

La protección de los bienes culturales en el marco de conflictos armados. Práctica jurisprudencial

Erna Sellhorn Nett*

Resumen

La protección de los bienes culturales en el marco de conflictos armados, práctica jurisprudencial, revisa dos sentencias recientes que involucran bienes culturales que pertenecen a patrimonios culturales de Estados en conflicto. Veremos cómo los Estados buscan obtener su protección y cuáles son las herramientas que tienen los países para lograrla, qué tan preparados están los tribunales para brindar esta protección. Frente a la actual situación de guerra en que se encuentra Ucrania y la Federación de Rusia, los bienes culturales también son objetos de protección dentro y fuera de los territorios ocupados. Los precedentes que serán estudiados podrán crear oportunidades a los países para, de ser el caso, proteger, salvaguardar, recuperar y repatriar sus bienes culturales.

Abstract

The protection of cultural goods in the case of armed conflicts, case law practice, reviews two recent rulings dealing with cultural goods belonging to the cultural heritage of the States in conflict. This paper shows how States seek to protect their cultural heritage and the available tools to achieve it, and how prepared they are to protect it. In the current war between Ukraine and the Russian Federation, cultural goods are protected within and outside the occupied territories. The precedents examined in this paper allow opportunities for States for securing the protection, safeguarding, recuperation, and repatriation of their cultural goods.

Palabras clave

Bienes culturales. Patrimonio cultural. Conflicto armado. Territorios ocupados. Protección. Estado de origen. Exportación ilícita. Repatriación.

Keywords

Cultural goods. Cultural heritage. Armed conflict. Occupied territories. Protection. State of origin. Illicit export. Repatriation.

Sumario

I. Introducción. II. Caso: Museos de Crimea vs. Ucrania y Universidad de Amsterdam en representación del Museo Allard Pierson. A. Antecedentes del caso. B. ¿A dónde van los tesoros de Crimea? III. Caso: República de Armenia vs. República de Azerbaiyán. A. El acuerdo No. 108 del 7 de diciembre de 2021. B. El voto salvado del Juez Abdulqawi A. Yusuf. C. Consideraciones. IV. Conclusiones.

* Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela, 1998. Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela, 2008. Especialización en Art Crime & Cultural Heritage Protection, Association for Research into Crimes against Art, 2019. Más de 15 años de experiencia en el ámbito del derecho patrimonial, cultural y arte. Fue Directora Legal de la Fundación Oswaldo Vigas, donde ahora participa como colaboradora y representada legal, así como asesor para otras fundaciones e instituciones de arte. En 2020 fue incluida como árbitro como Árbitro de la Corte de Arbitraje para el Arte/Court of Arbitration for Art, Netherlands Arbitration Institute.

I. Introducción

La actual situación de Ucrania, luego que el 24 de febrero de 2022, la Federación Rusa, al mando de Vladimir Putin, decidiera iniciar una guerra contra ese Estado, nos ha proporcionado una vez más los esfuerzos de los pueblos en la preservación y protección de sus bienes culturales.

Ucrania alberga siete sitios del Patrimonio Mundial, entre ellos está la Catedral de Santa Sofía, de 1000 años de antigüedad, que forma parte del corazón espiritual de la capital, Kiev. A medida que las fuerzas rusas avanzan hacia Kiev, los expertos dicen que el potencial de daño accidental de los sitios es particularmente alto.

Grupos dentro y fuera de Ucrania se han creado para garantizar la protección de las edificaciones e infraestructuras de rango arquitectónico, cultural e histórico, de los museos y de las catedrales e iglesias, incluidos los sitios web y los archivos digitales de sus museos y bibliotecas. La nueva iniciativa Salvando el patrimonio cultural ucraniano en línea (SUCHO) ha estado trabajando las 24 horas del día para respaldar y preservar los datos y la tecnología, todos los cuales están amenazados por la guerra¹.

Las grandes colecciones que pertenecen a museos han sido desmontadas, catalogadas, cuidadosamente embaladas y trasladadas a lugares seguros. Sin embargo, para el 30 de marzo de 2022 la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultural (UNESCO) informó que se han reportado daños de al menos 53 sitios culturales en el país, entre los que se encuentran: 29 sitios religiosos, 16 edificios históricos, 4 museos y 4 monumentos².

Desde que la guerra se inició la UNESCO ha implementado algunas medidas de emergencia para la protección de estos sitios culturales, a identificar refugios seguros en los que almacenar artículos que se pueden mover; y en la evaluación y el fortalecimiento de los procedimientos de lucha contra incendios, principal causa de los daños reportados.

¹ Cascone, Sarah, How techs experts in the west are rushing to save the digital archives of Ukraine's museums. Crucial servers and networks are at risk, en: *ArtNet*, 14 de marzo de 2022. En: <https://bit.ly/3vTmW97>

² Shivaram, Deepa, UNESCO says 53 cultural sites in Ukraine has been damaged since the Russian invasion, en: *NPR*, 2 de abril de 2022. Disponible en: <https://n.pr/3KC54Fi>

El Museo de Historia Local e Histórica de Ivankiv, al noroeste de la capital, Kiev, ha sido bombardeado y dañado, y algunos bienes culturales ahora se han perdido para siempre.

El museo exhibía las obras únicas de la famosa artista popular ucraniana Maria Prymachenko. Las fuentes locales dicen que el edificio fue quemado hasta los cimientos. Afortunadamente, según la bisnieta de la artista algunas de las 25 obras de arte creadas por la artista que estaban almacenadas en el museo fueron salvadas por un lugareño que se topó con el edificio en llamas. Se cree que se salvaron unas diez pinturas del tamaño de un póster del edificio en llamas, pero se desconoce cuáles. Además, dos placas muy decoradas se perdieron en el incendio y se desconoce el destino de las obras restantes. Las obras de arte guardadas fueron escondidas por los lugareños y ahora están esparcidas por la ciudad de Ivankiv³.

Un parque conmemorativo del Holocausto en Kiev también resultó dañado por un ataque con misiles. Babyn Yar, también conocido como Babi Yar, fue el sitio de uno de los asesinatos en masa más grandes donde los judíos fueron alineados y fusilados⁴.

El monasterio cristiano ortodoxo de Sviatohirsk en el este de Ucrania se encuentra en una ladera boscosa sobre el río Donets y data de principios del siglo XVII, las autoridades monásticas emitieron un comunicado afirmando que una bomba había explotado a 50 metros de un puente cercano: “Como resultado de la terrible fuerza de la explosión, los marcos de las ventanas salieron volando de la iglesia”. Varias personas resultaron heridas. Durante la incursión, más de 500 monjes y residentes locales (incluidos 200 niños) se refugiaron hacinados en los sótanos del monasterio⁵.

Tanto Rusia como Ucrania firmaron la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado que protege los bienes culturales durante los conflictos armados y prohíbe y condena todos los ataques y daños al patrimonio cultural. Si los sitios culturales están marcados con un escudo azul, el emblema de la convención, significa que están bajo

³ Stanzka, Suzzana, María Prymachenko – Folk Pacifist from Ukraine, en: *DailyArt Magazine*, 4 de marzo de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3knbFbU>

⁴ Boneham, Isabella, Why is Ukraine’s cultural at threat? What has been damaged and is cultural destruction an art crime?, en: *National World*, 30 de marzo de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3MJ0lmG>

⁵ Bailey, Martin, Historic Ukrainian Monastery—sheltering hundreds of refugees—narrowly escapes destruction after Russian air strike, en: *The Art Newspaper*, 14 de marzo de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3LD9jli>

la protección de la convención. Si se cometen ataques contra estos sitios, dice la UNESCO, los perpetradores serán responsables de actos que constituyen crímenes de guerra.

Para los países en conflicto armado las alarmas para la protección de sus bienes culturales no solo se limitan a aquellos monumentos, edificaciones o bienes culturales que están dentro del Estado en conflicto. La invasión y ocupación puede traer otras consecuencias que necesitan ser protegidas: el saqueo de bienes culturales de fácil transportación y aquellos bienes culturales que antes del inicio del conflicto se encontraban fuera de la jurisdicción de su país de origen por razones de préstamo, exhibiciones, conservación o fines educativos.

Recientes noticias informan que países como Corea del Sur han negado el retorno a Rusia de una colección de 63 piezas de artistas rusos pertenecientes al Museo de Bellas Artes de Ekaterinburg, las cuales forman parte de una gira internacional “Kandinski, Mavelich y la vanguardia rusa” cuyo ultimo destino era Seúl. En Milán, Italia, un museo del banco italiano Intensa Sanpaolo, recibió un préstamo de 20 obras de arte pertenecientes a la red estatal rusa de museos Hermitage para una exposición titulada “Gran gira: el sueño de Italia de Venecia a Pompeya”. Además, se prestaron dos cuadros al Palacio Real de la ciudad para su exposición “Tiziano y la imagen de la mujer en la Venecia del siglo XVI”. El Ministerio de Cultura ruso solicitó la devolución de esas obras y otras en otras partes de Italia, a lo que esas instituciones han accedido⁶.

La Convención sobre protección de bienes culturales en caso de conflicto armado (1954) y la Convención sobre la medidas que deben adoptarse para impedir y prohibir la importación, exportación y transferencias de propiedad ilícitas de bienes culturales (1970) son los instrumentos legales que se destacan para la solución de casos relacionados con bienes culturales. Los principios que en ella se encuentran facilitan la restitución de los objetos culturales que salieron ilícitamente sus países de origen.

Pero la guerra contra Ucrania aún no ha terminado y es difícil aún estimar con certeza los daños y pérdidas de bienes culturales y obras de arte. Ya se hablan de saqueos y ventas de alguna de ellas en las fronteras, pero hasta ahora no hay información confirmada.

⁶ Villa, Angélica, South Korea Museum is the latest to refuse to return loaned art to Russia amid Ukraine war, en: *ArtNews*, 24 de marzo de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3Kw1I6D>

Sin embargo, dos ejemplos sobre protección de bienes culturales en el marco de un conflicto armado han surgido en los últimos años. La Corte de Apelación de Holanda y la Corte Internacional de Justicia de La Haya recientemente han emitido decisiones en torno a estos casos.

Sobre la devolución de un grupo de bienes culturales que dieron en préstamo cuatro museos de Crimea, los Tribunales de Holanda han tenido que decidir si los objetos en cuestión deben ser devueltos a Crimea o a Ucrania, habida cuenta que la primera por plebiscito interno se declaró estado parte de la Federación Rusa pero los objetos fueron dados en préstamo cuando era un estado federado de Ucrania.

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia de La Haya por demanda interpuesta por la República de Armenia contra la República de Azerbaiyán decidió tomar medidas provisionales para la protección del patrimonio cultural que existe de Armenia dentro de la zona de Nagorno-Karabakh, ubicada en Azerbaiyán, en conflicto con tropas Rusas.

A través del presente trabajo analizaremos ambas decisiones y estudiaremos la aplicación del derecho internacional privado en cada una de ellas.

II. Caso: Museos de Crimea⁷ vs. la Universidad de Ámsterdam en representación del Museo Allard Pierson y el estado de Ucrania

A. Antecedentes del caso

Se trata de un grupo de bienes culturales que formaron parte de una exposición denominada “Crimea-la Isla Dorada en el Mar Negro”, cuya gira comenzó en el Landesmuseum en Bonn, Alemania y continuó en el Museo Allard Pierson, en Ámsterdam, Holanda.

El grupo de bienes culturales dados en préstamo abarcan piezas pertenecientes a cuatro museos ubicados en Crimea, denominados en la sentencia como tesoros de Crimea, y otros objetos culturales que pertenecen al Museo Nacional de Historia de Ucrania, ubicados en Kiev, Ucrania. Estos acuerdos de préstamo fueron suscritos entre el Landesmuseum y el Museo Allard Pierson, como prestatarios, y los museos de Crimea y el Museo Nacional de Historia de Ucrania.

⁷ Los Museos demandantes de Crimea son: el Museo Central de Tavrida con sede en Simferópol, La Reserva Histórica y Cultural de Kerch, con sede en Kerch Jy la Reserva Estatal de Historia y Cultura de Bakhchisaray de la República de Crimea, con sede en Bakhchisaray y El Coto Nacional de Qusonesos Táurico, con sede en Sebastopol.

Los contratos incluyen la obligación por parte del Museo Allan Pierson de devolver los tesoros de Crimea después de la exhibición.

Fue el Ministerio del Cultura del Estado de Ucrania quien autorizó y emitió las correspondientes licencias de exportación de los bienes culturales para la exhibición.

La exposición que inicialmente finalizaba en enero de 2014 fue prorrogada hasta el 31 de agosto según acuerdo entre las partes.

En marzo de 2014, ocurrieron acontecimientos en Crimea. El 6 de marzo de 2014, el Parlamento de la República Autónoma de Crimea aprobó la secesión de Crimea de Ucrania y la unión a la Federación Rusa. El 16 de marzo de 2014, Crimea celebró un referéndum en el que el pueblo de Crimea votó para unirse a la Federación Rusa. El 18 de marzo de 2014, Crimea y Sebastopol pasaron a formar parte de la Federación Rusa. La secesión de Crimea y/o la afiliación de Crimea y Sebastopol con Rusia no han sido reconocidas ni aceptadas por las Naciones Unidas, la Unión Europea y/o los Países Bajos.

Desde marzo de 2014 el Ministerio de Cultura de Ucrania reclamó la restitución anticipada de los tesoros de Crimea al Estado de Ucrania, sustentando que el país está trabajando en la devolución de objetos de museo que forman parte de Fondo de Museos del Estado de Ucrania y que este puede considerarse como un tesoro nacional y parte integrante del patrimonio cultural de Ucrania protegido por Ley.

Posteriormente, Ucrania reitera su solicitud de restitución de los objetos y menciona la orden No. 292, de fecha 13 de mayo de 2014, sobre la transferencia de objetos de museo a El Museo Histórico Nacional de Ucrania. Según Ucrania, esta decisión eliminó la gestión de los tesoros de Crimea de los Museos de Crimea y designó al Museo Nacional de Historia de Ucrania como administrador de los tesoros de Crimea.

Paralelamente, los museos de Crimea solicitaron al Museo Allard Pierson que la restitución de los objetos debe ser a Crimea con apoyo a los contratos de préstamos que establecían que los bienes deberían devolverse a los representantes de los Museos de Crimea después del final de la exposición.

En julio de 2014, el Museo Allard Pierson envió correspondencia a los Museos de Crimea y al Estado de Ucrania para manifestar que suspende su obligación de devolver los objetos a Crimea o a Ucrania, debido a reclamos

contradictorios, por lo que tras la finalización de la exposición el 31 de agosto de 2014 retendría los tesoros de Crimea como agente. Con respecto a los objetos del Museo Nacional de Historia de Ucrania, al finalizar la exposición, el Museo Allard Pierson los devolvió a Kiev, Ucrania.

Las partes involucradas pese a realizar varias reuniones nunca lograron ponerse de acuerdo. Los tesoros de Crimea siguen en custodia en el Museo de Allard Pierson.

Los museos de Crimea interpusieron acción judicial mediante la cual solicitaron el cumplimiento del contrato de préstamo suscrito entre el Museo Allard Pierson y Museos de Crimea, alegando que a la finalización de la exposición han debido ser devueltos los tesoros a Crimea, que los acontecimientos relacionados con al incorporación de Crimea a la Federación Rusa no impide el cumplimiento y es Crimea donde deben pertenecer dichos objetos en virtud del principio generalmente aceptado de la “unidad de las colecciones de museos”.

Sin embargo, Ucrania considera que el tribunal debe ordenar al Museo Allard Pierson la entrega de los tesoros de Crimea a Ucrania y que los transporte al guardián permanente designado por el Estado de Ucrania: el Museo Histórico Nacional de Ucrania en Kiev, incluyendo el pago de los gastos de devolución.

Por su parte el Museo Allard Pierson manifiesta su desinterés en la propiedad de los tesoros de Crimea, pero bajo las circunstancias y en apoyo a la normativa nacional aplicable decidió suspender la devolución, queda a espera del Tribunal que designe donde debe enviar los objetos culturales y sea eximido de cualquier responsabilidad en el retraso en la devolución, así como en el pago de cualquier compensación. No obstante, el Museo Allard Pierson contrademandó solicitando se rescindan los contratos de préstamo debido a un cambio de circunstancias o, al menos, liberar al Museo Allard Pierson de la obligación de devolver los tesoros de Crimea a los Museos de Crimea.

El 14 de diciembre de 2016, se dictó decisión en primera instancia⁸ donde el tribunal ordenó la repatriación de las piezas al estado de Ucrania con base en la Convención de la Unesco sobre medidas para impedir la importación, exportación y transferencia ilícita de propiedad de bienes culturales, 1970, y la Ley de

⁸ Tribunal de Ámsterdam, Departamento de Derecho Privado, No. C/13/577586/HA ZA/14-1179, 14 de diciembre de 2016 (*Museos de Crimea v. Universidad de Ámsterdam y otros*) en: <https://bit.ly/3F52c2j>

Patrimonio de Holanda. El 16 de julio de 2019 el Tribunal de Apelación⁹, revirtió la decisión. Después de dictarse esta sentencia provisional, se cuestionó dos veces la independencia de uno de los jueces del Tribunal de Apelación. La segunda solicitud fue concedida y se asignó un nuevo juez al caso. Acto seguido, el Tribunal de Apelación revisó el asunto en su totalidad. Finalmente, el 26 de octubre de 2021 la Sala Civil múltiple del Tribunal de Ámsterdam¹⁰ dictó nueva sentencia en la que, en principio, acuerda que las pizzas de Crimea deben ser entregadas a Ucrania con base en la Ley de Museos de Ucrania.

B. ¿A dónde van los tesoros de Crimea?

Es la pregunta que los tribunales de Ámsterdam se hicieron durante el caso: quién tiene derecho a la restitución de los bienes culturales que están en posesión de los Museos de Crimea.

El tribunal de primera instancia se enfocó en la aplicación de la Ley del Patrimonio Holandés, como consecuencia de la Convención de la Unesco de 1970, suscrita por los Países Bajos y Ucrania. En este sentido, el juez coincidió con la alegación de Ucrania en que la ley aplicable al caso es la Ley del Patrimonio pues dicha Ley implementaba los principios de la Convención cuyo objetivo es la protección del patrimonio cultural del Estado Parte de origen de los bienes en cuestión.

Para ello, el tribunal de instancia consideró una interpretación amplia al término “exportación ilícita” contenido en la Convención de la Unesco y la Ley del Patrimonio. De conformidad con los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, tomando como guía la Convención de Unidroit de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente y la Directiva de la Comunidad Europea sobre la devolución de bienes culturales sustraídos ilegalmente del territorio de un Estado miembro, el juez concluyó que los tesoros de Crimea actualmente están ilegamente bajo la tenencia del Museo Allard Pierson, es decir, aún cuando hayan sido exportados legalmente con permiso de exportación emitido por Ucrania, una vez que se venció el período de exportación temporal, entran dentro de un caso de exportación ilícita previsto en la Convención de la

⁹ Tribunal de Apelación de Amsterdam, Jurisdicciones Derechos Civiles, No. 200.212.377/01, 16 de julio de 2019 (*Museos de Crimea v. Universidad de Amsterdam y otros*) en: <https://bit.ly/37URLCn>

¹⁰ Sala Civil Múltiple del Tribunal de Ámsterdam, No. 200.212.377/01, 26 de octubre de 2021 (*Museos de Crimea v. Universidad de Amsterdam y otros*) en: <https://bit.ly/3OOGDHE>

Unesco de 1970 y la Ley del Patrimonio. En consecuencia, de conformidad con el derecho holandés (artículo 6.3 y 6.7 de la Ley del Patrimonio y 1011a y 1101b del Código de Procedimiento Civil) un Estado Parte de origen debería poder reclamar su propiedad cultural si permanece en otro país sin un permiso de exportación válido, incluso si la propiedad fue traída legítimamente fuera del territorio al principio.

Pero dicha decisión fue revertida por el Tribunal de Apelación, para quien la exportación ilegal en los términos concluidos por el juez de instancia no puede ser con sustento a la Convención de la Unesco de 1970 pues es su opinión que:

una interpretación de un tratado de acuerdo con la CAC (Convención de Viena) debe conducir a la determinación de lo que los estados involucrados han acordado, no asignar un sentido al tratado, y así crear obligaciones para los estados involucrados, que si bien podrían servir a su propósito, no ha sido acordados¹¹.

La Convención de la Unesco de 1970 tiene como objetivo la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. El caso bajo estudio no se refiere a robo, excavaciones clandestinas o exportación ilícita. Los tesoros de Crimea permanecen en los Países Bajos no debido a una violación del permiso de exportación temporal, sino a los intereses en conflicto de los museos de Crimea y el Estado de origen. El Tribunal de Apelación no encontró en él ninguna justificación para una interpretación más amplia del término “exportación ilícita” en virtud de la Convención de la UNESCO de 1970 y, como resultado, concluyó que la Ley del Patrimonio Holandés no era aplicable en este caso.¹² Por el contrario,

de conformidad con el derecho internacional privado neerlandés aplicable, teniendo también en cuenta que los tesoros de Crimea se encuentran ahora solo de forma incidental y temporal en los Países Bajos, la existencia o inexistencia de los derechos y actos jurídicos invocados (los contratos de préstamo, la propiedad, el derecho de la gestión operativa y la Orden No. 292) que se evaluarán en principio con arreglo a la legislación de Ucrania¹³.

Como se explicó anteriormente, después de dictarse esta sentencia provisional, se cuestionó dos veces la independencia de uno de los jueces del Tribunal

¹¹ Tribunal de Apelación de Amsterdam, Jurisdicciones Derechos Civiles, No. 200.212.377/01, 16 de julio de 2019 (*Museos de Crimea v. Universidad de Amsterdam y otros*) punto 4.19 de la sentencia.

¹² Huisman-van Essen, Emilie, An update on the Crimean Tresour in Amstedram, en: *Art&Law*, 24 de marzo de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3LuN11C>

¹³ Tribunal de Apelación de Amsterdam, Jurisdicciones Derechos Civiles, No. 200.212.377/01, 16 de julio de 2019 (*Museos de Crimea v. Universidad de Amsterdam y otros*) punto 4.43 de la sentencia.

de Apelación. La segunda solicitud fue concedida y se asignó un nuevo juez al caso. Acto seguido, el Tribunal de Apelación revisó el asunto en su totalidad dictando sentencia el 26 de octubre de 2021.

El tribunal de apelación coincidió con la decisión interina en el sentido que no puede considerarse que el presente caso se está frente a una exportación ilegal en los términos de la Convención de la Unesco de 1970 ni de la Ley del Patrimonio Holandés,

los tesoros de Crimea están ubicados en los Países Bajos sin cumplir con las disposiciones de las licencias de exportación, no porque el Museo pretenda malversar los tesoros de Crimea o por otras prácticas ilegales, sino porque el Estado de Ucrania se opone a que los tesoros de Crimea, de conformidad con las disposiciones de las licencias de exportación, se devuelven a los Museos de Crimea. El Museo retiene legalmente los tesoros de Crimea bajo su derecho de suspensión¹⁴.

En cambio, el Tribunal de Apelación consideró la Ley de Museos y Asuntos de Museos de Ucrania, un estatuto adoptado en 1995 para que Ucrania protegiera su patrimonio cultural, como el instrumento legal pertinente. El interés cultural de promover la conservación de sus bienes museísticos se considera de gran importancia para el Estado y, por tanto, es susceptible de prevalecer sobre arreglos jurídicos privados (los contratos de préstamo suscrito para la exposición).

El Tribunal de Apelación basó su decisión en la Orden No. 292, aprobada por Ucrania de conformidad con la Ley de Museos y Asuntos de Museos. Esto significa que las piezas del museo serán transferidas al Museo Estatal de Historia de Ucrania en Kiev hasta que se establezca la situación en Crimea. El juez de apelación consideró que la ley de Museos con el Reglamento y la Orden 292 son de aplicación necesaria. Así señaló:

A la luz de este grave interés público del Estado de Ucrania, las disposiciones de la Sección 10:7 del Código Civil holandés significan que el régimen de la Ley de Museos con el Reglamento y la Orden No. 292 debe ser concedida. Al hacerlo, el Tribunal de Apelación ha tenido en cuenta el hecho de que no es posible decidir rápidamente sobre la aplicabilidad de la llamada regla de prioridad (disposición de una ley extranjera particularmente obligatoria). Sin embargo, que esto es posible en determinadas circunstancias se desprende del hecho de que el legislador ha incluido esta opción en la ley... Se trata, por tanto, de normas innegables que intervienen en las relaciones de

¹⁴ Sala Civil Múltiple del Tribunal de Ámsterdam, No. 200.212.377/01, 26 de octubre de 2021 (*Museos de Crimea v. Universidad de Ámsterdam y otros*) punto 3.7.1 de la sentencia.

derecho privado en aras de importantes intereses culturales, intereses que deben considerarse superiores a los de los sujetos de derecho implicados, en este caso los Museos de Crimea, aunque el interés de conservación de las colecciones sea tenido en cuenta.

No obstante, el hecho de que las piezas del museo residan ahora en los Países Bajos implicaría (de conformidad con los artículos 10:127 y 10:130 del Código Civil holandés) que el régimen de protección de la Ley de Museos (y la opción de tomar medidas destinadas a proteger sobre esa base) ya no se aplicaría, no puede aceptarse. El Estado de Ucrania ha explicado de manera suficientemente convincente su gran interés en preservar su patrimonio cultural nacional y, como se ha dicho, se debe dar prioridad a las medidas para salvaguardarlo en las circunstancias dadas¹⁵.

El tribunal de Apelación dio prioridad a las normas nacionales del estado de Ucrania que están destinadas a preservar la protección del patrimonio cultural, sin que la ubicación de los bienes culturales en conflicto pueda indicar la aplicación de una ley diferente.

El Tribunal de Apelación no consideró necesario establecer la verdadera propiedad de los tesoros de Crimea, en su criterio este aspecto es irrelevante para responder a la pregunta que se le hizo, a saber, a quién deberían devolverse los tesoros de Crimea.

III. Caso: República de Armenia v. República de Azerbaiyán¹⁶

A. La Orden No. 108 del 7 de diciembre de 2021

El 7 de diciembre 2021, se emitió una orden importante de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en La Haya que incluía la consideración de, entre otros asuntos, la importancia del patrimonio cultural tangible para las poblaciones minoritarias en tiempos de violencia y agresión¹⁷.

Se trata de medidas provisionales a favor de la República de Armenia por parte de la República de Azerbaiyán en ocasión al conflicto armado que existe en la zona de Nagorno-Karabaj, ubicada en el centro-oeste de Azerbaiyán.

¹⁵ Sala Civil Múltiple del Tribunal de Ámsterdam, No. 200.212.377/01, 26 de octubre de 2021 (*Museos de Crimea v. Universidad de Ámsterdam y otros*) punto 3.32.3 de la sentencia.

¹⁶ Corte Internacional de Justicia, lista general No. 180, 7 de diciembre de 2021 (*Armenia v. Azerbaiyán*) en: <https://bit.ly/3EYIcP3>

¹⁷ Hermann, Alexander A new take on cultural heritage at the ICJ- Armenia v. Azerbaijan, en: *Institute of Art&Law*, 17 de febrero de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3y586iI>

Ambas, Armenia y Azerbaiyán, formaron parte de la Unión Soviética hasta 1991 cuando declararon su independencia. En la era de la Unión Soviética, la región de Nagorno-Karabaj ha sido una entidad autónoma con población mayoritariamente Armenia, ubicada dentro del territorio de la República de Azerbaiyán. Ambos países competían por la región resultando en conflictos que tuvieron fin en 1994. Nuevos conflictos surgieron en 2020 que duraron 44 días. El 9 de noviembre de 2020, el presidente de la República de Azerbaiyán, el primer ministro de la República de Armenia y el presidente de la Federación Rusa suscribieron un acuerdo y fue a partir del 10 de noviembre de 2020 cuando se declaró el fin de las hostilidades entre las partes en la región Nagorno-Karabaj¹⁸.

El 16 de septiembre de 2021, la República de Armenia demanda a la República de Azerbaiyán, alegando la violación de la Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial del 21 de diciembre de 1965, en la que solicitó, entre otros asuntos, que

Azerbaiyán es responsable por la violación de los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7... en consecuencia, Azerbaiyán debe abstenerse de suprimir el idioma armenio, destruir el patrimonio cultural Armenia, o cualquier otra forma de eliminación de la existencia del patrimonio histórico armenio o prohibir a los armenios el acceso y disfrute de los mismos¹⁹.

Como consecuencia de lo anterior, Armenia solicitó a la Corte Internacional de Justicia medidas provisionales con base a lo previsto en el artículo 41 de los Estatutos de la Corte y los artículos 73, 74 y 75 de la normativa de la Corte.

Dentro de las medidas solicitadas por Armenia, y pertinentes para este estudio, está que:

- Azerbaiyán protegerá el derecho de acceso y disfrute del patrimonio histórico, cultural y religioso de Armenia, incluyendo, entre otros, las iglesias, catedrales, lugares de contemplación, monumentos, cementerios y otros edificios y reliquias por, entre otras cosas, terminando, previniendo, prohibiendo y castigando su vandalismo, destrucción o alteración y permitiendo a los armenios visitar los lugares de contemplación;

- Azerbaiyán facilitará, y se abstendrá de poner algún impedimento, en los esfuerzos para proteger y preservar el patrimonio histórico, cultural y religioso de Armenia incluyendo, entre otros, las iglesias, catedrales, lugares de

¹⁸ Corte Internacional de Justicia... cit., p. 6.

¹⁹ Corte Internacional de Justicia... cit., p. 2.

contemplación, monumentos, cementerios y otros edificios y reliquias, relevantes para el ejercicio de los derechos bajo la Convención²⁰.

Luego que la Corte pasó a examinar su jurisdicción para conocer del asunto, llegó a la conclusión que existían bases suficientes para establecer *prima facie* la existencia de una disputa entre las partes relativa a la interpretación o aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial del 21 de diciembre de 1965, en tal sentido la Corte concluyó que, tiene jurisdicción de conformidad con el artículo 22 de la Convención para considerar el caso en la medida en que la disputa entre las partes se relacione a la “interpretación o aplicación” de la Convención.

Finalmente, con trece votos a favor y dos en contra, la Corte estableció que se cumplían las condiciones requeridas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia a los fines de establecer las medidas provisionales solicitadas por la Republica de Armenia y así proteger los derechos por ella reclamados, en consecuencia, la Corte consideró que, en relación con la situación descrita, a la espera de la decisión final en el caso, Azerbaiyán debe, de conformidad con sus obligaciones en virtud de la Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial del 21 de diciembre de 1965, tomar todas medidas necesarias para prevenir y sancionar los actos de vandalismo y profanación que afecten al patrimonio cultural de Armenia, incluidos, entre otros, iglesias y otros lugares de culto, monumentos, cementerios y reliquias.

De acuerdo a la orden No. 108, el artículo 5 (e) (iv) de la Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial está destinada a proteger el derecho de las personas a participar de manera igualitaria en las actividades culturales y ser invocada junto con el artículo 22 de la Convención como base de su jurisdicción permitiendo a la Corte conocer *prima facie* del asunto a él sometido.

La Corte encontró que el derecho reclamado por Armenia bajo la Convención es plausible. Consideró que existe un vínculo entre determinadas medidas solicitadas por Armenia y los derechos plausibles que pretende proteger. En otras palabras que los derechos presuntamente violados a través del vandalismo y la profanación que afectan el patrimonio cultural de Armenia y su vínculo con determinadas medidas solicitadas por dicho país a través de los cuáles pretende

²⁰ Corte Internacional de Justicia... cit., p. 4.

proteger sus derechos son procedentes. Este es el caso de las medidas encaminadas para prevenir, prohibir y sancionar el vandalismo, destrucción o alteración del patrimonio histórico, cultural y religioso armenio y la protección al derecho de acceder y disfrutar de ese patrimonio.

Considerando que existe daños y perjuicios irreparables en el presente caso entre los que se señaló el daño, alteración y destrucción de iglesias como la Catedral del Santo Salvador en Shushi, la iglesia armenia de San Juan Bautista en Shushi y la Iglesia de San Yeghishe en Mataghis, lápidas en Hadrut, en el norte de Shushi, en Mets Tagher, en Taghavard y en Sghnakh y otros sitios culturales y religiosos y bienes culturales como las cruces de piedra o “*khachkars*”, así como la urgencia en el caso, la Corte encontró que se cumplían las condiciones requeridas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia a los fines de establecer las medidas provisionales solicitadas por la Republica de Armenia.

B. Voto salvado del Juez Abdulqawi A. Yusuf²¹

El juez Abdulqawi A. Yusuf presentó ante la Corte su voto salvado sobre la conclusión que llevó a la Corte Internacional de Justicia a otorgar las medidas provisionales para prevenir y sancionar los actos de vandalismo y profanación que afecten al patrimonio cultural de Armenia, incluidos los sitios culturales y religiosos, tal y como fue acordado en la orden No. 108 del 7 de diciembre de 2021.

El juez disidente consideró que si bien el derecho a la protección y salvaguarda del patrimonio cultural de Armenia, es digno de protección de los denunciados actos de vandalismos y profanación en Nagorbo-Karabakh, tal derecho y su protección no encaja dentro del ámbito de aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial del 21 de diciembre de 1965, en consecuencia, la Corte Internacional de Justicia no tiene jurisdicción bajo el artículo 22 de dicha Convención Internacional, al menos en lo que respecta a la protección del patrimonio cultural.

En efecto, no hay un derecho plausible en la Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial del 21 de diciembre de

²¹ Voto disidente del Juez Abdulqawi A. Yusuf a la orden No. 180 dictada por la Corte Internacional de Justicia el 7 de diciembre de 2021 (*Armenia v. Azerbaiyán*) en: <https://bit.ly/370PyoD>

1965 para proteger o preservar el patrimonio cultural. En este sentido el juez disidente explicó que:

Las consideraciones de raza y discriminación racial no pueden y no deben aplicarse a monumentos, grupos de edificios, sitios y bienes culturales tangibles. Las disposiciones de la Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial, que es un instrumento sobre derechos humanos, tienen por objeto salvaguardar los derechos básicos y las libertades fundamentales de los seres humanos. Por el contrario, la protección de los monumentos culturales, los sitios religiosos y otros edificios cae dentro del ámbito de otros instrumentos destinados a proteger estos edificios y reliquias como “patrimonio cultural de la humanidad” o sobre la base de sus características históricas, culturales y religiosas de trascendencia para los Estados y para la identidad nacional de sus pueblos²².

Se refiere el juez disidente a la Convención de la Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954 y sus dos protocolos de 1954 y 1999, ambos suscritos por Armenia y Azerbaiyán.

Según lo expresa el propio el Juez Yusuf:

Ese instrumento proporciona el marco jurídico adecuado para la protección del patrimonio cultural en el contexto de los conflictos armados, tal como lo reconoce el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Esto lo confirma el hecho de que la UNESCO y el Comité intergubernamental de la Convención de La Haya de 1954 ya han sido objeto de la preservación de sitios culturales en y alrededor de “Nagorno-Karabaj” de conformidad con la Convención de La Haya de 1954, y las partes han iniciado consultas con estos órganos en relación con estos asuntos.

El artículo 5, párrafo (e) (vi), de la Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial protege el disfrute del “[e]l derecho a la igualdad en la participación en actividades culturales”. Este derecho debe leerse junto con el encabezamiento del artículo 5 que establece que “Los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y garantizar el derecho de toda persona, sin distinción de raza, color, nacionalidad u origen étnico, a la igualdad ante la ley”. Por lo tanto, no es una disposición autónoma que sea desconectado de la discriminación racial. Tiene que ser analizado y entendido a través del prisma de actos o acciones que hagan distinciones por motivos de raza, color u origen nacional o étnico.

También cabe recordar que el Comité de Asuntos Económicos, Sociales y Culturales, en su Comentario No. 21 sobre el Artículo 15, párrafo 1 (a),

²² Voto disidente del Juez Abdulqawi A. Yusuf. . . , cit., p. 3.

del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no establece un vínculo directo o una relación de consecuencia entre el más amplio e incondicional “derecho de toda persona a participar en la vida cultural” y la protección de sitios culturales y religiosos por parte de las autoridades estatales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también podría no encontrar tal vínculo entre las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las reivindicaciones relacionadas con sitios o bienes culturales del patrimonio cultural. De ello se deduce que la obligación de los Estados de prevenir y sancionar los actos de vandalismo y profanación del patrimonio cultural y de los lugares religiosos no se derive del requisito, en el Artículo 5, párrafo (e) (vi), de la Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial, de igualdad ante la ley en el disfrute del “derecho a la participación igualitaria en las actividades culturales”²³.

Además, no es sostenible, en mi opinión, afirmar que la “herencia religiosa”, en el sentido de las iglesias, catedrales u otros lugares de culto están plausiblemente protegidos por la Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial. Es bien sabido que los redactores de la Convención decidieron no abordar la discriminación religiosa o la intolerancia religiosa en esta Convención, y el artículo 1, párrafo 1, de la Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial no enumera la religión o el credo entre los motivos prohibidos para los fines de la “discriminación racial”. Por lo tanto, es erróneo, en mi opinión, referirse a un plausible derecho bajo la Convención para la protección de sitios religiosos o lugares de culto²⁴.

En otro orden de ideas, el voto disidente también señaló que:

El párrafo 84 de la Orden parece buscar apoyo para la posible existencia de un riesgo de daños irreparables a sitios culturales en la jurisprudencia de la Corte por referencia al caso relativo a la Solicitud de Interpretación de la Sentencia del 15 de junio de 1962 en el Caso relativo al Templo de Preah Vihear (*Camboya v. Tailandia*), donde la Corte indicó medidas provisionales para el libre acceso al Templo, que habían sido inscritos en el Patrimonio Mundial de la UNESCO. Este caso, sin embargo, se distingue de las presentes circunstancias, en la medida en que la jurisdicción *prima facie* de la Corte allí se basaba en una base jurisdiccional mucho más amplia.

En el caso del Templo de Preah Vihear, Tailandia y Camboya habían hecho originalmente declaraciones reconociendo la competencia obligatoria de la Corte en virtud del artículo 36, párrafo 2, del Estatuto. En 2011, la Corte consideró que, en virtud del artículo 60 del Estatuto, podía conocer una solicitud de interpretación de la Sentencia que ya había dictado. Así, la Corte tuvo

²³ Voto disidente del Juez Abdulqawi A. Yusuf. . . , cit., p. 3.

²⁴ Voto disidente del Juez Abdulqawi A. Yusuf. . . , cit., p. 4.

un ámbito mucho más amplio de autoridad para preservar los derechos respectivos de las partes bajo la totalidad de las normas pertinentes del derecho internacional aplicables entre ellos, que por supuesto incluían los diferentes instrumentos sobre la protección del patrimonio cultural. En el presente caso, sin embargo, la Corte se faculta de indicar medidas provisionales en virtud del artículo 41 del Estatuto se limita a los “respectivos derechos de cualquiera de las partes” que puedan ser adjudicados posteriormente como pertenecientes a ellos bajo la Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial. La Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial sin embargo, no incorpora ningún derecho relacionado con la protección de sitios culturales o religiosos²⁵.

Finalmente, el juez disidente consideró que:

A la luz de las consideraciones anteriores, es mi opinión ponderada que la Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial... tampoco proporciona esa base legal con respecto a la protección de los sitios culturales y religiosos. La indicación de la Corte de medidas provisionales en relación con estas dos reclamaciones de Armenia no está legalmente justificada²⁶.

C. Consideraciones

Hasta donde se conoce esta sería la segunda oportunidad en la que la Corte Internacional de Justicia toma una decisión en el marco de la protección de bienes culturales tangibles.²⁷ El otro caso fue el señalado en la orden No. 108 al referirse al caso relativo a la Solicitud de Interpretación de la Sentencia del 15 de junio de 1962 en el Caso relativo al Templo de Preah Vihear (*Camboya v. Tailandia*), donde la Corte indicó medidas provisionales para el libre acceso al Templo, que habían sido inscritos en el Patrimonio Mundial de la UNESCO. Fue con base a este caso que la Corte Internacional de Justicia se refirió para justificar los posibles daños irreparables a bienes culturales tangibles durante un conflicto armado entre partes.

El artículo 5 de la Convención internacional Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial establece:

En cumplimiento de las obligaciones fundamentales establecidas en el artículo 2 de esta Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir

²⁵ Voto disidente del Juez Abduqawi A. Yusuf... cit., p. 4-5.

²⁶ Voto disidente del Juez Abduqawi A. Yusuf... cit., p. 4.

²⁷ Hermann, A new take on cultural heritage at the ICJ... , ob. cit.

y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, a la igualdad ante la ley, en particular en el goce de los siguientes derechos:

...

e) Derechos económicos, sociales y culturales, en particular:

...

(vi) El derecho a la igualdad de participación en las actividades culturales.

Consideró Armenia que esto implica un derecho a la protección y preservación del patrimonio histórico, cultural y religioso armenio. La Corte Internacional de Justicia concuerda con lo argumentado por Armenia con base a esta disposición y encontró que había un argumento plausible de que el derecho anterior había sido violado por supuesto vandalismo, destrucción y alteración del patrimonio histórico, cultural y religioso armenio.

Sin embargo, para el juez disidente, tal interpretación es errada pues la disposición de la Convención internacional se refiere al “derecho a la igualdad de participación” y considera erróneo incluir dentro de ella el daño o destrucción de los bienes culturales tangibles. Por ello considera que una interpretación tan amplia del artículo 5(e)(iv) es abrir la posibilidad que cualquier aspecto pueda entrar dentro de esa disposición, más cuando existen convenciones internacionales especializadas en la materia como es la Convención de la Haya para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954.

Es de destacar que siempre ha sido difícil discernir el contenido de los derechos tan amplios como el “derecho a la igualdad de participación”, y por lo general se ha entendido que es demasiado general y vago como para ofrecer mucha ayuda en casos específicos.²⁸

Ejemplos de otros instrumentos internacionales donde aparecen el derecho a la “participación igualitaria” lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 27 (1) que establece “el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad” y de manera similar en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Artículo 15(1)(a) que establece el derecho a “participar en la vida cultural”.

²⁸ Hermann, A new take on cultural heritage at the ICJ..., ob. cit.

III. Conclusiones

- Las decisiones escogidas para este estudio, tratan sobre bienes culturales que pertenecen al patrimonio cultural de estados que están en conflicto armado. Sin embargo, llama la atención que tal circunstancia fáctica no fue tomada en cuenta por los países involucrados para proteger su patrimonio cultural.

La devolución de bienes culturales de los museos de la capital de una federación que se ha desintegrado o de un país unitario que se ha escindido es un tema relacionado. Muchos Estados que han surgido de la antigua Unión Soviética (Estados de Asia Central) o incluso de sus aliados políticos cercanos (Mongolia) se encuentran en la posición de que algunos de sus bienes culturales más importantes se encuentran en lo que ahora es la Federación de Rusia. Otros ejemplos son Eslovaquia (antes un componente de Checoslovaquia), Eslovenia, Croacia, Bosnia y Macedonia (todos antes parte de la República Federativa de Yugoslavia); y Eritrea (anteriormente parte de Etiopía). Bangladesh se separó de Pakistán y antes de la India británica como parte de Pakistán, habiendo perdido propiedad cultural frente a Islamabad, Delhi y Londres. Estas cuestiones no están resueltas por la Convención de 1970 y deben abordarse aplicando las leyes de sucesión de Estados o mediante los procedimientos del Comité Intergubernamental de la UNESCO para promover el retorno de los bienes culturales a sus países de origen o su restitución en caso de tráfico ilícito.²⁹

La Ley de Patrimonio Holandés contiene una regulación para los casos en los que los objetos culturales se originan en el territorio ocupado, sin embargo, nunca fue invocado por el Estado de Ucrania. Quizá este sería un mejor remedio que aquel invocado por la interpretación amplia de la Convención de Unesco sobre medidas para impedir y prohibir la importación, exportación y transferencia ilícitas de propiedad de bienes culturales de 1970.

Igual ocurre con el caso de *Armenia v. Azerbaiyán* donde, como fue alegado por el Juez disidente, la protección de los bienes culturales en territorio ocupado tiene una mejor protección a través de la Convención de la Unesco sobre protección de bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954 y sus protocolos, que forzando una interpretación a través de la Convención internacional

²⁹ O'Keefe, Roger, citado en la Sala Civil Múltiple del Tribunal de Ámsterdam, No. 200.212.377/01, 26 de octubre de 2021 (*Museos de Crimea v. Universidad de Ámsterdam y otros*), punto 3.8.2.

sobre eliminación de toda clase de discriminación, que a su vez, abre una caja de pandora.

- Otro aspecto es la carencia de uniformidad en la determinación de la ley aplicable lo cual sigue siendo preocupante. En el caso de los tesoros de Crimea, los tres tribunales fundamentaron de manera diferentes la determinación de la ley aplicable al caso. El juez de instancia aplicó la Ley del Patrimonio que implementa la Convención de la Unesco 1970, mientras que el tribunal de apelación, en su sentencia interina, decidió la aplicación de la ley de Ucrania al considerar que los bienes culturales se encontraban “temporalmente” en Holanda, considerando que el lugar de ubicación (*lex rei sitae*) de los bienes culturales es su país de origen. Finalmente, la última sentencia consideró que las normas sobre protección de bienes culturales de Ucrania son de aplicación inmediata relegando la aplicación de las normas de conflicto holandesa.

- Queda latente la posible inseguridad que pudiera reinar en cuanto al aspecto relacionado con el alcance del permiso de exportación en el intercambio global de bienes culturales. ¿Es necesario el permiso de exportación temporal para que un objeto salga del país de origen o es un documento que también debe garantizar la devolución del bien cultural al emisor? Quizá esta respuesta no la encontramos en la Convención de la Unesco de 1970. No obstante, otros instrumentos legales como la Convención de la UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente y la Directiva de la Unión Europea 2014/60/UE del Parlamento Europeo y de Consejo el 15 de mayo de 2014, permite una solución a casos como la expiración del plazo de exportación temporal al considerar el bien exportado como “ilegal” y permitir se active los mecanismos para su recuperación y repatriación.

- Finalmente, tampoco hay respuesta sobre la valoración a los intereses regionales, de las comunidades o de las minorías con respecto a los bienes culturales que le son propios. ¿A quién pertenece los tesoros de Crimea, al estado regional o al central? ¿Cómo obtener protección al patrimonio cultural de cada grupo diferenciado por su cultura o religión como ocurre en “Nagorno-Karabaj”? No parece existir una respuesta en las convenciones internacionales sobre la materia, salvo, como se señaló anteriormente, aplicando las leyes de sucesión de Estados o mediante los procedimientos del Comité Intergubernamental de la UNESCO para promover el retorno de los bienes culturales a sus países de origen o su restitución en caso de tráfico ilícito.