencia humana del pasado , así como el marco en el cual estos vestigios han subsistido; de manera que la arqueología no se centra exclusivamente en la búsqueda de objetos antiguos que finaliza con su depósito en un museo, sino que incluye el contexto en el cual éstos han sido recuperados o situados ya sea en el suelo o bajo las aguas.

Se fijan tres criterios para considerar un vestigio como un elemento del patrimonio arqueológico:

- Debe existir alguna huella que provenga del pasado
- Este elemento tiene que hacer avanzar en el conocimiento de la historia y de las relaciones del ser humano con su medio natural.
- Puede incluirse en alguna de las categorías de patrimonio que enumera el art. 1º.3 (estructuras, construcciones, conjuntos arquitectónicos...); si bien debe tenerse en cuenta que esta lista no es exhaustiva.

2.- CATEGORIZACIÓN DE LOS BIENES CULTURALES

Tomando en consideración la noción de bienes culturales que adoptan los diferentes instrumentos jurídicos internacionales, se evidencia la inexistencia de un concepto unívoco. A pesar de las dificultades apuntadas,

de música de más de cien años; así como manuscritos raros e incunables aislados o en colección.

desde la doctrina se han llevado a cabo diversos intentos de conceptualización.

A).- CRITERIOS DE CONCEPTUALIZACIÓN.

Los criterios que se aprecian, pueden resumirse en tres.

- El primero, es de carácter amplio, es por ello que algunos autores⁽¹⁵³⁾ hacen referencia a una "tendencia o tesis maximalista", consistente en definir el bien cultural partiendo de la cultura. Se considera bien cultural todo objeto que posea un cierto "valor cultural". Los términos genéricos de esta definición conducen a englobar en la misma bienes de distinta naturaleza o procedencia y de "interés diverso". Sin embargo, suelen presentar un elemento común; "una referencia o remisión a la historia entendida en su más amplio sentido, esto es, una historia comprensiva de todas las facetas o aspectos del actuar humano"⁽¹⁵⁴⁾. En definitiva, la manifestación de un valor o interés histórico en su acepción más amplia. En la misma línea, GIANNINI definía los bienes culturales como todos aquellos que, con independencia de su naturaleza incorporan una referencia a la cultura entendida como historia de la civilización"⁽¹⁵⁵⁾.

¹⁵³. Véase: FERRER-CORREIA, Antonio de Arruda: "La vente internationale d'objets d'art, sous l'angle de la protection du patrimoine culturel", (Douzième Commission), Exposé préliminaire et questionnaire, *Annuaire de l'Institut du Droit International*. Session de Bâle; vol 64-I. 1991, p.95. Para un análisis en mayor profundidad sobre esta cuestión véase: REICHELDT, Gerte: "La protection internationale des biens culturels", *Revue de Droit Uniforme*, 1985-I, pp.42-153; "International Protection of Cultural Property (second study)", *Revue de Droit Uniforme*, 1988-1, pp. 52-123.

¹⁵⁴. BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: *La ordenación jurídica del Patrimonio histórico*. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Civitas, Madrid, 1990.p. 116.

¹⁵⁵. GIANNINI Massimo Severo: "I beni culturali", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976-I, Anno XXVI, p. 6.

Los diferentes textos internacionales existentes sobre la protección del patrimonio cultural, parten también de la cultura, el "valor cultural" del bien como elemento determinante de su protección jurídica. Algunos ejemplos que ilustran esta concepción son los siguientes: la Carta de Atenas de 1933 ⁽¹⁵⁶⁾, en cuya Declaración 66 establecía que los valores arquitectónicos deben ser salvaguardados "si constituyen la manifestación de una cultura anterior". La Carta de Venecia de 1964 incluía como referencia básica para definir a los monumentos que fueran "el testimonio de una civilización particular, de una fase representativa de la evolución o progreso, o de un suceso histórico". La Carta de Machu-Pichu de 1977 declara la necesidad de conservar aquellos bienes que tienen un "auténtico significado para la cultura en general".

El art 1º, párrafo a) de la Convención de la Haya de 1954 sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, determina que para el cumplimiento de los fines de la misma se considerarán bienes culturales "los bienes muebles o inmuebles que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos". La Convención de 1970 relativa a las medidas a adoptar para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales, en su art. 1º considera bienes culturales, "los bienes que, por razones religiosas o profanas, hayan sido designados por cada Estado como importantes para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia.."

El resumen de esta tendencia que enfatiza el valor cultural como elemento determinante de la protección jurídica del bien, la hallamos en el

¹⁵⁶. Se trata del primer instrumento que otorga protección jurídica a los conjuntos históricos. en su Declaración 65 proclama que "*los valores arquitectónicos deben ser salvaguardados*" (ya se trate de edificios aislados o de conjuntos urbanos).

Preámbulo de la Convención de Granada de 1985 para la salvaguardia del Patrimonio Arquitectónico de Europa, en el cual se establece que "la conservación del patrimonio responde a una finalidad esencialmente cultural".

- El segundo criterio, parte de una concepción restrictiva de bien cultural, es por ello que se la denomina también "tendencia o tesis minimalista", según la cual se limita la calificación de bienes culturales a aquellos objetos cuyo gran valor cultural ha sido reconocido en virtud de la importancia excepcional que tienen para el país de que se trate. La Convención Europea sobre las infracciones relativas a los bienes culturales, de 23 de junio de 1985 recoge esta segunda al destacar que deben tener "un gran valor desde el punto de vista artístico (...)"⁽¹⁵⁷⁾.

- El tercer criterio para definir los bienes culturales se fundamenta en una perspectiva descriptiva, se concreta en la utilización de diversos métodos: la enumeración, utilizada especialmente en los países del *common law*. La clasificación, es un sistema originariamente francés, que posteriormente ha sido adoptado en otros países y que consiste en acordar una protección particular a bienes que hayan sido objeto de una decisión específica de la autoridad competente; de manera que se puede llegar a la conclusión, en función de este método, que "es un bien cultural, en un Estado determinado, en un momento determinado, aquél que ha sido declarado como tal por la autoridad competente para hacerlo".

Dentro de este criterio descriptivo se incluye la categorización o definición de amplias categorías de bienes, cada una de las cuales puede englobar un gran número de objetos. Ejemplo de ello es la Convención de

1970 que en su artículo 1º, apartado g, incluye dentro de la categoría “bienes de interés artístico”: cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material, producciones originales de arte estatuario y de escultura, grabados, estampas y litografías etc.

En un intento de formular un concepto unívoco de bienes culturales, la “Comisión de investigación para la tutela y la valoración de las cosas de interés histórico, arqueológico, artístico y del paisaje” (Comisión Franceschini), simultaneó dos criterios distintos: la enumeración por una parte, seguida de una definición genérica, por otra. Así define los bienes culturales en forma de declaración. La declaración contiene una enumeración de bienes culturales de distintos tipos: bienes de interés arqueológico, histórico artístico, ambiental y paisajístico, archivista o bibliográfico. A continuación formula una noción genérica de bienes culturales, según son bienes culturales aquellos que “bienes que constituyan testimonio inmaterial dotado de valor de civilización”⁽¹⁵⁸⁾.

Tras analizar estos diferentes enfoques y maneras de definir los bienes culturales es correcto deducir que existe una pluralidad de definiciones, pero ello no impide que sea posible “reconstruir” un núcleo común sobre el cual fundamentar la afirmación de la existencia de una noción de bienes culturales en el ámbito del Derecho internacional.

¹⁵⁷. Véase: Anexo II, párrafo 1º, en particular los apartados c, d, e, y el párrafo 2º, en particular, apartados a, b, d, s.

¹⁵⁸. GIANNINI, Massimo Severo: “I beni culturale”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976-I, Anno XXVI, p. 5.

B).- CRITERIOS DERIVADOS DE LA NATURALEZA DEL BIEN.

Tomando en consideración únicamente la naturaleza del bien, se aprecia que el Derecho internacional tiende a constituir un “sistema “ de protección que tiene por objeto los bienes muebles y los inmuebles. Ejemplo de ello es que algunos de los textos normativos en la materia hacen referencia a una u otra categoría de bienes con carácter exclusivo; así la Convención de la UNESCO de 1970 establece un régimen jurídico que concierne sólo a los bienes muebles, mientras que la Convención de 1972, está dedicada a los bienes inmuebles.

Sin embargo, otros textos convencionales por su propio ámbito de aplicación tienden a prescindir de esta rígida clasificación. La Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado regula igualmente bienes muebles e inmuebles, asimismo las diversas convenciones y recomendaciones relativas a la protección del patrimonio arqueológico que se refieren tanto a bienes inmuebles (monumentos, tumbas) como a bienes muebles (objetos de interés artístico, histórico, etnográfico...) (¹⁵⁹). Esta misma característica se aprecia en aquellas convenciones de carácter regional que en razón de su ámbito de aplicación, intentan dotar a los Estados interesados de instrumentos de carácter general, a título de ejemplo cabe citar la Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones

¹⁵⁹. En relación a las recomendaciones cabe citar la Recomendación que define los principios internacionales que deberán aplicarse a las excavaciones arqueológicas, de 5 de diciembre de 1956, determina que “deberían someterse principalmente al régimen previsto por la presente recomendación, los monumentos, muebles o inmuebles que

Americanas (Convención de San Salvador), de 16 de junio de 1976, cuyo régimen jurídico de protección, se ocupa tanto de los monumentos y edificios como de los objetos artísticos, utilitarios y etnológico, incunables ..(¹⁶⁰).

El sistema de protección del Derecho internacional también establece una distinción entre bienes individualmente considerados y conjunto de bienes culturales, la naturaleza de bienes culturales muebles o inmuebles es común a ambas categorías. Sin embargo, la distinción reside en el hecho de que los bienes del primer tipo revisten un interés susceptible de tutela en virtud de su propio valor individual (por ejemplo una obra de arte determinada o un monumento) mientras que a los del segundo tipo (grupos de monumentos o sitios en cuanto a bienes inmuebles o colecciones en cuanto a muebles) es el carácter colectivo lo que les atribuye un valor e importancia que podrían no tener si fueran individualmente considerados.

En relación con las condiciones que debe reunir el bien y de las que depende el interés jurídico para que exista protección internacional, una de las más utilizadas es la de “antigüedad”. Es decir, adoptar un criterio de

ofrezcan interés desde el punto de vista de arqueológico en el sentido más amplio” (el subrayado es nuestro).

¹⁶⁰. Los bienes culturales objeto de protección internacional se clasifican en varias categorías:

- 1.- Monumentos, objetos, fragmentos de edificios desmembrados y material arqueológico pertenecientes a las culturas americanas anteriores a los contactos con la cultura europea, así como los restos humanos, de la fauna y la flora, relacionados con las mismas.
- 2.- Monumentos, edificios y objetos artísticos, utilitarios y etnológicos de la época colonial, incluso del siglo XIX.
- 3.- Bibliotecas y archivos, incunables y manuscritos, libros y otras publicaciones, iconografía, mapas y documentos editados hasta 1850.
- 4.- Todos aquellos bienes de origen posterior a 1850 que los Estados partes tengan registrados como bienes culturales, siempre que hayan notificado tal registro a las demás partes del Tratado.
- 5.- Todos aquellos bienes culturales que cualesquiera de los Estados partes declaren expresamente incluir dentro del campo de aplicación de la Convención.

carácter temporal, consistente en la conexión de un bien con una época determinada, excluyendo del ámbito de aplicación de la norma a los otros bienes que no cumplen este vínculo. Algunas convenciones internacionales establecen una esfera de aplicación temporal objetiva en el sentido de que se aplican a bienes creados en un tiempo suficientemente lejano, de manera que atribuyen a la “antigüedad mínima” un valor que se presta a valoraciones jurídicas (¹⁶¹).

En otros casos se adoptan criterios diversos, como una conexión entre el bien y un periodo histórico concreto, la pertenencia del bien a un ámbito cultural determinado, o a una fecha concreta adoptada sobre la base de criterios de tipo histórico, artístico o social; aunque este último es válido especialmente para el ámbito regional. En cambio, en la mayoría de instrumentos internacionales no se refleja como criterio determinante el carácter público o privado del bien, constituye una excepción la Convención de la UNESCO de 1970 ya que otorga una protección específica a los bienes públicos (artículo 7, b).

Es preciso, además, no perder de vista el carácter flexible propio de la categoría bienes culturales. La mayoría de los instrumentos convencionales sobre la materia contienen una enumeración o lista de bienes culturales más o menos exhaustiva en función de su naturaleza o ámbito de aplicación, señalando, así mismo, el carácter no taxativo sino meramente ilustrativo y susceptible de ulteriores ampliaciones. En algunos casos, en las propias convenciones internacionales hay un reenvío explícito al derecho interno

¹⁶¹. Un ejemplo al respecto lo constituye la Convención de la UNESCO de 1970 que prevé una antigüedad de más de cien años (art. 1.K)

con el fin de delimitar la propia esfera de aplicación, de modo que los Estados desempeñan una función relevante en la determinación de la noción. A modo de ejemplo la Convención de 1972 tras haber dado una definición de bienes culturales (art. 1º) y naturales (art. 2º), determina (art. 3º), que “Incumbirá a cada Estado Parte en la presente Convención identificar y delimitar los diversos bienes situados en su territorio y mencionados en los artículos 1 y 2”.

En el ámbito regional europeo, el Convenio Europeo sobre las infracciones relativas a los bienes culturales, de 1985, deja abierta la posibilidad de que cada Estado Parte amplíe la noción de bienes culturales a una o varias categorías de bienes enumeradas en el Anexo II de la misma. Incluso atribuye a los Estados una facultad aún más amplia, tal como se aprecia en su artículo 2º, apart. 3, al señalar como bienes culturales bajo la protección de la misma, una o varias categorías de bienes muebles o inmuebles que presenten un interés artístico, histórico, arqueológico, científico o cualquier otro interés cultural, aunque no estén enumeradas en el Anexo II.

Cabe poner de relieve que, en el ámbito regional americano, la Convención de San Salvador de 1976 confiere idéntica facultad a los Estados al extender la protección a “todos aquellos bienes culturales que cualesquiera de los Estados partes declaren expresamente incluir dentro del alcance de la Convención” (artículo 2º, apart. c); sin que ello implique, por supuesto, que cada Estado parte, sea libre de incluir categorías de bienes que no cumplan ningún tipo de criterio.

Otra de las principales cuestiones que se plantean, respecto del sistema internacional de protección, es la determinación del valor y por tanto del interés a tutelar, que convierte al bien cultural en susceptible de ser protegido por el Derecho internacional, así como a quién corresponde la capacidad de reconocer dicho valor o interés, si está reservada a cada Estado, o bien a una Organización internacional, quizás la UNESCO, que decida en representación del conjunto de Estados.

Resulta obvio que la cuestión no se refiere tanto respecto del valor que un bien concreto pueda alcanzar desde el punto de vista arqueológico, antropológico, pictórico o arquitectónico, sino más en general, el valor que el bien considerado reviste para una colectividad determinada con relación a la Comunidad internacional en su conjunto.

Desde un punto de vista jurídico, se presenta el problema de verificar si el Derecho internacional hace suya la valoración realizada en el ámbito del Derecho interno, o si por el contrario sólo hará objeto de su consideración aquellos bienes cuyo valor cultural trascienda un determinado contexto social, histórico, artístico o religioso y alcancen un valor universal. En otros términos, si todos los bienes culturales que disfrutan de una particular protección en los respectivos ordenamientos jurídicos internos, deben ser automáticamente objeto de la misma protección en el ordenamiento jurídico internacional; o si, por el contrario, sólo algunos entrarían en la esfera de aplicación del Derecho internacional sobre la base de un intrínseco y particular valor, un valor universal.

La resolución de esta cuestión debe resultar de un análisis comparativo e interpretativo, ya que las fuentes jurídicas que constituyen el

sistema normativo internacional en esta materia no ofrecen una solución unívoca.

Por una parte, puede obtenerse una respuesta parcial si se toman en consideración lo afirmado anteriormente, es decir, la relevante función que desempeña el Derecho interno en cuanto a la delimitación del ámbito de aplicación material de las convenciones internacionales en materia de bienes culturales. De lo cual se deduce que el Derecho internacional al reenviar al Derecho interno está asumiendo la determinación del valor que éste hace, de manera que coincidirán los dos ordenamientos en cuanto a tener en cuenta a la hora de la calificación del bien su valor artístico, histórico, arqueológico etc.

Por otra parte, lo anterior no impide continuar comprobando la posibilidad de que las normas internacionales de ámbito general limiten su ámbito de aplicación únicamente a aquellos bienes que tengan un valor universal. El estudio del Derecho positivo muestra que esta hipótesis encuentra una cierta plasmación en la Convención de la UNESCO de 1972, en cuyo artículo 1º se limita expresamente a considerar los bienes que presenten un “valor universal excepcional” (*outsdanding universal value*) desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia (¹⁶²). Sobre la base de esta Convención se establece una cooperación internacional con el fin de preservar de una manera más eficaz el patrimonio mundial.

¹⁶². La Convención de la Haya de 1954, prevé también un régimen de protección diferenciada (sistema de protección general y sistema de protección especial), en función del interés de la conservación, y por tanto, del valor.

Este amplio objetivo se pretende conseguir al mismo tiempo que se respeta plenamente el principio de soberanía nacional; se trata de proporcionar a los Estados una serie de normas a las cuales deben adaptar su comportamiento, pero sin que ello suponga la sustitución de la gestión de los intereses de los mismos por una organización internacional que represente al conjunto de la Comunidad internacional; aunque no se descarta la posibilidad de una potencial evolución del Derecho internacional sobre la materia.

Cabe afirmar por tanto, que, independientemente del criterio que se adopte para definir un bien cultural, éste es un concepto formal que constituye una categoría jurídica que ha sido plenamente adoptada en el Derecho internacional contemporáneo, especialmente a partir de la II Guerra Mundial.

Ahora bien no podemos afirmar, tras el análisis anterior, que la noción de bienes culturales en el Derecho internacional configure una categoría a parte, restringida a una “élite” de bienes culturales determinada selectivamente “bienes superculturales” (¹⁶³); si no que, por el contrario, el sistema de normas internacionales en la materia tiene por objeto un conjunto de bienes cuya protección y conservación debe garantizar, pero siempre con el pleno respeto de su origen con el fin de preservar íntegramente el vínculo con la comunidad de la cual constituyen una directa expresión.

¹⁶³. Véase: FRIGO, Manlio: *La protezione dei beni culturali nel Diritto Internazionale*, Università di Milano-Dott. A. Giuffrè editore, 1986, p 151.

En este sentido cabe añadir, las innovadoras aportaciones sobre el concepto de patrimonio cultural efectuadas por la IV Conferencia Europea de Ministros Responsables del Patrimonio Cultural (Helsinki, 30-31 de mayo de 1996), cuyo principal objetivo fue el de precisar las bases de una estrategia nueva para la conservación, considerando que, el patrimonio cultural, al igual que la democracia y los derechos humanos constituyen una condición previa de la paz y la estabilidad teniendo en cuenta el potencial económico y social que conlleva.

Allí se puso de manifiesto algunos de los defectos de la concepción tradicional del patrimonio. En primer lugar señala que, a pesar de la ampliación del concepto de patrimonio por las Convenciones de Granada (1985) y de Malta (1992)- que ha permitido incluir el patrimonio de los s. XIX y XX, patrimonio industrial, paisajes culturales, itinerarios culturales-, sigue teniendo un carácter restrictivo.

La Conferencia sostuvo que dentro del concepto de patrimonio cultural debe aprehenderse un amplio conjunto de bienes y no limitarlo a los edificios y monumentos que presentan un interés nacional o constituyen un símbolo político, ya que esta interpretación extensiva del patrimonio lo hará salir de la “esfera elitista en la cual se encuentra encerrado y le situará en un plano más popular y más accesible”, que permitirá, asimismo, incluir el denominado “patrimonio de las minorías”.

En segundo lugar, calificó de imprecisos los criterios de elección de aquello que debe ser considerado como “patrimonio” en los diversos Estados. En tercer lugar, afirmó que la interpretación restrictiva de patrimonio infravalora la relación que debe existir entre el patrimonio

cultural y su entorno natural y social, de ahí que concluya afirmando que las definiciones que se limitan al patrimonio arquitectónico y arqueológico, privilegian el aspecto material o físico de estos bienes en la sociedad, olvidando la cuestión de las funciones de los bienes culturales en la sociedad contemporánea.

En definitiva, se trata de una nueva concepción de patrimonio cultural basada en el carácter funcional del mismo, de manera que sostiene que no es suficiente la mera preservación del patrimonio, sino que debe ser utilizado, de una manera equilibrada, convirtiéndose en un factor de progreso social y económico, lo cual en última instancia también revertirá en la conservación del mismo (¹⁶⁴).

II.- FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL PATRIMONIO CULTURAL.

La tarea de determinar las fuentes de producción normativa del Derecho constituye una de las características principales y propias de la investigación jurídica con independencia del sector al que está dirigida. Se trata de llevar a cabo un examen global de las fuentes que permita deducir las características homogéneas del conjunto de normas internacionales relativas a la protección de bienes culturales, así como su origen.

1.- PROCEDIMIENTOS DE CREACIÓN NORMATIVA.

¹⁶⁴. COUNCIL OF EUROPE: *IVth European Conference of Ministers responsible for the Cultural Heritage (Helsinki, 30-31 May/mai 1996). The cultural heritage: an economic and social challenge.*

A.- LA COSTUMBRE.

Al plantearnos la posible existencia de normas consuetudinarias referidas de manera específica a este sector se aprecia *ab initio* que se trata de una cuestión controvertida como lo ponen de manifiesto las contradictorias opiniones doctrinales a este respecto. No obstante, se registra una diferencia entre lo que sucede en el ámbito de la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado donde es menos discutida la existencia de algunas normas consuetudinarias, y lo que es propio en el ámbito de la protección de los bienes culturales en tiempo de paz, donde la cuestión no es nada pacífica.

- En el ámbito del Derecho de los conflictos armados y específicamente en materia de tutela de los bienes muebles, es con relación a la cual se ha sostenido con mayor claridad la existencia de algunas normas consuetudinarias de carácter general, válidas *erga omnes*. La más firmemente consolidada es el deber de restitución de los bienes culturales ilícitamente transferidos del país de origen, confirmada por los Tratados de Paz celebrados tras la Primera Guerra Mundial, precedido por el principio de la obligación de restitución de los archivos desarrollado a partir de la Paz de Westfalia.

En un intento de mostrar e incluso “orientar”, la evolución en materia de protección de los bienes culturales después de la Primera Guerra Mundial, el profesor DE VISSCHER constató dos aspectos claves. En primer lugar “la reconstitución de las colecciones y de las obras de arte dispersas, cuya unidad supone en sí misma un valor que debe preservarse en atención a los intereses generales del arte y de la ciencia, con independencia de su vinculación a un determinado país”. En segundo lugar “los tratados

han sancionado el principio de repatriación de las obras de arte a sus países de origen o a lugares de cuyo patrimonio forman parte” (¹⁶⁵). Esta última afirmación contiene, bajo la denominación de “principio”, una norma consuetudinaria de carácter general que obliga a la restitución, y cuya existencia, posteriormente, ha sido también confirmada por varios autores si bien formulada de distinta manera.

En este sentido Stanislaw E. NAHLIK, sostiene que las reglas contenidas en normas convencionales y, en particular la Convención de 1954, convergen en un “principio general del más alto valor práctico: el de la restitución”, consolidado a través de numerosos tratados de paz (¹⁶⁶).

FRIGO, también se refiere a la existencia de un “principio consuetudinario” que deduce de la codificación sobre esta materia y de la praxis de los Estados resultado de los tratados de paz concluidos al término de los conflictos internacionales más significativos (¹⁶⁷).

El profesor Oriol CASANOVAS Y LA ROSA, afirma que la adopción del Protocolo Facultativo a la Convención de La Haya de 1954 se

¹⁶⁵. DE VISSCHER, Charles: “La protection internationale des objets d’art et des monuments historiques”, *Revue de Droit International et de Législation comparée*, 1935, p. 238 citada por CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol: “La protección internacional del patrimonio cultural”, *AHLADI*, VOL. 10, 1993, p. 75.

¹⁶⁶. NAHLIK, Stanislaw E.: “Protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé”, *R.C.A.D.I.*, vol. 120, 1967-I, p. 148.

¹⁶⁷. FRIGO, Manlio: *La protezione dei beni culturale nel diritto internazionale*, Milano-Dott. A. Giuffrè editore, 1986, p. 63.

justificó en parte por “la firmeza del principio general consuetudinario que obliga a la restitución” (168).

Sin embargo, y como prueba que se trata de una cuestión controvertida incluso en el ámbito del Derecho de los conflictos armados, PANZERA somete a revisión los argumentos sostenidos generalmente en apoyo de la existencia de una norma consuetudinaria en este campo, en especial el que se refiere a que una pluralidad de tratados de paz reiteran cláusulas restitutorias. Considera que la falta de uniformidad del contenido de dichas cláusulas no favorece en absoluto la formación de una norma consuetudinaria puesto que algunas prevén la restitución unilateral a cargo exclusivamente del Estado vencido, en otras la obligación de restitución es bilateral y recíproca, por igual para vencedores y vencidos. Finalmente, señala como argumento concluyente para excluir la existencia de una norma consuetudinaria en esta materia el hecho de que la Conferencia de La Haya de 1954 optara por regular la transferencia ilícita de bienes culturales en caso de conflicto armado, en un Protocolo en lugar de incluir las disposiciones pertinentes en la Convención. En apoyo de este argumento PANZERA afirma: *“La ratio evidente della scelta, al di là di ogni giustificazione di carattere tecnico-formale, è costituita dal timore che l’inserimento di tali norme nella Convenzione potesse scoraggiare la ratifica: tale preoccupazione, di certo, non avrebbe avuto ragione d’essere ove la materia fosse stata già oggetto di conformi norme consuetudinarie valide erga omnes”* (169).

¹⁶⁸. CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol: “La protección internacional del patrimonio cultural”, *IHLADI*, vol. 10, 1993, p.76.

¹⁶⁹. PANZERA, Antonio Filippo: *La tutela dei beni culturali in tempo di guerra*, G. Giappichelli Editore- Torino, pp.43-67.

- En la protección del patrimonio cultural en tiempo de paz, la posible existencia de normas consuetudinarias se plantea como una cuestión incierta y plantea mayores dificultades que respecto al Derecho de los conflictos armados. Una parte de la doctrina considera que puede afirmarse la existencia de algunas normas consuetudinarias, señalando como ejemplos, la responsabilidad del Estado de conservar su propio patrimonio cultural, el de terceros Estados, además de la inmunidad de los bienes propiedad de un Estado respecto de medidas cautelares y ejecutivas (¹⁷⁰).

Otros autores consideran que se ha hecho una interpretación extensiva, por analogía, de normas consuetudinarias cuyo objeto no estaría limitado específicamente a los bienes culturales, sino que abarcaría a un conjunto más amplio de bienes y de relaciones jurídicas internacionales; de acuerdo con lo anterior los ejemplos citados corresponderían en realidad a la aplicación de una norma consuetudinaria de carácter más general como la que comporta la obligación del Estado de proteger en el interior de su propio territorio los derechos de otros Estados (¹⁷¹).

¹⁷⁰. Véase: WILLIAMS, Sharon: *The International and National Protection of movable cultural property: a comparative study*, Dobbs Ferry, N.Y; Oceana Publications, 1978 pp. 63 y ss, citado por FRIGO, Manlio; *op cit.* p.152.

¹⁷¹. En este sentido véase: el *Asunto de la Isla de Palmas (Estados Unidos-Países Bajos. Sentencia arbitral, de 4 de abril de 1928)*: “La soberanía territorial implica el derecho exclusivo de ejercer las actividades estatales. Este derecho conlleva un deber correlativo: la obligación de proteger en el interior del territorio los derechos de los demás Estados, en particular su derecho a la integridad e inviolabilidad en tiempo de paz y en tiempo de guerra (...) La soberanía no puede limitarse a su aspecto negativo, esto es, al hecho de excluir las actividades de otros Estados, ya que es la Soberanía la que cumple la función de repartir entre las distintas naciones el espacio sobre el que se desarrollan las actividades humanas, a fin de asegurar a todos los lugares el mínimo de protección

En esta misma línea FRIGO no cree que la cuestión sobre la existencia de normas consuetudinarias en este ámbito esté fuera de duda y completamente resuelta, ya que, según argumenta, los Estados respecto a esta posible norma consuetudinaria muestran, a menudo, una praxis contradictoria. Además, parece que actúan más bien movidos por razones de oportunidad política o para evitar una particular sanción en Derecho interno que por la convicción de actuar conforme a una norma internacional consuetudinaria (¹⁷²).

Se plantea la duda de si puede ser considerada una norma consuetudinaria la que hace referencia al propio interés de la Comunidad internacional para la protección de los bienes culturales en tiempo de paz, siendo éste un fenómeno bastante reciente. En todo caso, es ya un principio adquirido y confirmado por la jurisprudencia internacional que el factor tiempo no es decisivo para que surja una norma consuetudinaria (¹⁷³); es

garantizado por el Derecho Internacional” (NATIONS UNIES, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol.II, pp.829 y ss.)

¹⁷². FRIGO, Manlio: *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, Milán 1986, p. 154.

¹⁷³. El TIJ en su sentencia de los *Asuntos de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, determinó que “el hecho de que no haya transcurrido más que un breve período de tiempo no constituye necesariamente en sí mismo un impedimento para la formación de una nueva norma de origen puramente convencional.”(C.I.J; *Recueil 1969*: 43, pár. 74). El Juez Tanaka en su opinión disidente en dicho asunto, afirmó que “la existencia de una Organización mundial como las Naciones Unidas, la Comisión de Derecho Internacional, y su actividad, de un modo general, no pueden sino acelerar la formación rápida de un Derecho consuetudinario (...) lo que necesitaba un centenar de años en otras ocasiones puede necesitar menos de diez en la actualidad” (C.I.J; *Recueil 1969*; 43, p.. 177).

Con respecto al factor tiempo en la formación de las normas consuetudinarias en el Derecho Internacional Contemporáneo, PASTOR RIDRUEJO señala “las normas consuetudinarias han sabido amoldarse, de otra parte, a la aceleración histórica de la época que vivimos. Surgida la necesidad social, las reglas se consolidan hoy en muy poco tiempo, incluso en muy pocos años. Los requisitos, en cuanto a la antigüedad de la

decir, la formación de una norma de este tipo no está condicionada al transcurso de un periodo de tiempo preestablecido (¹⁷⁴). El argumento que se opone a lo anterior es que las convenciones multilaterales más relevantes en la materia no han sido todavía ratificadas por algunos Estados importantes del área occidental, en cuanto países destinatarios de las obligaciones contenidas en tales normas convencionales.

En el marco del proceso de descolonización, los Estados que sufrieron la pérdida de bienes culturales como consecuencia de la ocupación colonial, han reclamado el retorno de los mismos y solicitan “la instauración de un nuevo orden cultural que es corolario de un nuevo orden económico” (¹⁷⁵). A partir de esta premisas algunos autores se refieren a la existencia de una obligación internacional de retorno de los bienes culturales, diferenciada e independiente de la obligación de restitución predicada en los supuestos de conflicto armado. Según afirma Ridha FRAOUA, es posible deducir esta obligación de “una nueva regla consuetudinaria en vías

práctica, se han suavizado notablemente. Y es de nuevo aquí la *opinio iuris* ..la que, formada previamente a la práctica, facilita el ritmo acelerado en la formación de la costumbre” PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público*, 7ª edición, Madrid, 1999, pp. 80-81.

¹⁷⁴. Al respecto resulta interesante lo señalado por P.M. DUPUY “*la prise de conscience de solidarités objectives (trascendant les disparités idéologiques ou de développement) amène quelquefois les États, par exemple dans le domain de la protection de l’environnement ou de la gestion des nouveaux espaces, à reconnaître rapidement l’émergence de certaines règles générales nouvelles (...). On peut en particulier prendre l’exemple des conditions dans lesquelles le principe de la non-appropriation des espaces cosmiques et des corps célestes a été adopté par la communauté internationale dès les débuts de la conquête spatiale ou encore celui de l’attribution du fond des mers au patrimoine commun de l’humanité au début des années soixante-dix. C’est ici, que certains textes programmatoires adoptés dans le cadre des Nations Unies peuvent jouer un rôle de catalyse dans la formation de la nouvelle règle générale*” DUPUY, Pierre-Marie: *Droit International Public*, Dalloz, París, 1995, p. 257.

de formación avanzada según la cual los bienes culturales ilícitamente exportados deben restituirse a su país de origen. El principio del enriquecimiento injusto, y sobre todo el principio del derecho a la libre determinación, intervienen en el proceso de formación de esta nueva regla acelerando su cristalización y contribuyendo a su integración en el derecho internacional positivo” (¹⁷⁶).

Para concluir, cabe destacar, que debido a la acción que se lleva a cabo para proteger los bienes culturales, coordinada y estimulada por la UNESCO, que implica también el compromiso de los Estados, podría afirmarse que estamos en un proceso de formación de normas consuetudinarias, respecto de cuestiones específicas como el respeto del propio patrimonio cultural, o del de terceros Estados, si bien se encuentran todavía *in fieri*.

B.- LOS TRATADOS.

En la actualidad los tratados se caracterizan por ser un instrumento privilegiado para las relaciones internacionales. Los Estados recurren a ellos en sus relaciones de cooperación en ámbitos muy distintos entre los que también se encuentra el ámbito cultural.

Existen múltiples criterios destinados a obtener una tipología de tratados internacionales, como son: la forma de conclusión, la naturaleza de

¹⁷⁵. En este sentido véase: BOUAITA, Nabil: “La restitution des archives nationales et biens culturels à leur pays d’origine dans le cadre du nouvel ordre culturel”, *Revue de droit international, des sciences diplomatiques et politiques*, 1983, num.1, p.30.

¹⁷⁶. FRAOUA, Ridha: *Le trafic illicite des biens culturels et leur restitution*, Fribourg (Suisse). Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1985, p. 210; (el subrayado es nuestro).

las partes, el objeto, el número de partes etc. ⁽¹⁷⁷⁾). En atención a este último criterio, el número de Estados parte, la *summa divisio* es la que se refiere a la distinción entre tratados “bilaterales” y tratados “multilaterales”. Esta clasificación puede trasladarse igualmente al ámbito de la protección del patrimonio cultural.

- Tratados bilaterales, En esta materia también pueden derivarse derechos y obligaciones de acuerdos de carácter bilateral, generalmente destinados a hacer efectiva la restitución de bienes culturales muebles, ya sea en caso de conflicto armado, ejemplo de ello lo constituyen los Tratados de paz; ya sea en tiempo de paz, por ejemplo el acuerdo entre Estados Unidos y México, en 1970, y con Perú, en 1981, ambos relativos a la restitución de bienes culturales objeto de robo.

- Tratados multilaterales, abiertos y de carácter universal a los que pueden adherirse todos los Estados, que regulan obligaciones destinadas a la protección del patrimonio cultural frente a múltiples causas de peligro para el mismo como son la destrucción, el deterioro el robo o la expoliación. Algunos ejemplos los constituyen, el Convenio de la Haya de 1954, las Convenciones de París de 1970 y de 1972.

Asimismo, también existen convenios de carácter restringido cuyos Estados Partes se limitan a los pertenecientes a un área geográfica determinada, por ejemplo la Convención Europea sobre la Protección del

¹⁷⁷. Entre los distintos métodos de clasificación existentes cabe destacar que algunos autores los agrupan en dos. El primero es el que denominan clasificación material, referida a los aspectos intrínsecos del tratado, es decir, su contenido, función jurídica. El segundo, denominado clasificación formal, se centra en las variables extrínsecas del tratado como la naturaleza de las partes, el número de partes y el procedimiento de conclusión. En este sentido véase: QUOC DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain: *Droit International Public*, LGDJ, París, 1994, pp. 121-123.

Patrimonio Arqueológico de 1992, la Convención de la OEA, de San Salvador de 1976.

En términos generales, el régimen jurídico de la protección internacional de los bienes culturales, se caracteriza por derivar principalmente de acuerdos multilaterales, puesto que es una de las vías más utilizadas. En relación con los mismos debe distinguirse entre aquellos textos convencionales dedicados en exclusiva y específicamente a la protección de bienes culturales y otros, en cambio, que se ocupan de ello de manera incidental o los incluyen en un contexto normativo de más amplio alcance.

Al primer tipo de instrumentos internacionales pertenecen las convenciones elaboradas y adoptadas por la UNESCO, así como algunas adoptadas en el marco de organizaciones regionales como el Consejo de Europa o la Organización de Estados Americanos.

Dentro del segundo tipo de instrumentos se incluyen aquellos tratados multilaterales cuyo objeto principal es la regulación de aspectos o fenómenos más generales de las relaciones internacionales, y por tanto, sólo se ocupan de los bienes culturales de una manera limitada o tangencial, aunque en algunos supuestos regulan aspectos no contemplados por las normas del primer tipo. Ejemplo de estos instrumentos lo constituyen el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (G.A.T.T.), o la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982.

Se desprende, de lo anterior, una cierta disparidad entre las normas convencionales destinadas a la protección del patrimonio cultural derivada

tanto de la regulación de distintos aspectos que se incluyen en este sector, como de la coexistencia de normas de ámbito universal y normas de ámbito regional. Todo ello conlleva una cierta complejidad que se ve acrecentada por el hecho de que varios de estos tratados internacionales remiten o se complementan en algunos puntos concretos, en especial en la determinación de la noción de bienes culturales, con la legislación interna. En este sentido CARDUCCI afirma, que el esfuerzo que reflejan las normas convencionales para establecer una noción “autónoma” de bien cultural debe enfrentarse a la *vis attractiva* de la noción de bien cultural que refleja el deseo legítimo de todo Estado de determinar su patrimonio cultural (¹⁷⁸).

2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL PATRIMONIO CULTURAL.

Las normas internacionales relativas a la protección del patrimonio cultural se hallan dispersas en instrumentos de naturaleza jurídica heterogénea, junto con normas de origen convencional, coexisten “otro tipo de actos” que son principalmente las “Recomendaciones”, las “Declaraciones” y las “Resoluciones”, emanadas de las Organizaciones internacionales. Se aprecia en este ámbito “la gran flexibilidad del Derecho Internacional en cuanto a las formas; el acuerdo entre Estados puede revestir una gran diversidad” (¹⁷⁹).

¹⁷⁸. CARDUCCI, Guido: *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, op. cit. p. 214.

A.- NORMAS OBLIGATORIAS.

Se trata de las normas de origen convencional, si tomamos en consideración la clasificación que realiza FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, en función del lenguaje utilizado por las diversas disposiciones normativas para formular las obligaciones que contienen, cabría realizar la siguiente distinción entre:

- Normas convencionales que contienen **obligaciones concretas**, tal es el caso de la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia ilícita de bienes culturales, de 1970. En esta Convención quedan perfectamente delimitadas las obligaciones que contraen los Estados Partes (¹⁸⁰). Dentro de este grupo pueden incluirse igualmente la Convención para la salvaguarda del patrimonio arquitectónico de Europa, de 1985 y la Convención Europea sobre las infracciones relativas a los bienes culturales, de 1985 adoptadas en el marco del Consejo de Europa.

Es la Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas de 1976, adoptada en el marco de la Organización de Estados Americanos, la que contiene disposiciones más efectivas y precisas que las de los instrumentos

¹⁷⁹. DUPUY, René Jean: “Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la ‘soft Law’”, *L’élaboration du droit international public*, Actes du colloque de Toulouse de la Société française de droit international, Pedone, Paris, 1975, pp. 132-148.

¹⁸⁰. La mayoría de las disposiciones de la Convención se inician con el redactado siguiente: “Los Estados Partes en la presente Convención se obligan”, sin introducir otro tipo de matices, véase: artículo 5º, 6º, 7º, 8º, 10º, 13.

universales o europeos, especialmente en lo relativo a la protección penal internacional del patrimonio cultural; prevé la penalización de la exportación y de la importación ilícitas, dejando a criterio de los Estados la fijación de la naturaleza y alcance de la pena (¹⁸¹).

- Normas convencionales con **obligaciones generales no concretadas y obligaciones de desarrollo discrecional** (¹⁸²). La Convención sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto

¹⁸¹. En este sentido véase: CONSEIL DE L'EUROPE. Affaires juridiques, ROUCOUNAS, E: "Rapport général", *La protection juridique internationale des biens culturels. Actes du treizième colloque de Droit européen*, Delphes, 20-22 septembre 1985, p. 151.

¹⁸². REUTER considera que en un acuerdo internacional se pueden dissociar, por una parte, los mecanismos procesales y voluntarios de conclusión que constituyen un *acto* jurídico y, por otra, el resultado de este acto que es una norma convencional, véase: REUTER, Paul: *Derecho Internacional Público*, Ed. Bosch, Barcelona 1987, pp. 78- 96. Aclara al respecto que deben tenerse presente tres ideas básicas. En primer lugar, distingue entre la norma jurídica y el acto jurídico que la ha creado; en segundo lugar, que una norma no carece de sentido aunque le falte consagrar una obligación suficientemente precisa; en tercer lugar, que una norma puede ser obligatoria aunque no tenga carácter ejecutivo. "Partiendo de estas premisas es como el autor llega a la distinción entre obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado: las primeras obligan a una conducta determinada tendente a un resultado; en las segundas se obliga directamente al resultado mismo; se trata de una distinción fundamental en Derecho internacional que entraña múltiples consecuencias, especialmente en materia de responsabilidad internacional" véase: GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M^a. Paz: *Curso de Derecho Internacional Público*, vol. I, Universidad de Oviedo, 1990, pp. 51-52, asimismo, esta distinción ha sido aceptada por la jurisprudencia internacional, como lo pone de relieve la opinión consultiva del T.I.J. de 1996 sobre la *legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. "En relación con el artículo VI del Tratado de no proliferación de armas nucleares de 1968, en el que los Estados partes se comprometen a negociar de buena fe y concertar "un tratado de desarme general y completo y bajo estricto y eficaz control internacional" incluyendo el armamento nuclear, el Tribunal de La Haya ha declarado que: "la importancia jurídica de esta obligación va más allá de la mera obligación de observar una conducta; se trata de una obligación de lograr un resultado concreto -el desarme nuclear en todos sus aspectos- procediendo de una determinada manera, a saber, emprendiendo negociaciones de buena fe sobre la cuestión" (C.I.J. Recueil 1996, p.264), véase: GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D;

armado, de 1954, contiene un conjunto de obligaciones de resultado, que imponen a los Estados el deber de alcanzar un logro determinado. Así, los Estados se obligan a adoptar las medidas necesarias para asegurar la salvaguardia y el respeto de los bienes culturales.

Sin embargo, al mismo tiempo en varias disposiciones de la Convención se repiten expresiones como “en la medida de lo posible”, “si ello es hacedero” (¹⁸³), “siempre que le sea posible”, “plazo razonable” (¹⁸⁴); “en la medida de sus posibilidades” (¹⁸⁵), lo cual contribuye de forma significativa a rebajar el contenido de la misma. La Convención europea (revisada) para la Protección del Patrimonio Arqueológico, de 1992, aunque en general prevé obligaciones concretas y delimitadas para los Estados, contiene alguna expresión de este tipo en lo relativo a la prevención de la circulación ilícita de elementos del patrimonio arqueológico (¹⁸⁶).

Como señala JUSTE RUIZ, con relación al Derecho internacional del medio ambiente, el Derecho internacional de patrimonio cultural, también “se acomoda mejor a la tenue presión de las obligaciones de comportamiento, que al estricto rigor de las obligaciones de resultado. Proliferan así las obligaciones de negociar, de informar, de consultar, de vigilar..” (¹⁸⁷).

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M^a. Paz: *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, Madrid 1998, pp.93-94.

¹⁸³. Artículo 5º de la Convención , párrafos 1º y 3º.

¹⁸⁴. Artículo 11, párrafo 1º.

¹⁸⁵. Artículo 13, párrafo 2º

¹⁸⁶. Artículo 10, apartado v.

La Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, de 1972, contiene disposiciones en las que se recogen una serie de obligaciones, pero sin precisar como se van a desarrollar y concretar. Es decir, queda al criterio discrecional del Estado determinar el contenido concreto de la obligación (¹⁸⁸), de lo cual se deduce que se reserva a los Estados un amplio margen de acción. Ahora bien, ello no debe inducir a confundir la “flexibilidad” del contenido de la norma, con el instrumento en el cual se halla contenida, ya que se trata de una norma jurídica de origen convencional (¹⁸⁹).

¹⁸⁷. JUSTE RUIZ, José: “Derecho Internacional Público y Medio ambiente”, *Problemas internacionales del Medio Ambiente*, VIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Barcelona, 2-5 de julio de 1984), Universidad Autónoma de Barcelona 1985, p.24.

¹⁸⁸. Artículo 5º: “Con objeto de garantizar una protección y una conservación eficaces y revalorizar lo más activamente posible el patrimonio cultural y natural situado en su territorio y en las condiciones adecuadas de cada país, cada uno de lo Estados Partes en la presente Convención **procurará dentro de lo posible**” (el subrayado es nuestro). Artículo 27.1: “Los Estados Partes en la presente Convención, por todos los medios apropiados, y sobre todo mediante programas de educación y de información, **harán todo lo posible** por estimular en sus pueblos el respeto y el aprecio del patrimonio cultural y natural definido en los artículos 1 y 2 de la presente Convención.”

¹⁸⁹. Respecto a las normas convencionales que tienen obligaciones de desarrollo discrecional VIRALLY afirma “que tienen un objeto concreto y bien definido, evaluable desde el exterior, pero cuya puesta en práctica depende de una apreciación subjetiva que el contrayente se ha reservado desarrollar de manera más o menos discrecional, o cuya ejecución se halla subordinada a una apreciación de este tipo. En este caso todavía, es imposible apreciar desde el exterior si el compromiso ha sido respetado o violado: habrá que penetrar en el secreto de la conciencia. Más exactamente, como en el supuesto anterior, la violación sólo pudo aparecer en la hipótesis de existencia de mala fe o de una mala voluntad manifiesta”, VIRALLY, Michel: “Rapport provisoire sur la distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique”, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 1983, session de Cambridge, vol 60-I, p.244.

Para evitar la confusión de este tipo de normas con la categoría de “proposiciones semi-normativas” (¹⁹⁰), conocida como *soft law*, P.M. DUPUY, señala “Il existe en effet de plus en plus de dispositions conventionnelles rédigées avec une telle prudence normative que l’obligation ainsi énoncée est seulement celle de *s’efforcer d’atteindre un certain but*”, sorte de version édulcorée de l’obligation de résultat. On doit cependant exclure ce type de normes du cadre de la “*soft law*”, parce que, formellement, il s’agit bien toujours d’obligations contractuelles. A l’inverse, on peut rencontrer l’énoncé de normes au contenu précis dans des résolutions dépourvues de force obligatoire, lesquelles a ce double titre, pourront alors éventuellement être intégrées dans la “*soft law*” (¹⁹¹).

B.- NORMAS PROGRAMÁTICAS.

Cabe destacar que la protección del patrimonio cultural se ha articulado, tanto en el plano universal como regional, a través de múltiples

¹⁹⁰. CAPOTORTI, Francesco: “Cours général de droit international public”, *R.C.A.D.I.*, t. 248, 1994-IV, p.116.

¹⁹¹. DUPUY, P.M: “Les sortilèges de la “*soft law*”, *Droit international public*, Paris, 1995, pp. 311-313. Entre los autores que han abordado el estudio del concepto de “*soft law*”, SEIDL-HOHENVELDERN advierte acerca de la considerable importancia del “*soft law*” en Derecho internacional, ya que, según opina, “the effects of soft law tend to be underestimated” (SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: “International Economic Soft Law”, *R.C.A.D.I.*, t.163, 1979-II, pp. 173 y ss.). Distinta es la perspectiva de BAXTER, quien observa que existen normas con diferente grado de obligatoriedad, las cuales son incorporadas a los acuerdos entre Estados pero no crean derechos y obligaciones que les vinculen. Señala al respecto que pueden ser descritas como “*soft law*” distinguiéndolo del “*hard*” law “consisting of treaty rules which States expect will be carried out and complied with” (BAXTER, R.R: “International Law in “Her Infinite Variety”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29,1980, pp. 549-566). Sobre este tema, véase también: WEIL, Prosper: “Vers une normativité relative en droit international?” *R.G.D.I.P.*, 1982, pp. 6 y ss. GOLD, : “Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements”, *A.J.I.L.*, 1983, pp. 443 y ss.

Resoluciones (¹⁹²) y Recomendaciones (¹⁹³) emanadas de Organizaciones Internacionales, estas últimas, desde el punto de vista cuantitativo, son las más numerosas.

CASTAÑEDA refiriéndose a las recomendaciones afirmaba que, en el orden internacional cuya estructura es todavía embrionaria y fundamentada en la soberanía de los Estados, es natural que la forma normal de expresión y el instrumento tipo de la sociedad internacional sea la recomendación, es decir la manifestación de voluntad de la mayoría que no vincula necesariamente a la minoría.

Este tipo de actos, si bien expresan la aparición de un nuevo comportamiento de la Comunidad internacional respecto a los bienes culturales, carecen de valor vinculante para los Estados y, por consiguiente, no están obligados a adoptar las medidas que en ellas se enuncian, su valor o fuerza es de carácter político o moral, aunque no plenamente desprovisto de efectos jurídicos (¹⁹⁴). Cabe matizar, según argumenta CASTAÑEDA,

¹⁹². Las resoluciones han sido definidas por CASTAÑEDA, como la expresión de una opinión colectiva y el instrumento normal para atender las finalidades de las Organizaciones internacionales; este mismo autor ha señalado, no obstante, que el concepto de resoluciones internacionales no es unívoco debido a la diversidad de las resoluciones en cuanto a su contenido y a la falta de igualdad de valor jurídico entre ellas; para un estudio en profundidad sobre este tema véase: CASTAÑEDA, Jorge: “Valeur juridique des résolutions des Nations Unies”, *R.C.A.D.I.*; 1970, tome 129, pp.211-331.

¹⁹³. CASTAÑEDA resalta la distinción entre el concepto de “resolución” y el de “recomendación”. La recomendación constituye una categoría de resoluciones, según este autor, la más numerosa y, desde varios puntos de vista, la más importante, pero no la única. Acotar la noción de recomendación resulta de gran dificultad puesto que abarca una pluralidad de significados. CASTAÑEDA opta por calificar de “recomendaciones” tan solo “ los actos reconocidos como tales por la mayoría de los Estados, de las organizaciones internacionales y de los autores” , CASTAÑEDA, Jorge: “Valeur juridique des résolutions des Nations Unies”, *R.C.A.D.I.*; 1970, tome 129, pp.215-220.

que la diferenciación no es tan clara y evidente; ya que en teoría se puede distinguir la sanción, en sentido técnico, que pretende la ejecución de verdaderas obligaciones jurídicas preexistentes, de la “presión” que tiende a la realización de una conducta no obligatoria, pero que es estimada deseable y recomendada como tal por un organismo internacional.

En la práctica sucede que, los medios de presión empleados por los organismos internacionales para obtener la ejecución de una recomendación típicamente política no obligatoria, son los mismos que estos organismos utilizan con un carácter de sanción para imponer obligaciones jurídicas, es decir la movilización de la opinión pública para obtener una determinada conducta. En la práctica es difícil de saber donde se sitúa la línea de demarcación (¹⁹⁵).

En el plano universal, la Asamblea General de las Naciones Unidas viene utilizando, con cierta regularidad, la adopción de Resoluciones con el propósito de instar a la devolución o restitución de bienes culturales a su país de origen. Sobre esta misma cuestión la Conferencia General de la UNESCO también se ha valido de la adopción de Resoluciones.

Con relación a este tipo de actos R.J. DUPUY afirma que “cuando la cuestión debatida entre los Estados miembros -de una Organización internacional- no puede ser el objeto de un tratado formal, dotado de

¹⁹⁴. VIRALLY utilizaba la expresión “significación jurídica” para referirse a efectos distintos y más amplios que los de la obligatoriedad, derivados de las recomendaciones (VIRALLY,- Michel, “La valeur juridique des recommandations des organisations internationales”, *A.F.D.I.*, 1956, p. 84). Sobre este tema, puede verse: GARZÓN CLARIANA,- Gregorio, “El valor jurídico de las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1973, nº 3, pp. 89-124.

cláusulas precisas y detalladas, la votación de una resolución que contiene el acuerdo de los países interesados parece la fórmula más cómoda. La resolución presenta las ventajas reconocidas a los acuerdos en forma simplificada. De este modo la resolución puede anunciar también un convenio diferido que tendrá lugar tras la experiencia adquirida en la aplicación que le habrán dado los Estados (¹⁹⁶).

En estos supuestos estamos ante “resoluciones convencionales”, en el sentido de que “su contenido los Estados lo consideran obligatorio e imputable no sólo al órgano que la ha votado sino a sí mismos. A su lado se hallan las resoluciones de carácter prospectivo y que proclaman principios cuyo respeto todavía no se ha consolidado en la práctica “(¹⁹⁷).

Las Recomendaciones en materia de patrimonio cultural, en el ámbito universal, han sido aprobadas fundamentalmente, y como cabe esperar en función del mandato que le confiere su convenio constitutivo, por la Conferencia General de la UNESCO. Éste órgano ha desarrollado una ingente labor en este sentido a través de la adopción de múltiples Recomendaciones que, a pesar de estar desprovistas de carácter vinculante para los Estados, han contribuido a concretar las obligaciones no precisadas por las normas convencionales sobre la misma materia.

¹⁹⁵. CATAÑEDA, Jorge: “Valeur juridique des résolutions des Nations Unies”, *R.C.A.D.I.*; 1970, tome 129, pp.219-220.

¹⁹⁶. DUPUY René Jean: “Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la ‘soft Law’”, *L’élaboration du droit international public*, Actes du colloque de Toulouse de la Société française de droit international, Pedone, Paris, 1975, p. 140.

¹⁹⁷. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos: “La protección internacional del medio ambiente”, *op. cit.*, pp. 188-189.

Muy significativa, en este sentido, es la Recomendación sobre la protección en el ámbito nacional del patrimonio cultural y natural, de 16 de noviembre de 1972, en la cual se recoge con mayor precisión que en la Convención de 1972, las medidas de protección que deberán adoptar los Estados; e incluso en este caso concreto, la Convención comporta incluso una limitación considerable del patrimonio cultural objeto de protección, ya que mientras en el párrafo 5º de la misma se afirma que “El patrimonio cultural se ha de considerar en su conjunto como un todo homogéneo que comprenda no sólo las obras de arte que representan una gran importancia, sino además los elementos más modestos que hayan adquirido con el tiempo un valor desde el punto de vista de la cultura o de la naturaleza”; en cambio la Convención de 1972, toma en consideración sólo los bienes que tengan un “valor universal excepcional”.

Cabe señalar que, a pesar de carecer de fuerza jurídica obligatoria, algunos convenios constitutivos de Organizaciones internacionales como la FAO, la OMS, la OIT y también la UNESCO prevén que las recomendaciones que adopten pueden ir acompañadas de elementos auxiliares obligatorios, los cuales tienen como función esencial reforzar la eficacia de las mismas y facilitar su ejecución.

En el caso de la UNESCO este elemento consiste en la obligación de someter a las autoridades nacionales competentes - habitualmente el Congreso o Parlamento- las recomendaciones adoptadas por la Conferencia General (¹⁹⁸).

¹⁹⁸. El Convenio constitutivo de la UNESCO en su Art. III. B. 4, estipula lo siguiente: “ (...) Cada uno de los Estados Miembros someterá las recomendaciones o las

En relación con las Recomendaciones adoptadas en el marco de la UNESCO, se constata un fenómeno bastante extendido. En muchas ocasiones, el texto de las mismas supone una anticipación y constituye el punto de partida para la posterior adopción de normas convencionales sobre la materia (¹⁹⁹).

En el **ámbito regional europeo**, con relación a otro tipo de actos normativos distintos de las normas convencionales, la adopción de Resoluciones ha sido, junto con la de Recomendaciones, la vía utilizada habitualmente, por el Consejo de Europa para la protección del patrimonio cultural. En algunas ocasiones, dicha protección se proyecta a través de la adopción de Declaraciones, con motivo de la celebración de congresos sobre patrimonio cultural o de las Conferencias Europeas de Ministros responsables del patrimonio cultural (²⁰⁰).

Entre los órganos que han adoptado Resoluciones sobre diferentes aspectos que afectan a la protección del patrimonio cultural cabe destacar el Comité de Ministros (²⁰¹). Desde un punto de vista cuantitativo han sido la

convenciones a sus autoridades competentes, dentro del plazo de un año a partir de la clausura de la Conferencia General en la cual hayan sido aprobadas”.

¹⁹⁹. Ejemplo de ello es la Recomendación sobre medidas en caminadas a prohibir e impedir la exportación, importación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 19 de noviembre de 1964, precedente de la Convención de 1970 sobre idéntica materia.

²⁰⁰. Ejemplo de ello lo constituye la “Declaración de Amsterdam” adoptada en el marco del Congreso sobre el Patrimonio arquitectónico europeo que se celebró en esta ciudad en 1975 (21-25 octubre), como colofón del Año europeo del patrimonio arquitectónico. Las Conferencias Europeas de Ministros responsables del patrimonio cultural suelen concluir con la adopción de una Declaración Final además de varias Resoluciones.

Asamblea Parlamentaria y especialmente el Congreso de poderes locales y regionales de Europa (CPLRE) los que han adoptado un mayor número de Resoluciones sobre esta materia.

Algunas de estas Resoluciones se centran exclusivamente en la protección del patrimonio cultural, mientras que otras lo protegen de una manera indirecta o tangencial al abordar otro tipo de aspectos que tienen incidencia en la materia (²⁰²).

Asimismo, las Conferencias Europeas de Ministros responsables del patrimonio cultural concluyen con la adopción de varias Resoluciones sobre

²⁰¹. CONSEJO DE EUROPA. COMITÉ DE MINISTROS: Résolution (66) 20 (adoptée le 29 mars 1966) concernant la réanimation des monuments.

- Résolution (68) 12 (adoptée le 3 mai 1968) relative à la conservation active des sites, monuments et ensembles d'intérêt historique ou artistique dans le cadre de l'aménagement du territoire.

- Résolution (76) 28 (adoptée le 14 avril 1976) sur l'adaptation des systèmes législatifs et réglementaires aux exigences de la conservation intégrée du patrimoine architectural.

²⁰². Algunos ejemplos de ambos tipos de Resoluciones son los siguientes. Respecto a las que atañen de una manera directa a la protección del patrimonio cultural cabe señalar entre muchas otras anteriores: ASAMBLEA PARLAMENTARIA: Recommandation 1072 (1988) relative à la protection internationale des biens culturels et à la circulation des oeuvres d'art (mars 1988, Doc. 5834, rapporteur: M. Rodotà), Recommandation 1173 (1992) relative à la conservation des bibliothèques et des archives scientifiques dans les pays d'Europe centrale et orientale (février 1992, Doc. 6545, rapporteur: Me. Szlényi). A modo de ejemplo de protección indirecta cabe mencionar: ASAMBLEA PARLAMENTARIA: Recommandation 1044 (1986) relative à la criminalité internationale (septembre 1986; Doc. 5617; rapporteur: M. Stoffelen pour la Commission des questions juridiques). Recommandation 1158 (1991) relative à la sécurité et la coopération en Europe (juin 1991, Doc. 6464, par. 11). Por lo que respecta al CPLRE, algunas de las Resoluciones que ha adoptado que versan directamente sobre la protección del patrimonio cultural cabe señalar entre otras: Résolution 79 (1974) relative au patrimoine architectural européen; mientras que las que lo protegen de una manera indirecta son entre otras: Résolution 110 (1979) relative aux problèmes spécifiques des régions insulaires atlantiques européennes (Açores, Madère, Canaries); La Charte urbaine européenne (adoptée le 18 mars lors de la Session plénière annuelle de la Conférence Permanente des Pouvoirs Locaux et Régionaux de l'Europe), (1993), ISBN 92-871-2344-6.

las diferentes dimensiones y aspectos de la conservación del patrimonio cultural (²⁰³).

El Comité de Ministros, si bien ha optado en algunas ocasiones por la adopción de Resoluciones, normalmente se ha pronunciado sobre esta materia a través de múltiples Recomendaciones que abordan diferentes aspectos entorno a la protección del patrimonio cultural; se centran en temas distintos, pero confluyentes en el objetivo final, como la formación de especialistas en la materia, hasta la lucha contra la degradación material del patrimonio arquitectónico acelerada por la polución, pasando por las medidas susceptibles de favorecer la financiación de la conservación del patrimonio (²⁰⁴).

²⁰³. En este sentido véase: COUNCIL OF EUROPE: *IVth European Conference of Ministers responsible for the Cultural Heritage*, Helsinki, 30-31 May 1996. Final Déclaration and Resolutions. MPC-4 (96) 1 rev., pp. 6-9.

²⁰⁴. Hasta el momento (junio 1996) las Recomendaciones del Comité de Ministros a los Estados Miembros son las siguientes: N° R (80) 16 du Comité de Ministres aux États membres concernant la formation spécialisée des architectes, urbanistes, ingénieurs du génie civil et paysagistes. N° R (81) 13 du Comité de Ministres aux États membres concernant les actions à entreprendre en faveur de certains métiers menacés de disparition dans le cadre de l'activité artisanale. N° R (86) 11 du Comité de Ministres aux États membres sur les espaces publics urbains. N° R (86) 15 du Comité de Ministres aux États membres relative à la promotion des métiers artisanaux intervenant dans la conservation du patrimoine architectural. N° R (88) 5 du Comité de Ministres aux États membres relative à la lutte contre la dégradation matérielle du patrimoine architectural accéléré par la pollution. N° R (89) 5 du Comité de Ministres aux États membres relative à la protection et à la mise en valeur du patrimoine architectural rural. N° R (89) 6 du Comité de Ministres aux États membres relative à la protection et à la conservation du patrimoine technique, industriel et des ouvrages d'art en Europe. N° R (91) 6 du Comité de Ministres aux États membres relative aux mesures susceptibles de favoriser le financement de la conservation du patrimoine architectural. N° R (91) 13 du Comité de Ministres aux États membres relative à la protection du patrimoine architectural du vingtième siècle. N° R (93) 9 du Comité de Ministres aux États membres sur la protection du patrimoine architectural contre les catastrophes naturelles. N° R (95) 3 du Comité de Ministres aux États membres relative à la coordination des méthodes et de systèmes de documentation en matière de monuments historiques et d'édifices du patrimoine architectural. N° R (95) 9 du Comité de Ministres aux États membres relative à la conservation des sites culturels intégrée aux politiques du paysage. N° R (96) 6 du Comité de Ministres aux États membres relative à la protection du patrimoine culturel contre les actes illicites. El

En algunos casos se aprecia que la coincidencia sobre la misma materia de Resoluciones del Consejo de Ministros y Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria han tenido una influencia decisiva en la posterior adopción de normas convencionales (²⁰⁵).

III.- PRINCIPIOS SUSTANTIVOS QUE RIGEN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL PATRIMONIO CULTURAL.

El análisis desde una perspectiva global del derecho internacional vigente relativo a la protección del patrimonio cultural, permite deducir la existencia de un conjunto de principios que informan el régimen jurídico de este sector incipiente del Derecho Internacional. Éstos principios, siguiendo a P.M DUPUY, podrían ser calificados con la “prudente” expresión de “principios emergentes” (²⁰⁶), ya que a excepción del principio de restitución en caso de conflicto armado, resultaría precipitado, en el grado actual de evolución de la regulación internacional sobre la materia, pronunciarse en favor de su carácter consuetudinario.

Convenio (revisado) para la protección del patrimonio arqueológico, de 16 de enero de 1992, fue precedido también de la adopción de diversas Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria en esta dirección, en particular cabe citar la Recomendación 872 (1979), la 921 (1981), la 1072 (1988).

²⁰⁵. En este sentido, la Resolución del Comité de Ministros, de 14 de abril de 1976, en la que recomienda a los Estados miembros la adopción de normas legislativas y reglamentarias sobre la conservación integrada del patrimonio arquitectónico y la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria, de 8 de octubre de 1979, relativa a la conservación del patrimonio arquitectónico europeo, jugaron un papel clave en la posterior adopción el 3 de octubre de 1985 del Convenio para la salvaguarda del patrimonio arquitectónico europeo.

²⁰⁶. DUPUY, Pierre Marie: “Le droit international de l’environnement et la souveraineté des États. Bilan et perspectives”, *L’Avenir du Droit international de l’environnement, R.C.A.D.I., Colloque*, 1984, p.38.

Cabe señalar que la mayoría de dichos principios coinciden con los principios rectores del Derecho Internacional del medio ambiente, mientras que otros son inherentes a la propia preservación del patrimonio cultural y por tanto exclusivos de este sector. Cabe hacer una distinción entre principios rectores, denominados así por su carácter fundamental en la regulación del sector y principios correctores en el sentido que limitan el alcance de los anteriores.

1.- PRINCIPIOS RECTORES.

Se trata de principios que inspiran el conjunto de la normativa vigente en esta materia. Algunos de ellos tienen un carácter más general y cumplen una función orientadora con relación a las perspectivas futuras de un sector cuya concepción en el ordenamiento jurídico internacional se encuentra todavía en una fase incipiente. Otros, si bien persiguen igualmente el fin de conservar y asegurar la transmisión del patrimonio cultural para el conjunto de la humanidad a las generaciones futuras (²⁰⁷), tienen un contenido más concreto.

A.- PRINCIPIO DE RESPETO Y VALORIZACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL.

Este es el principio más general de cuantos informan el régimen jurídico-internacional de principios y normas que rigen el sector. Se trata de

²⁰⁷. Cabe resaltar la distinción que efectúa R.-J. DUPUY entre el concepto de humanidad y el de comunidad internacional precisamente en base a la noción de generaciones futuras. Señala que el concepto de humanidad engloba el de comunidad internacional pero no se confunde con ella; la humanidad engloba también a las generaciones futuras,

un principio que, en abstracto, comprende la carga normativa de los restantes principios rectores, concretando éstos, en una dimensión todavía abstracta hasta su concreción en las normas precisas establecidas en los instrumentos convencionales y programáticos, algunas de las consecuencias de su potencial normativo.

La Convención de 1954, sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, concreta en su artículo 4º en que consiste el respeto, distinguiéndolo expresamente de la salvaguardia. En virtud de dicha disposición “las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar los bienes culturales situados tanto en su propio territorio como en el de otras Altas Partes Contratantes, absteniéndose de utilizar esos bienes, sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado, y absteniéndose de todo acto de hostilidad respecto de tales bienes”.

Este principio de respeto comporta, asimismo, para los Estados Partes la obligación de prohibir, impedir y hacer cesar, en caso necesario, cualquier acto de robo, pillaje, de ocultación o apropiación de los bienes, y, en general todos los actos de vandalismo.

Un elemento esencial en la naturaleza del principio es el reconocimiento de un interés público, en la conservación, protección y promoción del patrimonio cultural. Este interés público está claramente vinculado a su utilidad pública, que tiene carácter internacional.

“l’humanité se pense au-delà des vivants”, véase: DUPUY, René-Jean: “Conclusions of the workshop”, *R.C.A.D.I.*, 1984, p.500.

La Recomendación que define los principios internacionales que deberán aplicarse a las excavaciones arqueológicas, de 1956, hace referencia a “todo vestigio arqueológico cuya conservación entrañe un interés público desde el punto de vista histórico o artístico”.

En el ámbito regional europeo, cabe destacar que una de las especificidades de la protección del patrimonio cultural en el marco del Consejo de Europa es la de impulsar, desde sus inicios, una concepción específica de protección del patrimonio cultural: se trata de la noción de “conservación integrada”. A través de la misma persigue como objetivo fundamental el que en el momento de adoptar cualquier decisión que afecte a la transformación del suelo urbano o rural, se tomen en consideración y se respeten los principios específicos de la protección y gestión del patrimonio cultural. Desde esta perspectiva la “conservación integrada” pretende crear una dinámica de trabajo de carácter interdisciplinar en la que haya una planificación o concertación que tenga en cuenta la protección de patrimonio cultural al ponderar las políticas urbanísticas a adoptar.

El Comité de Ministros adoptó la Resolución (76) 28, de 14 de abril de 1976, relativa a la adaptación de los sistemas legislativos y reglamentarios a las exigencias de la conservación integrada del patrimonio arquitectónico. En la misma el Comité de Ministros recomendó a los gobiernos de los Estados miembros la adaptación de su normativa interna a las exigencias de la “conservación integrada” en virtud de la cual la salvaguardia del patrimonio cultural se convierte en un elemento esencial en la ordenación del territorio y para la renovación urbanística.

El Convenio para la Salvaguardia del Patrimonio Arquitectónico Europeo, de 1985, ya en el Preámbulo señala que la conservación integrada

del patrimonio constituye un factor importante de mejora del nivel de vida urbano y rural; contribuyendo, por consiguiente a favorecer el desarrollo económico de la región, y por extensión del Estado, donde se halla ubicado. Resulta evidente que si bien la conservación del patrimonio comporta inversiones considerables, es al mismo tiempo una fuente de riqueza y creación de empleo.

Al definir las políticas de conservación que los Estados partes se comprometen a aplicar, plasma, en realidad, los principios sobre la conservación integrada que ya había elaborado a través de diversos trabajos anteriores que se habían emprendido en el marco del Consejo de Europa al respecto (²⁰⁸).

Estos principios implican, en primer lugar, que la conservación del patrimonio sea incluida entre los objetivos de las políticas de urbanismo y renovación del territorio en sus diversos estadios, es decir, desde la planificación de los proyectos a la autorización de los trabajos. Así como en el diseño de las políticas medioambientales, el Convenio establece que deben ser tomados en consideración los problemas específicos, planteados por la conservación del patrimonio arquitectónico.

En segundo lugar, comportan la integración del patrimonio en el ámbito social. Ello significa que las políticas de conservación, tal como las

²⁰⁸. Fue en la Declaración de Amsterdam (1975) adoptada en el marco del “Año Europeo del Patrimonio Arquitectónico”, donde el Consejo de Europa se manifiesta partidario de la promoción del concepto de “conservación integrada” en virtud del cual la conservación del patrimonio arquitectónico se convierte en un factor a tener presente en la renovación urbana. Véase igualmente, COUNCIL OF EUROPE: *Rules for the technical co-operation and consultancy programme relating to the integrated conservation of the cultural heritage*. Srasbourg, 1994

concibe el Convenio, no pretenden hacer el patrimonio un elemento estático y alejado de la realidad social sino todo lo contrario, es decir, la política de conservación pasa por su adaptación y utilización en provecho de las necesidades de la vida contemporánea.

Esta concepción de la conservación del patrimonio no entra en contradicción con la idea, que también plasma el Convenio, de “fidelidad” al carácter arquitectónico e histórico de los bienes y de su entorno (art.12). Se traduce en que la aplicación práctica del principio de la afectación del patrimonio a una función útil para la sociedad, puede variar en función de la naturaleza de los edificios, de su entorno y de la función asignada; se deriva de ello que en el supuesto de adaptación del edificio protegido a funciones totalmente nuevas, las posibles soluciones que se adopten no sean en ningún caso de carácter irreversible para el bien protegido.

La Convención Europea sobre la Protección del Patrimonio Arqueológico, de 1992, subraya la necesidad de una “conservación integrada del patrimonio arqueológico” (art. 5), en el sentido de que deben tenerse presente los aspectos arqueológicos en cualquier política que afecte a la ordenación del territorio. A este fin la Convención prevé que cada Estado se comprometa a que exista una consulta sistemática entre los arqueólogos, urbanistas y los responsables de la gestión del territorio.

Así, los sitios arqueológicos serán tenidos en cuenta en la realización de cualquier proyecto urbanístico. Dicha consulta deberá permitir la modificación de aquellos planes de ordenación que conlleven riesgos susceptibles de alterar el patrimonio arqueológico.

En los supuestos en que a pesar de las alteraciones que puedan producirse, se toma la decisión de llevar a término el proyecto, la Convención estipula -coincidiendo con lo establecido por la Carta para la protección y gestión del Patrimonio arqueológico de 1990 “Carta Icomos”⁽²⁰⁹⁾- que el Estado se comprometa, antes del inicio de los trabajos, a reservar el tiempo y los medios necesarios para poder llevar a cabo el pertinente estudio científico; con ello se pretende evitar las pérdidas de tiempo y de medios que comportaría la investigación efectuada a posteriori en un sitio que ya hubiera sido alterado por el inicio de los trabajos.

Finalmente, y con relación al concepto de conservación integrada, la Convención hace mención explícita del interés en mostrar al público los sitios arqueológicos a condición de que no se vean alterados el carácter arqueológico y científico de los sitios y de su entorno.

B.- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD, SENSIBILIZACIÓN Y LIBRE ACCESO.

La Recomendación relativa a los medios más eficaces de hacer los museos accesibles a todos, de 1960. Invita a los Estados a fomentar la concurrencia a los museos ⁽²¹⁰⁾ y adoptar las medidas necesarias para

²⁰⁹. La Carta fue adoptada por ICOMOS en 1990. Su artículo 5º determina que en dichos casos “excavation must be preceded by thorough scientific evaluation of the significance of the site”.

²¹⁰. Según se determina en la Recomendación a efectos de la misma debe entenderse por museo “cualquier establecimiento permanente administrado en interés general con vistas a conservar, estudiar, estudiar, poner en evidencia por medios diversos y, esencialmente, exponer para el deleite espiritual y la educación del público un conjunto de elementos de valor cultural: colecciones de objetos de interés artístico, científico y técnico, así como jardines botánicos y zoológicos, y acuarios” (pár. I.1)

facilitar el acceso a los mismos, con el fin de que “sean asequibles a todos, sin distinción de condición económica o social” (pár. II, 2). De modo que, uno de los ejes principales alrededor de los cuales giran los objetivos de esta Recomendación es conseguir en esta materia el principio de igualdad formulado como no-discriminación. Propone el establecimiento de una colaboración permanente entre los museos y autoridades educativas, organizaciones profesionales, sindicatos, servicios sociales de las empresas industriales y comerciales, medios de comunicación etc., con el fin de que fuese posible utilizar “en beneficio de la educación popular y escolar (..) los objetos conservados en los museos” (pár. V. 15). Con ello la UNESCO cumple una de las funciones que le atribuye su Convenio constitutivo, que es precisamente la de dar un nuevo y vigoroso impulso a la educación popular y a la difusión de la cultura, así como a la conservación, al progreso y a la difusión del saber (²¹¹).

Entre el conjunto de medidas propuestas a los Estados por la Recomendación sobre la protección de los bienes culturales muebles, de 1978, destacan la necesidad de fomentar el establecimiento sistemático de inventarios y repertorios relativos a los bienes culturales muebles en los que figuren el mayor número de precisiones posible, reforzar los sistemas globales de seguridad por parte de los museos y las instituciones similares; facilitar la protección de las colecciones privadas y de los bienes culturales situados en los lugares arqueológicos y en los edificios religiosos; la protección y conservación durante el transporte y las exposiciones temporales o préstamos de obras de arte concedidos con fines culturales, cerciorándose que el transporte, el embalaje y la manipulación de los bienes culturales se efectúen respetando las normas óptimas.

Igualmente, en lo relativo a la cooperación en el plano internacional, invita a los Estados a que ésta sea reforzada entre los órganos oficiales encargados de la represión de los robos y del tráfico ilícito y del descubrimiento de falsificaciones, intercambiándose mutuamente todas las informaciones pertinentes sobre estos actos ilícitos, así como, entre otras medidas, a la adopción de acuerdos internacionales de cooperación en materia de asistencia jurídica y de prevención de los delitos.

El principio de publicidad se deduce de las disposiciones de la Convención de 1970 relativas a la adopción de medidas de control de las excavaciones arqueológicas (artículo 5º). El control de las excavaciones arqueológicas permite limitar las excavaciones arqueológicas clandestinas, fuente de preocupación constante para aquellos Estados ricos en sitios arqueológicos, las cuales generan a su vez exportaciones ilícitas.

La Convención prevé como necesaria una acción educativa para estimular y desarrollar el respeto al patrimonio cultural, así como la máxima difusión de sus disposiciones. Asimismo, obliga a los Estados a “velar por que se de la publicidad apropiada a todo caso de desaparición de un bien cultural” (artículo 5º, apar.g).

Otro precepto de la Convención de 1970, el artículo 10º, igualmente llama la atención de los Estados partes sobre la importancia de la educación y de la información como instrumentos que contribuyen a la sensibilización del público. Una de los elementos esenciales para lograr luchar de manera eficaz contra el tráfico ilícito, atacando incluso a sus causas, a modo de prevención, lo constituye la toma de conciencia de la población en cuanto al valor de los bienes culturales que forman parte del patrimonio cultural propio y del de otros pueblos. Entre estas medidas educativas cabría señalar

²¹¹. Véase: Artículo I.2 del Convenio constitutivo de la UNESCO.

entre otras, exposiciones, campañas de información en establecimientos educativos, visitas a museos etc.

En el ámbito regional europeo, el Convenio Europeo para la Salvaguardia del Patrimonio Arquitectónico de Europa, de 1985, se caracteriza por estar dividido en dos partes, la segunda de las cuales se encuentra vertebrada entorno a la coordinación europea de las políticas de conservación (artículos 17-21). El Convenio prevé, en primer lugar, la cooperación en materia de información; estipula como uno de los principales instrumentos para alcanzar la coordinación, el intercambio de información. A partir de ahí el Convenio procede a realizar una enumeración de distintos sectores en los cuales sería deseable mantener un intercambio regular de información, el cual debería permitir en última instancia la elaboración de políticas concertadas sobre patrimonio comunes a los Estados partes.

Estos sectores van desde las técnicas de inventario, de protección jurídica y de conservación material de los bienes protegidos a la utilización de nuevas tecnologías en especial en el ámbito de la identificación, la lucha contra la degradación de los materiales así como los problemas que plantea el mantenimiento, la restauración, y la animación del patrimonio.

En segundo lugar, el Convenio hace referencia a la cooperación en materia de asistencia técnica. En esta línea prevé la puesta en marcha de misiones de asistencia técnica mutua que implican un intercambio de experiencias y de expertos en beneficio de la conservación del patrimonio; a estos intercambios de especialistas deben contribuir las legislaciones nacionales sobre la materia, así como los acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales que los vinculan.

La Convención Europea sobre la Protección del Patrimonio Arqueológico, de 1992, hace mención explícita del interés en mostrar al público los sitios arqueológicos a condición de que no se vean alterados el carácter arqueológico y científico de los sitios y de su entorno. Asimismo, la Convención pretende facilitar el estudio y la difusión de los descubrimientos arqueológicos (²¹²). Para ello recomienda a los Estados Partes actualizar y desarrollar las investigaciones y los inventarios de los sitios existentes así como favorecer, cuando se lleve a cabo cualquier operación arqueológica, la adopción de documentos científicos de síntesis previos que permitan la realización y la difusión ulterior de estudios especializados.

Estos estudios previos, realizados cuando las obras están en curso, contribuyen a impedir que se pierdan informaciones o elementos recogidos sobre los sitios, especialmente cuando se trata de testimonios que pueden perecer o se ven amenazados por la continuación de las propias excavaciones.

La Convención se ocupa en varias de sus disposiciones de la difusión de la información, en particular considera fundamental la sensibilización del público respecto del patrimonio arqueológico ya que contribuye de una forma indirecta a la protección del mismo.

La Convención establece como instrumentos adecuados a través de los cuales los Estados pueden conseguir este objetivo, la educación y la

²¹². Similar objetivo perseguía la Convención de 1969, que es revisada por la Convención de 1992, centrada fundamentalmente en la cuestión de las excavaciones y su explotación científica; de manera que introducía una serie de medidas destinadas a luchar contra las

toma de conciencia del valor del patrimonio arqueológico para el conocimiento de la historia y los peligros que lo amenazan; así como promover el “derecho de acceso” del público a los elementos más significativos de su propio patrimonio arqueológico para que pueda apreciarlo, y la exposición del mismo (²¹³). No obstante, en determinados casos en que la exposición al público pueda representar un peligro para la conservación del patrimonio, resulta aconsejable hallar otros medios para presentar el patrimonio (²¹⁴).

En el mismo sentido de favorecer el acercamiento entre el público y el patrimonio, la Convención Europea sobre las infracciones relativas a los bienes culturales, de 1985, obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas apropiadas a fin de promover entre el público la conciencia de la necesidad de proteger los bienes culturales (artículo 4º).

C.- PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN.

Este principio es en realidad una consecuencia del anterior, aunque su especificidad radica en que su aplicación se da en el plano internacional. En efecto, se trata de transponer la libertad de acceso a los bienes culturales al plano de las dimensiones internacionales, repercutiendo a su vez en una mejora de la información y la sensibilización.

excavaciones clandestinas, consideradas como uno de las principales amenazas para la conservación del patrimonio arqueológico.

²¹³. La Carta Icomos en su artículo 7º estipula al respecto que “The presentation of the archeologic heritage to the public is an essential method of promoting an understanding of the origins and development of modern societies (...) Presentation and information should be conceived as a popular interpretation of the current state of knowledge and it must therefore be revised frequently. It should take account of the multi-faceted approach to an understanding of the past”.

²¹⁴. Por ejemplo a través de la reproducción de copias, véase CONSEIL DE L’EUROPE: “Des cadres juridiques pour la coopération”, *Patrimoine européen*, nº 1- 1994, pp.33-39.

En diversos instrumentos internacionales se reitera la idea de que la circulación de bienes culturales entre los países contribuye en gran medida al enriquecimiento de las diferentes culturas, favorece un mayor conocimiento mutuo, permitiendo a los pueblos apreciar y valorar las realizaciones culturales de otros pueblos, de modo que aumenta la comprensión entre culturas diversas. Como señala FUENTES CAMACHO, “la libre circulación de bienes a nivel mundial se justifica con apoyo en la idea de que tales bienes poseen un carácter universal. Desde ésta óptica se entiende que el interés de toda la humanidad sobre las diversas manifestaciones de la cultura debe prevalecer sobre los intereses particulares de los Estados de origen” (215).

La Recomendación sobre el intercambio internacional de bienes culturales, de 1976, complementa, en este aspecto, a la Convención de 1970. Hasta este momento se había puesto de manifiesto, en anteriores instrumentos internacionales adoptados por la UNESCO, que para evitar el tráfico ilícito de bienes culturales lo que debía hacerse precisamente es potenciar al máximo el “tráfico lícito”, asegurando una amplia movilidad de dichos bienes. Con este propósito la Recomendación invita a los Estados a fomentar la circulación lícita de objetos de colección entre museos y otras instituciones similares de diferentes países; puesto que, según se afirma en la misma, “la circulación de los bienes culturales, en la medida que se hace en condiciones jurídicas, científicas y técnicas adecuadas para impedir el tráfico ilícito y el deterioro de esos bienes, es un medio poderoso de comprensión y de apreciación entre las naciones “.

²¹⁵. Véase: FUENTES CAMACHO, Víctor: *El tráfico internacional de bienes culturales*. Colección Estudios Internacionales. Ed. Beramar, Madrid, 1993, p. 66.

Las medidas recomendadas consisten en la adaptación por los Estados Miembros de las leyes o reglamentos existentes o en la adopción de nuevas disposiciones legislativas o reglamentarias en materia de propiedad pública, en materia fiscal y de aduana, necesarias para permitir o facilitar, exclusivamente con fines de intercambio internacional de bienes culturales, operaciones como la importación o exportación definitiva o temporal, el tránsito de bienes culturales.

Asimismo, los Estados Miembros deberán prestar una especial atención al problema que plantea la cobertura de los riesgos que corren los bienes culturales durante todo el período de su préstamo al exterior, incluso durante el transporte, y prever, igualmente el establecimiento de sistemas de garantías y de indemnizaciones gubernamentales para cubrir los riesgos de aquellos objetos de gran valor.

La Recomendación insta, igualmente, a la cooperación internacional, con ayuda de las Organizaciones internacionales universales y regionales, así como las de ámbito nacional, intergubernamentales y no gubernamentales, para incitar a la intensificación de los intercambios culturales que favorecen una mejor comprensión entre todos los pueblos. Señala que a esta acción deberían contribuir en gran medida las organizaciones especializadas, en particular el Consejo Internacional de Museos (ICOM), prestando su colaboración elaborando guías prácticas describiendo las diferentes formas concebibles de circulación de bienes culturales y difundiendo su experiencia entre todas las organizaciones profesionales interesadas de los diversos países.

Este principio choca con las legislaciones estatales excesivamente protectoras o de carácter restrictivo denunciadas en general por los Estados

tradicionalmente considerados “importadores” de bienes culturales; en particular, en Estados Unidos un sector de la doctrina ha criticado el denominado “nacionalismo cultural” por considerar que puede propiciar actividades nefastas para el patrimonio cultural como son los traslados clandestinos (²¹⁶).

En el ámbito regional europeo, la Convención Europea sobre la Protección del Patrimonio Arqueológico, de 1992, estipula para los Estados la obligación de favorecer los intercambios nacionales e internacionales en materia de información o de elementos recogidos sobre las excavaciones en curso, e incluso la “circulación controlada” de elementos que forman parte del patrimonio arqueológico; al Estado corresponde eliminar los obstáculos a los intercambios nacionales o internacionales. Estos intercambios son considerados esenciales en el ámbito de la arqueología ya que contribuyen, por una parte, a la formación de futuros arqueólogos y otros especialistas y, por otra parte, permiten someter determinados objetos del patrimonio arqueológico a un examen científico más exhaustivo.

La Convención prevé una serie de medidas destinadas a evitar la circulación ilícita de elementos que integran el patrimonio arqueológico. En primer lugar, prevé una cooperación entre los poderes públicos y los científicos para luchar contra estas extendidas prácticas. En segundo lugar

²¹⁶. En este sentido se pronuncia MERRYMAN, el cual se pronuncia en favor del “internacionalismo cultural” opuesto al “nacionalismo cultural”, en virtud del cual considera que presenta mayores ventajas para la preservación de los bienes culturales, su traslado a países con una infraestructura adecuada, véase: MERRYMAN, John Henry: “Two ways of thinking about cultural property”, *The American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 4, october 1986, pp. 846-853.

se refiere a que cualquier elemento arqueológico de procedencia sospechosa debe ponerse en conocimiento de las autoridades competentes.

Esta medida afecta en particular a los museos públicos o privados e instituciones similares que adquieren piezas arqueológicas, los cuales deberán estar sensibilizados en esta cuestión y adoptar las precauciones necesarias a fin de evitar la compra de piezas de procedencia “sospechosa”⁽²¹⁷⁾.

D.- PRINCIPIO DE LA FINANCIACIÓN EFICAZ.

Entre los mecanismos de protección previstos para la salvaguardia del patrimonio cultural, en varios instrumentos jurídicos internacionales, se perfila como indispensable la obligación de los Estados de adoptar un régimen sobre el patrimonio que permita la aplicación de medidas financieras destinadas a restaurar, proteger y conservar el patrimonio.

La Convención de 1972, crea el Fondo para la Protección del Patrimonio Mundial, cultural y natural, denominado el Fondo del Patrimonio Mundial (artículo 15), al cual los Estados Partes tienen la obligación de contribuir (artículo 26).

²¹⁷. Esta restricción, contenida en el artículo 10º de la Convención, ha sido inscrita por numerosos museos en sus estatutos o código deontológico. El Consejo Internacional de Museos, en su Código ético profesional de 1986, determina que un museo no debe comprar objetos “lorsqu’il y a lieu de penser que leur découverte a entraîné une destruction ou un dommage non scientifique ou intentionnel récent pour les anciens monuments ou sites archéologiques ou si l’on a négligé d’aviser le propriétaire ou l’occupant du terrain ou l’autorité juridique ou publique compétente”(párrafo 3.2); véase CONSEIL DE L’EUROPE: *Rapport explicatif de la Convention révisée ouverte à la signature le 16 janvier 1992*. Conseil de l’Europe 1993, pp.15-16

En el ámbito regional europeo, el Convenio para la salvaguardia del Patrimonio Arquitectónico Europeo obliga a los Estados a adoptar diversas medidas de apoyo financiero para la conservación del patrimonio (artículo 6º). Asimismo, contempla la posibilidad de establecer una serie de medidas indirectas -medidas fiscales-, susceptibles de promover la conservación, que contribuyan a financiar desde los trabajos de mantenimiento a los de restauración de los bienes protegidos.

En el mismo sentido, la Convención Europea sobre la Protección del Arqueológico, de 1992, estipula para los Estados el compromiso de disponer de los presupuestos adecuados para conservar el patrimonio arqueológico. Esta obligación encuentra su fundamento, tal como se enuncia en el Preámbulo de la Convención, en el hecho de que el patrimonio arqueológico europeo constituye un elemento esencial para conocer el pasado de las civilizaciones y, como tal “fuente de la memoria colectiva europea” y por este motivo debe ser protegido ⁽²¹⁸⁾.

En la Convención se encuentra otra plasmación de esta obligación de financiación que, en este caso es aplicable no sólo a los poderes públicos sino que va destinada, en general, a los responsables de la ejecución de proyectos de construcción u obras de expansión y renovación urbanística. Éstos tendrán la obligación de financiar las actividades arqueológicas que requiera la realización de dichos proyectos. El coste de dichas actividades debe incluirse en los presupuestos de los proyectos u obras a realizar, comprendiendo no solamente los estudios previos de prospecciones arqueológicas sino también los documentos científicos de síntesis y las comunicaciones y publicaciones de los descubrimientos. En este mismo

²¹⁸. CONSEIL DE L'EUROPE: *Rapport explicatif de la Convention révisée ouverte à la signature le 16 janvier 1992*. Conseil de l'Europe 1993, p.12

sentido se pronuncia la Recomendación de la UNESCO sobre la conservación de los bienes culturales que la ejecución de obras públicas o privadas pueda poner en peligro (²¹⁹).

E.- PRINCIPIO DE LA SOLIDARIDAD Y DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL.

Este principio, al igual que el principio de solidaridad y cooperación que rige en el ámbito de la protección internacional del medio ambiente, podría ser calificado de redundante, o desprovisto de especificidad con relación a las obligaciones generales suscritas por los Estados miembros de Naciones Unidas, sin embargo, constituye “una manifestación particular de un principio cardinal para el conjunto de las relaciones internacionales” (²²⁰).

La primera vez que en un instrumento normativo de carácter internacional aparece la noción de "patrimonio cultural de toda la Humanidad" es en el Preámbulo de la Convención de 1954 que consagra una concepción completamente innovadora respecto de la protección del patrimonio cultural (²²¹). Expresa un principio de solidaridad internacional,

²¹⁹. Adoptada por la Conferencia General en su decimoquinta reunión, París, 19 de noviembre de 1968. La Recomendación reserva un apartado específico para lo relativo a la financiación (punto 15), en el cual estipula que “Los Estados miembros deberían prever la consignación de los fondos necesarios para conservar o salvar los bienes culturales que la ejecución de obras públicas o privadas pueda poner en peligro”

²²⁰. DUPUY, Pierre Marie: “Le droit international de l’environnement et la souveraineté des États. Bilan et perspectives”, *L’Avenir du Droit international de l’environnement*, R.C.A.D.I., Colloque, 1984, p. 44.

tendente a superar una visión puramente nacionalista (o estatalista), al enunciar que los daños ocasionados a los bienes culturales de cualquier pueblo representan un atentado al patrimonio cultural de toda la humanidad., puesto que "cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial" (²²²). Dado que la conservación del patrimonio cultural es de "gran importancia para todos los pueblos del mundo", la defensa y conservación del mismo incumbe a todas las naciones de manera que debe ser promovida tanto desde el ámbito nacional como del internacional.

Puede afirmarse, por consiguiente, que el principio inspirador del Preámbulo es el de solidaridad y de cooperación internacional en la protección del patrimonio cultural.

La labor de la UNESCO, a través de la adopción de múltiples instrumentos internacionales, convenciones y recomendaciones, ha resultado decisiva ya que ha contribuido a consolidar progresivamente este principio.

La Recomendación de 1956 que define los principios internacionales que deberán aplicarse a las excavaciones arqueológicas -cuyo Preámbulo destaca el enriquecimiento que suponen tales descubrimientos para toda la Comunidad internacional-, si bien pretende que sea cada Estado en particular el que adopte una serie de disposiciones y medidas destinadas a asegurar la protección de su patrimonio arqueológico, al mismo tiempo subraya la necesidad de fomentar la cooperación internacional para

²²¹. Este nuevo concepto aparece por primera vez en el Proyecto de Convenio de la Oficina Internacional de Museos de 1938, que finalmente no pudo ser aprobado a causa del estallido de la Segunda Guerra Mundial.

²²². Esta última frase fue añadida en base a una proposición de la extinguida Unión Soviética.

conservar los vestigios fruto de las excavaciones en bien del interés común, puesto que es la comunidad internacional en su conjunto la que participa de tales descubrimientos.

En la Convención de 1970, sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales aparece reflejado igualmente el principio de la cooperación internacional, si bien las disposiciones de la Convención se centran en las medidas de carácter nacional a adoptar por los Estados.

Ello podría conducir, a priori, a considerar que representa una contradicción o retroceso en la afirmación del principio de cooperación internacional, en el sentido de que no dota a la Comunidad internacional de los medios institucionales y financieros para efectuar la aplicación del mismo. En realidad, se trata de una expresión diferente de este principio, que se plasma a través de mecanismos de restitución al Estado de origen de los bienes culturales exportados ilícitamente.

La disposición que plasma con mayor claridad dicho principio es el artículo 9º de la Convención en virtud del cual, todo Estado Parte cuyo patrimonio cultural es puesto en peligro a consecuencia de pillajes arqueológicos o etnológicos puede dirigir un llamamiento a los “Estados interesados”. De modo que éstos se comprometen a participar en cualquier operación internacional concertada para aplicar las medidas concretas necesarias. Los Estados afectados tienen la obligación de prestarse asistencia mutua para permitir, sobre todo, la repatriación de los bienes

exportados ilícitamente; ayudando a hallar el bien en cuestión y a intentar, llegado el caso, a intentar las acciones necesarias para obtener la restitución.

El artículo 9º de la Convención prevé formas específicas de cooperación internacional, de modo que establece un procedimiento que ha sido definido como “procedimiento de urgencia”, destinado a prestar asistencia a todo Estado Parte cuyo patrimonio cultural se encuentre en peligro a consecuencia de pillajes arqueológicos o etnológicos (²²³). Esta disposición legitima a un Estado que se encuentra en dichas circunstancias a efectuar un llamamiento a los Estados interesados. Los Estados Parte se comprometen a participar en una operación internacional de estas características con el fin de determinar y aplicar las medidas concretas necesarias, incluso el control de la exportación, la importación y el comercio internacional de los bienes culturales que sufren el daño.

No obstante, en la Convención no existe ninguna disposición que indique de una manera expresa en qué consiste exactamente la situación de peligro que permite recurrir a este art. 9º. Asimismo, desde el punto de vista del ámbito de aplicación material del mismo, debe destacarse, que no se aplica a todos los bienes mencionados en el artículo. 1º de la Convención, sino que hace referencia expresa únicamente a los bienes de carácter arqueológico y etnológico.

A pesar de las deficiencias enunciadas, dicha disposición en algunos Estados Partes ha llevado a la adopción de una legislación de aplicación, tal

²²³. Sobre esta cuestión véase: WILLIAMS, Sharon: *The International and National Protection of Movable Cultural Property. A Comparative Study*, Dobbs Ferry-New York, 1978, p.186; citado por FRIGO, Manlio; *op cit.* p. 218.

es el caso de Estados Unidos (²²⁴). Con fundamento en la Convención, apelación a esta normativa en varias ocasiones se han adoptado medidas destinadas a prohibir la importación, a dicho país, de varias categorías de bienes culturales que habían sido objeto de pillaje sistemático en su país de origen; se trata principalmente de los productos de excavaciones arqueológicas clandestinas realizadas en América Latina.

La expresión convencional más acabada de este principio es la contenida en la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, de 1972. Plasma el reconocimiento por los Estados Partes del carácter universal de ciertos bienes culturales y naturales por su interés excepcional e irremplazable, que trasciende fronteras políticas y geográficas, y “en cuya protección la comunidad internacional entera tiene el deber de cooperar”. En el Preámbulo de la Convención se pone de manifiesto que “incumbe a la colectividad internacional entera participar en la protección (...) prestando una asistencia colectiva que sin reemplazar la acción del Estado la complete eficazmente (...), organizada de una manera permanente y según métodos científicos y modernos”.

De esta manera el Preámbulo justifica la necesidad de prever una protección jurídica internacional de aquél patrimonio cultural y natural que presente un interés excepcional para la humanidad entera, protección que según se ha expresado, estaría basada en los principios de “protección colectiva” y de “eficacia del sistema de protección”. La cooperación y asistencia internacional deben contribuir a conservarlo como “patrimonio

²²⁴. Convention on Cultural Property Implementation Act, Public Law 97-446, firmada por el Presidente de los Estados Unidos el 12 de enero de 1983, U.S.C; 19, p.2601; C.F.R; 19, 12.104., citado por CLÉMENT, E; *op. cit*; p.548.

mundial de la humanidad entera”, y protegerlo de “los nuevos peligros que lo amenazan” (225).

En la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, si bien la obligación de conservación y protección del patrimonio cultural corresponde en primer lugar a cada Estado en el territorio del cual se halla situado, se estipula igualmente la responsabilidad de los Estados Partes ante la Comunidad internacional; a este fin instaura un mecanismo de cooperación internacional. No obstante, éste no abarca cualquier bien cultural de un Estado sino ciertos bienes que “*presentan un interés excepcional que exige que se conserven como elementos del patrimonio mundial de la humanidad entera*” (Preámbulo).

El artículo 6º constituye la disposición básica en la cual se define la responsabilidad que debe asumir la Comunidad internacional para la conservación del patrimonio cultural (226). En el párrafo 1º del mismo se

²²⁵. Algunos de los diversos tipos de problemas que debe afrontar el patrimonio mundial, son los siguientes: la amenaza de desaparición debido a un deterioro avanzado, otros peligros relacionados con el desarrollo y los cambios de los modos de vida como, la industrialización, el rápido desarrollo urbano y turístico, las inversiones que este fenómeno conlleva y los choques culturales que puede implicar. En algunos casos el peligro viene provocado por el abandono, el desinterés o la pobreza; en otros, son las catástrofes naturales y cataclismos las que provocan graves deterioros. El artículo 11 de la Convención de 1972, contempla la mayoría de estos peligros.

²²⁶. Artículo 6º:

“1. Respetando plenamente la soberanía de los Estados en cuyos territorios se encuentre el patrimonio cultural y natural a que se refieren los artículos 1 y 2 y sin perjuicio de los derechos reales previstos por la legislación nacional sobre ese patrimonio, los Estados Partes en la presente Convención reconocen que constituye un patrimonio universal en cuya protección la comunidad internacional entera tiene el deber de cooperar.

2. Los Estados Partes, se obligan, en consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en la presente Convención, a prestar su concurso para identificar, proteger y

enuncia el “deber de cooperar” de la comunidad internacional, sin embargo ello queda subordinado a la demanda que haga el Estado en cuyo territorio se encuentra situado el bien (pár.2º). En relación con el último párrafo del artículo 6º, cabe destacar su relevancia puesto que protege a los bienes inscritos en la Lista del Patrimonio Mundial de todo daño que pudieran infligirle cualquiera de los Estados Partes.

En el ámbito regional europeo, la Convención Europea sobre las infracciones relativas a los bienes culturales, de 1985, a fin de atender a su objetivo principal, consistente en preservar los bienes culturales de la criminalidad de que son objeto, la cual pone en peligro el valor económico y social de los mismos, prevé una acción solidaria del conjunto de países europeos, “ya sean países exportadores, países de tránsito o países de importación o simplemente concernidos en nombre del patrimonio común”⁽²²⁷⁾. Asimismo, establece la obligación, para los Estados miembros, de colaborar entre sí a fin de prevenir posibles infracciones contra los bienes culturales (artículo 5º) y a cooperar en vistas a la restitución al Estado de origen de los bienes hallados en su territorio como resultado de una infracción cometida sobre el territorio de uno de los Estados parte (artículo 7º).

revalorizar el patrimonio cultural y natural de que trata el artículo 11, párrafos 2 y 4, si lo pide el Estado en cuyo territorio esté situado.

3. Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención se obliga a no tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño directa o indirectamente, al patrimonio cultural y natural de que tratan los artículos 1 y 2 situado en el territorio de otros Estados Partes en esta Convención.”

²²⁷. SCHUTTER, B: “L’harmonisation du droit penal et la cooperation penale internationale comme instruments de protection”, *La protection juridique internationale des biens culturels. Actes du trezième colloque de droit européen*, Delphes, 20-22 septembre 1983, p. 100.

2.- PRINCIPIOS CORRECTORES.

La protección internacional de los bienes culturales vertebrada en torno de los anteriores principios encuentra límites correctores en virtud del contrapeso más importante a la internacionalización del sector: el respeto de la soberanía del Estado sobre los bienes culturales. Junto a este principio angular del Derecho internacional tradicional, y emparentados con él, otros dos principios de reciente configuración limitan dicha internacionalización: la conservación *in situ* y la subsidiaridad. Estos dos principios presentan un potencial normativo que no sólo se oponen a la completa internacionalización, sino que también limitan el ejercicio de la soberanía del Estado en su sentido tradicional.

A.- EL PRINCIPIO DEL RESPETO A LA SOBERANÍA DEL ESTADO.

El respeto a la soberanía nacional de los Estados partes queda plasmado principalmente en la Convención de 1972 fundamentada en la interacción de dos principios jurídicos fundamentales: el principio de la soberanía nacional del Estado y el principio de cooperación y solidaridad internacional (²²⁸).

El principio de la soberanía nacional de los Estados se pone de manifiesto cuando la Convención afirma el respeto pleno a la soberanía de

²²⁸. En este sentido véase: CORRIENTE CÓRDOBA, José Antonio: “El camino de Santiago y la protección de bienes culturales”, *Anuario de Derecho Internacional*. Universidad de Navarra, 1993, pp. 41-56.

los Estados en cuyos territorios se encuentren ubicados los bienes a proteger (artículo 6º). Igualmente se puede entrever, cuando se determina que corresponde a cada Estado Parte identificar y delimitar los bienes de su territorio merecedores de la protección que establece la Convención (artículo 3º) y de presentar ante el Comité del Patrimonio Mundial el inventario de los bienes del patrimonio cultural y natural para ser incluidos en la “Lista del patrimonio mundial”. No es posible la inscripción de un bien en dicha Lista sin el consentimiento del Estado interesado (artículo 11.1.2.3).

Partiendo de este principio, se fija un sistema de protección nacional que es el que debe aplicarse prioritariamente y que comporta también una serie de obligaciones.

En primer lugar, cada Estado Parte reconoce la obligación “que le incumbe primordialmente” de proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio y se compromete a emplear el máximo de recursos para cumplir con ésta obligación (artículo 4º). Para que dicha obligación efectivamente se cumpla la Convención apunta un conjunto de medidas (artículo 5º) que deben ser adoptadas “dentro de lo posible” por cada Estado Parte, son las siguientes:

- Adopción de una política general “encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva”, así como la integración de la protección de éste patrimonio “en los programas de planificación general”.

- Creación de servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural.

- Desarrollo de los estudios y la investigación científica y técnica en este ámbito, así como perfeccionar los métodos de intervención que permitan al Estado enfrentarse a los peligros que amenazan a su patrimonio.

- Adopción de las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras que resulten adecuadas para la protección, la conservación y la rehabilitación de dicho patrimonio.

- Facilitar la creación de centros nacionales o regionales de formación en materia de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural ⁽²²⁹⁾.

En segundo lugar, la Convención impone también al Estado (artículo 6º.3) la obligación de no tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente a dicho patrimonio situado en el territorio de otros Estados Partes.

En el ámbito estatal, cuando existen situaciones de soberanía compartida, como es el caso de los Estados de estructura federal, se han suscitado algunos conflictos con relación a la aplicación de la Convención. Éstos han dado lugar a una jurisprudencia cuyo valor es fundamental tanto

²²⁹. La Recomendación de 16 de noviembre de 1972 detalla de una manera más concreta e incluso amplía el anterior conjunto de medidas, véase: el apartado V de la misma dedicado a las “Medidas de protección”, en las que se incluyen medidas científicas y técnicas, medidas administrativas, medidas de carácter jurídico y medidas financieras.

con relación al reconocimiento jurídico de la Convención como respecto de su interpretación.

Al mismo tiempo los conflictos planteados dejan al descubierto los puntos débiles de la Convención derivados de la contradicción fundamental que la sustenta; la cual se plasma en que, por una parte, en su Preámbulo postula que los bienes del patrimonio mundial pertenecen a toda la Humanidad y, por otra parte, reconoce que estos bienes se sitúan en el territorio de Estados soberanos que se comprometen a asegurar su transmisión a las generaciones futuras.

Algunos de los casos más interesantes son los que opusieron en dos ocasiones al Gobierno federal australiano y a entidades regionales respecto al Parque nacional de Kakadu (²³⁰), y respecto de la Zona de naturaleza salvaje de Tasmania (²³¹). Resulta de especial interés el último de dichos conflictos, *The Commonwealth of Australia v. The State of Tasmania* (1983), planteado ante la Corte *High Court* de Australia ya para su resolución este tribunal analizó la naturaleza de las obligaciones impuestas a los Estados parte sobre la base de los artículo 4º y 5º de la Convención de 1972.

Los antecedentes de hecho de este asunto se centran en los planes del Estado de Tasmania de construir una presa en el *Gordon River*, en un área conocida como el Parque Nacional del Desierto de Tasmania Occidental, que había sido propuesta por Australia para ser incluida en la Lista del

²³⁰. Inscrito en la Lista del Patrimonio Mundial el 30 de octubre de 1981.

²³¹. Inscrito en la Lista del Patrimonio Mundial el 17 de diciembre de 1982.

Patrimonio Mundial (²³²). El Comité del Patrimonio Mundial aceptó su inscripción en diciembre de 1982, sin embargo, enterado del proyecto de Tasmania, expresó una seria preocupación respecto de los efectos del mismo sobre dicha área, y, consecuentemente dirigió una recomendación a las autoridades australianas en el sentido de adoptar todas las medidas posibles para proteger la integridad de la zona. Australia adoptó, en 1983, una normativa específica al respecto en virtud de la cual la construcción de la presa se convertía en un acto ilícito (²³³).

El Estado de Tasmania cuestionó, con base en la Constitución, la competencia de Australia para adoptar una normativa que prohibiera la construcción de la presa. El gobierno federal de Australia instó al Tribunal Supremo a que se pronunciara sobre la legalidad de las medidas adoptadas para proteger el Parque Nacional de Tasmania Occidental. La cuestión clave planteada ante el Tribunal era la de determinar si la Convención sobre la protección del patrimonio mundial de 1972 impone, a cada uno de los Estados partes, la obligación jurídica de proteger el sitio, inscrito en la Lista del patrimonio mundial, y situado en su territorio.

El Gobierno federal de Australia sostuvo que efectivamente la Convención imponía tal obligación, en cambio el Estado de Tasmania basó su argumentación en la idea central de que la Convención no crea una obligación real para los Estados sino que se trata meramente de una

²³². En fecha 13 de noviembre de 1981.

²³³. Respecto a la normativa adoptada según señala LYSTER, se trata de dos Reglamentos promulgados por el *The Governor -General, Regulations (S.R. Nos. 31 and 66 of 1983)* y una Ley adoptada por el Parlamento Australiano en 1983, se trata de la *World Heritage Properties Conservation Act of 1983*; véase: LYSTER, Simon: “The Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage”, en *International Wildlife Law*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1985, pp. 223.

declaración de intenciones o un acuerdo político pero sin fuerza jurídica vinculante.

La Corte por una mayoría de 4 a 3, falló a favor de la autoridad de Australia para prohibir la construcción de la presa. Las opiniones de los cuatro magistrados que formaron la mayoría coincidieron en afirmar que la Convención impone una obligación jurídica a Australia de proteger el Parque Nacional del Desierto de Tasmania Occidental. La Corte consideró que las disposiciones claves de la Convención que permitían deducir la existencia de una obligación para los Estados Partes, y en particular respecto de Australia de proteger el área mencionada, son los artículos 4º y 5º. De ahí que fueran analizados con mayor profundidad en aras a determinar las clases de obligaciones que imponen a los Estados contratantes.

El Juez Brennan sostuvo que una parte de la redacción de los artículos 4º y 5º es criticable debido a su falta de precisión y el margen de discrecionalidad que deja a los Estados Partes sobre la manera de proteger los sitios del Patrimonio mundial (²³⁴), sin embargo ello no permite deducir que tengan un carácter meramente programático sino que al contrario:

“Articles are not merely hortatory (..) there is a clear obligation on Australia to act under Articles 4 and 5, though the extent of that obligation

²³⁴. En particular considera criticable la última parte del artículo 4º que estipula “Procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos de que disponga...”; respecto del artículo 5º se refiere a la primera parte del artículo “Con objeto de garantizar una protección y una conservación eficaces y revalorizar lo más activamente posible el patrimonio cultural y natural situado en su territorio y en las condiciones adecuadas a cada país...”, así como a su apartado d). “

may be affected by decisions taken by Australia in good faith (...). No doubt the allocation of resources is a matter for each Party to decide and the allocation of resources for the discharge of the obligation may thus be said to be discretionary, but the discretion is not large. It must be exercised “in good faith”, as Art. 26 of the Vienna Convention requires. If a Party sought exemption from the obligation on the ground that it had allocated its available resources to other purposes, the question whether it had done so in good faith would be justiciable” (²³⁵).

El Juez Mason sostuvo igualmente que dichos artículos no pueden ser considerados como una simple declaración de intenciones (²³⁶). En cambio, el *Chief Justice*, Sir Harry Gibbs en su opinión disidente mostró su desacuerdo con la sentencia, al sostener que “*The very nature of these obligations is such as to indicate that the State Parties to the Convention did not intend to assume a legal obligation to perform them*” (²³⁷).

La sentencia del caso *The Commonwealth of Australia v. The State of Tasmania*, tiene una especial relevancia y puede servir de punto de referencia cuando se plantee una cuestión similar con relación a otro Estado parte. Su singular interés merece ser destacado por dos motivos básicos. En primer lugar, porque permitió plantear el alcance real de la Convención y en

Adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas...” (el subrayado es nuestro).

²³⁵. Véase: LYSTER, Simon: “The Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage”, en *International Wildlife Law*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1985, pp.224-225.

²³⁶. Afirmó al respecto “(...) There is a distinction between a discretion as to the manner of performance and a discretion as to performance or non-performance. The latter, but not the former, is inconsistent with a binding obligation to perform”; *Ibid*; p.224.

segundo lugar, porque la mayoría de los magistrados confirmó rotundamente la existencia, respecto de cada uno de los Estados Partes, de una obligación jurídica vinculante de hacer todo lo posible para proteger los sitios inscritos en la Lista del Patrimonio Mundial, situados en su territorio.

B.- EL PRINCIPIO DE LA CONSERVACIÓN *IN SITU*.

La idea principal que encierra este principio se resume en que se protege el bien, no sólo en cuanto parte integrante del patrimonio cultural, sino también el hecho de que se halle en el territorio del Estado de origen, en el entorno natural o histórico que le corresponde. Desde una perspectiva jurídico internacional, el principio deriva del anterior. Sin embargo, no sólo se trata de una consecuencia del respeto de la soberanía del Estado, sino que se trata más bien de un elemento común con ésta entendida desde la perspectiva funcional que es propia del sector del patrimonio cultural, puesto que la conservación *in situ* también rige *en el interior* del Estado. De aquí sus vínculos también con el siguiente principio corrector: el de la subsidiariedad.

La Convención de 1970 prevé una serie de medidas destinadas a controlar las excavaciones arqueológicas. Entre éstas figura la creación, por los Estados partes, de unos servicios de protección del patrimonio cultural. Según determina la Convención, estos servicios nacionales deberán contribuir a organizar el control de las excavaciones, asegurar la conservación *in situ* de ciertos bienes culturales y proteger las zonas arqueológicas reservadas a excavaciones a investigaciones arqueológicas futuras (artículo 5º.d).

²³⁷. LYSTER, Simon: “The Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage”, en *International Wildlife Law*, Grotius Publications Limited,

En el ámbito regional europeo, el Convenio para la salvaguardia del Patrimonio Arquitectónico, de 1985, entre los mecanismos de protección que contempla se deduce este principio al prohibir expresamente el desplazamiento de la totalidad o parte del monumento protegido, excepto que constituya un imperativo para su salvaguardia, y en este caso se exigirán las garantías técnicas suficientes (²³⁸).

La Convención Europea sobre la protección del Patrimonio Arqueológico, de 1992, contempla, la posibilidad de que, en determinados casos, durante la realización de obras urbanísticas, sean hallados algunos vestigios arqueológicos. Si esto se produce dispone como solución que, en la medida de lo posible, sean conservados *in situ*.

Asimismo, la Convención complementa el catálogo de medidas destinadas a la prevención de la circulación ilícita con una acción educativa, informativa, de vigilancia y de cooperación dirigidas al público en general con el fin de concienciarle de que la sustracción de un elemento del patrimonio arqueológico aislado supone hacerle perder gran parte de su valor científico, ya que se le excluye de su contexto, y además supone una agresión nefasta para el sitio o las propias excavaciones.

Este principio adquiere especial relevancia en el supuesto del patrimonio cultural sumergido, el Proyecto de Convención Europea insiste

Cambridge, 1985, p.225.

²³⁸. Esta prohibición recogida en el artículo 5º de la Convención se inspira en el artículo 7º de la Carta internacional sobre conservación y restauración de monumentos y sitios, “la Carta de Venecia” adoptada en 1965 por el Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS), el cual determina lo siguiente: “*A monument is inseparable from the history to which it is located. The moving of all or part of a monument cannot be allowed except where the safeguarding of that monument demands it or where it is justified by national or international interest of paramount importance*”.

especialmente en que los Estados contratantes adopten las medidas apropiadas para proteger los bienes culturales *in situ* (²³⁹). El bien cultural debe permanecer sumergido hasta que se hayan adoptados las medidas oportunas y la decisión sobre la recuperación del bien o la conservación *in situ*; si no se pueden adoptar estas medidas imprescindibles para la preservación del bien, es aconsejable dejarlo en el sitio de origen ya que el medio físico marino puede resultar más favorable para preservarlo, mientras que exponerlo a la atmósfera podría perjudicarlo (²⁴⁰).

El principio de la conservación *in situ* es contestado por los países que habitualmente actúan como “importadores” de bienes culturales. Los argumentos de los partidarios del liberalismo cultural se fundamentan en la idea de que, en múltiples casos, la permanencia en el país de origen supone una “*destructive retention*” o un “*covetous neglect*” ya que contribuye al deterioro de los bienes por carecer éste, de la infraestructura adecuada para conservarlos. En coherencia con lo anterior propugnan su traslado al extranjero a fin de “salvarlos” de la destrucción en el Estado de origen (²⁴¹). Sin embargo esta concepción de la conservación llevada a sus últimas consecuencias ha supuesto en algunos casos la mutilación de bienes culturales bajo la apariencia formal de querer preservarlos e incluso el

²³⁹. El artículo 3º apart. 1 del Proyecto precisa: “Les Etats contractants devront s’assurer, autant que possible, que toutes les mesures appropriées en vue de protéger les biens culturels subaquatiques *in situ*.”, véase: CONSEIL DE L’EUROPE. Comité *ad hoc* d’experts sur le patrimoine culturel subaquatique (CAHQ): Projet de Convention pour la protection du patrimoine culturel sudaquatique, DIR/JUR (84) 1, Strasbourg, le 22 juin 1984.

²⁴⁰. Para un análisis en mayor profundidad del Proyecto véase: LEANZA, Umberto: “Le régime juridique international de la Méditerranée”, *R.C.A.D.I.*, 1992-V, Tome 236, pp.256-263.

expolio de patrimonios nacionales. Así una parte de la doctrina ha defendido “la **permanencia** en su lugar de origen como cauce más adecuado para asegurar mínimamente su conservación y su **integridad**. A través de la permanencia se mantiene, además, la cohesión necesaria entre los bienes culturales y la comunidad de procedencia, que permite a los antropólogos, arqueólogos, historiadores y cualesquiera otros estudiosos analizar debidamente las diversas civilizaciones y a éstas, en particular conocer su tradición” (²⁴²).

C.- PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

El principio de subsidiariedad ha sido objeto, en una época reciente, de múltiples estudios -esencialmente desde la perspectiva del Derecho comunitario europeo - a partir de su inserción en el artículo 3B del Tratado de la Unión Europea; sin que proceda realizar, en este marco, un estudio en profundidad del mismo, sí que deberemos considerar su concepto y características principales para analizar como actúa en este sector en particular.

En términos generales, el principio de subsidiariedad fundamentalmente puede determinar “que el ejercicio de una competencia corresponderá a aquel nivel político-administrativo mejor capacitado para su materialización óptima- la autoridad debe ejercerse en el nivel más adecuado para una aplicación más eficiente-, primando el nivel político más cercano al ciudadano. En virtud de este principio “toda colectividad superior interviniendo en competencias de una colectividad de base, lo hace

²⁴¹. MERRYMAN, John Henry: “Two ways of thinking about cultural property”, *The American Journal of International Law*, Col. 80, No. 4, october 1986, p.846.

²⁴². En este sentido véase: FUENTES CAMACHO, Víctor: *El tráfico internacional de bienes culturales*, Eurolex, Editorial Beramar, Madrid, 1993, 70-75.

de forma subsidiaria para remediar una insuficiencia de medios o incapacidad de resultados de tal colectividad de base” (243).

Se trata pues, de un principio con un carácter “absolutamente finalista”, fundamentado en el principio de “máxima eficacia social del que el PS sería una manifestación concreta y específica, como criterio relativamente objetivo de atribución de responsabilidades y de competencias, desde el individuo hasta cualquier nivel de poder, sea estatal, europeo o mundial” (244).

La aplicación del principio de subsidiariedad, puede ser extrapolada al ámbito de la protección del patrimonio cultural, especialmente con relación al sistema de protección colectiva y de asistencia internacional creado por la Convención de 1972. Se configura como un sistema subsidiario que completa la acción principal del Estado directamente interesado sin reemplazarla. Este sistema internacional de protección para salvaguardar este patrimonio cultural y universal de interés excepcional complementa eficazmente, sin sustituirlos, los programas nacionales de conservación del patrimonio; puede afirmarse por tanto, que se trata de un sistema de cooperación y asistencia internacional basado en el principio de subsidiariedad.

²⁴³. CASTRO RUANO, José Luis: “El principio de subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea: Una lectura en clave regional”, *Gaceta Jurídica de la C.E. Serie D*, octubre 1995, pp.219.

²⁴⁴. PIÑOL RULL, Joan Lluís: “El proceso de adopción del principio de subsidiariedad en la Comunidad Europea”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, nº 25, Barcelona 1995, p.74.

Dicho sistema de protección internacional viene descrito en el artículo 7º, conforme al cual, de acuerdo con los fines de la Convención, se entenderá por protección internacional del patrimonio cultural y natural “el establecimiento de un sistema de cooperación y asistencia internacional destinado a secundar a los Estados Partes en la Convención en los esfuerzos que desplieguen para conservar e identificar ese patrimonio”.

El principio de subsidiariedad se pone de manifiesto en la Recomendación que define los principios internacionales que deberán aplicarse a las excavaciones arqueológicas, de 1956. Protege “a todo vestigio cuya conservación presente un interés público desde el punto de vista de la historia o del arte” (pár. I, 2), reservando a cada Estado la facultad de adoptar el criterio que estime más apropiado para determinar dicho interés.

Asimismo, el principio de la subsidiariedad queda recogido en la Recomendación relativa a la salvaguardia de los conjuntos históricos y su función en la vida contemporánea, de 1976. Establece que la salvaguardia de los conjuntos históricos y su integración en la vida colectiva actual, constituye una obligación que debe ser ejercida por los poderes de la comunidad en la cual se halla situado el conjunto histórico, ya sea en el plano estatal, regional o local, en función de la distribución de competencias de cada Estado.

En el ámbito regional europeo, el Convenio para la Salvaguardia del Patrimonio Arquitectónico de Europa, de 1985, estipula que el patrimonio protegido debe beneficiarse, en cada Estado parte, de un régimen jurídico específico. En consecuencia dicho régimen puede variar en función de las

disposiciones legislativas, políticas o administrativas de los diferentes Estados; ahora bien, los objetivos que deben alcanzar el régimen de protección son comunes a todos los Estados partes. Se trata de impedir la desfiguración, degradación o demolición de los bienes protegidos, así como la obligatoriedad de establecer unos procedimientos de control y las autorizaciones apropiadas para la realización de trabajos y proyectos susceptibles de afectar al patrimonio arquitectónico.

Si tenemos en cuenta la distinción que realiza la doctrina del principio de subsidiariedad, en función de su contenido material, puede afirmarse que este Convenio establece, en parte, sin llevarla al extremo, una subsidiariedad horizontal, es decir, la distribución de funciones entre poderes públicos y sociedad civil (²⁴⁵); puesto que considera un imperativo el que se desarrollen mecanismos que favorezcan la participación de la iniciativa privada en la conservación del patrimonio. El Convenio recoge la idea de la necesaria distribución de las cargas de la conservación del patrimonio entre el conjunto de la sociedad y que no recaigan exclusivamente sobre los poderes públicos. Este planteamiento se encuentra presente en numerosos trabajos que ha realizado el Consejo de Europa en este ámbito y que incluyen recomendaciones y orientaciones sobre la financiación de la conservación, abordando el tema de las subvenciones y de una política fiscal favorable a la salvaguardia del patrimonio.

La Convención Europea sobre la Protección del Patrimonio Arqueológico, de 1992, establece que las medidas a adoptar para la conservación del patrimonio necesitan de un soporte financiero al cual

²⁴⁵. PIÑOL RULL, Joan Lluís: “El proceso de adopción del principio de subsidiariedad en la Comunidad Europea”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, nº 25, Barcelona 1995, p. 75.

deben contribuir los poderes públicos nacionales, regionales o locales, en función de sus competencias.

CAPÍTULO TERCERO:

EL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL.

Los elementos configuradores del sector: ámbito material, procedimientos de creación de normas y principios sustantivos que lo regulan adquieren concreción en el régimen jurídico resultante, caracterizado por el reconocimiento de un estatuto jurídico internacional específico de los bienes culturales y la vigencia de un conjunto coherente de derechos y obligaciones, que, partiendo del Derecho Internacional vigente, presenta una clara tendencia a su desarrollo y expansión, interactuando con otros sectores del ordenamiento jurídico.

I.- EL RECONOCIMIENTO DE UN ESTATUTO JURÍDICO ESPECÍFICO AL BIEN CULTURAL.

El análisis de los diferentes instrumentos internacionales dedicados a la protección internacional del patrimonio cultural permite observar que existen diversos sistemas de protección que presentan modalidades concretas y diferenciadas de ejecución. Esto último no resulta un obstáculo para que en un determinado instrumento internacional se contemplen simultáneamente varios de dichos sistemas.

1.- SISTEMAS ESPECÍFICOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.

Desde una perspectiva evolutiva puede señalarse que los distintos sistemas de protección del patrimonio cultural han ido configurándose y adquiriendo entidad propia a partir de un proceso de diferenciación de los sistemas empleados por el Derecho internacional para la protección de los bienes en general. Paradigma de ello lo constituyen las normas dedicadas a la protección de los bienes culturales contenidas en **los Convenios de La Haya de 1899 y 1907**. Concretamente las disposiciones relativas a la protección de los bienes culturales están contenidas en el Reglamento de la Haya de 1907 anexo al IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 (artículos 27 y 56), y en el IX Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 relativo al bombardeo por las fuerzas navales en tiempo de guerra (artículo 5°).

Dichas normas pueden dividirse en dos categorías:

- las que protegen los bienes culturales de una manera indirecta, es decir, aquéllas que están destinadas a proteger los bienes civiles en general. Así por ejemplo: la prohibición de "destruir o apoderarse de las propiedades enemigas", prohibición de "bombardear, por cualquier medio que sea, ciudades, pueblos, casas o edificios que no estén defendidos" o la prohibición de "entregar al pillaje una población o localidad, aunque sea tomada por asalto" ⁽²⁴⁶⁾.

²⁴⁶. Véase: Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo al IV° Convenio de la Haya que lleva el mismo título, de 18 de octubre de 1907, artículos: 23 g.), 25, 28 y 47.

- las que los protegen expresamente (²⁴⁷). Entre éstas cabe señalar los artículos 27 y 56 del Reglamento anexo al IV Convenio de La Haya de 1907.

El artículo 27, párrafo 1º, estipula que:

"En los sitios y bombardeos deberán tomarse todas las medidas necesarias para librar en cuanto sea posible, los edificios consagrados al culto, a las artes, a las ciencias y a la beneficencia, los monumentos históricos (...) siempre que no se utilicen al mismo tiempo esos edificios con un fin militar".

Según se deduce del anterior precepto, se utilizaron como criterios para la protección de los bienes culturales, en primer lugar las cualidades intrínsecas del objeto; en segundo lugar, la institución a la que pertenece el objeto, y, en tercer lugar, que el objeto no fuera empleado con una finalidad militar durante el conflicto armado.

La anterior regulación, si bien todavía ocasional y en fase incipiente, representa el primer paso hacia una definición progresiva de sistemas particulares de protección expresamente destinados a ser aplicables a los bienes culturales. Estos sistemas pueden revestir varias modalidades, desde el hecho de otorgar al bien cultural la neutralidad e inmunidad en caso de conflicto armado, hasta la concesión de una serie de privilegios para el mismo.

²⁴⁷. Hay que señalar que se trata de grupos de objetos que entrarían dentro de lo que actualmente se denomina "bienes culturales" si bien esta categoría conceptual como tal tiene una aparición más tardía.

Tal como se aprecia en varios instrumentos internacionales, cuyo objeto y fin se dirigen a la protección del patrimonio cultural, la concesión de un estatuto privilegiado se concreta en la distinción entre un régimen de protección general y un régimen de protección especial. **La Convención de 1954**, por ejemplo, opta por la adopción de este sistema de protección.

Esta dualidad responde, a su vez, a las dos tendencias que surgieron durante la Conferencia. Una de ellas se decantaba hacia una protección lo más extensa posible. La otra, consideraba que la protección, para ser verdaderamente eficaz, debía circunscribirse a un número restringido de objetos seleccionados por su alto valor. El resultado final fue un texto que pretende conciliar ambas tendencias. Así, se estableció en los Capítulos I y II respectivamente, un sistema de protección general u "ordinario" (artículos 2º-7º) y un sistema de protección especial (artículo 8º-11).

- Con relación al sistema de protección general, cabe señalar que se benefician de él todos aquellos bienes culturales que se puedan incluir dentro de la definición fijada en el artículo 1º de la Convención (²⁴⁸). La

²⁴⁸. El artículo 1º estipula que “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, 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 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 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”.

protección, en términos generales, tal como queda definida en el artículo 2º de la Convención comprende dos elementos distintos : la salvaguardia y el respeto de los bienes. Esta noción, un tanto vaga, viene precisada en las disposiciones siguientes (art. 3º y 4º) que acotan, respectivamente, que debe entenderse por salvaguardia y respeto.

La “salvaguardia” está constituida por un conjunto de medidas positivas destinadas a asegurar que existan las condiciones materiales adecuadas para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

Las medidas de salvaguardia afectan al Estado en cuyo territorio se halle ubicado el bien cultural y son de carácter preventivo, han de ser adoptadas en tiempo de paz. Así el art. 3º, establece que "las Altas Partes Contratantes se comprometen a preparar en tiempo de paz la salvaguardia de los bienes culturales situados en su propio territorio contra los efectos previsibles de un conflicto armado, adoptando las medidas que consideren apropiadas" (²⁴⁹).

El “respeto”, en cambio, se define de una manera negativa, pues básicamente se refiere a la obligación de no cometer ciertos actos que están prohibidos. Implica, por cuenta de las Altas Partes Contratantes, una responsabilidad compartida. Ésta es una característica propia de la Convención de 1954 que cabe poner de relieve ya que impone la

²⁴⁹. Con esta disposición se salva una de las lagunas de las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 en las que hay una ausencia absoluta de cualquier recomendación sobre la preparación de la protección de los bienes culturales ya desde los tiempos de paz; echo que ya había puesto de manifiesto la Sociedad Neerlandesa de Arqueología en su Proyecto de Convenio de 15 de mayo de 1919.

responsabilidad de protección de los bienes culturales a las dos partes en el conflicto.

El Estado en cuyo territorio se halla el bien cultural queda obligado por un deber negativo. Se trata de una cláusula de *statu quo* puesto que en términos del artículo 4º. 1 dicho Estado deberá abstenerse de utilizar el objeto protegido, "sus sistemas de protección y proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado".

La otra parte en el conflicto se compromete a abstenerse de "todo acto de hostilidad contra dicho bien". Ambas obligaciones complementarias sólo podrán dejar de cumplirse en el supuesto de que "una necesidad militar impida de manera imperativa su cumplimiento" (artículo 2º.4). Esta disposición supone un retroceso con respecto al Pacto Roerich que omitía este tipo de cláusula.

Se comprometen igualmente las partes en conflicto a prohibir e impedir cualquier acto de robo o de pillaje contra los bienes culturales y a "no requisar los bienes culturales muebles situados en el territorio de otra Alta Parte Contratante" (artículo 2º.3). Asimismo, las Partes se obligan también a no llevar a cabo "medidas de represalia contra los bienes culturales" (art 2º.4).

Por último, en el supuesto de que alguna de las Altas Partes Contratantes no cumpla las medidas de salvaguardia previstas en el artículo 3º, las demás Partes Contratantes han de seguir cumpliendo con las obligaciones de respeto previstas en el artículo 4º, según queda establecido

en el párrafo 5º del mismo. Ello comporta una excepción a la aplicación del principio de reciprocidad que inspira muchas disposiciones en derecho de los tratados.

Así, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, contempla (artículo 60) la violación grave de un tratado, bilateral o multilateral, por una de las partes como causa de la terminación o suspensión de su aplicación; es lo que se denomina *exceptio non adimpleti contractus* (²⁵⁰). Sin embargo, este mismo artículo la declara inaplicable “a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que

²⁵⁰. El profesor GONZÁLEZ CAMPOS afirma que se trata de un principio “sólidamente asentado en la doctrina y en los distintos sistemas internos”. Tal como señala Dominique CARREAU, aunque no es muy amplia la práctica internacional en materia de inejecución de tratados internacionales por causa de que la otra parte no ha respetado sus propios compromisos convencionales, la existente si que se orienta claramente en el sentido de reconocer este principio. Algunos ejemplos relevantes los proporciona la jurisprudencia internacional. En el *Asunto de la desviación de las aguas del Mosa* (C.P.J.I; 1937, Series A/B, nº 70, p. 50), que enfrentó a Bélgica y los Países Bajos en 1937, Bélgica alegó que tenía el derecho a suspender la ejecución de un tratado celebrado con los Países Bajos debido a la violación por este último país de una de sus obligaciones convencionales. El juez Anzilotti, en su opinión disidente, estimaba que el principio alegado por Bélgica “es tan justo y equitativo y está reconocido de modo tan universal que debe aplicarse también a las relaciones internacionales”. Esta misma concepción fue confirmada posteriormente por la Corte Internacional de Justicia en su Dictamen de 21 de junio de 1971 sobre el *Caso Namibia*, en la que afirmó que “las normas de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados relativas a la terminación de un tratado a causa de su violación (las cuales fueron adoptadas sin oposición) pueden considerarse en gran medida como codificación del derecho consuetudinario existente en esta materia”. Ahora bien, los límites de este principio todavía son un poco imprecisos, ya que debe quedar muy claro que se trata de una violación grave o substancial del tratado bilateral o multilateral. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 18 de agosto de 1972, recaída en el *Asunto de la apelación concerniente a la competencia del Consejo de la OACI*, que enfrentaba a la India y Pakistán, la Corte consideró que no toda violación de un tratado por una de las partes contratantes autoriza automáticamente a la otra parte contratante a declararse desvinculada de toda obligación convencional; sería necesario que la violación de la obligación en cuestión fuera substancial (*Rec.* 1972, p. 67); véase: REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los tratados*, Tecnos, Madrid,

prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados” (Art. 60.5).

Así, puede establecerse un cierto paralelismo entre esta disposición del Convenio de Viena de 1969 y el artículo 4.5 del Convenio, de la Haya de 1954, ya que ambas representan una excepción al principio de reciprocidad en las relaciones internacionales que rige la ejecución de los compromisos internacionales, puesto que se prevé de manera expresa que la no ejecución por una de las Partes de sus obligaciones convencionales no exime a los otros Estados partes del cumplimiento de sus obligaciones.

Respecto al sistema de protección especial, cabe señalar que limita su aplicación a la protección de ciertos bienes culturales de “importancia muy grande” ⁽²⁵¹⁾. A diferencia del sistema de protección general, con relación al cual los bienes objeto de protección se definen de manera bastante amplia pero cuya protección es más limitada, en el sistema de protección especial los bienes culturales objeto de protección se definen desde una perspectiva más restrictiva, pero de manera inversamente proporcional se eleva el nivel de protección.

Este sistema se aplica a un número limitado de bienes. En virtud de lo estipulado en el artículo 8º de la Convención, se reserva a "un número restringido de refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles

1987, pp. 480-483 y CARREAU, Dominique: *Droit International*, Etudes Internationales, Pedone, París 1991, pp. 405- 407.

²⁵¹. La idea de otorgar una protección especial a ciertos bienes culturales aparece por primera vez en el Anteproyecto de Convenio de 1938 de la Oficina Internacional de Museos.

en caso de conflicto armado, de centros monumentales y otros bienes culturales de importancia muy grande".

Los bienes que puedan situarse bajo este régimen, además de beneficiarse del sistema de protección general, gozarán de inmunidad; es decir, de inviolabilidad absoluta, lo cual supone elevar la protección al máximo nivel. La inmunidad comporta para todo Estado Parte en la Convención, una obligación negativa, -de no hacer o de *statuo quo*-concretada en el deber de abstenerse de emprender cualquier "acto de hostilidad" contra ellos (²⁵²).

La concesión de esta protección especial va ligada a unas condiciones. En primer lugar, el bien de que se trate no debe ser utilizado con ninguna finalidad militar. En segundo lugar, los bienes protegidos deben hallarse "a suficiente distancia de un gran centro industrial o de cualquier objetivo militar importante considerado como punto sensible" (²⁵³). Es preciso resaltar que ni en el texto de la Convención ni en los trabajos preparatorios de la misma se halla precisada la noción de "suficiente distancia", de ello se deduce que no existe un criterio general

²⁵². Están comprendidos dentro de la expresión "todo acto de hostilidad" todas las operaciones de guerra en un sentido amplio, ya sean cometidas por la Parte adversa o por la Parte que se halla en posesión de los bienes. El uso de la expresión "todo acto de hostilidad" -que difiere de la utilizada por el Protocolo Adicional I de 1977, que emplea el término "ataque"- quiere significar que la Convención. protege a los bienes culturales frente a toda destrucción cometida por cualquier parte en el conflicto, ya sea cometida por un ataque o como resultado del deterioro de los objetos bajo su control; para un estudio en detalle de este sistema de protección especial véase, TOMAN, Jiri: *La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954*, Éditions UNESCO, París 1994, pp.117-170.

²⁵³. Véase: Artículo 8º, a) de la Convención de 1954. Algunos ejemplos de puntos sensibles los constituyen, los aeródromos, las estaciones de radiodifusión, un puerto o una estación ferroviaria de cierta importancia, una gran línea de comunicaciones etc.

que permita determinar de qué distancia se trata, sino que deberá ser interpretada en función de la situación concreta; es decir, caso por caso ⁽²⁵⁴⁾.

En tercer lugar, y a tenor del artículo 8º, párrafo 6, es una *conditio sine qua non* para que el bien pueda beneficiarse de este sistema de protección que haya sido inscrito en el "Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial" ⁽²⁵⁵⁾. La elección de los bienes culturales para ser inscritos en dicho Registro, esta sujeta a la discrecionalidad de la Alta Parte contratante en el territorio de la cual se encuentran los bienes.

Por último, los bienes que se benefician de este tipo de protección, así como los transportes y los refugios, aunque sean provisionales, al objeto de ser identificados, deben llevar el emblema de la Convención repetido tres veces; mientras que los bienes bajo protección general y el personal encargado de la protección de los bienes emplearán el emblema aislado ⁽²⁵⁶⁾.

La aplicación efectiva de este sistema de protección especial resulta bastante limitada. Las dificultades prácticas que conlleva la aplicación del artículo 8º de la Convención explica que los Estados no recurran a la

²⁵⁴. El art. 5 del Anteproyecto de Convención de 1938 fijaba la distancia en 500 metros. Esta falta de precisión de la noción de "distancia suficiente", según opina TOMAN, puede haber tenido influido en el bajo número de solicitudes de inscripción en el Registro Internacional que se han formulado hasta el momento.

²⁵⁵. El procedimiento de admisión se encuentra regulado con detalle en el Reglamento de aplicación de la Convención, art. 12-16.

²⁵⁶. Art. 17 de la Convención y artículos 20 y 21 del Reglamento para la aplicación de la Convención.

inscripción en el Registro ⁽²⁵⁷⁾. En otros supuestos los obstáculos para la aplicación de la Convención obedecen a razones exclusivamente políticas, como puede ser el no reconocimiento del gobierno que presenta la solicitud de inscripción ⁽²⁵⁸⁾, lo cual es difícilmente justificable desde la perspectiva de la protección del patrimonio cultural y choca diametralmente con la idea de la protección del patrimonio cultural en tanto patrimonio de la Humanidad.

En términos generales, el sistema de protección previsto por la Convención de 1954 presenta algunas innovaciones -con respecto a la regulación contenida en los Convenios de 1899 y de 1907- que contribuyen a garantizar una mayor protección para los bienes en caso de conflicto armado.

²⁵⁷. Según un informe de la UNESCO, solamente un total de ocho refugios y un centro monumental han sido inscritos en el Registro, son los siguientes: La Ciudad del Vaticano (18 de enero de 1960); un refugio situado en Austria (17 de noviembre de 1967); seis refugios situados en las comunidades de Zandvoort, Heemskerk, Stlenwijkerwold y Maastricht en los Países Bajos (12 de mayo de 1969); el refugio central Oberrieder Stollen situado en Alemania (22 de abril de 1978).

²⁵⁸. Un ejemplo de ello lo representa la demanda de inscripción, dirigida al Director General de la UNESCO, por la República Khmer el 31 de marzo de 1972 de los conjuntos monumentales de Angkor y de Roulos y de los santuarios situados en Pnom-Bok y en Pnom-Krom, así como un refugio situado en Angkor. El Director General, al igual que sucede con toda solicitud de inscripción, informó de la misma a las Altas Partes Contratantes Partes que, en virtud del art. 14 del Reglamento para la aplicación de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, pueden presentar oposición motivada a la inscripción en el Registro de un bien cultural. En este caso, el Director General recibió, dentro del plazo de cuatro meses previsto por el Reglamento, las cartas de oposición de cuatro Altas Partes Contratantes, Cuba Egipto, Rumania y Yugoslavia por considerar que la solicitud de inscripción en cuestión no había sido presentada por la autoridad que ellos reconocían como único gobierno legitimado para representar a la República Khmèr, hecho que provocó que el Director General no procediera a la inscripción de los bienes

Por una parte porque, según se determina en el artículo 4º.5, ninguno de los Estados Parte puede dejar de cumplir con las obligaciones de respeto que le impone el propio artículo 4º, aplicables tanto al sistema de protección general como al de protección especial, alegando que una de las Partes contratantes no aplica las medidas de salvaguardia estipuladas en el artículo 3º.

Por otra parte, porque, tal como establece el párrafo 1º del artículo 18, las disposiciones de la Convención se aplican a cualquier conflicto armado (²⁵⁹), tanto en el supuesto de una guerra declarada como en el caso de que uno de los contendientes no haya reconocido el estado de guerra.

Constituye también una aportación destacada de la Convención en cuanto al ámbito de aplicación, el suprimir la cláusula *si omnes* (²⁶⁰), por tanto las disposiciones de la Convención han de aplicarse a cualquier conflicto armado entre los Estados Partes aunque algún contendiente no sea

²⁵⁹. Según E. DAVID, existe una razón terminológica y una razón jurídica que explican la preferencia por la utilización de la expresión “conflicto armado”, ante el término “guerra”. La primera se basa en que la noción de conflicto armado parece cubrir un más amplio espectro de situaciones frente al concepto de guerra que tendría un significado más restrictivo. La segunda, es decir la razón jurídica que avala la elección de la expresión “conflicto armado”, reside en el hecho de que las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949 estipulan en su art. 2.1 común que se aplican no solamente “ en caso de guerra declarada” sino también “ de cualquier otro conflicto armado”, lo cual confirma que la noción de conflicto armado es más amplia que la de guerra, y en general los instrumentos jurídicos modernos utilizan preferentemente la expresión “conflicto armado”, como es el caso de la Convención de la Haya de 1954, e incluso diversas Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (por ejemplo las resoluciones sobre la protección de civiles, la aplicación de los derechos de la persona, la protección de mujeres y niños- Res. 2673 a 2677 (XXV) y 3318 (XXIX)- disponen que se aplican “en caso de conflicto armado” o “ en período de conflicto armado”. Sobre el concepto de conflicto armado, véase: DAVID, Eric: *Elements de droit des conflits armes*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruxelles 1993, pp. 37 y ss.

²⁶⁰. Véase: artículo 18, párrafo 1º.

parte en la Convención; se estipula además en relación con este último, que también se aplicará la Convención en la medida que haya declarado que acepta los principios de la Convención y los aplique.

Finalmente, según lo dispuesto en el artículo 19, párrafo 1º, la Convención se aplica igualmente a aquellos conflictos armados que no tengan carácter internacional (²⁶¹), por lo que, en consecuencia, cada una de las partes contendientes está obligada a aplicar, como mínimo, las disposiciones relativas a la obligación de respeto.

A fin de determinar el ámbito de aplicación *ratione materiae* de este artículo, debe ponerse el art. 19 en relación con el art. 4º 1, en virtud del cual: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar los bienes culturales situados tanto en su propio territorio como en el de las otras Altas Partes Contratantes, absteniéndose de utilizar esos bienes, sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer

²⁶¹. Podemos deducir cuáles son en virtud del ámbito de aplicación del Protocolo II, descrito en el Artículo 1º del Protocolo II de 1977, “..se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo Y (...) que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”. Quedan excluidas (art 1.2) “las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros análogos, que no son conflictos armados”. Tal como señala el Prof. PASTOR RIDRUEJO, “la distinción entre situaciones reguladas y no reguladas por el Protocolo puede ser difícil a veces en la práctica. Un ejemplo de conflicto contemplado por el Protocolo es el que entre 1980 y 1992 tuvo lugar en El Salvador. siendo esta República parte en los Protocolos de 1977, la Asamblea General determinó que el Protocolo II era de aplicación a ese conflicto” *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones internacionales*, Madrid 1994, p.679. Asimismo, pueden resultar útiles para determinar la noción de conflicto armado no internacional los criterios para la definición de los conflictos armados enumerados durante la Conferencia de Ginebra de 1949, *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire*, vol. IV, p. 40-43.

dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado, y absteniéndose de todo acto de hostilidad respecto de tales bienes”.

No obstante, como señala TOMAN, no se debería circunscribir las obligaciones de respeto, desde una perspectiva limitativa y restrictiva, a lo establecido en la anterior disposición, sino que cabría una interpretación extensiva que incluiría todas las disposiciones generales (Capítulos II-IV), contempladas en la Convención, relativas a la protección de los bienes culturales.

Dicha interpretación es posible si tenemos en cuenta el fin último de la Convención que es la protección de los bienes culturales contra cualquier amenaza de destrucción sin ser demasiado relevante el carácter internacional o interno del conflicto; lo cual es conforme a la regla general de interpretación de los tratados formulada en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, según el cual, “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente de los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Cabe poner de relieve la particular importancia de este artículo 19, puesto que, antes de la adopción del Protocolo Adicional II de 1977, era la única disposición aplicable a la manera de conducir las hostilidades en los supuestos de conflictos armados no internacionales. Aparte de esta disposición ninguna regla convencional del Derecho de La Haya (²⁶²) regía específicamente los conflictos armados no internacionales.

²⁶². NAHLIK, Stanislaw E.: “Droit dit de Genève et Droit dit de La Haye: Unicité ou Dualité?”, *Annuaire Français de Droit International*, 1978, p.9 y ss.

El artículo 19 se inspira en el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra, que “abrió una gran brecha en el muro de la soberanía, estableciendo el principio de la aplicabilidad *ipso iure* -como obligación jurídica e independientemente de la voluntad del Gobierno establecido- de un mínimo de reglamentación jurídica humanitaria cada vez que en el territorio de un Estado surgía un conflicto armado interno ⁽²⁶³⁾.

Si se toma en consideración la fuente de inspiración del artículo 19 - el artículo 3º (común a los cuatro Convenios de Ginebra)-, resulta más fácil determinar el ámbito de aplicación *ratione personae* del mismo. Al referirse a “cada una de las partes en conflicto”, el artículo 19, al igual que el artículo 3º, se refiere también a una parte que no haya firmado, ratificado o no se haya adherido a la Convención. Según el Comentario de la UNESCO al respecto cada uno de los adversarios “*est tenu par les engagements contractés par une collectivité dont il fait partie*” ⁽²⁶⁴⁾.

Sobre la base del texto de la Convención podría inferirse igualmente, que obliga no sólo a los Estados sino también a todas las otras entidades, partes en el conflicto, el carácter estatal de las cuales no es reconocido o incluso es contestado ⁽²⁶⁵⁾.

²⁶³. ABI-SAAB, Georges: “Los conflictos armados sin carácter internacional”, *Las dimensiones del Derecho Humanitario*, Instituto Henry Dunant, UNESCO, Tecnos 1990, pp. 215-236.

²⁶⁴. Véase: publicación del Gobierno de los Países Bajos: *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé: Actes de la conférence convoquée par l’UNESCO à La Haye, 21 avril-14 mai 1954*, La Haye, Staatsdruckkerij-en uitgeverijbedrijf, 1961, p.323.

²⁶⁵. TOMAN sostiene esta postura basándose en una interpretación literal del texto de la Convención ya que según describe, cuando la Convención de La Haya de 1954, se refiere a las “Partes adversarias”, el legislador ha utilizado siempre y sistemáticamente una “P”

2.- LA INSERCIÓN DE NORMAS DE PROTECCIÓN EN INSTRUMENTOS JURÍDICO INTERNACIONALES REGULADORES DE OTROS ÁMBITOS MATERIALES.

Además de los instrumentos normativos dirigidos específicamente a la protección del patrimonio cultural, cabe señalar, algunos instrumentos cuyo objeto principal es otro pero que, sin embargo, se refieren de manera tangencial a ciertos aspectos relacionados al patrimonio cultural. Entre éstos, destacan los siguientes:

A.- DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

En el Protocolo Adicional I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, se prevé igualmente un grado diferenciado de protección, así el artículo 53 estipula que:

“Sin perjuicio de las disposiciones del Convenio de la Haya de 14 de mayo de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y de otros instrumentos internacionales aplicables, queda prohibido:

- a) cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos;
- b) utilizar tales bienes en apoyo del esfuerzo militar;
- c) hacer objeto de represalias a tales bienes.”

mayúscula, como en el caso de las Altas Partes Contratantes. En cambio en el art. 19 hace una excepción y utiliza una “p” minúscula para referirse a las “partes en conflicto”, *La*

En términos generales puede afirmarse respecto de esta disposición que supone una protección especial para los bienes culturales respecto a la disposición anterior (artículo 52) dedicada a la protección general de los bienes de carácter civil; se trata de una protección asimilable a la prevista para los hospitales e instalaciones sanitarias.

En el Protocolo Adicional II, se prevé una regulación análoga, en el artículo 16, con relación a los conflictos armados sin carácter internacional:

“Sin perjuicio de las disposiciones de la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, queda prohibido cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y utilizarlos en apoyo del esfuerzo militar”.

Ambas disposiciones presentan una gran similitud, el análisis conjunto de las mismas pone de relieve características comunes, como el hecho que tanto el Protocolo I como el Protocolo II incluyen una referencia a la Convención de La Haya de 1954 que tiene por objeto precisar que los mismos no interfieren en la aplicación de dicha Convención.

Cabe destacar únicamente dos diferencias entre ambas disposiciones. La primera es que en el Protocolo I se añade una referencia a “otros instrumentos internacionales aplicables”, la cual no figura en el artículo 16. Ello permite deducir - argumentando a *sensu contrario*- que se consideró

protection des biens culturels en cas de conflit armé, Éditions UNESCO, París 1994,

que los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 no son aplicables a los conflictos armados no internacionales.

La segunda diferencia consiste en que, mientras en el Protocolo I queda prohibido hacer objeto de represalias a los bienes culturales, en el Protocolo II se omite la referencia a dicha prohibición. Sin embargo, el compromiso de no tomar medidas de represalia contra los bienes culturales sí que figura entre las obligaciones de respeto contenidas en la Convención de 1954 (artículo 4º.4), de manera que los Estados Partes en la misma quedan vinculados por esta prohibición independientemente de que se trate de un conflicto armado internacional o no internacional.

- La Convención de 1980 sobre las armas clásicas proporciona, a través de sus instrumentos conexos, una nueva confirmación de la especificidad de los bienes culturales. El Protocolo II sobre la prohibición o la limitación del empleo de minas, trampas y otros dispositivos, cuyo ámbito material de aplicación queda definido en el artículo 1º del mismo (²⁶⁶), se refiere a la protección de los bienes culturales en el artículo 6º al prohibir:

“en todas las circunstancias el empleo de ..b) armas trampa que estén de alguna forma unidas o guarden relación con: IX. monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos”.

p.235.

²⁶⁶. Protocolo II, sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampas y otros artefactos; el artículo 1º establece: “El presente Protocolo se refiere al empleo en tierra de las minas armas, trampas y otros artefactos definidos en él, incluidas las minas sembradas para impedir el acceso a las playas, el cruce de vías acuáticas o el cruce de ríos, pero no se aplica al empleo de minas antibuques en el mar o en vías acuáticas interiores”.

En el Protocolo III, sobre la prohibición o la limitación del empleo de armas incendiarias, hace referencia a la protección de los bienes culturales frente a las armas incendiarias (²⁶⁷), especialmente peligrosas para la conservación del patrimonio cultural, está prevista aunque de una manera subsidiaria; es decir queda incluida en una disposición genérica referida a la protección de las personas civiles y los bienes de carácter civil (²⁶⁸).

B.- EL DERECHO DEL MAR Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL.

En este apartado cabe hacer una referencia especial a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, de 10 de diciembre de 1982. Esta Convención suscita un cierto interés porque introduce, por primera vez, algunas disposiciones dedicadas especialmente a la protección del patrimonio cultural submarino. Esta cuestión no estaba regulada en las precedentes convenciones sobre Derecho del mar ni tampoco en las convenciones concluidas en el marco de la UNESCO.

²⁶⁷. En virtud del artículo 1º del Protocolo III, se entiende por arma incendiaria “toda arma o munición concebida primordialmente para incendiar objetos o causar quemaduras a las personas mediante la acción de las llamas, del calor o de una combinación de ambos, producidos por reacción química de una sustancia que alcanza el blanco”. Pueden consistir, por ejemplo, (artículo 2º), en “lanzallamas, “*fougasses*”, proyectiles explosivos, cohetes, granadas minas, bombas y otros contenedores de sustancias incendiarias”.

²⁶⁸. Según se estipula en el artículo 2º del Protocolo III:

- “1. Queda prohibido en todas las circunstancias atacar con armas incendiarias a la población civil como tal a personas civiles o a bienes de carácter civil.
2. Queda prohibido en todas las circunstancias atacar con armas incendiarias lanzadas desde el aire cualquier objeto militar ubicado dentro de una concentración de personas civiles.
3. Queda, asimismo, prohibido atacar con armas incendiarias que no sean lanzadas desde el aire cualquier objetivo militar ubicado dentro de una concentración de personas civiles.

Los actuales progresos de la técnica, a través de la utilización de sofisticados medios tecnológicos, permiten la exploración, la recuperación y la conservación de los bienes culturales sumergidos, lo cual plantea problemas jurídicos de diversa naturaleza.

Los aspectos internacionales relativos al patrimonio cultural sumergido han sido tratados por la doctrina en obras relativas al estudio del Derecho del mar en general, o bien en trabajos dedicados específicamente a profundizar en este sector particular (²⁶⁹).

La IIIª Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar abordó directamente, algunas cuestiones relativas a la exploración, la recuperación la conservación y la apropiación de los objetos sumergidos. Ello se plasmó en el resultado final de la Convención, en la cual se introdujeron dos disposiciones sobre esta materia, el artículo 149 (²⁷⁰) y el artículo 303 (²⁷¹).

4. Queda prohibido atacar con armas incendiarias los bosques u otro tipo de cubierta vegetal, salvo cuando elementos naturales se utilicen para cubrir, ocultar o camuflar a combatientes u otros objetivos militares, o sean en sí mismos objetivos militares”.

²⁶⁹. Existe al respecto una bibliografía bastante extensa, entre las obras más relevantes cabe citar: CAFLISCH: “Submarine Antiquities and the International Law of the Sea”, *NYIL*, 1982, pp.3-32; BEURIER, Jean-Pierre: “Pour un droit international de l’archéologie sous-marin”, *RGDIP*, Tome 93, 1989/1, pp. 45-68; OXMAN: *Marine Archaeology and the International Law of the Sea*, Columbia VLA Journal of Law and the Arts, 1988, pp.353-372; LEANZA, Umberto:”Considerazioni sulla protezione internazionale del patrimonio culturale subacqueo”, *Nuovi saggi di diritto del mare*, Turín, 1988, pp. 43-47; TREVES, Tullio: “Stato costiero e archeologia sottomarina”, *RDI*, vol LXXVI 1993, pp. 698-719. En especial para la identificación de la noción de patrimonio cultural sumergido, que comprende un solo objeto, un conjunto de bienes muebles o inmuebles o incluso algunos sitios (por ejemplo el núcleo medieval de Dunwich), véase UNESCO: *Underwater Archaeology: A Nascent Discipline*, París 1972; PROTTE, Lyndel V.-O’KEEFE, Patrick J.: “International Legal Protection of the Underwater Cultural Heritage”, *Revue belge de droit international*, 1978-79-1, p.85-103.

El primero de ellos hace referencia a los bienes culturales hallados en la “Zona”, área que comprende los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional (art. 1º.1.1).

El segundo es una disposición de carácter general que contiene, en primer lugar, un principio al cual no se asigna ningún ámbito espacial de aplicación, en virtud del cual los Estados “tienen la obligación de proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar y cooperarán a tal efecto” (pár. 1).

En el párrafo 2º, enuncia un principio con un ámbito de aplicación determinado, la zona marina correspondiente a la zona contigua. En función del cual queda estipulado que, a fin de fiscalizar el tráfico de objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar, el Estado ribereño “podrá presumir que la remoción de aquellos de los fondos marinos de la zona a que se refiere este artículo (artículo 33, zona contigua), sin su autorización, constituye una infracción, cometida en su territorio o en su mar territorial de

²⁷⁰. Art. 149: “Todos los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en la Zona serán conservados o se dispondrá de ellos en beneficio de toda la humanidad, teniendo particularmente en cuenta los derechos preferentes del Estado o país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico y arqueológico”.

²⁷¹. Art. 303: “1.- Los Estados tienen la obligación de proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar y cooperarán a tal efecto.
2.- A fin de fiscalizar el tráfico de tales objetos, el Estado ribereño, al aplicar el artículo 33, podrá presumir que la remoción de aquellos de los fondos marinos de la zona a que se refiere ese artículo sin su autorización constituye una infracción, cometida en su territorio o en su mar territorial, de las leyes y reglamentos mencionados en dicho artículo”.
3.- Nada de lo dispuesto en este artículo afectará a los derechos de los propietarios identificables, a las normas sobre salvamento u otras normas del derecho marino o las leyes y prácticas en materia de intercambios culturales.
4.- Este artículo se entenderá sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y demás normas de derecho internacional relativos a la protección de objetos de carácter arqueológico e histórico”.

las leyes y reglamentos mencionados en dicho artículo (aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios)”.

Al estudiar dichas disposiciones cabe plantearse dos aspectos:

- El primero es el referido a la cuestión de la naturaleza jurídica de los bienes regulados por la Convención y que son objeto de protección. La noción de bienes culturales que se desprende de la misma, parece más limitada que la que presentan las Convenciones de la UNESCO sobre la materia, ya que hace referencia estrictamente a los “bienes de carácter arqueológico o histórico”, sin especificar el concepto, ni introducir ninguna enumeración ejemplificadora, ni tampoco especificar cuál debe ser el criterio temporal a adoptar para determinar el carácter histórico o arqueológico del objeto en cuestión.

Entre los autores que se han ocupado de esta materia no existe unanimidad en la interpretación de la noción, mientras algunos se inclinan por una interpretación contextual y objetiva, fundamentada en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; otros se muestran partidarios de un concepto más restrictivo limitado en función de un criterio temporal.

- El segundo se centra en el análisis del contenido de la obligación de protección de los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar y que incumbe a los Estados.

Se trata de una obligación de carácter general, independientemente del espacio marino en el cual este objeto es hallado. Ahora bien, la Convención presenta una innovación importante al hacer una mención

especial a la zona contigua. El artículo 303.2 permite al Estado ribereño el ejercicio de poderes más amplios que los previstos para la zona contigua - art. 33 (²⁷²)-, sobre la base de una “presunción”, según la cual la remoción de objetos arqueológicos o históricos sin su autorización constituye “contrabando”. Es decir, basándose en una *fictio iuris*, se autoriza en la práctica al Estado costero a ejercer poderes de control y de represión que tienen un carácter diferente de los reconocidos en la zona contigua.

De ahí que esta norma haya llevado a un sector de la doctrina (²⁷³) a considerar la zona situada entre el límite externo del mar territorial y la línea de las 24 millas de una auténtica y verdadera “zona arqueológica”, de la misma extensión de la zona contigua, en la cual se reconocen “poderes funcionales” al Estado costero (²⁷⁴). Puesto que en dicha zona el Estado costero ostenta derechos exclusivos en relación con los objetos de carácter histórico o arqueológico, pudiendo aplicar sus propias normas fiscales y

²⁷². Art. 33: En una zona contigua a su mar territorial, designada con el nombre de zona contigua, el Estado ribereño podrá tomar las medidas de fiscalización necesarias para:

- a) Prevenir las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial;
- b) Sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial.
- c) La zona contigua no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.

²⁷³. TREVES, Tullio: “Stato costiero e archeologia sottomarina”, *Rivista de Diritto Internazionale*, vol. LXXVI 1993, p. 704

²⁷⁴. En el mismo sentido véase: LEANZA, Umberto: “Le champ d’application territorial du projet de convention européenne sur la protection du patrimoine culturel subaquatique”, *La protection juridique internationale des biens culturels. Actes du treizième colloque de droit européen, Delphes, 20-22 septembre 1983*, Strasbourg 1984, pp. 136-139.

aduaneras. Se trata, en cierto modo, de la extensión de las competencias del Estado fuera del mar territorial (²⁷⁵).

Por lo que se refiere al artículo 149, relativo a la Zona, éste adopta un principio de salvaguardia de los bienes de carácter arqueológico e histórico en beneficio del conjunto de la humanidad, preveyendo de manera subsidiaria, el respeto de los derechos preferentes del Estado o país de origen, el Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico y arqueológico.

El contenido de este artículo ha sido objeto de diversas críticas por considerarse que es excesivamente vago e indeterminado, lo cual va en contra de su eficacia; no precisa quien es el sujeto pasivo de la obligación de conservación de los bienes en cuestión, ni tampoco se confía su efectiva gestión a ninguna “Autoridad” internacional como había sido propuesto en el transcurso de los trabajos preparatorios de la Convención.

Asimismo, presenta dificultades de interpretación en cuanto a los sujetos a los que se atribuye “derechos preferentes”, ya que se podrían plantear conflictos entre los derechos reclamados por varios Estados. A

²⁷⁵. Según se ha puesto de manifiesto esta extensión obedece a un compromiso, ampliamente aceptado, entre aquellos Estados que reivindicaban una zona arqueológica de 200 millas para el Estado ribereño y aquellos que no deseaban ninguna extensión de las competencias del Estado ribereño en esta materia. Según señala BEURIER, en la práctica solamente los países desarrollados aseguran un control de los objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar. Las excavaciones practicadas en los países menos desarrollados se realizan mediante acuerdo financiero con los países desarrollados, consistente bien en la compra por el Estado ribereño de una parte de los objetos a un precio preferente, o bien en recibir una cantidad de dinero equivalente al 25-40% del precio de venta; así se hizo en el caso de los restos del “Giffin” en Filipinas o en el del “Geldermalsen” en el Mar de China; véase BEURIER, Jean-Pierre: “Pour un droit de l’archeologie sous-marine”, *R.G.D.I.P.*, Tome 93, 1989/1, p.52.

pesar de ello, se trata de una disposición de interés en el sentido que parece acorde a las reivindicaciones de ciertos países menos avanzados que solicitan el retorno de los bienes culturales hacia el país de origen.

La referencia del artículo 149 a la conservación de los objetos de carácter arqueológico e histórico en “beneficio de toda la humanidad”, deja entrever su finalidad, es decir, la protección para las generaciones futuras de ciertos vestigios especialmente significativos. Ello nos remite a la noción de patrimonio común de la humanidad que si bien ha sido reducida *ratione loci* a la zona internacional, por el artículo 136 de la Convención (²⁷⁶), “conserva su universalidad *ratione materiae* (²⁷⁷).

Algunos autores consideran que el interés de la humanidad, al que hace mención este artículo 149, puede ser tutelado, no sólo por esta compleja disposición, sino también por la aplicación del artículo 303.1, 3 y 4, en cuanto límites de carácter general al principio de la libertad en alta mar. Cabe destacar también respecto de este art. 303, que según determina el mismo se entenderá “sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y demás normas de Derecho internacional relativos a la protección de objetos de carácter arqueológico e histórico”, esta disposición puede resultar relevante por cuanto puede conllevar la extensión al patrimonio histórico y arqueológico de principios y de normas derivadas de los principales acuerdos internacionales en la materia.

²⁷⁶. Art. 136: “La Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad”.

²⁷⁷. BEURIER, Jean-Pierre: “Pour un droit de l’archeologie sous-marine”, *R.G.D.I.P.*, Tome 93, 1989/1, p.57.

La protección del patrimonio cultural submarino se halla entre las preocupaciones más actuales de la UNESCO, ya que al tratarse de un patrimonio que no está tutelado por la Convención de 1972, se encuentra mal identificado e insuficientemente protegido, de ahí que se haya planteado la posibilidad de otorgarle una protección específica. Así, en 1993, el Consejo Ejecutivo de la UNESCO, solicitó al Director General de la misma que estudiara los aspectos jurídicos y técnicos para la adopción de un nuevo instrumento de protección de dicho patrimonio (²⁷⁸).

En el plano regional europeo la protección del patrimonio cultural submarino ha suscitado gran interés, particularmente entre los países de la región mediterránea; echo que no es casual si se tiene en cuenta que la casi totalidad de los restos arqueológicos e históricos provienen del mar Mediterráneo o de las grandes potencias marítimas europeas del s. XVII y XVIII.

Precisamente fueron los Estados de la región mediterránea los que, en el marco de la IIIª Conferencia sobre el derecho del mar, se refirieron por primera vez a la necesidad de proteger los objetos arqueológicos e históricos descubiertos en el mar (²⁷⁹). De tal manera que puede afirmarse

²⁷⁸. Debe señalarse en este sentido que la UNESCO sigue muy de cerca los trabajos del “Cultural Heritage Law Committee” de la “International Law Association” (I.L.A.), Organización no gubernamental que goza de estatuto consultivo en el seno de la UNESCO. Dicho Comité desde su creación en 1990, prepara un proyecto de Convención internacional para la protección del patrimonio submarino.

²⁷⁹. El tema surgió a raíz de una propuesta de modificación del proyecto de convención, relativa a la plataforma continental presentada por Grecia, Italia, Malta, Portugal, Túnez, Yugoslavia y, por otra parte, Cabo Verde; véase: LEANZA, Umberto: “Le régime juridique international de la Méditerranée”; R.C.A.D.I., 1992- V, pp.252-263.

que la idea originaria de la “zona arqueológica” se debe principalmente a los Estados del área mediterránea ⁽²⁸⁰⁾.

Asimismo, los Estados mediterráneos trasladaron la idea de la protección internacional de los bienes culturales sumergidos al marco del Consejo de Europa, impulsando la adopción de una Recomendación a este respecto ⁽²⁸¹⁾; así como la redacción de un proyecto de Convención europea sobre la protección del patrimonio cultural submarino.

Sin embargo, se trata de una cuestión que se encuentra todavía en vías de regulación normativa ya que fue redactado por un comité *ad hoc* de expertos, un Proyecto de Convenio sobre la protección del patrimonio cultural submarino, adoptado el 23 de abril de 1985, que no ha conseguido superar la fase de proyecto. Uno de los principales obstáculos para llegar a una formulación definitiva del Convenio lo constituye la falta de acuerdo sobre la determinación del ámbito de aplicación territorial del mismo ⁽²⁸²⁾. En el transcurso de elaboración del Convenio se han puesto de manifiesto

²⁸⁰. Cabe señalar que en el ámbito del derecho interno numerosos Estados ribereños del Mediterráneo han adoptado, en aguas donde la soberanía estatal es exclusiva, una legislación específica dirigida a la protección del patrimonio cultural submarino y sobre las actividades de investigación que conlleva.

²⁸¹. CONSEIL DE L'EUROPE. Assemblée Parlementaire: Recommandation 848 du 4 octobre 1978 relative au patrimoine culturel subaquatique; (véase: Doc. 4200, rapport de la commission de la culture et l'éducation, du 18 septembre 1978). La Recomendación proponía al Comité de Ministros elaborar una convención europea que recogiera las técnicas de protección de los restos arqueológicos e históricos y un sistema de cooperación y de intercambio cultural.

²⁸². Turquía ha sido uno de los países más reticentes a la adopción del Convenio; se opone a la adopción de las disposiciones relativas al ámbito de aplicación de la Convención. El proyecto se limita a la zona contigua, mientras que Turquía desearía extender el ámbito de aplicación a la plataforma continental; véase: BEURIER, Jean-Pierre: “Pour un droit de l'archéologie sous-marine”, *R.G.D.I.P.*, Tome 93, 1989/1, p.48.

opiniones divergentes, las cuales pueden ser resumidas en tres opciones distintas:

- Extensión del ámbito de aplicación de la Convención al mar territorial de los Estados Partes en la Convención (12 millas marinas).

- Extensión del ámbito de aplicación a una zona de amplitud igual a la de la zona contigua (24 millas marinas). Se corresponde con la noción de zona arqueológica por la que opta el Proyecto de Convenio europeo para la protección del patrimonio cultural submarino, de 1985 (²⁸³), basándose en lo previsto por la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 10 de diciembre de 1982.

- Extensión del ámbito de aplicación a la plataforma continental o a la zona económica exclusiva (con una extensión variable de 200 millas) (²⁸⁴).

En el área Mediterránea se siguen impulsando acciones en favor de la protección del patrimonio submarino; así, en el marco del “Plan de acción para el Mediterráneo” (PAM) del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), fue organizada una reunión internacional de expertos sobre la protección de sitios arqueológicos submarinos, comprendidos los restos de naufragios, en Bodrum (Turquía) del 28 de abril

²⁸³. El artículo 2º, apart. 2 del Proyecto determina: “En dehors de sa mer territoriale et à l’intérieur d’une zone maritime en s’étendant pas au-delà de 24 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, chaque Etat contractant peut exercer le contrôle nécessaire en vue de prévenir et de réprimer les infractions commises sur son territoire ou dans sa mer territoriale à ses lois et règlements relatifs à la protection des biens culturels subaquatiques”.

²⁸⁴. LEANZA, Umberto: “Le champ d’application territorial du projet de convention européenne sur la protection du patrimoine culturel subaquatique”, *La protection*

al 1 de mayo de 1993, con la participación de 10 países mediterráneos, la UNESCO y el CAR/ASP (*Centre d'activités régional/Aires spécialement protégées*). Los trabajos de los expertos se consagraron a la identificación del patrimonio submarino, al estudio y las posibles medidas de protección de este patrimonio. Al finalizar los mismos se propusieron recomendaciones que afectan a tres grandes ámbitos :

- la protección y la valoración de este patrimonio: estableciendo una lista provisional de sitios a proteger, acciones preventivas y de sensibilización.

- la cooperación científica y técnica: estableciendo intercambios permanentes de informaciones y formación conjunta de personal especializado, colaboración técnica, elaboración de un mapa arqueológico sobre la base de criterios comunes.

- la cooperación entre los países mediterráneos: armonizando la normativa existente al respecto, así como la realización de acciones comunes ⁽²⁸⁵⁾.

3.- LA REGULACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL DE BIENES CULTURALES : ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN DE LA UNIÓN EUROPEA.

juridique internationale des biens culturels. Actes du treizième colloque de droit européen, Delphes, 20-22 septembre 1983, Strasbourg 1984, p. 136.

²⁸⁵. Sobre la zona arqueológica en la práctica de los Estados del área Mediterránea véase: LEANZA, Umberto: "Le régime juridique international de la Méditerranée" , *R.C.A.D.I.*; tome 236-V, 1992, pp.252-263.

El sector jurídico constituido por los principios y normas que rigen el comercio internacional, refleja la especificidad de los bienes culturales tanto en sus normas de ámbito universal, como en las de ámbito regional. Básicamente, estas disposiciones se centran en el reconocimiento internacional, a través de algunos tratados multilaterales, de la posibilidad de adoptar medidas de carácter restrictivo para proteger su patrimonio cultural, en particular en materia de circulación y comercio internacional de los bienes culturales Tal como señala DICKE, la posición del comercio de los bienes culturales en el ordenamiento jurídico internacional actual se caracteriza por una doble tendencia: por una parte, el libre comercio y, por otra, la protección de los mismos (²⁸⁶); Es en el ámbito comunitario en el que se ha tratado con mayor profundidad esta cuestión dando como resultado una regulación mucho más detallada al respecto.

El marco jurídico del comercio mundial, desde la creación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) (²⁸⁷), refleja la especificidad del régimen jurídico internacional de los bienes culturales. En su artículo XX se enumeran una serie de excepciones generales a la aplicación de sus disposiciones fundadas en la no-discriminación en el comercio internacional, entre las que se encuentran la aplicación por los Estados parte de medidas “impuestas para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico” (²⁸⁸).

²⁸⁶. DICKE, Christian D.: “Comerse international de l’art entre comerse libre et protection des biens culturels”, *International Sales of Works Art/ La vente internationale d’oeuvres bd’art*, (Geneva Workshop, 11-13 April 1985), Institut of Business Law and Practice, Université de Genève , 1985, pp.523-542.

²⁸⁷. El “Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio”, de fecha 30 de octubre de 1947, anexo al Acta Final adoptada al término del segundo período de sesiones de la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo.

Así, resulta especialmente significativo este Acuerdo porque, si bien está destinado a regular el comercio internacional fundamentándose en el principio del libre comercio, recoge aunque sea por la vía de la excepción, la necesidad de reconocer un régimen particular para la protección de los bienes culturales.

Cabría referirse igualmente a la colaboración entre el GATT y la UNESCO para la aprobación del “Acuerdo para la importación de objetos de carácter educativo, científico o cultural”, celebrado el 22 de noviembre de 1950 (²⁸⁹), en el cual se recogen algunas de las especificidades que, respecto del comercio internacional, caracterizan al sector de los bienes culturales en el Derecho internacional contemporáneo. Así, reserva el derecho a los Estados contratantes de adoptar medidas destinadas a prohibir o a limitar la importación o la circulación tras su importación de ciertos objetos, cuando estas medidas estén fundadas en motivos de seguridad nacional, de moralidad o de orden público (art. V) (²⁹⁰).

²⁸⁸. El Artículo XX. f), no ha sido objeto de modificación por el “Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994” (“GATT de 1994”) incluido en el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (“Acuerdo sobre la OMC”) adoptado en Marrakech el 15 de abril de 1994, véase: UNITED NATIONS: *Treaty Series*, vol. 1867, p. 195 y ss.

²⁸⁹. Este Acuerdo conocido también como “Acuerdo de Florencia” quedó abierto a la firma el 22 de noviembre de 1950 en Lake Success (Nueva York) y entró en vigor el 21 de mayo de 1952.

²⁹⁰. MERCIER, Pierre: “Quelques considérations sur le commerce international de l’art selon des conventions récentes”, *International Sales of Works Art/ La vente internationale d’oeuvres bd’art*, (Geneva Workshop, 11-13 April 1985), Institut of Business Law and Practice, Université de Genève, 1985, pp.596-611.

A.- EL COMERCIO DE BIENES CULTURALES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA: RÉGIMEN PREVISTO EN EL DERECHO ORIGINARIO.

Un claro paralelismo con este estatuto específico de los bienes culturales en el comercio internacional, con un desarrollo normativo y jurisprudencial mucho más acentuado, lo proporciona el Derecho comunitario europeo. Respecto a estas medidas especiales de protección de los bienes culturales se aprecia una evolución progresiva desde los tratados constitutivos hacia la adopción de medidas cada vez más complejas y vinculadas a la creciente cooperación existente entre los Estados miembros, especialmente tras la supresión de las fronteras interiores a raíz de la entrada en vigor del mercado interior.

En relación con las medidas de protección previstas por el Tratado de Roma, debe señalarse el régimen derogatorio del principio de libre circulación de mercancías previsto en el artículo 36 del TCEE, en virtud del cual:

“Las disposiciones de los artículos 30 a 34, ambos inclusive, no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, **protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional** o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de

discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros” (291).

En términos generales puede afirmarse que el artículo 36 constituye una cláusula de excepción que aporta una reserva de competencia “que puede justificar la primacía de los derechos nacionales sobre las normas de derecho comunitario, puesto que las nociones a que remite, aún siendo conceptos comunitarios, adoptan su concreta expresión en los respectivos derechos internos. Se trata pues, de supuestos de aplicación excepcional del derecho interno por expresa remisión del ordenamiento comunitario” (292).

El artículo 36 es muestra del tratamiento específico que otorga el Tratado CEE al patrimonio cultural (293). A pesar de que el espíritu y la letra del Tratado CEE eran favorables a un libre intercambio de bienes culturales al igual que otras mercancías, el artículo 36 constituye un límite a la libre circulación (294). Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el Tribunal de

²⁹¹. Debe tenerse en cuenta que no existe una total coincidencia en las expresiones utilizadas por las diferentes versiones lingüísticas del Tratado. La expresión empleada en la versión inglesa, griega, danesa y gaélica corresponde a la expresión de la versión francesa “trésors nationaux”; en cambio, la expresión de las versiones italiana, española y portuguesa hace referencia al *patrimonio nazionale o nacional* y la neerlandesa al *nationale bézit*, mientras que en la alemana se utiliza el término *nationales Kulturgut*, que equivale a bien cultural nacional. (El subrayado es nuestro).

²⁹². GALINSOGA JORDÀ, Albert: *Las reservas de soberanía del T.C.E.E. Estudio específico de la libre circulación de personas y servicios*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 1985, p.6.

²⁹³. El Reglamento 2603/69 de 20 de diciembre de 1969 regulador del régimen aplicable a las exportaciones de la Comunidad hacia terceros países, reproduce en su art. 11 reproduce el art. 36. Determina que dicho régimen aduanero común es compatible “con la protección del patrimonio nacional artístico, histórico o arqueológico” de lo cual se infiere que los Estados miembros pueden limitar las exportaciones de estos bienes hacia los restantes Estados miembros.

Luxemburgo ha afirmado en reiteradas ocasiones que el artículo 36, en tanto implica una derogación de una regla fundamental del Tratado, debe ser interpretado restrictivamente (²⁹⁵).

La interpretación restrictiva que el Tribunal ha establecido respecto del artículo 36, parte de la Sentencia de 10.12.68, recaída en el asunto 7/68, la cual configura “la primera “fórmula” jurisprudencial en este sentido” (²⁹⁶). En la misma el órgano jurisdiccional declara que “para poder prevalecerse del artículo 36, los Estados miembros deben mantenerse en el interior de los límites trazados por esta disposición tanto en lo que concierne al objetivo a alcanzar como a la naturaleza de los medios” (²⁹⁷).

²⁹⁴. Véase: PESCATORE, Pierre: “Le commerce de l’art et le marché común”, *International Sales of Works Art/ La vente internationale d’oeuvres d’art*, (Geneva Workshop, 11-13 April 1985), Institut of Business Law and Practice, Université de Genève, 1985, pp.581-595.

²⁹⁵. Para un análisis de las reglas generales de aplicación del artículo 36, véase: CONSTANTINESCO, V; JACQUÉ, J.P; KOVAR, R; SIMON, D: *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Economica, 1992, pp. 177-198.

²⁹⁶. GALINSOGA JORDÀ, Albert: *Las reservas de soberanía del T.C.E.E. Estudio específico de la libre circulación de personas y servicios*. tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 1985, p.5.

²⁹⁷. Asunto 7/68 (Comisión v. Italia), *Rec.* 1968, p. 628, el cual dio lugar a otras dos sentencias del Tribunal: las de 26 de octubre de 1971 (Asunto 18/71, Eunomia di Porro v. Ministerio de Instrucción Pública) y 13 de julio de 1972 (Asunto 48/71 Comisión v. Italia). En el asunto principal el Tribunal tuvo que decidir sobre la regularidad de la tasa de exportación prevista por el art. 37 de la Ley italiana n. 1809, de 1 de junio de 1939, en su Sentencia determina que, a efectos del TCEE, este tipo de mercancías eran desde cualquier punto de vista, mercancías como las demás y se beneficiaban de la prohibición de cualquier tipo de medida de efecto equivalente, considerando como tal la tasa en cuestión y, por ello, la declara incompatible con el Tratado. Han seguido con la misma fórmula las Sentencias de 19 de diciembre de 1968 (Asunto 13/68, *Salgoil*, *Rec.* 1968, p. 676); Sentencia de 14 de diciembre de 1972, (Asunto 29/72, *Marimex*, *Rec.* 1972, p.1318); Sentencia de 25 de enero 1977 (Asunto 46/76, *Bauhuis*, *Rec.*; p.5, punto 12), Sentencia de 9 de junio de 1982 (Asunto 75/81, *Comisión c. Rép italiana*, *Rec.*; p. 2187, punto 27), Sentencia de 14 de julio de 1983 (Asunto 174/82, *Sandoz*, *Rec.*; p. 2445, punto 27), Sentencia de 19 de marzo de 1991 (Asunto 205/89, *Comisión c. República Helénica*, punto 9).

Así pues, a tenor de lo dispuesto por el Tribunal, si bien, los Estados miembros fundamentándose en el artículo 36, pueden introducir y aplicar prohibiciones o restricciones a la exportación en el interior de la Comunidad, con el fin de proteger sus bienes culturales considerados patrimonio nacional (²⁹⁸), las medidas de protección nacionales permanecen condicionadas por el principio de proporcionalidad entre la necesidad de la medida y su resultado efectivo (²⁹⁹).

Según algunos autores, esta interpretación restrictiva es igualmente válida respecto a la definición que la legislación interna adopte de bienes culturales que constituyen el “patrimonio nacional” y que no pueden circular libremente dentro de la Comunidad (³⁰⁰). En cambio otros autores, si bien se muestran partidarios de una “prudencia interpretativa”, no consideran que la interpretación restrictiva de que es objeto el artículo 36

²⁹⁸. Estas mismas restricciones en materia de circulación de bienes culturales existen respecto al exterior de la Comunidad. El artículo XX del GATT, así como los artículos 11 y 21 de los Reglamentos comunitarios relativos a los regímenes comunes a las exportaciones y a las importaciones prevén una derogación similar a la del artículo 36.

²⁹⁹. Según Guy ISAAC, el principio de proporcionalidad “exige que toda carga impuesta al destinatario de las reglas comunitarias debe limitarse a la medida estrictamente necesaria para alcanzar el objetivo buscado y requiere tan pocos sacrificios como sea posible por parte de los operadores a los que grava” ISAAC, Guy: *Manual de Derecho comunitario general*, Barcelona, 1993, p.156. Este principio cuenta con una abundante jurisprudencia: Sentencia del TJCE de 5 de julio de 1977, asunto 14/76 Bela Mühle, Rec. 1211; Sentencia del TJCE de 9 de junio de 1982, asunto 95/81, Comisión c. República italiana, Rec. p.2187, entre otros.

³⁰⁰. En este sentido véase KARYDIS, Georges Sp.: “Le juge communautaire et la préservation de l’identité culturelle nationale”, *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 30 (4), oct.-déc. 1994, pp 551-560. Este autor afirma lo siguiente, “*Nous estimons, en fait que seuls les biens culturels qui présentent un intérêt majeur ou spécifique, du point de vue historique ou artistique, peuvent constituer des “trésors nationaux” au sens de l’article 36*”.

del Tratado por parte del Tribunal de Luxemburgo deba extenderse igualmente a la noción de patrimonio nacional⁽³⁰¹⁾.

El artículo 36 continua en vigor después de la puesta en marcha del mercado interior. Así se aprecia en el momento de la firma del Acta Única Europea al ser adoptada una Declaración general relativa a los art. 13 a 19 sobre el Mercado interior, en la cual se afirma que “Ninguna de estas disposiciones afectará al derecho de los Estados miembros de adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de la inmigración de terceros países así como con respecto a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, el tráfico de drogas y *el tráfico de obras de arte y antigüedades*”⁽³⁰²⁾. De ello se deriva que los Estados miembros, a pesar de la supresión de las fronteras interiores, mantienen el derecho de aplicar legislaciones internas protectoras⁽³⁰³⁾ que prevén la prohibición o la

³⁰¹. En este sentido VOUDURI afirma, “*La Cour de Luxembourg a souvent affirmé que l'article 36..est d'interprétation stricte. Une telle interprétation de la notion de trésors nationaux en devrait pas cependant être poussée...L'interprétation restrictive de cette notion exprime au fond une conception esthétique des objets protégés, encore liée à certaines oeuvres d'art exceptionnelles. Au contraire parallèlement à l'élargissement de la notion de la culture, on considère aujourd'hui que l'intérêt d'un bien culturel n'est pas forcément lié à son originalité et à sa beauté mais plutôt à sa qualité de témoignage d'époques et de civilisations antérieures et on privilege ainsi ses liens avec son contexte d'origine*”. Asimismo, mantiene igualmente una postura contraria a la interpretación restrictiva del art. 36 en esta materia P.J O'KEEFE, en el informe que preparó en 1991 por en cargo de la UNESCO sobre *L'art, le marché de l'art et l'horizon 1992*, p. 3.

³⁰². La Declaración política de los Gobiernos de los Estados sobre la libre circulación de personas establecía que “Con objeto de promover la libre circulación de personas, los Estados miembros cooperarán, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad, en particular en lo que respecta a la entrada, la circulación y residencia de los nacionales de terceros países. Asimismo cooperarán en lo que se refiere la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, la droga y *el tráfico de obras de arte y de antigüedades*”. (DOCE nº L 169, de 29 de junio de 1987) (el subrayado es nuestro).

³⁰³. En relación a la normativa interna sobre protección del patrimonio cultural, véase: PROT, Lyndel.V; O'KEEFE, P.J: *Handbook of National Regulations Concerning the Export of Cultural Property*. Doc. UNESCO, Paris,1988. GENERALITAT DE

restricción de exportar sus tesoros nacionales a otros países de la Comunidad (³⁰⁴).

Ahora bien, la realización del Mercado interior y la creación de un espacio sin fronteras a partir de 1993, previsto por el artículo 8 A del Acta Única Europea de 1987, al mismo tiempo que abre la posibilidad de ampliar los intercambios culturales en la Europa comunitaria, merma la eficacia de estas medidas adoptadas por los Estados miembros en el marco del artículo 36 TCE y plantea problemas derivados de la desaparición de los controles aduaneros en las fronteras interiores (³⁰⁵).

El principal temor se centró en la mayor facilidad del tráfico ilícito de bienes culturales con el consiguiente riesgo de empobrecimiento del patrimonio cultural de los Estados miembros el cual forma parte de su propia identidad y disfruta en todos ellos, en mayor o menor grado, de protección jurídica. MARGUE sostiene que puede realizarse una distinción

CATALUNYA. DEPARTAMENT DE CULTURA: *Bibliografia de legislació sobre patrimoni cultural*; Butlletí de Documentació; Suplement núm. 1/1993, primera part, Butlletí de Documentació núm 22/1993, segona part, pp. 185-197. Puede consultarse también un resumen sintético sobre legislaciones nacionales: FRIER, P.L: “L’exportation des objets d’art dans les pays de la Communauté européenne”, *Revue européenne de droit public*, 1990, p. 337 y ss. Por lo que respecta al derecho interno español, sobre el análisis de la normativa en materia de comercio internacional de arte, véase: GONZÁLEZ CAMPOS, Julio; VIRGOS SORIANO, Miguel: “Le comerce international de l’art en droit espagnol”, *International sales of works art. La vente internationale d’oeuvres d’art*, Faculté de Droit . Université de Genève. Institut of International Bussiness Law and Practice, 1985, 333-357.

³⁰⁴. Respecto a la interpretación de cuáles son las medidas nacionales protectoras autorizadas por el Tratado, véase: VOUDOURI, Daphné: “Circulation et protection des biens culturels dans l’Europe sans frontières”, *Revue du Droit Public et de la Science politique en France et a l’Étranger* (RDP), 2. 1994, pp. 479-524.

³⁰⁵. Sobre este punto véase: *La protection des biens culturels dans le marché intérieur*. Coloquio de especialistas europeos que tuvo lugar del 22 al 24 de marzo de 1990 en

global entre los países de la Europa del Norte y los de la Europa del Sur. Mientras que los primeros -representados fundamentalmente por Alemania y el Reino Unido que lideran el mercado mundial del arte- comparten una visión liberal del comercio del arte; los países del Sur, como España, Grecia, Italia y Portugal que poseen un rico patrimonio cultural, se han dotado de una legislación particularmente proteccionista encaminada a frenar las salidas y las ventas de bienes culturales (³⁰⁶); con respecto a Francia, si bien ocupa un lugar relevante en el mercado de arte y de antigüedades, mantiene una postura intermedia con relación a las dos concepciones anteriores (³⁰⁷).

El establecimiento de un espacio sin fronteras interiores, hizo necesario, por tanto, hallar un adecuado equilibrio entre el principio básico de la Comunidad Económica Europea, que es la libre circulación de mercancías dentro de las cuales se incluyen los bienes culturales y el

Chantilly-Montvillargenne. Ministère de la Culture, Département des études et de la prospective, 1990.

³⁰⁶. En este mismo sentido CHATELAIN señala que, en base al rigor del control a la exportación, puede distinguirse entre Estados “proteccionistas” entre los que se incluyen España, Grecia, Italia y Portugal, Estados miembros “liberales” son Dinamarca, Alemania, Bélgica los Países Bajos y Luxemburgo, mientras que en un grado intermedio se encuentran Irlanda, Inglaterra (más bien “liberal”) y Francia (más bien “proteccionista”). Véase: CHATELAIN, J: *Oeuvres d’art et objets de collection en droit français*, Berger-Levrault, 1990, pp. 104.

³⁰⁷. Las estadísticas ilustran esta diversidad de concepciones en presencia; así en el ámbito intracomunitario, la exportación de objetos de arte, de colecciones o de antigüedades de unos Estados miembros a otros, en 1989, alcanzaba más de mil quinientos millones de ECUS la distribución por Estados miembros (en millones de ECUS) era la siguiente: UK-576, ALL-527; FR-156; IT-34; DK-48; BEL/LUX-42; ESP-22; IRL-19. La exportación de estos mismos bienes hacia países terceros ascendía a un a cantidad de casi 4 mil millones de ECU; la repartición por Estados miembros era la siguiente: UK-2.278; ALL-748; FR-706; NL-68; IT-33; DK-23; BEL/LUX-23; ESP-19; IRL-3; véase: MARGUE, Tung-Lai: “La protection des trésors nationaux dans le cadre du gran marché: problèmes et perspectives”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*; n° 363, décembre 1992, p. 906.

principio de la salvaguardia de los bienes culturales como parte fundamental del patrimonio cultural de un determinado país.

En otros términos, la libre circulación podría comportar repercusiones negativas en relación con la conservación de los bienes culturales. A fin de que se pueda alcanzar este delicado equilibrio se precisa una estrecha colaboración entre el conjunto de los Estados miembros. Ello no resulta tarea fácil si se tiene en cuenta que cada uno parte de su propia tradición cultural y los regímenes de propiedad varían en los diferentes ordenamientos jurídicos. Pero la dificultad principal estriba en que en esta materia existen entre los Estados miembros intereses diametralmente opuestos. Como se ha puesto de manifiesto no todos los Estados miembros cuentan con un patrimonio cultural e histórico igual de rico de ahí que unos se inclinen por ampliar y otros por reducir el concepto de bien cultural en función de sus propios intereses (³⁰⁸).

B.- LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS A TRAVÉS DEL DERECHO DERIVADO.

³⁰⁸. Según señala MERRYMAN, puede establecerse una distinción entre ordenamientos internos basados en la tutela del patrimonio artístico propio y ordenamientos que favorecen la circulación y el comercio de los bienes culturales. Ello conduciría a su vez a diferenciar entre lo que el denomina “Estados-fuente” y “Estados-mercado”. Los primeros se caracterizan por tener un patrimonio vasto cultural, mayor incluso que la demanda interna, muy solicitado por otros países. En cambio los segundos presentan una oferta interna inferior a las necesidades del mercado, estando por tanto, interesados en favorecer una más amplia circulación de bienes véase: MERRYMAN, John Henry: “Two Ways of thinking about Cultural Property”, en *The American Journal of International Law*, vol. 80, n.º 4, october 1986, pp. 831-853.

La Comisión, a través de su Comunicación de 22 de noviembre de 1989 (³⁰⁹), fue la que abrió un proceso de consultas y deliberaciones sobre las posibles medidas a adoptar en el ámbito comunitario con el fin de afrontar los problemas que planteaba, para la protección de los bienes culturales, la nueva perspectiva de la supresión de las fronteras interiores y la realización del Mercado interior. La Comisión consideró necesaria la adopción de estas medidas si se querían evitar posibles “repercusiones negativas” para la protección de los bienes culturales.

Los Ministros de Cultura reunidos en el seno del Consejo en noviembre de 1990, adoptaron unas conclusiones a este respecto sobre la base de un informe del Comité de Asuntos Culturales. El elemento más destacable era la solicitud de una mayor profundización en los aspectos que abordaba la Comunicación relativos a la armonización de los controles para la exportación de bienes culturales a países terceros y la restitución de bienes culturales que hayan salido ilícitamente del territorio de un Estado miembro.

A este fin los Ministros asistentes encomendaron una serie de estudios al Comité de Asuntos Culturales que serían transmitidos a la Comisión por la vía del COREPER. Se desarrollaron varias reuniones de expertos en diferentes países (³¹⁰).

³⁰⁹. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Comunicación de la Comisión al Consejo sobre la protección de los Patrimonio Artísticos, Históricos y Arqueológicos nacionales en vista de la supresión de las fronteras interiores en 1992*, COM (89) 594 final

³¹⁰. En marzo de 1990 en Chantilly sobre presentación de las legislaciones nacionales, en noviembre de 1990 en Málaga sobre armonización de controles a la exportación, en Sintra en marzo de 1991 sobre restitución de bienes culturales, finalmente en Marly-le-Roi, en junio de 1991 para una reflexión de síntesis.

Paralelamente, el Parlamento Europeo se pronunció sobre estas cuestiones a través de una Resolución “sobre la circulación de bienes culturales en la perspectiva del Mercado único” (³¹¹), basándose en un informe de la Comisión de la Comisión de Juventud, Cultura, Educación, Medios de Comunicación y Deporte, en el cual se destaca la necesidad de mantener la diversidad de la cultura europea y pone de relieve que este fue precisamente el motivo por el cual en el TCEE se introdujo la excepción al tráfico de bienes culturales.

El Parlamento puso de manifiesto que si bien “la libre circulación de bienes en el interior de la Comunidad, que será una realidad a partir del 1 de enero de 1993 en el marco del mercado unificado, debería incluir también los bienes culturales”; su preocupación “por el aumento de robos y la intensificación del tráfico clandestino (...) en una época en que las transacciones de bienes culturales están presididas por intereses poco claros” le lleva a solicitar un sistema de control comunitario eficaz en las fronteras exteriores de la Comunidad así como una mayor vigilancia del mercado del arte “a fin de conseguir una mayor protección del patrimonio cultural europeo”.

La Comisión, teniendo en cuenta las anteriores iniciativas, propuso al Consejo la adopción de dos textos (³¹²). Presentó, por una parte, con respecto a las fronteras exteriores de la Comunidad, un Proyecto de Reglamento relativo a la exportación de bienes culturales, sobre la base del

³¹¹. D.O nº C, 19, de 28 de enero de 1991, p. 287 y ss.

³¹². Com. (91) 447, final-Syn. 382, D.O nº C 53, de 28 de febrero de 1992..

artículo 113 del Tratado ⁽³¹³⁾. Por otra, con relación a la circulación intracomunitaria, una propuesta de Directiva sobre la restitución de bienes culturales que hayan salido ilícitamente del territorio de un Estado miembro, sobre la base del artículo 100A ⁽³¹⁴⁾. El Consejo encargó a un grupo *ad hoc*, que bajo la supervisión del Comité de Representantes Permanentes examinara las Propuestas. Finalmente, tras el dictamen del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social ⁽³¹⁵⁾ sobre la propuesta de Reglamento ⁽³¹⁶⁾, fue adoptado el Reglamento (CEE) 3911/92, del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales ⁽³¹⁷⁾. La adopción formal de la Directiva tuvo lugar tras el Dictamen del Parlamento Europeo, en el cual solicita a la Comisión que modifique el texto de conformidad con el artículo 149.3 del TCE y al Consejo que introduzca, en la posición común que debe adoptar, las enmiendas por él propuestas ⁽³¹⁸⁾. Finalmente el Consejo adoptó la Directiva 93/7/CEE del Consejo de 15 de marzo de 1993 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro ⁽³¹⁹⁾.

³¹³. Preparado por la Dirección General XXI.

³¹⁴. Preparado por la Dirección General III.

³¹⁵. D.O. n.º C 223 de 31 de agosto de 1992.

³¹⁶. D.O. n.º C 176, de 13 de julio de 1992.

³¹⁷. D.O. n.º L 395 de 31 de diciembre de 1992. Véase asimismo, el Reglamento (CEE) n.º 752/93 de la Comisión de 30 de marzo de 1993 relativo a las disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 3911/92 del Consejo relativo a la exportación de bienes culturales; D.O. n.º L 77 de 31 de marzo de 1993.

³¹⁸. D.O. n.º C 176 de 13 de julio de 1992.

³¹⁹. D.O. n.º L 74 de 27 de marzo de 1993. La transposición de la Directiva al Derecho interno español se produce por la *Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al*

El objetivo principal del Reglamento 3911/92 del Consejo es el de asegurar un control uniforme de la exportación de los bienes culturales a las fronteras exteriores de la Comunidad. Prevé medidas destinadas a evitar que ciertos bienes puedan salir de la Comunidad a través de otro Estado miembro distinto del Estado de origen del bien. El Reglamento debe contribuir, en cierta medida, a crear una solidaridad entre los Estados miembros de manera que cada uno de ellos controle su frontera exterior a fin de evitar que se produzca la exportación ilícita de algún tesoro nacional perteneciente a otros Estados miembros.

La base jurídica para la adopción de este Reglamento la constituye el artículo 113 del TCE, si bien el Parlamento Europeo y Comité Económico y Social propusieron que fuera otro el fundamento jurídico, en concreto, argumentaron que el Reglamento debía basarse en el artículo 100A, considerando que su objeto es el de asegurar el buen funcionamiento del Mercado interior.

El mecanismo de protección que introduce es el sistema de autorización obligatoria previa a las operaciones de exportación de bienes culturales que será expedida por la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio el bien cultural de que se trate se encontrara legal y definitivamente el 1 de enero de 1993, o con posterioridad a dicha fecha; será válida en todos los Estados miembros (³²⁰). El período de

ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 1994, pp. 38672-38675.

³²⁰. Según estipula el Reglamento “La autorización de exportación se presentará en el momento de cumplir los trámites aduaneros de exportación, junto con la declaración de

validez de una autorización de exportación será de doce meses como máximo, a partir de la fecha de su expedición (³²¹).

De todo lo anterior se deduce la necesidad imperativa de delimitar de una manera precisa y uniforme el ámbito de aplicación material de las medidas que establece el Reglamento. Ante la imposibilidad práctica de los servicios de aduana de aplicar tantas legislaciones diferentes como Estados miembros, el Reglamento opta por la solución de remisión a un Anexo (artículo 1º) en el cual se especifica cuál es la noción de bienes culturales que comprende el mismo.

Los criterios en los que se basa la lista del Anexo para definir los bienes culturales, son de distinto carácter, se centran esencialmente en la naturaleza de los bienes, en su antigüedad y en su valor económico. Cabe destacar que el artículo 1º prevé de modo expreso que dicha lista no debe perjudicar las facultades de que disponen los Estados miembros en virtud del artículo 36 del Tratado. El régimen común de autorización de exportación no cubre los bienes culturales calificados como tesoros nacionales por el Estado de origen, sino pueden englobarse en alguna de las categorías enumeradas en el anexo. Por el contrario, quedan cubiertos

exportación, en la aduana competente para aceptar dicha declaración”. (art. 4º). Asimismo “Los Estados miembros podrán limitar el número de aduanas competentes para el cumplimiento de los trámites de exportación de los bienes culturales (...) los Estados miembros indicarán a la comisión las oficinas de aduana habilitadas con tal fin. La Comisión publicará esta información en la serie C del *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*” (art. 5º).

³²¹. Así queda establecido en virtud del artículo 9º del Reglamento (CEE) nº 752/93 de la Comisión de 30 de marzo de 1993 relativo a las disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) nº 3911/92 del Consejo relativo a la exportación de bienes culturales.

algunos bienes que pertenecen a estas categorías del régimen común, aunque no sean considerados como tesoros nacionales (³²²).

Para la aplicación del Reglamento, el artículo 6º establece que “serán aplicables, *mutatis mutandis*, las disposiciones del Reglamento CEE nº 1468/81, en particular las disposiciones relativas a la confidencialidad de la información”. De esta manera se hace explícita la esencia de todo el Reglamento que es la necesidad de cooperación, a través de la asistencia mutua entre las autoridades aduaneras de los Estados miembros y la colaboración entre ellas y la Comisión. Constituye una expresión de este interés por la cooperación también lo establecido en el artículo 10º en virtud del cual los Estados miembros deben informar a la Comisión acerca de las medidas que adopten en aplicación del Reglamento (³²³).

El objetivo de la Directiva 93/7 es el de establecer un procedimiento de restitución de los bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro y se encuentren sobre el territorio de otro Estado miembro. El mecanismo de restitución previsto es bastante simple. El Estado requirente -aquel de cuyo territorio ha salido el bien cultural- puede interponer una demanda de restitución ante los tribunales competentes del Estado requerido -aquel donde se encuentra el bien

³²². Sobre algunas de las críticas que ha suscitado este precepto, véase: VOUDOURI, Daphné: “Circulation et protection des biens culturels dans l’Europe sans frontières”, *Révue du Droit Public et de la Science politique en France et à l’Étranger (R.D.P)*, 2-1994, pp. 479-524.

³²³. Para un análisis en profundidad de los diferentes problemas interpretativos que plantea el Reglamento, véase: MARTÍN REBOLLO, Luis: *El comercio del Arte y la Unión Europea*, Cuadernos de Estudios Europeos, Fundación Universidad Empresa, ed. Civitas, pp. 117-133.

cultural- dirigida contra el poseedor o tenedor del bien ⁽³²⁴⁾. El Tribunal está obligado a ordenar al poseedor o tenedor la restitución del bien si constata que efectivamente se trata de un bien cultural que queda cubierto por el ámbito de aplicación de la directiva y que ha salido del Estado de que se trate de forma ilegal. Una vez ordenada la restitución por el Tribunal, el Estado requirente debe satisfacer al poseedor de buena fe una indemnización “que considere equitativa” así como hacerse cargo de los gastos derivados de la ejecución de la decisión (art. 9 y 10), todo ello sin perjuicio de que el Estado requirente pueda reclamar posteriormente el reembolso de dichos importes a las personas responsables de la salida ilegal del bien cultural de su territorio (art. 11).

Cabe destacar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13, que el régimen previsto por la directiva solamente es aplicable a los bienes salidos de forma ilegal a partir del 1 de enero de 1993.

Respecto al plazo fijado para ejercer la acción de restitución, se establece el de 1 año a partir del momento en que “el Estado requirente haya tenido conocimiento del lugar en el que se encontraba el bien cultural y de la identidad del poseedor o del tenedor mismo” (art 7). En cualquier caso, la acción prescribe a los 30 años a partir de la fecha en que el bien cultural haya salido de forma ilegal del Estado miembro requirente, a excepción de bienes pertenecientes a colecciones públicas y a bienes eclesiásticos en aquellos Estados miembros donde estén sometidos a un régimen especial de

³²⁴. En virtud del artículo 1º de la Directiva, “poseedor” es la persona que tiene la posesión material del bien cultural por cuenta propia; “tenedor”, es la persona que tiene la posesión material del bien cultural por cuenta ajena.

protección según la ley nacional, ya que en dichos supuestos el plazo de prescripción se eleva a 75 años (³²⁵).

II.- LA CREACIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES ESPECÍFICOS RESPECTO DE LOS BIENES CULTURALES.

Las normas internacionales en materia de protección del patrimonio cultural presentan un segundo efecto específico, la ampliación del marco de obligaciones de los Estados y otros sujetos del ordenamiento jurídico, aportando deberes que son propios de este sector normativo.

1.- DERECHOS ESPECÍFICOS RESPECTO DE LOS BIENES CULTURALES.

Con respecto a los derechos de los Estados sobre su patrimonio cultural, derivados de instrumentos jurídicos internacionales, presentan una doble vertiente. Por una parte consisten en la posibilidad de recibir una asistencia internacional que les ayude en la conservación de su patrimonio de valor excepcional, es decir, el derecho a obtener cooperación

³²⁵. Para un análisis exhaustivo del ámbito de aplicación tanto del Reglamento como de la Directiva de las medidas de acompañamiento que se prevén en la misma, así como los problemas de interpretación que plantea la aplicación de estos instrumentos, pueden consultarse algunos estudios específicos; LAURENT FRIER, Pierre: “La libre circulation des biens culturels dans l’Europe de 1993”, *La libre circulation des collections d’objets d’art. The free circulation of art collections*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1993, pp.23-30. CHITI, Mario P.: “Circolazione e tutela dei beni culturali in ambito comunitario”, *Beni culturali e Comunità Europea*, Giffre editore, Milano, 1994, pp. 141-169; MARTÍN REBOLLO, Luís: “Bienes culturales y Comunidad Europea”, *Beni culturali e Comunità Europea*, Giffre editore, Milano, 1994, pp. 37-140; MARTÍN REBOLLO, Luís: *El comercio del arte y la Unión Europea*; Cuadernos de Estudios Europeos, Madrid, 1994, 189 p; entre otros.

internacional para conservar y preservar los bienes, en el supuesto de que por si mismos no puedan hacerlo adecuadamente, se trata fundamentalmente del sistema que contempla la Convención de 1972. Por otra parte, cuentan con la posibilidad, derivada de la especificidad de los bienes culturales, de adoptar medidas restrictivas para garantizar su protección a través del respeto de los principios sustantivos correctores: soberanía del Estado, conservación *in situ* y subsidiariedad de la acción internacional. Algunos ejemplos ilustrativos de los derechos específicos que se derivan de la aplicación de los anteriores principios son los siguientes: el derecho a fijar límites a la circulación de bienes culturales, ciertos “derechos preferentes” establecidos en el Convenio del Derecho del Mar de 1982 respecto de los objetos de valor arqueológico e histórico hallados en la Zona de los Fondos Marinos. Concretamente, el artículo 149 se refiere: al Estado o país de origen; al Estado de origen cultural, y al Estado de origen arqueológico e histórico. El artículo 303, por otra parte, permite a los Estados ribereños aplicar su legislación interna a los objetos arqueológicos e históricos localizados en su zona contigua, partiendo de la ficción jurídica de que se “presumirá” que los mismos, cuando hayan sido obtenidos sin su expreso permiso, han sido hallados en violación de sus leyes y reglamentos aplicables al territorio o al mar territorial.

Sin embargo, no es el Estado el principal beneficiario de los derechos reconocidos por los principios y normas que configuran y desarrollan la protección internacional del patrimonio cultural. Bien al contrario, los beneficiarios son los individuos y determinados colectivos como los pueblos indígenas o las minorías, así como el conjunto representado por la Humanidad. En este sentido se podría establecer un paralelismo con el derecho a la asistencia o la protección humanitaria ya que tal como señala

GROS ESPIELL, se trata de “un nuevo derecho, un derecho de la tercera generación, un derecho fundado esencialmente en la solidaridad humana, que por sus caracteres tiene una ineludible vocación comunitaria. En cuanto derecho de la tercera generación -y como todos estos derechos surgidos en los últimos años por las exigencias de las nuevas necesidades humanas, por ejemplo el derecho a la libre determinación, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho al patrimonio común de la humanidad y el derecho del medio ambiente- es un derecho, a la vez individual y colectivo. Es decir que sus titulares son, simultáneamente, los individuos, los seres humanos y los pueblos. En cuanto derecho colectivo, sus titulares pueden llegar a ser no sólo pueblos sino otras entidades colectivas” (³²⁶)

A.- LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL.

a).- Los derechos culturales en el ámbito universal.

Los principios de universalidad e indivisibilidad caracterizan un derecho en tanto que derecho de la persona. Como afirma el profesor CARRILLO SALCEDO “los derechos humanos son universales e indivisibles: lo primero, porque se predicán del *hombre*; lo segundo porque los derechos civiles y políticos *han de ser efectivos*, del mismo modo que

³²⁶. GROS ESPIELL, Héctor: “Intervención humanitaria y derecho a la asistencia humanitaria”, en *El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, vol. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo-Uruguay, 1994, p. 310.

los derechos económicos, sociales y culturales *han de ser libremente definidos y no impuestos*”⁽³²⁷⁾.

En este mismo sentido se pronunciaba René CASSIN, al referirse a la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la que afirmaba que “*est universelle par son inspiration, par son expression, par son contenu, par son champ d’application, par son potentiel, et elle proclame directement les droits de l’être humain au regard de tous autres, à quelques groupes sociaux auxquels ils appartiennent les uns et les autres*”⁽³²⁸⁾. Frédéric SUDRE afirma que la universalidad “*tient à ce que partout est perçue cette exigence fondamentale que quelque chose est dû à l’être humain parcequ’il est un être humain*”⁽³²⁹⁾.

La universalidad de los derechos humanos ha sido reconocida como una “conquista definitiva de la civilización”⁽³³⁰⁾. Asimismo, la Declaración de Viena de 25 de junio de 1993, adoptada en el marco de la segunda

Estas dos últimas disposiciones muestran, una vez más, el paralelismo creciente que se da, aunque en ámbitos diferenciados, a la protección del patrimonio cultural, por una parte, y al medio ambiente, por otra.

³²⁷. Para un estudio en profundidad de este tema, véase: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, ed. Tecnos, 1995, pp.16-19.

³²⁸. CASSIN, René: “L’homme sujet de droit international et la protection universelle de l’homme”, *Mélanges Georges Scelle. La technique et les principes de droit public*, LGDJ, París, 1950, t.1, p.77.

³²⁹. SUDRE, Frédéric: *Droit international et européen des droits de l’homme*, Collections Droit Fondamental, puf, París 1989, p.35.

³³⁰. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto: “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en el final del siglo”, en *El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, vol. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo-Uruguay, 1994, p. 346.

Conferencia Mundial de Derechos Humanos contribuye en gran medida a reforzar y resaltar la idea de la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos ya que conforme al pár. 5º de la misma:

“Todos los derechos humanos son universales indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tiene el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”⁽³³¹⁾.

Si bien la tesis de la universalidad de los derechos humanos parece más asentada, la concepción de la indivisibilidad va superando progresivamente el estadio de mera declaración programática a fin de alcanzar una verdadera realización efectiva. Ello pasa por la superación de la dicotomía existente entre los derechos civiles y políticos de una parte y los derechos económicos sociales y culturales, de otra, consagrada por la adopción de los dos respectivos Pactos internacionales de Naciones Unidas de 1966, pero ya cuestionada a partir de la Conferencia de Teherán de 1968 que proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos al afirmar que la plena realización de los derechos civiles y políticos era imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

³³¹. Asimismo en el pár.1º *in fine* de la Declaración se estipula que: “(...) El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas”. NACIONES UNIDAS: *Declaración de la Conferencia Mundial de derechos humanos, adoptada en Viena el 25 de junio de 1993*, Doc. .NU. A/CONF. 157/23.

Progresivamente se ha ido gestando una concepción global de los derechos humanos tanto en el plano universal -así puede apreciarse en significativas Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (³³²)- como en el ámbito regional siendo uno de los ejemplos más destacables la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 que ya recoge en un único instrumento tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales. Esta nueva visión tiene como propósito último conseguir una mayor eficacia en la protección de estos derechos (³³³).

Así pues, partiendo del doble principio de universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos cabe analizar las características específicas que presentan los derechos culturales. Son las siguientes:

- Permiten concebir la identidad cultural como una de las dimensiones propias del sujeto.
- Pueden precisar la amplitud del sujeto del individuo a la colectividad.
- Permiten añadir una determinación fundamental a la interpretación de otros derechos

³³². Resolución 32/130 de 1977; Resolución 41/117 de diciembre de 1986; Resoluciones 43/113, 43/114 y 43/125 de diciembre de 1988; Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985 por la que el ECOSOC crea el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³³³. Para un análisis en profundidad de los diferentes mecanismos propuestos para reforzar el respeto hacia los derechos económicos, sociales y culturales véase: CASTERMANS- HOLLEMAN, Monique. C: "The protection of economic, social and cultural rights within the un framework", *Netherlands International Law Review*, XLII, 1995, pp.353-373.

humanos y completar su indivisibilidad. Así por ejemplo, constituyen un puente de enlace entre los derechos humanos y los derechos de los pueblos.

- Desarrollan la universalidad real del conjunto de derechos humanos por una mejor comprensión de su “enculturación”.

Se trata de derechos muy próximos al sujeto de los cuales se derivan inmediatamente deberes, ya que el objeto del derecho, la cultura, supone una participación esencial del sujeto y en cierto modo, “un uso decisivo de su libertad” (³³⁴).

b).- Desarrollos y especificidades en el ámbito regional europeo

Es en el ámbito regional europeo en el que por primera vez, y si bien todavía en una fase muy incipiente, se ha planteado la posibilidad de calificar el derecho al patrimonio cultural como derecho de la persona.

La Cumbre extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa, celebrada en Viena el 9 de octubre de 1993, insistió en el reconocimiento de los derechos de las minorías y la lucha contra la intolerancia, como factores claves para conducir a la “Gran Europa” por la vía democrática.

³³⁴. MEYER-BISCH, P: “Nature du droit au patrimoine culturel en tant que droit de l’home”, *Patrimoine européen*, nº3, 1995, pp.28-31. Este autor recoge las conclusiones del coloquio sobre “Droits culturels, une catégorie sous-developpée de droits de l’homme”. Fribourg, 28-30 novembre 1991. Actes et documents de suivi 1993, éd. univertitaires, Meyer Bisch éd.

En este sentido, se otorgó una significativa importancia al patrimonio cultural, que fue señalado como uno de los elementos fundamentales de la consolidación de la paz y la estabilidad, que puede contribuir a contrarrestar el ascenso de los particularismos y nacionalismos agresivos, en el marco de “una Europa políticamente menos dividida pero más regionalizada y fragmentada”.

El patrimonio debería ayudar a “sensibilizar a los ciudadanos europeos sobre su historia y destino común” (³³⁵). Así, en el marco del Consejo de Europa, se aprecia una tendencia creciente a conferir una nueva función al patrimonio cultural, haciendo de su conservación una condición previa de la paz y la estabilidad, puesto que el conocimiento mutuo y la familiaridad con los diversos patrimonios culturales europeos se señalan como elementos aglutinadores que pueden favorecer una mayor tolerancia a través de la aceptación de las diferencias y de los valores comunes tendentes hacia lo universal (³³⁶). El patrimonio cultural es concebido, en cierto modo, como el vehículo de la memoria europea la cual puede servir de base para construir un futuro común.

Es también en el ámbito del Consejo de Europa donde se han creado las condiciones favorables para la apertura de un proceso de reflexión

³³⁵. COUNCIL OF EUROPE: *IVth European Conference of Ministers responsible for the Cultural Heritage. The cultural heritage: an economic and social challenge.*

³³⁶. Con el propósito de dar a conocer las diversidades de Europa, el Consejo de Europa lanzó la campaña “Memorias para Europa”, que asociaba diversas capitales de países que confluyen en el Danubio (Viena, Bratislava y Budapest). Esta campaña puso de manifiesto igualmente la diversidad de sujetos y sectores sociales y profesionales que se benefician del patrimonio desde investigadores, escritores, arquitectos al público en general.

general sobre las relaciones- tanto aglutinadoras como diferenciadoras - que existen entre los conceptos de Patrimonio, Historia y Memoria, en particular a través de la puesta en marcha del programa “Patrimonio y Sociedad”, gestionado por el Comité del Patrimonio Cultural (³³⁷). A raíz de este Programa se pretende abrir una fase de debate que pueda dar una respuesta a los siguientes planteamientos:

- Una primera cuestión se centra en si la propia conciencia de Europa debe apoyarse sobre el reconocimiento de un patrimonio común y, en coherencia con ello, llevar a cabo a escala europea una acción de sensibilización sobre la importancia social, cultural y política que reviste el patrimonio.

- Una segunda cuestión versa sobre si el patrimonio cultural- en tanto que elemento tangible de las diversas identidades- debe fundarse sobre una concepción particularista o universalista de las culturas (³³⁸).

- Finalmente, la reflexión abordada debe responder a la contribución del patrimonio a los valores fundamentales, fomentados desde el Consejo de Europa, de la tolerancia y la democracia e incluso si puede considerarse el derecho al patrimonio como una nueva generación de derechos humanos; y, por tanto, si pudiese introducirse una disposición relativa al reconocimiento histórico de los derechos culturales, siendo el patrimonio su más tangible

³³⁷. Para la discusión de estos temas se organizaron varias tablas redondas en Viena del 19 al 21 de septiembre de 1994, en las cuales participaron aproximadamente unas 150 personas, véase CONSEIL DE L'EUROPE. CONSEIL DE LA COOPÉRATION CULTURELLE: *Activités du Conseil de la coopération culturelle. Rapport 1994-1995*. Strasbourg-avril 1996.

³³⁸. CONSEIL DE L'EUROPE: “Quel avenir pour les politiques du patrimoine?”, *Patrimoine européen*, nº 1, 1994, pp. 11-14.

manifestación, en un protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

La iniciativa de elaborar un Protocolo adicional al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, en el campo cultural, fue uno de los compromisos que adoptaron los Estados miembros del Consejo de Europa en el marco de la Cumbre de Viena de 1993. Esta iniciativa se insertaría en una etapa que algunos han calificado de “período de activismo (1989-1993)” con relación a la protección internacional de las minorías en Europa, “caracterizado por la multiplicidad de iniciativas y actores empeñados en promover ambiciosas soluciones a la protección de las minorías” frente un segundo período que se iniciaría a partir de 1994 “en el cual el activismo se va a ver sustituido por una aproximación más realista a los problemas de las minorías”⁽³³⁹⁾.

A fin de atender el compromiso político adoptado en la “Cumbre” de Viena, el Comité de Ministros el 4 de noviembre de 1993 creó el “Comité *ad hoc* para la protección de las Minorías Nacionales”(CAHMIN), encargado de elaborar un proyecto de Protocolo con objeto de completar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el ámbito cultural, a través de disposiciones “que garanticen los derechos individuales, especialmente los de personas pertenecientes a minorías nacionales”. Dicho Protocolo “vendría a reforzar jurídicamente la protección de ciertos derechos de los minoritarios, (...) posibilitando el acceso a los órganos de control

³³⁹. GONZÁLEZ VEGA, Javier. A.: ”La decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa de suspender los trabajos sobre un Protocolo adicional al Convenio Europeo en materia de Derechos culturales: ¿Réquiem por los derechos de las minorías?, *R.E.D.I.*, vol. XLVIII (1996), 1, pp.400-404.

establecidos en el Convenio europeo de 1950, Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (340).

Entre los temas que podrían quedar englobados en el marco del Protocolo, destacan principalmente dos. En primer lugar, el respeto a la identidad cultural en sus diferentes aspectos, que están por determinar, y que pueden ir desde el derecho a la alfabetización o el derecho a la utilización de la lengua, al derecho de desarrollar sus costumbres y valores. En segundo lugar, la protección del patrimonio cultural y científico.

El CAHMIN formuló una serie de criterios con el objeto de examinar cada uno de dichos aspectos en particular y determinar si podían ser objeto de una disposición que garantizara un derecho individual. Los criterios fueron los siguientes:

- Analizar si se trata de un derecho adicional respecto de los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos.

- Estudiar si el derecho examinado tiene una naturaleza o carácter fundamental y universal.

- Determinar si responde a una necesidad real.

- Analizar su naturaleza justiciable (341).

³⁴⁰. GONZÁLEZ VEGA, Javier. A: "La decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa de suspender los trabajos sobre un Protocolo adicional al Convenio Europeo en materia de Derechos culturales: ¿Réquiem por los derechos de las minorías?, *R.E.D.I.*, vol. XLVIII (1996), 1, pp.402.

³⁴¹. CONSEIL DE L'EUROPE. CAHMIN: *Rapport intérimaire d'activité, 10e réunion (27 février-3mars 1955)*; reprod. en Comunicación del Comité de Ministros, de 24 de mayo de 1995, *Doc. 7316*, 1 de junio de 1995.

Entre las principales dificultades con las que topa la protección de los derechos culturales en este ámbito, cabe poner de relieve el hecho que se hallan formulados a través de normas de carácter programático, es decir objetivos a alcanzar en función de los recursos disponibles y no de aplicación inmediata, con lo cual resulta difícil evitar que la identidad de pueblos enteros sea destruida de manera violenta, así como la destrucción sistemática del patrimonio cultural.

Otra dificultad, en este caso de carácter técnico, es que los derechos culturales en general, tienen un objeto muy amplio “extensible hasta el infinito”, a diferencia de otro tipo de derechos con objeto más limitado, por ejemplo en el caso de la prohibición de la tortura el objeto se delimita de forma más clara (³⁴²). Esta inconcreción del contenido de los derechos culturales se ponía de relieve en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 27, pár. 1º, disponía que: “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. Estas dificultades se pusieron de manifiesto en los propios trabajos emprendidos por el CAHMIN los cuales, además de un escaso avance en éste ámbito, dejaban entrever las contradicciones existentes en su propio seno sobre la naturaleza complementaria del derecho en cuestión o su carácter universal o la necesidad real de su formulación (³⁴³).

³⁴². MEYER-BISCH, P: “Nature du droit au patrimoine culturel en tant que droit de l’homme”, *Patrimoine européen*, nº3, 1995, p.29.

³⁴³. CONSEIL DE L’EUROPE. CAHMIN: *Rapport de réunion, 11e réunion, 15-19 mai 1995, Doc. CAHMIN (95) 16.*

Si analizamos, en particular, el “derecho al patrimonio cultural” se observa que aglutina varios contenidos, expresando al mismo tiempo, el derecho de cada comunidad a preservar su patrimonio y a disfrutar del mismo; el derecho a la identidad, que el patrimonio expresa y el derecho a la práctica cultural.

Las posibilidades de extensión que ofrece **el objeto** no deben representar un obstáculo para su protección si se define un “núcleo intangible”, claramente identificable y exigible ante las instancias judiciales competentes. La delimitación del objeto de este derecho al patrimonio cultural puede hacerse a través de los canales propios de una sociedad democrática, debate público conjuntamente con investigaciones objetivas al respecto (ya sean de tipo geográfico, histórico, económico...); adopción de las medidas legislativas pertinentes y la creación de órganos de control.

Debe tenerse en cuenta que el objeto del “derecho al patrimonio cultural”, presenta una “dimensión comunitaria” evidente, en el sentido de que su preservación repercute en interés de toda la colectividad. A este respecto algunos autores, conscientes de la naturaleza ambivalente de los derechos culturales en cuanto derechos a la vez individuales y colectivos, han planteado como cuestión de fondo la necesidad de armonizar la dimensión colectiva que implica la noción de derechos culturales con la dimensión individual de los derechos humanos (³⁴⁴). Los derechos culturales como derechos individuales se resumirían de forma genérica como “el derecho a la diferencia”, en virtud de dos principios generales fundamentales en materia de derechos humanos, cuales son el principio de igualdad y el principio de no-discriminación. De ahí se deriva el derecho

³⁴⁴. PIERRÉ-CAPS, Stéphane: “Peut-on parler actuellement d’un droit des minorités?”, *Annuaire Français de Droit International*, XL, 1994, pp. 72- 105.

individual de elegir libremente su cultura, su lengua, el derecho a la educación, al patrimonio cultural. Paralelamente, los derechos culturales como derechos colectivos podrían resumirse en el derecho genérico a la “autodeterminación cultural”, es decir, la libre elección por el grupo de las condiciones en la que considera que puede realizar sus derechos culturales⁽³⁴⁵⁾.

Asimismo, el “derecho al patrimonio cultural” presenta una dimensión económica, ya que el patrimonio es, tal como afirma MEYER-BISCH, ante todo un “capital cultural” como lo pone de manifiesto la relación patrimonio cultural-turismo. El patrimonio cultural ofrece un innegable potencial económico y social. Su utilización contribuye, no tan solo al enriquecimiento cultural, sino que, al mismo tiempo, es un factor de desarrollo económico⁽³⁴⁶⁾, de manera que no debe ser considerado aisladamente sino ubicado en un entorno físico y social determinado.

Respecto a la delimitación del **sujeto** del derecho al patrimonio cultural, cabe destacar, igualmente, su amplitud, puede ir desde el individuo a la colectividad más amplia que es la humanidad. Este es un rasgo común con los derechos humanos en general y especialmente acentuado en el caso de los derechos culturales. Ahora bien, el hecho de que el sujeto tenga una amplitud que va hasta lo universal, no debe resultar un obstáculo para determinar un sujeto de derecho preciso, como lo pueden ser las

³⁴⁵. ROULAND, Norbert: “L’archipel des droits de l’homme. Communication au Colloque de la Commission des droits de la personne du Québec, *L’actualité de la Déclaration universelle des droits de l’Homme*”, 10 décembre 1993, Montréal, p.16, citado por PIERRÉ-CAPS, Stéphane: “Peut-on parler actuellement d’un droit des minorités?”, p.104.

generaciones futuras, las cuales se verán empobrecidas si se les impide el derecho de disfrutar del patrimonio cultural.

Una vez definido el sujeto y el objeto, cabe plantearse frente a quién es oponible este “derecho al patrimonio cultural”; la dificultad para responder a esta cuestión es también la amplitud; se trata de un derecho que presenta una oponibilidad general. Al igual que sucede con el derecho al medio ambiente, cada uno puede ser responsable. Corresponde al conjunto de la sociedad la protección y salvaguardia del patrimonio ya sea local, regional y mundial, si bien, se da el paralelismo con los derechos humanos en general en que la responsabilidad está centrada básicamente sobre el Estado.

Se aprecia pues, una cierta unidad y coherencia entre los derechos culturales, y en particular el “derecho al patrimonio cultural”, respecto al conjunto de los derechos humanos; hasta el punto que algunos autores afirman que el “derecho al patrimonio cultural”, “lejos de ser un derecho de la persona de lujo, que podría pasar a un segundo plano, tiene un lugar específico en el cuerpo indivisible de los derechos humanos (...). Ninguna libertad puede existir sin tradición”⁽³⁴⁷⁾. En esta misma línea se ha señalado que la protección de bienes culturales es “correlato de las garantías y pactos universales e interestatales sobre derechos humanos”⁽³⁴⁸⁾.

³⁴⁶. COUNCIL OF EUROPE: *IVth European Conference of Ministers responsible for the Cultural Heritage. The cultural heritage: an economic and social challenge*, p.21-26.

³⁴⁷. MEYER-BISCH, P: “Nature du droit au patrimoine culturel en tant que droit de l’home”, *Patrimoine européen*, n°3, 1995, p.31.

³⁴⁸. HÄBERLE, Peter: “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18. Núm.54. Septiembre-Diciembre 1998, pp.11-38.

Los trabajos más recientes del CAHMIN sobre esta materia, según el mismo afirmaba, muestran “que las disposiciones existentes del Convenio europeo de derechos humanos, tal como han sido interpretadas por los órganos de control, cubren ya (potencialmente) muchos de los derechos en el ámbito cultural” ⁽³⁴⁹⁾. El Comité de Ministros de acuerdo con estas conclusiones, en enero de 1996, suspendió los trabajos relativos al Protocolo Adicional, acordando al mismo tiempo “proseguir la reflexión acerca de la posibilidad de prever normas en el ámbito cultural y en el de la protección de las minorías teniendo en cuenta la Declaración adoptada al término de la Cumbre de Viena” ⁽³⁵⁰⁾.

La Asamblea Parlamentaria- que había solicitado la adopción de dicho instrumento, presentando incluso una propuesta de Protocolo en su Resolución 1201 (1993)- expresó una “profunda decepción” e instó al Comité de Ministros a “reemprender sin demora” los trabajos sobre esta cuestión ⁽³⁵¹⁾. Tal como afirma GONZÁLEZ VEGA, la posición del Comité de Ministros y de su órgano asesor, el CAHMIN, no puede ser enjuiciada con benevolencia (...) las razones aducidas son artificiosas en extremo, porque constituye *communis opinio* la inidoneidad del actual marco convencional para garantizar adecuadamente los derechos de los minoritarios (...) no conviene olvidar que la decisión del Comité de

³⁴⁹. Estas afirmaciones están contenidas en el informe semestral (julio-diciembre 1995) del CAHMIN (Consejo de Europa, *Feuille d'information* núm. 37, p. 106)

³⁵⁰. CONSEIL DE L'EUROPE: *Document d'information sur le projet de protocole relatif aux droits individuels dans le domaine culturel*, mars 1996.

³⁵¹. CONSEIL DE L'EUROPE. Assemblée Parlementaire: Recomendation 1285, de 23 janvier 1996..

Ministros no hace sino exteriorizar el evidente disenso existente en el seno de la organización a propósito de la cuestión minoritaria”⁽³⁵²⁾.

2.- LA CREACIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS RESPECTO DE LOS BIENES CULTURALES.

Las normas internacionales en materia de protección del patrimonio cultural presentan un segundo efecto específico, la ampliación del marco de obligaciones de los Estados aportando deberes que son propios de este sector normativo. Asimismo cabe poner de relieve que, en lo relativo al tráfico ilícito, además de las obligaciones dirigidas a los Estados contenidas en los instrumentos jurídico-internacionales, los museos, las galerías de arte y en general los profesionales del sector han contribuido al establecimiento de obligaciones que les afectan directamente y que contribuyen a paliar las insuficiencias de la normativa internacional para combatir el tráfico ilícito. La fórmula utilizada es la adopción de “códigos de conducta” a través de los cuales voluntariamente asumen pautas de comportamiento destinadas a fomentar la transparencia en el mercado del arte y rechazar el tráfico ilícito. En este sentido, la cooperación entre museos llevó al Consejo Internacional de Museos (ICOM) a adoptar en 1986 un código ético de la profesión museística. En él se estipula que un museo no puede adquirir ningún objeto, ya sea a través de compra, donación, legado o intercambio sin que la autoridad responsable del museo se haya asegurado que puede obtener un título de propiedad lícito. Asimismo contiene igualmente pautas de comportamiento en lo relativo a las excavaciones arqueológicas. Otro ejemplo lo constituye el “Código de ética” aprobado por la Asociación de

³⁵². GONZÁLEZ VEGA, Javier. A: ”La decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa de suspender los trabajos sobre un Protocolo adicional al Convenio Europeo en

directores de museos de Estados Unidos, en el que se “declaraba contrario a la profesión (*unprofessional*) adquirir o recomendar la adquisición de obras que se sepa proceden del tráfico ilícito” (³⁵³).

La cooperación entre las galerías de arte llevó también en el Reino Unido a la adopción de un “código de práctica” destinado al control del comercio internacional de obras de arte y que ha sido asumido por las principales galerías de arte (Christie’s, Sotheby’s) así como por un elevado número de asociaciones de anticuarios. Finalmente, cabe señalar que, en el ámbito europeo y fruto de la cooperación entre galerías de arte, salas de venta y anticuarios, se ha planteado la necesidad de adoptar un Código europeo de deontología, los profesionales del sector que abogan por el mismo se muestran interesados en rodear el comercio del arte de las máximas garantías de respetabilidad y fiabilidad (³⁵⁴). La cooperación y control en el comercio del arte por los propios profesionales del sector contribuye a reforzar la aplicación efectiva de las obligaciones internacionales contenidas en los convenios internacionales.

A.- LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS: ASPECTOS GENERALES.

Se ha señalado en términos generales respecto a los derechos económicos, sociales y culturales que la mayoría de los mismos comportan tres niveles distintos de obligaciones para los Estados:

materia de Derechos culturales: ¿Réquiem por los derechos de las minorías?, *R.E.D.I.*, vol. XLVIII (1996), 1, pp. 403.

³⁵³. CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol: “La protección internacional del patrimonio cultural”, *op. cit.*, p.92.

”an obligation to respect, an obligation to protect, and obligation to fulfil. The obligation to respect urges governments to refrain from certain activities. The obligation to protect implies the responsibility of States to counteract or prevent activities or processes by third persons which negatively affect the enjoyment of economic, social and cultural rights. The obligation to fulfil implies active government involvement (...);⁽³⁵⁵⁾

Esta tipología sería de aplicación en el ámbito de la protección del patrimonio cultural ya que las obligaciones derivadas para los Estados, con fundamento en los instrumentos internacionales existentes en este ámbito, se centran tanto en una obligación de respeto, como en una obligación de protección que se halla intrínsecamente vinculada a la correlativa obligación de actuar a través de la adopción de unas medidas determinadas a fin de que dicha protección resulte realmente eficaz.

- La obligación de respeto, es una obligación fundamental que está encaminada en particular, si bien no exclusivamente, a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Se caracteriza por tener un aspecto negativo en el sentido de que la obligación específica que impone a los Estados es de no actuar, de abstenerse de realizar determinadas

³⁵⁴. Véase: MARGUE, Tung-Laï: “La protection des trésors nationaux dans le cadre du grand marché: problèmes et perspectives”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, nº 363, décembre 1992, p.915-916.

³⁵⁵. Se trata de una tipología desarrollada por el Relator especial de la Subcomisión del derecho a la alimentación, Asbjorn Eide, en el marco de un estudio sobre el derecho a la alimentación véase: CASTERMANS- HOLLEMAN, Monique. C: “The protection of economic, social and cultural rights within the un framework”, *Netherlands International Law Review*, XLII, 1995, p.366.

conductas que puedan resultar nocivas para los bienes culturales. El ejemplo más característico de dicha obligación lo hallamos en el artículo 4º de la Convención de 1954, el cual determina una responsabilidad compartida por las “Altas Partes Contratantes” de “respetar los bienes culturales situados tanto en su propio territorio como en el de las otras Altas Partes Contratantes”, esto es así en virtud de las características propias de los bienes culturales. La obligación de respeto consistirá en la prohibición “de utilizar esos bienes sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado”, así como en la obligación correlativa de abstenerse “de todo acto de hostilidad respecto de tales bienes”. La Convención de 1972, recoge igualmente esta obligación de respeto y con idéntico sentido, es decir el de abstenerse, en este caso concreto según determina el artículo 6º: “Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención se obliga a no tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio cultural (...)”.

- La obligación de protección consiste, en términos generales, en la adopción de una serie de medidas tanto de tipo material como de carácter jurídico, destinadas a conseguir las mejores condiciones para la preservación de los bienes culturales. Se ha señalado que no es un término “monolítico” sino que, por el contrario presenta múltiples facetas, en este sentido CARDUCCI, distingue entre la protección jurídica y material del objeto. Mientras la primera, está destinada a limitar, en diferente grado la libre disponibilidad del objeto *“ainsi qu’à exclure la prérogative de l’abus lié à la propriété, par une obligation de conservation et d’entretien de l’objet à la charge du propriétaire qui demeure normalement*

en possession de l'objet”, la protección material está encaminada principalmente a evitar la dispersión, pérdida o robo, así como a preservar el estado del bien (³⁵⁶).

Resulta evidente, por tanto, que el término “protección” engloba varias nociones, a saber, salvaguardia, conservación, valorización, restauración, integración etc; así pues, las medidas positivas a adoptar serán de carácter variado y con distintos enfoques pero con un objetivo último que es el de protección del patrimonio cultural en un sentido global, es decir, tanto desde una perspectiva jurídica como material

A este respecto, cabe destacar en especial la Convención de 1954, la Convención de 1970 y la Convención de 1972, ya que en sus respectivas disposiciones obligan a los Estados a adoptar una serie de medidas concretas para proteger los bienes culturales que obedecen a la necesidad de garantizar las distintas nociones que se incluyen en el término protección. La asunción de obligaciones por los Estados cuenta con antecedentes de carácter regional en este sector. Así, en virtud del “Pacto Roerich”, los Estados partes se comprometen a dictar las medidas de legislación interna necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el mismo. Igualmente, los Estados partes tendrán la obligación de comunicar a la Unión Panamericana la lista de los monumentos e instituciones para los que solicitan dicha protección, de esta manera están informadas el resto de las Partes (artículo 4º).

³⁵⁶. CARDUCCI, Guido: *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, L.G.D.J., París, 1997, p. 41.

B.- LAS MEDIDAS CONCRETAS DE APLICACIÓN

- La Convención de 1954 y su Reglamento prevén unas medidas de aplicación de carácter interno, es decir a cargo de los Estados partes. Se recogen en los artículos 7º, 25, 26 y 34 de la Convención. Algunas de estas medidas, hacen referencia a deberes de carácter militar, siguiendo el ejemplo de disposiciones del mismo carácter contenidas en la IV Convención de La Haya de 1907 (³⁵⁷) y los Convenios de Ginebra de 1949 (³⁵⁸). En virtud de las mismas cada Estado parte se compromete, en tiempo de paz, a introducir en los reglamentos u ordenanzas para uso interno de las tropas las disposiciones adecuadas para que la Convención pueda ser efectivamente aplicada.

Los Estados Partes están obligados igualmente a difundir en sus respectivos países el texto de la Convención y su Reglamento de aplicación tanto entre la población civil como entre la militar (³⁵⁹). Esta obligación de difusión debe aplicarse tanto en tiempo de paz como en caso de conflicto armado (³⁶⁰). Es una práctica habitual, particularmente en el ámbito de los

³⁵⁷. El art. 1º establece que las Potencias contratantes darán a sus fuerzas armadas terrestres las instrucciones conforme al Reglamento.

³⁵⁸. Los Convenios de Ginebra fijan lo siguiente: “Las Altas Partes contratantes se comprometen a difundir lo más ampliamente posible en tiempo de paz y tiempo de guerra, el texto del presente Convenio en sus países respectivos, y, especialmente a incorporar su estudio a los programas de instrucción militar y, si fuera posible, civil de manera que sus principios sean conocidos por la totalidad de la población, en particular de las fuerzas armadas combatientes, del personal sanitario y de los capellanes “, artículos 47/48/127/144.

³⁵⁹. Así como a comunicarse entre los Estados Partes, por intermedio del Director General de la UNESCO, las traducciones oficiales del texto de la Convención y del Reglamento.

³⁶⁰. Véase la misma obligación en los artículos 47/48/127/144 de los Convenios de Ginebra de 1949. La mayoría de Estados que han presentado informes al Director General de la UNESCO en las reuniones de las Altas Partes Contratantes, (1962, 1967, 1970,

derechos humanos y de la Organización Internacional del Trabajo, la presentación de informes sobre la aplicación de las convenciones.

Asimismo, en la IIª Resolución adoptada durante la Conferencia de La Haya de 1954, se recomienda a los Estados Partes que constituyan Comités Consultivos Nacionales integrados por expertos (³⁶¹), al objeto de que se pronuncien sobre las medidas a adoptar para asegurar la aplicación de la Convención.

1979, 1984), han dado cumplimiento a este compromiso y han indicado que el estudio de la Convención figura en los programas de instrucción de las escuelas militares o de las fuerzas armadas y que entre la población civil, se ha difundido a través de manuales, guías, opúsculos, artículos en la prensa, así como conferencias y cursos específicos sobre esta materia. La Cruz Roja y, en particular, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en coherencia con sus principios e ideales, desarrollan una ingente labor en el ámbito de la difusión del Derecho Internacional Humanitario; teniendo en cuenta que la protección de los bienes culturales forma parte del Derecho Internacional Humanitario, tal como señalan algunos autores, sería deseable una mayor cooperación entre la UNESCO y el CICR en relación a la difusión de las disposiciones de la Convención de 1954, en este sentido véase, TOMAN, Jiri: *Le mandat de la UNESCO dans la mise en oeuvre de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, París, UNESCO, 1983, p.41 y ss.

³⁶¹. Según se establece en la IIª Resolución de la Conferencia de La Haya, el Comité estaría compuesto por “un número reducido de personalidades, como por ejemplo: altos funcionarios de los servicios arqueológicos, de museos, etc; un representante del Ministerio de Asuntos Exteriores, un especialista de Derecho Internacional y dos o tres miembros más, cuyas funciones y competencia guarden relación con las distintas cuestiones a que se refiere la Convención”. Sus principales atribuciones son de asesoramiento al Gobierno “respecto a las medidas necesarias para la aplicación de la Convención en sus aspectos legislativo, técnico o militar en tiempo de paz o de conflicto armado”. En caso de conflicto armado o de inminencia del mismo su función consiste en, “intervenir cerca de su gobierno, con el fin de asegurar que los bienes culturales situados en el territorio nacional o en el de otros países sean conocidos, respetados y protegidos por las fuerzas armadas del país de acuerdo con las disposiciones de la Convención”; y, finalmente, asegurar “el enlace y la cooperación con los demás Comités Nacionales de esta clase y la cooperación con los demás Comités Nacionales de esta clase y con cualquier Organismo internacional competente”.

- La Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, de 1972, a parte de organizar un sistema de protección internacional para la salvaguardia de los bienes culturales que recaen bajo su ámbito de aplicación, paralelamente crea un sistema de obligaciones para los Estados partes. El artículo 5 de la Convención indica algunos de los tipos de medidas posibles que los Estados deben adoptar “con objeto de garantizar una protección y conservación eficaces (...)”.

- Promover una política general dirigida a atribuir al patrimonio una función en la vida colectiva, así como integrar su protección en los programas de planificación general.

- Crear servicios destinados expresamente a la protección, conservación y revalorización del patrimonio.

- Desarrollar la investigación científica en este campo a fin de poder perfeccionar los métodos de intervención a aplicar.

- Favorecer la creación de centros nacionales o regionales de formación en materia de protección.

Los Estados se obliga igualmente a prestar su asistencia para identificar, proteger, conservar y revalorizar el patrimonio cultural (art. 6º).

- La Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, de 1970, ha sido definida como “un acuerdo multilateral de aplicación indirecta”, ya que su aplicación depende de los

Estados partes que deben adoptar los actos legislativos que permitan su recepción y concreción (³⁶²).

En el Preámbulo declara dos ideas fundamentales que constituyen los principios básicos alrededor de los cuales gira todo el texto normativo. Se trata, por una parte, de la idea de que el intercambio de bienes culturales entre las naciones, contribuye al conocimiento de la civilización humana, enriquece la vida cultural e inspira el respeto mutuo y la estima entre ellas (³⁶³). Por otra parte, se afirma, que el comercio ilícito de tales bienes dificulta la comprensión entre las naciones y además constituye una de las causas principales que llevan al empobrecimiento del patrimonio cultural de los países de origen.

La colaboración internacional se presenta como uno de los medios más eficaces para luchar contra dicho tráfico ilícito. Así, la Convención “*es el resultado de la búsqueda de un equilibrio entre los intereses de los países exportadores y de los países importadores de bienes culturales, consagrando una protección en cierto modo restrictiva de la lucha contra el tráfico ilícito*” (³⁶⁴).

³⁶². FRAOUA, Ridha: *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation, et le transfert de propriété illicites des biens culturels*, (Paris, 1970). Commentaire et aperçu de quelques mesures nationales d'exécution. UNESCO, CC-86/WS/40, p.46

³⁶³. La UNESCO adoptó en el marco de su Conferencia General el 26 de noviembre de 1976 una Recomendación relativa al intercambio internacional de bienes culturales, destinada a precisar las condiciones dentro de las cuales debería ser efectuada la circulación de bienes culturales

³⁶⁴. HARVEY, Edwin R: *Relaciones culturales internacionales en Iberoamérica y el mundo*, tecnos, Madrid, 1991, p. 259.

La Convención -partiendo de que una de las causas principales del deterioro del patrimonio cultural y de su progresivo empobrecimiento la constituyen la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas- prevé una serie de medidas que los Estados contratantes deben adoptar.

La Convención, una vez determinadas las conductas que constituyen actos ilícitos a los efectos de la misma, regula las medidas de distinta naturaleza que los Estados deben adoptar con el fin de impedir la importación y exportación, así como la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales.

Así, el artículo 5º crea para los Estados Partes la obligación de confiar la protección de sus bienes culturales a “uno o varios servicios de protección del patrimonio cultural”, a los cuales se les atribuye unas funciones específicas. Para asegurar la protección eficaz del patrimonio cultural, los servicios nacionales deben estar dotados de personal cualificado y suficiente en número.

Las medidas o acciones de protección del patrimonio cultural previstas en la Convención, a la realización de varias de las cuales deben contribuir los servicios nacionales, se pueden catalogar de la siguiente manera ⁽³⁶⁵⁾:

³⁶⁵. GONZÁLEZ-UBEDA RICO, Gloria: *Aspectos jurídicos de la protección del patrimonio histórico-artístico y cultural*. Cultura y comunicación, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 1981, pp.16-17.

- Medidas de carácter normativo: Consistentes en la adopción de normas legislativas y reglamentarias destinadas a proteger el patrimonio cultural y en especial del tráfico y del comercio ilícito (artículo 5º.a). La colaboración de los servicios nacionales podría concretarse, por ejemplo, recogiendo para el legislador nacional las informaciones, sobre todo de carácter técnico, que necesita para adoptar dichas normas (³⁶⁶).

- Adopción de medidas de control de las excavaciones arqueológicas. Las zonas arqueológicas reservadas a la excavación por generaciones futuras, tiene como objetivo hacer que esas zonas se beneficien de los progresos de la técnica y de los conocimientos en el ámbito de la arqueología (³⁶⁷).

La Convención, prevé en su artículo 9º que, si un Estado Parte no puede afrontar por sí solo ciertos pillajes o saqueos arqueológicos u etnológicos, siempre que supongan un peligro para su patrimonio cultural, puede solicitar la ayuda de otros Estados Partes especialmente de los que también se vean afectados.

- Establecimiento de un certificado de exportación mediante el cual el Estado especifica que la exportación del bien o de los bienes es autorizada por él (artículo 6º). Esta disposición instituye un control a la exportación de

³⁶⁶. Para un análisis en detalle de las medidas legislativas y reglamentarias nacionales que pueden adoptar los países exportadores, los países de tránsito, los países importadores, así como medidas internacionales puede consultarse el estudio exhaustivo realizado por PROTT, Lyndel.V y O'KEEFE, P.J: *Medidas legislativas y reglamentarias nacionales de lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*. CLT- 83/WS/16. UNESCO 1985.

³⁶⁷. Idéntica medida ya estaba prevista en la Recomendación de la UNESCO que define los principios internacionales que deberán aplicarse en materia de excavaciones arqueológicas, de 5 diciembre de 1956, cfr. II, 9.

bienes culturales, basado en “un certificado apropiado”. Este certificado debe acompañar al bien o los bienes regularmente exportados, prohibiendo la salida de territorio si carecen de él. La prohibición debería ponerse en conocimiento del público y de aquellas personas que exportan o importan bienes culturales (³⁶⁸).

La Convención, sin embargo, no especifica el procedimiento a seguir ni la clase de certificado que se debe instaurar. Así, es posible deducir que cada Estado es libre de instituir su propio certificado de exportación y fijar las condiciones de obtención o denegación del mismo, así como la categoría de bienes cuya exportación debe estar sometida a autorización.

- Prohibición de la adquisición por parte de museos, o instituciones similares, de bienes culturales provenientes de otro Estado parte y que han sido exportados ilícitamente. Así como prohibición de la importación de bienes culturales robados de un museo o monumento civil o religioso, o una institución similar. La adopción de las medidas necesarias para su restitución al país de origen (artículo 7º) complementa el efecto normativo de estas prohibiciones.

El control a la exportación no puede dar resultados satisfactorios si no se controla igualmente la importación. La lucha contra el tráfico ilícito debe ser llevada a cabo de manera simultánea por los países exportadores -países

³⁶⁸. Una manera de dar a conocer esta prohibición sería haciendo visibles en los aeropuertos, y puestos de policía y de aduanas instalados en la frontera, las disposiciones de la normativa interna relativas a la prohibición de exportar bienes culturales no acompañados del certificado exigido, véase: FRAOUA, Ridha: *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation, et le transfert de propriété illicites des biens culturels*, (Paris, 1970). *Commentaire et aperçu de quelques mesures nationales d'exécution*. UNESCO, CC-86/WS/40, p.69.

ricos en patrimonio cultural que sufren con frecuencia la transferencia ilícita de los bienes más representativos de su patrimonio- y, por los países importadores países adquirentes, pobres en bienes culturales y que desean enriquecer su patrimonio (³⁶⁹).

Cabe señalar que estas medidas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7º.a, no tienen efectos retroactivos, sino que afectarán únicamente a la importación y exportación ilícita efectuadas después de la entrada en vigor de la Convención (³⁷⁰).

Los Estados Partes deberán, asimismo, informar al Estado de origen de las ofertas de bienes culturales exportados ilícitamente que han sido efectuadas a sus museos o instituciones similares.

- Adopción de normas tendentes a impedir la transferencia de propiedad de bienes culturales que tiendan a favorecer la importación o la exportación ilícita de esos bienes. Los Estados Partes, en virtud del artículo 13. (a), se comprometen a adoptar medidas a tal efecto, entre ellas cabría señalar, simplemente a modo de ejemplo, el control del comercio de los bienes culturales, la clasificación o el inventario. Esta disposición debe ser atendida especialmente por aquellos Estados exportadores de bienes

³⁶⁹. Algunos países como Francia e Italia son a la vez exportadores e importadores de bienes culturales.

³⁷⁰. Conforme al artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados sobre la irretroactividad de los tratados: “Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada e vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

culturales que no han adoptado todavía medidas para luchar contra dicha transferencia ilícita.

- Medidas de carácter técnico: Basadas en la creación de servicios de protección del patrimonio cultural. La Convención pone de relieve la necesidad de crear o desarrollar instituciones científicas y técnicas, tales como archivos, museos, laboratorios, bibliotecas., con la finalidad de asegurar la conservación de los bienes culturales (artículo 5º).c) y , al mismo tiempo, contribuir a reforzar de la identidad cultural de los pueblos.

El establecimiento y mantenimiento al día de un Inventario Nacional de “bienes culturales importantes”, públicos o privados, cuya exportación constituiría un empobrecimiento considerable del patrimonio cultural nacional (artículo 5º b). De ahí se deduce que el inventario no debe englobar a todo el patrimonio cultural de un Estado sino únicamente los bienes más representativos del mismo.

El inventario desempeña un papel clave en el sistema de protección instaurado por la Convención ya que permite e control de los bienes culturales (³⁷¹). Para aquellos Estados Partes en la Convención que son ricos en patrimonio cultural pero pobres en recursos económicos pueden solicitar, conforme al artículo 17, la ayuda de la UNESCO que les puede prestar ayuda técnica para realizar el inventario (³⁷²).

³⁷¹. Según se expresa en un documento de la UNESCO el inventario posee *“le grand avantage de révéler des biens culturels inconnus, de favoriser l'étude et le classement par catégories de l'ensemble des biens culturels, de déterminer les pièces uniques et du même cop les pièces identiques ou équivalentes susceptibles d'être attribuées à des missions scientifiques ou à des musées étrangers”*, véase. Doc. UNESCO SHC/MD3, p.7, par. 43.

- Medidas de carácter educativo. Según se desprende de la Convención (artículo 5º.f) consistirían básicamente en ejercer una acción educativa con la finalidad de estimular y desarrollar el respeto al patrimonio cultural a través de una labor de sensibilización de la opinión pública sobre el valor de los bienes culturales, y el empobrecimiento que suponen el robo, las excavaciones clandestinas y las exportaciones ilícitas para el patrimonio cultural de un Estado.

- Medidas de carácter financiero: Los Estados quedan obligados, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Convención, a afrontar los gastos que comporta la aplicación de la Convención. Cada Estado, en la medida de sus posibilidades, deberá dotar de los medios necesarios a los servicios nacionales de protección del patrimonio cultural.

3.- EXCEPCIONES A LAS OBLIGACIONES DE PROTECCIÓN EN CASO DE CONFLICTO ARMADO.

En los distintos instrumentos jurídicos internacionales relativos a la protección del patrimonio cultural, en particular aquellos que rigen en el supuesto de conflicto armado, se observa la introducción de forma reiterada de algunas cláusulas que les restan eficacia ya que introducen excepciones a la aplicación de los sistemas de protección previstos en las mismas.

A.- CLÁUSULAS DE EXCEPCIÓN DE LA PROTECCIÓN.

³⁷². La UNESCO ha prestado su colaboración para realizar el inventario de los bienes culturales de Mali (cfr. Doc. NU. A/38/456, par. 13, p.5), o la colaboración del ICOM para llevar a término el inventario de bienes culturales ubicados en los museos de la región del Pacífico (cfr. Doc. N.U. A/38/456, par. 9-10, p.3-4).

Una de las más significativas es la cláusula de la “necesidad militar”. Tal como señala TOMAN, es generalmente admitido que no existe -ni en el derecho convencional ni el derecho consuetudinario- una cláusula general de la necesidad militar que pudiera justificar el incumplimiento de una norma de Derecho internacional; por tanto, sólo podrá ser admitida cuando una disposición expresa permita acudir a ella (³⁷³). En algunos casos figura enunciada como tal (³⁷⁴), mientras que en otros se utilizan expresiones equivalentes (³⁷⁵).

La jurisprudencia sobre los crímenes de guerra (³⁷⁶) y la doctrina confirman la tesis anterior. El profesor CASANOVAS Y LA ROSA en relación con los principios generales que rigen la conducta de los beligerantes pone de relieve que, “el principio básico en esta materia, y que inspira a todos los demás, es el que las necesidades militares han de armonizarse con las consideraciones de humanidad” (³⁷⁷).

³⁷³. TOMAN, Jiri: *La protection des biens culturels en cas de conflit armé*. Éditions UNESCO, Paris 1994, p.91.

³⁷⁴. A modo de ejemplo cabe señalar el artículo 23 g) del Reglamento de La Haya, art. 33 de la I Convenio de Ginebra; art. 49 del IV Convenio de Ginebra, etc.

³⁷⁵. Algunas de estas expresiones equivalentes son: “en cuanto sea posible” (art. 27, 43, 48 y 51 del Reglamento de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre); “si la gravedad de las circunstancias lo exige” (art. 4º del X Convenio de La Haya de 1907), “en toda la medida que las circunstancias lo permitan”, (art. 17 del I Convenio de Ginebra de 1949); “en toda la medida de lo posible” (art. 71 del Protocolo Adicional I de 1977), etc.

³⁷⁶. Véase: *War crimes reports*, 8, 1949, p. 34 y ss., donde se afirma que “(...) les règles de droit international doivent être respectées, même si cela conduit à la perte de la bataille ou de la guerre. La nécessité en peut justifier leur violation”, citado por TOMAN, Jiri: *La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954*. Éditions UNESCO, Paris, 1994, p.91.

De lo contrario, se estaría vulnerando un principio fundamental del Derecho internacional que regula los conflictos armados, cual es el principio de proporcionalidad, recogido en el artículo 22 del Reglamento anejo a las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y el artículo 35.1 del Protocolo Adicional I, en virtud de los mismos “los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios para dañar al enemigo”. Así mismo, PICTET, sostiene que “el antiguo lema del derecho de la guerra “haz a tu enemigo todo el mal que puedas hacerle” es reemplazado por la nueva ley “no hagas a tu enemigo más mal que el fin de la guerra exija” (³⁷⁸).

El proceso codificador del derecho humanitario pone de manifiesto que el Derecho Humanitario es el resultado de un compromiso entre la necesidad militar y los principios de humanidad. De ahí que la necesidad militar tan solo pueda ser admitida cuando una disposición expresa permite recurrir a ella (³⁷⁹).

³⁷⁷. Considera que, si bien “las necesidades militares” con frecuencia se han convertido en el criterio decisivo durante las hostilidades, esto no las justifica como criterio supremo de conducta, tal como hacía la doctrina alemana de las *Kriegsäsion*, que equivalía a la consagración del viejo adagio *inter arma silent leges*”, CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol: “Objetivos militares, métodos y medios de combate”, DÍEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tomo I, Madrid, 1994, p. 905.

³⁷⁸. PICTET, Jean: “Los principios del Derecho Internacional Humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, vol. 18, agosto-septiembre, 1966, pp. 117-121, 193-204.

³⁷⁹. Algunos ejemplos de disposiciones en las cuales figura la cláusula de la necesidad de manera expresa: Reglamento anejo a la Convención de La Haya de 1899 relativa a las leyes y usos de la guerra, art. 23.g, X Convención de La Haya de 1907 (art. 7º), XI Convenio de La Haya de 1907 (art. 2 y art. 6), I Convenio de Ginebra de 1949 (art. 33) IV Convenio de Ginebra de 1949 (art. 49), Protocolo I de 1977 (art. 54.5, art. 62.1, art. 67.4), Protocolo II de 1977 (art. 17.1).

Respecto de los bienes culturales, esta limitación de la protección se reproduce en varios instrumentos jurídicos. Así, en el Reglamento anexo al IV Convenio de La Haya de 1907, la prohibición de bombardear “los edificios consagrados al culto, a las artes, a las ciencias y a la beneficencia...” no es absoluta, sino que está condicionada por la cláusula de la “necesidad militar”, plasmada a través de la expresión “en cuanto sea posible”.

La cláusula de la “necesidad militar”, se reproduce igualmente en el art. 5 del IXº Convenio, si bien no la encontramos en el art. 56 del Reglamento. A su vez, el artículo 56, en los párrafos 1º y 2º, estipula que:

"Los bienes comunales, los de establecimientos consagrados al culto, a la caridad y a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, aunque pertenezcan al Estado serán tratados como propiedad privada.

Se prohíbe y se perseguirá todo embargo, destrucción o degradación intencional de dichos establecimientos, monumentos históricos, obras de arte y científicos".

Esta disposición es similar a la prevista en el artículo 5º del IXº Convenio relativo al bombardeo por las fuerzas navales en tiempos de guerra, en virtud del cual se establece que:

"En el bombardeo por las fuerzas navales el comandante adoptará todas las precauciones necesarias para respetar hasta donde sea posible los edificios destinados al culto, al arte, a las ciencias, a la beneficencia y los monumentos históricos, hospitales y lugares en que estén alojados enfermos o heridos, siempre que al mismo tiempo no se empleen para fines militares".

Las disposiciones de los Convenios de La Haya referidos a la protección de los bienes culturales contenían además otras restricciones específicas que al igual que la cláusula de la necesidad contribuían también a limitar su eficacia.

La primera, es la cláusula *si omnes*. En virtud de la cual las disposiciones, tanto del Convenio como del Reglamento, sólo eran aplicables en la medida que todas las partes contendientes fuesen parte de los Convenios.

La segunda limitación obedecía a que sólo se aplicaban los Convenios en caso de guerra, por lo que quedaban fuera de ésta regulación aquellos conflictos armados que no se identificasen con la guerra o en los que no hubiese habido una previa declaración formal del estado de guerra.

La tercera se refiere a las condiciones introducidas para la exigibilidad de las obligaciones contenidas en los Convenios, que conducían -en caso de no producirse- a la inaplicación de los mismos. Una establecía: "con tal de que las necesidades militares lo permitan, y la otra: " (...) siempre que no se utilicen al mismo tiempo esos edificios con un fin militar".

A pesar de dichas restricciones, la codificación resultante del conjunto de estas normas entraña un significativo progreso con respecto a la situación anterior.

En la Convención de 1954 aparece una mención expresa a la cláusula de la necesidad militar en los artículos 4.2 y 11.2. Afecta a los bienes comprendidos tanto bajo el sistema de protección general como especial. La introducción de esta cláusula en la Convención provocó fuertes polémicas, ya que algunas de las representaciones de los Estados en las negociaciones eran absolutamente contrarias a que figurara en el texto de la Convención.

A modo de ejemplo, cabe citar al delegado de Ecuador, quien consideró que era “incompatible con el espíritu y los principios esenciales de la Convención” ; añadió que le parecía imposible “confiar a un mando militar de ningún país del mundo la responsabilidad de dar la orden suprema que decidiera la conservación o la destrucción del patrimonio cultural”; el delegado español puso de manifiesto el carácter subjetivo en la aplicación de esta cláusula; el delegado francés consideró que las “autoridades militares civiles francesas, consultadas sobre la cuestión, desearían que las necesidades militares imperiosas no figuraran en este artículo”; el delegado de la URSS, expresó que la destrucción de bienes culturales de valor excepcional, como la abadía de Westminster, no estaría justificada por ninguna necesidad militar. Sin embargo fue la posición mantenida por las delegaciones anglosajonas, partidarias de la misma, la que se impuso finalmente; el delegado británico llegó a afirmar que de no introducirse esta cláusula de excepción varios Estados no estarían dispuestos ni a firmar ni a ratificar la Convención (³⁸⁰).

³⁸⁰. Véase: *Actes de la Conférence convoquée par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, 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, Staatsdrukkerij-en Uitgeverijbedrijf, 1961, 464 p.citadas por TOMAN, Jiri; *op cit.*, p.40. Para un análisis más concreto de esta cláusula, véase: EUSTATHIADES, Constantin Th.: “La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit

Respecto a los bienes bajo protección general, las obligaciones de respeto que incumben a los Estados Partes en la Convención, a tenor del artículo 4º, párrafo 2º, podrán dejar cumplirse en el supuesto de que una necesidad militar "impida de manera imperativa su cumplimiento".

La imperatividad de la necesidad militar es el criterio que determina la posible abstención del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención. Por tanto, la cláusula de la necesidad militar es la única excepción a la protección general.

En relación con los bienes bajo protección especial se exigen más requisitos para que esta cláusula pueda comportar la suspensión de la inmunidad de que gozan este tipo de bienes. a tenor de lo dispuesto en los párrafos 2º y 3º del artículo 11, que tienen un carácter restrictivo, deben concurrir las siguientes condiciones:

- la cláusula sólo puede alegarse en “casos excepcionales”;
- la necesidad militar ha de ser “ineludible”, comparable al estado de necesidad alegado como causa de exoneración de la responsabilidad (³⁸¹);

armé”. En *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*. Paris, 1960, pp. 183-209.

³⁸¹. Esta causa de exoneración despierta múltiples resistencias entre diversos sectores de la doctrina, debido a los abusos cometidos por algunos Estados en la aplicación práctica de la misma (intervención de las tropas belgas en el Congo en 1960, violaciones del derecho de la guerra, etc.). Según el art. 33 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad internacional del Estado, la excepción puede ser invocada si es el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente; de todos modos, como señala el profesor SALMON, “*en tout état de cause on en peut invoquer l'état de nécessité pour violer une norme de jus cogens (exemple: non-recours à la force), une norme prévue par un traité qui exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité (exemple: normes de droit humanitaire) et si l'auteur a contribué à la survenance de l'état de nécessité*”, para un análisis crítico del proyecto de la CDI, véase, SALMON, Jean: “Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international”, *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1984, pp. 235-270.

- la suspensión de la inmunidad debe tener un carácter provisional, “mientras subsista dicha necesidad”;

- la decisión de suspender la inmunidad sólo podrá ser adoptada por un oficial que dirija una “formación igual o superior en importancia a una división”;

- finalmente, siempre que las circunstancias lo permitan, habrá de notificarse la suspensión de la inmunidad a la Parte adversaria “con una antelación razonable”.

Otra de las excepciones que introduce la Convención de 1954, que tienen como efecto contribuir a limitar la protección es la cláusula de la “conducta del adversario”. La aplicación de esta cláusula supone una restricción o limitación del sistema de protección especial ⁽³⁸²⁾.

Si uno de los Estados Parte en la Convención utiliza un determinado bien de los situados bajo el régimen especial de protección, con fines militares, contraviniendo los compromisos que se derivan de la misma, la Parte adversaria, según lo estipulado en el artículo 11. 1, podrá provisionalmente, mientras la violación subsista, suspender la inmunidad de la que goza dicho bien. Dicha suspensión ha de ser notificada por escrito al Comisario General de bienes culturales ⁽³⁸³⁾, especificando los motivos que han provocado tal suspensión.

³⁸². Esta cláusula ya figuraba en el artículo 27 del Reglamento anexo a la IV Convención de la Haya de 1907.

³⁸³. La nominación de un Comisario General se presenta como un elemento fundamental del sistema de control de la Convención; está prevista en el art. 4º y sus atribuciones en el art. 6º del Reglamento para la aplicación de la Convención. En virtud de éstas disposiciones el Comisario General será elegido de común acuerdo por la Parte ante la cual haya de estar acreditado y por las potencias protectoras de las Partes adversarias, entre las personalidades que figuren en la lista internacional. Entre sus funciones destaca

Esta disposición supone la introducción, con relación a la protección especial, del principio general de reciprocidad, apoyado sobre la regla fundamental de la igualdad soberana de los Estados, y que se manifiesta de manera particularmente clara en el ámbito de las relaciones convencionales internacionales como queda recogido en el art. 60 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual autoriza, bajo determinadas condiciones, a un Estado Parte en un tratado a suspender la ejecución de sus obligaciones como consecuencia de la violación del tratado por la otra parte⁽³⁸⁴⁾.

Destaca la diferencia respecto de lo previsto en el art. 4.5 para el sistema de sistema de protección general, que escapa a la aplicación del principio de reciprocidad, puesto que la obligación de respeto hacia un bien cultural subsiste para una Parte cuando este bien es utilizado por la Parte adversa para fines militares y es únicamente en el supuesto de necesidad militar imperativa que puede ser derogada la obligación de respeto.

En cambio, con relación al sistema de protección especial, aplicable a los bienes de “importancia muy grande”, el principio de reciprocidad despliega sus efectos plenamente, siendo los más graves e inmediatos la total desprotección del bien cultural en cuestión, resultado que deviene fuertemente paradójico.

el tratar con el representante de la Parte ante la cual está acreditado y con los delegados interesados.

³⁸⁴. Sobre el principio de reciprocidad, véase DECAUX, Emmanuel: *La reciprocité en droit international*, Paris, LGDJ, 1980.

B.- LA RESTRICCIÓN PROGRESIVA DEL ALCANCE DE LAS EXCEPCIONES.

Estas excepciones, que limitan la protección de los bienes culturales, no operan para aquellos Estados que son al mismo tiempo Estados Partes en los Protocolos Adicionales de 1977; las disposiciones que hacen referencia a la protección de los bienes culturales (artículo 53 del Protocolo I y artículo 16 del Protocolo II) son especialmente significativas, puesto que contribuyen a superar el efecto derogatorio de las obligaciones establecidas en la Convención que tenían las dos cláusulas de excepción: la necesidad militar y la de conducta del adversario, respecto de aquellos Estados Parte en la Convención de 1954 que sean Parte igualmente en los Protocolos I y II de 1977.

En este sentido, debe tenerse en cuenta, tal como señala la Profesora A. MANGAS, que “el artículo 16 del Protocolo II establece una prohibición de carácter absoluto al prohibir la destrucción de los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y, por tanto, prohíbe utilizarlo en apoyo del esfuerzo militar”.⁽³⁸⁵⁾ Esta conclusión es también aplicable al artículo 53 del Protocolo Adicional I.

En relación con dicho artículo es necesario destacar el refuerzo que supone para la protección de los bienes culturales otra de las disposiciones

³⁸⁵. MANGAS MARTÍN, Araceli: “La regulación jurídica internacional de los conflictos armados sin carácter internacional”, en *La regulación jurídica internacional de los conflictos armados*, Cruz Roja de Catalunya-Universidad de Barcelona, Barcelona, 1992, p.141.

del Protocolo I, se trata del artículo 85. 4, d), en virtud del cual se considerarán infracciones graves al Protocolo I, entre otras:

“el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una Organización internacional competente, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando no haya pruebas de violación por la Parte adversa del apartado b) del artículo 53 y cuando tales monumentos históricos, lugares de culto u obras de arte no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares” ⁽³⁸⁶⁾.

Para que exista una infracción grave, el ataque debe cometerse “intencionalmente y en violación de los Convenios o del Protocolo”. Esta disposición ha sido objeto de algunas críticas, ya que su redacción es poco clara y precisa debido a que mezcla elementos que provienen de la Convención de La Haya y del artículo 53 del Protocolo I y, al mismo tiempo, deja varias cuestiones sin resolver.

Por ejemplo, al referirse a acuerdos especiales no queda claro de qué se trata, si se quiere aludir a la Convención de La Haya o a otro tipo de acuerdos de ámbito regional o de carácter bilateral; asimismo, al hacer

³⁸⁶. Sobre la contribución italiana para la elaboración de esta disposición y para la calificación de la violación del artículo 53 como violación grave, véase: CASSESE, Antonio: “The contribution of Italy at the Diplomatic Conference on the Development of Humanitarian Law of Armed Conflicts (1974-1977)”, en *The Italian Yearbook of International Law*, 1977, pp.217 y ss.

referencia a una organización internacional competente parece coherente deducir que se trata de la UNESCO, sin embargo, no se menciona de forma expresa. Tampoco contiene indicaciones respecto del sujeto que comete el acto de violación de la protección de los bienes, de ello se infiere que igual puede ser cometido por una pequeña unidad como por unidades al mando de un oficial del más alto rango.

Finalmente, cabe poner de relieve que el párrafo 5 de dicho artículo 85, determina que “sin perjuicio de la aplicación de los Convenios y del Presente Protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra”. La redacción de esta disposición no fue pacífica, ya que no todas las delegaciones se mostraban conformes con la idea de utilizar la expresión “crímenes de guerra”; algunas, sin contestar el hecho de que se tratase de crímenes de guerra, consideraban que debía reservarse una terminología distinta en correspondencia con los objetivos puramente humanitarios de estos instrumentos ⁽³⁸⁷⁾.

A modo de conclusión, cabe señalar que la discusión, si bien de una manera incidental, de esta materia durante la Conferencia Diplomática de 1974-1977 y la inclusión de estas disposiciones relativas a la protección de los bienes culturales en los Protocolos Adicionales ponen de manifiesto tal como afirma NAHLIK, “*la unidad y la indivisibilidad del Derecho Internacional Humanitario*” ⁽³⁸⁸⁾. Por ello, al analizar las disposiciones específicas relativas a los bienes culturales, establecidas por la Convención

³⁸⁷. TOMAN, Jiri: *La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention de La Haye*, Éditions UNESCO, Paris, 1994, p. 417.

³⁸⁸. NAHLIK, Stanislaw. E: “Protección de los bienes culturales”, en *Las Dimensiones Internacionales del Derecho Humanitario*, p. 213.