

LA DESTRUCCIÓN DE LOS EDIFICIOS RELIGIOSOS  
EN CONFLICTOS BÉLICOS ¿CRIMEN DE GUERRA?:  
A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA *AL MAHDI*  
DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

MARÍA DEL ÁNGEL IGLESIAS VÁZQUEZ  
*Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

**Resumen:** La sentencia recaída en el caso *Al Mahdi* tiene cierto sabor amargo. El fallo que sirve de base a este trabajo, nos ha llevado a reflexionar si la clase de hechos acontecidos en este asunto pueden considerarse –a la luz de la evolución del derecho internacional– justamente calificados o bien pudieran ser merecedores de una acomodación más allá de lo que el crimen de guerra codificado hoy representa en aras a la debida protección del elemento religioso. Nos planteamos la consideración de la comisión de un genocidio cultural que escapó al concepto de genocidio en la Convención de 1948, y la consideración de un delito de lesa humanidad, habida cuenta de las razones existentes detrás de la aniquilación de los símbolos o edificios religiosos en tanto afectan a la persona en su dimensión más íntima.

**Palabras clave:** crimen de guerra, crimen contra la humanidad, genocidio cultural, TPI, ICTY.

**Abstract:** The Al-Mahdi case judgement has a bitter taste. The decision of the ICC which serves as the basis for this paper led us to consider if those kind of facts occurred in that case can be considered –in the light of the evolution of the international law– as a the war crime as encoded today protecting the religious element. We ask questions about the consideration of a cultural genocide, concept left out of the 1948 Convention, or of a crime against humanity taken into account the reasons why religious symbols or buildings, as it affects the human being in its most intimate dimension

**Keywords:** Crime against humanity, cultural genocide, ICC, ICTY, war crime.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La protección de los lugares sagrados: aproximación histórico-legal. 2.1 Marco legal internacional actual: la protección del edificio religioso en el derecho humanitario. 2.2 La protección de los bienes religiosos en los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales. 3. La calificación como genocidio cultural del ataque y destrucción a los edificios religiosos. 4. Calificación como delito de lesa humanidad. 5. Reflexiones finales.

## 1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 27 de septiembre de 2016, la Sala de Primera Instancia VIII del Tribunal Penal Internacional de La Haya (en adelante TPI) dictó sentencia en el asunto *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*<sup>1</sup>, (en adelante asunto *Al Mahdi*) por la que se le declaró culpable y condenó a nueve años de prisión como coautor de un crimen de guerra consistente en dirigir intencionalmente ataques contra edificios religiosos e históricos en *Timbuktu*, Mali, durante los meses de junio y julio de 2012. Una sentencia que «vendida» como victoria, nos parece a la vez una oportunidad perdida; de ahí que nos proporcione cierto desencanto o como decíamos arriba, cierto sabor amargo.

Positivamente es la primera sentencia en la que un tribunal penal declara expresamente en su fallo que el ataque y destrucción de edificios religiosos constituye un crimen de guerra, pero no es el único ni es la primera vez que la misma cuestión ha sido tratada y condenada; lo que es novedoso en este caso es que se trata del único cargo por el que se acusa y condena a una persona por semejantes hechos y de ahí que el fallo parezca novedoso. En efecto, una búsqueda en la jurisprudencia de otros tribunales penales internacionales conduce a la conclusión de la existencia de otros asuntos en los que se cometieron iguales crímenes si bien pasan más desapercibidos al conjuntarse con la comisión de otros hechos criminales de profunda gravedad.

La sentencia recaída en el asunto *Al Mahdi*, nos deja ese sabor agri dulce que nos ha llevado a considerar si los hechos acontecidos en este asunto (y en otros que destacaremos igualmente) pueden considerarse –a la luz de la evolución del derecho internacional– justamente calificados o bien son merecedores

---

<sup>1</sup> ICC-01/12-01/15, *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*. Con fecha 17 de agosto de 2017, la Sala de Primera Instancia VIII dictó Orden de Reparación fijando en 2,7 millones de euros la cantidad a compensar a título de reparaciones individuales y colectivas. Puede consultarse la Orden en «<https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/12-01/15-236&ln=fr>». Último acceso 15 de septiembre de 2017.

de una acomodación más allá de lo que el crimen de guerra codificado hoy representa en aras a la debida protección del elemento religioso, para acercarse a la calificación de *genocidio cultural* en tanto afecta a la persona en su dimensión más íntima o a la de delito de lesa humanidad. No puede haber correcta consideración de lo que representa el ataque y destrucción de edificios religiosos sin tener presente que tras la desaparición de lo material, es el hombre, la persona, lo que se intenta aniquilar. *El objetivo central del DIH es el de proteger la vida, la integridad física* (y psíquica, añadimos) *y la dignidad de la persona*. El ataque a los mismos está relacionado indefectiblemente con el ejercicio del derecho de la persona a la libertad religiosa: un lazo entre el derecho humanitario y los derechos humanos se halla en estos supuestos. Como recuerda González Moreno, el fenómeno religioso exige una manifestación externa, el culto, que es esencial a la religión, y muestra una dimensión social y comunitaria<sup>2</sup>.

Para ello nos parece necesario indagar en la historia a los efectos de ver el origen y sobre todo la razón de ser de la obligación de respetar los edificios religiosos y la evolución de este deber, para después estudiar después el marco actual de la sanción que este crimen tiene en la actualidad y su consideración en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales. No podía faltar –como resulta lógico– hacer referencia a los instrumentos internacionales de protección de los mismos.

Pero para razonar debidamente la pregunta que nos planteamos en este estudio creemos fundamental acudir a la gestación del crimen internacional de genocidio: entender la idea que subyacía en el momento en el que se asombra al derecho con Lemkin y que como veremos después no se codifica por razones que escapan a lo jurídico haciendo que el gran instrumento para la prevención y sanción del genocidio quede incompleto.

La jurisprudencia del tribunal internacional de justicia y de tribunales penales internacionales que han tratado la cuestión del ataque y destrucción de edificios religiosos han calificado en categorías diferentes –crimen de guerra o de lesa humanidad– esta clase de crímenes. No así, por el momento, en la de genocidio a diferencia de lo que un buen sector de la doctrina que mencionaremos, entiende.

Comenzaremos este trabajo con una aproximación histórica a la protección de los lugares sagrados, seguida de su tratamiento legal actual, para después acercarnos a otras categorías jurídicas, particularmente en la de genocidio cultural por entender que realmente es donde tiene una mejor cabida lo que requie-

---

<sup>2</sup> GONZÁLEZ, M. B., *Estado de Cultura, Derechos Culturales y Libertad Religiosa*, Civitas, 2003, Madrid, p. 248.

re retomar la idea lemkiiana. Comprobaremos la consideración recibida en la jurisprudencia internacional, cerrando con una breve reflexión final a modo de conclusiones.

## 2. LA PROTECCIÓN DE LOS LUGARES SAGRADOS: APROXIMACIÓN HISTÓRICO-LEGAL

La protección de los lugares sagrados en situaciones de conflicto bélico se remonta a la antigüedad clásica como pone de manifiesto Bugnion<sup>3</sup> y otros autores que iremos indicando.

Como señala Jiri, en un primer momento «el respeto a los bienes y lugares religiosos estaba ligado al carácter sagrado y no al valor artístico de los templos y de los bienes que contenían»<sup>4</sup>. Así, recuerda que en la antigua Grecia, Polybo ya escribió refiriéndose a las leyes de la guerra que «si no podemos alcanzar ventaja alguna [...] nadie puede negar que la destrucción innecesaria de templos, estatuas y otros objetos sagrados es una acción de locos»<sup>5</sup>. También los romanos ligaban la protección de los lugares sagrados o de culto a lo sagrado.

---

<sup>3</sup> BUGNION, F., «The origins and development of the legal protection of cultural property in the event of armed conflict», *International Committee of The Red Cross*, 14 de noviembre de 2014. Disponible en «<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/65shtj.htm>». Último acceso, 17 de febrero de 2017. Dice el autor: «In the Greece of the city-states, the great pan-Hellenic sanctuaries such as Olympus, Delos, Delphi and Dodone were recognized as sacred and inviolate (“ieroi kai asuloi”)»... «Acts of violence were prohibited within their walls, and a vanquished enemy could claim sanctuary there... Herein lie the origins of our right of asylum. In mediaeval Europe, codes of chivalry protected churches and monasteries. Islam too issued injunctions protecting Christian and Jewish places of worship, together with monasteries. The first Caliph, Abu Bakr Siddiq (632–634 A. D.), father-in-law and first companion of the prophet Mohammed, gave this instruction to his soldiers prior to the conquest of Syria and Iraq: «You will come upon a people who live like hermits in monasteries, believing that they have given up all for Allah. Let them be and destroy not their monasteries.» Likewise, in *The Book of Land Tax*, Abu Yusuf Yakub (d. in 798), writing of the Christians of Najran, said: «Full protection is accorded from Allah and His Prophet to the Christian inhabitants of Najran regarding their life, land, nationhood, property and wealth, even to those who are residing as their dependants in the vicinity villages of Najran and to those living in Najran and outside the country, their priests, monks, churches, and everything whether great and small.» The ancient Hindu law of armed conflicts, founded on the principle of humanity, echoes these principles. The Upanishads taught that all human beings are the work of one Creator and that all are His children. The ancient Hindus recognized the distinction between military objects, which could be the targets of attack, and non-military objects, which could not». *Vid. notas 4 a 10, p. 1.*

<sup>4</sup> JIRI, T., *La protection des biens culturels en cas de conflictio armé. Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954*, Ed. UNESCO, 1994.

<sup>5</sup> JIRI, T., *cit.*, p. 18. Literalmente dice «Mais si on peut en tirer aucun avantage [...] personne ne peut nier que s’abandonner à la destruction inutile de temples, statues et autres choses sacrées est une action de fou».

Siguiendo ahora a Gergen diremos que el Sínodo de Charroux (989) toma igualmente esta idea de protección por su carácter sagrado y no de «arte» propiamente dicha<sup>6</sup> y dando un salto en el tiempo vemos que la línea continúa en el sínodo de Poitiers celebrado de 1011 a 1014.

Bhat realiza una interesante aportación cuando afirma que «a pesar de los abundantes principios del humanismo en la religión y en la moralidad, las guerras se libraron en el pasado con un salvajismo despiadado», y como ejemplos con los que ilustra, antes y después, esta idea, recuerda que, según el Agnipurana<sup>7</sup>, ya el mismo concepto de guerra justa ordenaba a las partes combatientes dejar templos y otros lugares de culto «as well as the fruit and flower garden unmoled», y mencionando otras creencias añade que El Corán prohíbe la lucha en lugares sagrados como las mezquitas o el predicamento de San Agustín en su obra «Tregua de Dios» (del año 989) contra el saqueo y la profanación de los lugares de culto<sup>8</sup>.

Volviendo al estudio que realiza Jiri, añadamos que en Japón, el emperador Godaigo, en 1339 prohibió expresamente la quema de templos y el califa Abu Bakr la de no tocar monasterio alguno<sup>9</sup>.

Por lo que se refiere a los primeros iusinternacionalistas, Hugo Grotius<sup>10</sup> o Vattel<sup>11</sup>, igualmente sostienen que los beligerantes deben respetar las obras de

---

<sup>6</sup> «Anathema infractoribus ecclesiarum. Si quis ecclesiam sanctam infregerit, aut aliquid exinde per vim abstraxerit, nisi ad satis confugerit factum, anathema sit» en GERGEN, Thomas «Droit canonique et protection des “cercles de paix”», Cahiers de recherches médiévales [En ligne], 8 | 2001, mis en ligne le 13 mars 2008, consulté le 30 septembre 2016. URL: <http://crm.revues.org/404>; DOI: 10.4000/crm.404, p. 2.

<sup>7</sup> El Agnipurana es un antiquísimo texto religioso hinduista.

<sup>8</sup> BHAT, P. I., «Protection of cultural property under international humanitarian law: some emerging trends», article is the revised version of his paper presented at the Seminar on International Humanitarian Law organised by Department of Studies in Law, University of Mysore in collaboration with International Committee of the Red Cross (ICRC) on 1 June 2000 at Mysore. «[www.worldlii.org/int/journals/ISILYBIHRL/2001/4.rtf](http://www.worldlii.org/int/journals/ISILYBIHRL/2001/4.rtf)». Último acceso 10 noviembre 2016. El autor dice literalmente en p. 2: «In spite of abundant principles of humanism in religion and morality, wars were fought in the past with ruthless savagery». Literalmente dice: «Koran prohibits fighting in sacred places like mosques. St. Augustine preached in “Truce of God” (989 AD) against looting and desecration of places of worship».

<sup>9</sup> JIRI, T., *op. cit.*, p. 21.

<sup>10</sup> Tomo IV, Capítulo XII. Templanza del saqueo y otras cosas parecidas, p. 152 punto VI.2 «Tucidides dice que en su tiempo fue ley entre los Griegos que los que atacaban a los enemigos respetasen los lugares sagrados... VII. 1. Lo que dije de los lugares y cosas sagradas, hase de entender lo mismo de las religiosas, aun de aquellas que se construyeron en honor de los muertos, pues estas cosas, aunque el derecho de gentes permita destruirlas impunemente, no pueden ser violadas sin escarnio de la humanidad».

<sup>11</sup> Dice Vattel: «Temples, tombstones, public buildings, and all other works of art distinguished for their beauty; what can be the advantage of destroying them? Only an enemy of mankind can thoughtlessly deprive humanity of those monuments of art, the exemplars of artistry». *Vid.* Punto 168, p. 437 del capítulo IX: «Of the right of war, with regard to things belonging to the enemy», en *The law of Nations or Principles of the Law of Nature applied to the conduct and affairs of*

arte «por su carácter religioso». Esta expresión del autor francés es remarkable y bien pudiera ir en la línea que mantenemos: la de que es la naturaleza religiosa que imprime a la obra de arte lo que le da un valor especial, al ser elemento externo de la expresión de la libertad de creencias como viene en denominarla nuestro Tribunal Constitucional.

En los primeros textos codificadores de las costumbres y normas a observar en las guerras y en los que se incluye el deber de respetar lugares consagrados al culto, se ha de mencionar el Código *Lieber*<sup>12</sup> de 1863 considerado uno de los primeros textos de Derecho Internacional Humanitario y el texto elaborado en la Conferencia de Bruselas de 1874 que aunque no llegará a entrar en vigor por falta de ratificaciones<sup>13</sup>, contenía la definición de edificios protegidos e incluía los consagrados a culto, arte, ciencia o beneficencia, incluso en el artículo 8 y por sugerencia turca, según Jiri, se incluyó la definición de edificios consagrados al culto que comprende los edificios de todos los cultos, cristianos y no cristianos, iglesias, templos, mezquitas, sinagogas, etc.<sup>14</sup>. En igual sentido, el Código Oxford, la Conferencia de La Haya de 1899 y de 1907.

Henckaerts y Doswald-Beck<sup>15</sup> nos aportan la idea de que el derecho humanitario internacional consuetudinario, no fue desarrollado solamente por los

---

*Nations and Sovereigns*. T&J. W. Johnson, law booksellers, 6<sup>th</sup> ed. Philadelphia, 1844. También *vid.* Punto 172: «All damage done to the enemy unnecessarily, every act of hostility which does not tend to procure victory and bring the war to a conclusion, is a licentiousness condemned by the law of nature...» y 173: «... Thus the wanton destruction of public monuments, temples, tombs, statues, paintings, c. is absolutely condemned, even by the voluntary law of nations, as never being conducive to the lawful object of war...»

<sup>12</sup> Este Código recoge las Instrucciones (Orden General 100 de Lincoln) promulgadas en 1893 para el Gobierno de los Ejércitos de los Estados Unidos en campaña, en la Guerra de Secesión. La Sección II relativa a la propiedad pública y privada del enemigo proclama en el punto 31 que «un ejército victorioso (...) toma toda la propiedad pública, siendo una excepción la recogida en el punto 34: Por regla general, la propiedad perteneciente a las iglesias... no se considera pública en los términos del artículo 31. El 35 proclama la protección contra “todo daño previsible” de las obras clásicas de arte, las bibliotecas, colecciones científicas, etc. En el 37: Los Estados Unidos reconocen y protegen, en los países hostiles ocupados, la religión y la moralidad... El 53 hace referencia a que los capellanes no son prisioneros de guerra, a menos que el comandante tenga razón para retenerlos, pero aun así el 56 prohíbe el castigo de tales prisioneros de guerra, o que sean sujetos de crímenes de venganza, sufrimiento, prisión cruel, privación de alimentos, muerte o cualquier otra forma de barbarie. (68) Es ilícita la destrucción de la vida sin necesidad o por venganza. 70: prohibido uso de veneno de cualquier tipo en fuentes de agua alimentos o armas...»

<sup>13</sup> BÁDENES, M., *La protección de los bienes culturales durante los conflictos armados: especial referencia al conflicto armado en el territorio de la antigua Yugoslavia*, Universidad de Valencia, 2005, p. 17.

<sup>14</sup> JIRI, T., *op. cit.*, p. 15. Literalmente dice: «comprend les édifices de tous les cultes, chrétiens ou non chrétiens, églises, temples, mosquées, synagogues, etc.» (la traducción reproducida en texto es nuestra).

<sup>15</sup> HENCKAERTS, J. M., y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, p. xxix.

propios ejércitos, sino que influyeron también en el los escritos de los líderes religiosos. Partiendo de la consideración de no combatiente al personal religioso<sup>16</sup>, contiene numerosas normas que atienden a la protección de lugares consagrados a la práctica religiosa, al culto<sup>17</sup>, recordando también que en el informe de la Comisión sobre la Responsabilidad establecida tras la I Guerra Mundial se expresaba que «la destrucción voluntaria de edificios y monumentos religiosos, benéficos, educativos e históricos» era una violación de las leyes y costumbres de la guerra sujeta a enjuiciamiento<sup>18</sup>.

En efecto la primera consideración codificada del ataque y destrucción de los edificios religiosos es la de *crimen de guerra*<sup>19</sup> y así se sigue en las hoy vigentes y a las que luego nos referiremos pero que dejamos mencionadas ahora a efectos de observar la continuidad de la misma idea, las convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos, especialmente el Protocolo adicional I y II de 1977. Ello, aunque el Comité Internacional de la Cruz Roja recomendó la inclusión de las guerras (entre otras) religiosas en los Convenios de Ginebra, en su ámbito de aplicación<sup>20</sup>. En el año de 1948 se aprueba la Convención sobre la prevención y sanción del Genocidio sobre la que luego volveremos ya que bien pudo codificarse en la misma la barbarie que suponen estos actos.

Finalmente, en los Estatutos de los tribunales penales internacionales queda calificado como crimen de guerra.

## 2.1 Marco legal internacional actual: la protección del edificio religioso en el derecho humanitario

Ya se ha puesto de manifiesto cómo desde antiguo se trata de unas prácticas condenadas y prohibidas. Se trata pues de una norma de derecho consuetudinario que es recogida después en los primeros textos.

Las Convenciones de Ginebra de 1949 aluden al elemento religioso y por su carácter y espíritu específico de protección de personas, hacen referencia a

---

<sup>16</sup> *Idem*, Capítulo 7, Norma 27.

<sup>17</sup> Norma 30: «Quedan prohibidos los ataques directos contra el personal y los bienes sanitarios y religiosos que ostenten los signos distintivos estipulados en los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional».

<sup>18</sup> P. 42.

<sup>19</sup> Sobre el crimen de guerra, *vid.* PLAZA VENTURA, P., *Los crímenes de guerra: recepción del derecho internacional humanitario en el derecho penal español*, Universidad Pública de Navarra, 2000.

<sup>20</sup> PICTET, J. (Dir.) *Commentaries on the Geneva Conventions of 12 August 1949. Vol. III: Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Ginebra, 1960, p. 31: *cit.*, en nota final 5, Stewart, J. *op. cit.*

la asistencia y asistentes religiosos y a lugares consagrados al culto. Se han de resaltar, sin ánimo exhaustivo, algunos de sus preceptos: respecto del Convenio I, el artículo 17 que reza: «Además, las Partes en conflicto velarán por que se entierre a los muertos honrosamente, si es posible según los ritos de la religión a la que pertenecían, porque sus sepulturas sean respetadas», en el Convenio III, el artículo 34: «Religión», que estatuye que «Los prisioneros de guerra tendrán plena libertad para el ejercicio de su religión, incluida la asistencia a los actos de su culto a condición de que sean compatibles con las medidas de disciplina normales prescritas por la autoridad militar. Para los actos religiosos se reservarán locales adecuados» o en el IV Convenio, el artículo 86: «Locales para actos religiosos» dice: «La Potencia detenedora pondrá a disposición de los internados, sea cual fuere su confesión, locales apropiados para los actos religiosos».

Aunque posteriores a la Convención que sigue, adelantamos que los Protocolos I y II de los Convenios de Ginebra ya claramente establecen normas relativas a la protección de bienes religiosos (así el Protocolo I, artículo 53 y en el mismo sentido el Protocolo II, artículo 16, que prohíben ataques contra los bienes culturales y los lugares de culto).

Si bien el derecho de Ginebra se basa –entre otros– en el principio de distinción entre objetos y sujetos civiles y militares, es lo *humanitario* y no lo artístico lo que realmente prima y conduce el espíritu de protección de los bienes y lugares dedicados al culto.

En el año 1954 se firma la Convención de La Haya para la Protección de la propiedad cultural en caso de conflictos armados y Reglamento de aplicación para la aplicación de la Convención<sup>21</sup> y un Protocolo que quedaron abiertos a la firma de mayo a diciembre de 1954. La Convención entró en vigor el 7 de agosto de 1956. En 1999 se abre a la firma de los estados un segundo Protocolo que entra en vigor el 9 de marzo de 2004, de conformidad con el artículo 43<sup>22</sup>.

Esta Convención se inspira, como recoge su preámbulo, 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 de 15 de abril de 1935».

---

<sup>21</sup> Disponible en «[http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=13637&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)».

<sup>22</sup> Los estados parte en este segundo protocolo se pueden consultar en «<http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=15207&language=S>». El Protocolo se puede consultar en «[http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=15207&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html#ENTRY](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#ENTRY)». Ambos con fecha de último acceso, 16 de febrero de 2017.

El artículo 1 define los bienes culturales, incluyendo entre los mismos a los religiosos que comprende todo clase de culto<sup>23</sup>, los bienes muebles o inmuebles, que «tengan una gran importancia» para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, «religiosos» o seculares.

Hemos entrecomillado «religiosos» a efectos de resaltar cómo los incluye junto al hecho de que «tengan una gran importancia» lo que nos puede llevar a afirmar, como antes ya se dijo, que aquí prima el arte-objeto sobre lo humano-religioso. En la Convención no es la proyección humana sino el valor cultural de las cosas –religiosas y no religiosas– lo que prima. Proclama, respecto de los bienes culturales, un deber general de protección junto a la cual ofrece una *de protección especial* (en el capítulo II, artículo 8) de limitado alcance<sup>24</sup> señalando que «La protección especial se concederá a los bienes culturales mediante su inscripción en el “Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial”».

El artículo 9 otorga inmunidad<sup>25</sup> a los bienes culturales que gozan de protección especial, que «deberán ostentar el emblema descrito en el artículo 16 y cuyas normas de aplicación también están descritas en el texto (artículo 17: emblema repetido tres veces o emblema aislado)».

La Convención se aplica tanto a conflictos internacionales como a nacionales<sup>26</sup> (*vid.* art. 19). Además el artículo 23 («Colaboración con la UNESCO»), estatuye que «1. Las Altas Partes Contratantes podrán recurrir a la ayuda técnica de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura para organizar la protección de sus bienes culturales o en relación con cualquier otro problema derivado del cumplimiento de la presente Convención y del Reglamento para su aplicación. La Organización prestará su ayuda dentro de los límites de su programa y de sus posibilidades».

Es importante por último señalar que el artículo 28: «Sanciones», establece un compromiso de que los estados introduzcan en sus legislaciones penales «todas

---

<sup>23</sup> MECHÉLYNCK, A., *La Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, Gand, Maison d'éditions et d'impressions, 1915, citado por JIRI, T., *op. cit.*, en pie de página en p. 58. Basa esta afirmación en la *Conférence de Bruxelles, 1874, Séance de la Commission du 22 août 1874*, en el *Protocole n.º XVIII. Conférence de La Haye de 1899. Deuxième commission, 11<sup>e</sup> séance du 20 juin 1899*. Pp. 290, 442-443.

<sup>24</sup> El apartado 1 de este precepto reza: Podrán colocarse bajo protección especial un número restringido de refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles en caso de conflicto armado, de centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles de importancia muy grande, pero han de reunir ciertas condiciones especificadas en los demás apartados de este precepto.

<sup>25</sup> Esta inmunidad puede quedar suspendida al amparo de lo dispuesto en el artículo 11.

<sup>26</sup> En torno a esta cuestión: conflictos nacionales e internacionales, es notable la evolución experimentada con la jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia.

las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que hubieren cometido u ordenado que se cometiera una infracción de la presente Convención».

Según Bádenes, las normas relativas a la protección de los bienes culturales en casos de conflicto sigue dos caminos distintos: por una parte forma parte del proceso de reafirmación del desarrollo del Derecho Internacional Humanitario y de otra la codificación de normas relativas a la cultura asumida principalmente por UNESCO<sup>27</sup>.

Este Convenio establece la relación del mismo con las Convenciones de La Haya relativas a las leyes y usos de la guerra terrestre (IV) y a los bombardeos por fuerzas navales en tiempo de guerra (IX), tanto de 1899 como de 1907 a las que complementa, pero reemplaza el emblema descrito en el artículo 5 de la Convención (IX) por el descrito ahora en el artículo 16. Igualmente complementa al Pacto de Washington del 15 de abril de 1935 para la protección de Instituciones Artísticas y Científicas y los Monumentos Históricos (Pacto *Roerich*) reemplazando la bandera distintiva descrita en el artículo III del Pacto por el emblema que esta Convención de 1954 establece.

Entiende además la autora citada que su aplicación práctica no es todo lo efectiva que podía esperarse de este primer instrumento internacional dedicado a reglamentar la protección en caso de conflicto armado, porque aparte de la falta de ratificación por importantes potencias<sup>28</sup>, los presupuestos en los que se basa hunden sus raíces en la segunda guerra mundial y está pensado para grandes conflictos, y no para los locales. De otra parte, los sucesos de Yugoslavia pusieron de manifiesto la verdadera efectividad calificando de etnocidio las violaciones cometidas en el conflicto. Para Bádenes «sólo si las partes en el conflicto reconocen el valor intrínseco de cualquier objeto cultural en cuanto manifestación del espíritu creativo del ser humano, las medidas protectoras podrían tener algún efecto<sup>29</sup>.

## 2.2 La protección de los bienes religiosos en los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales

Mediante Resolución 827 de 1993 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU) se creó el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

---

<sup>27</sup> BÁDENES, M., *op. cit.*, p. 61.

<sup>28</sup> A fecha de hoy, Estados Unidos de América ya es parte en el Convenio desde que en 2009 depositara su instrumento de ratificación. «<http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13637&language=S&order=alpha>». Último acceso, 17 de febrero de 2017.

<sup>29</sup> BÁDENES, M., *op. cit.*, p. 146.

(ICTY en sus siglas en inglés) cuyo Estatuto de 25 de mayo de 1993<sup>30</sup> incluye en el artículo 3 d) «La apropiación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la beneficencia y la educación o a las artes y las ciencias, monumentos históricos u obras de arte y científicas, o los daños deliberados a éstos» en tanto que en el artículo 4 referido al Genocidio se reproduce el II del Convenio para la Prevención y sanción del Genocidio<sup>31</sup> al que luego nos referiremos.

Con la Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el 8 de noviembre de 1994 se creó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR en sus siglas en inglés, TPIR, en español) «para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1.º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994», cuyo Estatuto reproduce el mismo concepto de genocidio que los antes mencionados y que constituye su artículo 2<sup>32</sup>. Aunque en éste se observa la expresa referencia a los edificios religiosos o lugares de culto, indirectamente estarían comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 4<sup>33</sup>.

Si los anteriores tribunales<sup>34</sup> fueron creados al amparo del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, mediante el Estatuto de Roma de 1998 se crea el Tribunal Penal Internacional con vocación de permanencia. Su artículo 8 tipifica como crimen de guerra el hecho de «dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, así en el apartado b (ix) «Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales

---

<sup>30</sup> Disponible en «[http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Estatuto\\_Tribunal\\_Internacional\\_para\\_la\\_ex\\_Yugoslavia.pdf](http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Estatuto_Tribunal_Internacional_para_la_ex_Yugoslavia.pdf)». Último acceso, 16 de febrero de 2017.

<sup>31</sup> Artículo II: «En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo».

<sup>32</sup> Disponible en «<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>». Último acceso, 16 de febrero de 2017.

<sup>33</sup> Artículo 4: Violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios.

<sup>34</sup> Respecto de los mismos hay que tener en cuenta la creación del *The Mechanism for International Criminal Tribunals* (MICT) establecido por la Resolución 1966 (2010) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, para completar el trabajo pendiente del Tribunal Penal para Ruanda y de Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia después de completar sus respectivos mandatos. El MICT tiene dos sedes, una en Arusha, Tanzania, y la otra en La Haya, Países Bajos.

y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares», y en el e (iv) «Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: ... iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares.» Es importante señalar que el artículo 8 y los dos anteriores que tipifican los delitos de genocidio y lesa humanidad tienen su complemento en los «elementos del crimen» del que nos habla el artículo 9 del Estatuto de Roma y que «ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los preceptos mencionados».

Las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya (*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* (ECCC<sup>35</sup>)) constituyen un tribunal que recibe asistencia de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para enjuiciar a los Jemeres Rojos (*Khmer Rouge Trials* (UNAKRT)). Se rige por un acuerdo de junio de 2003 en el que se detalla la participación internacional en las Salas, conservando su independencia de la ONU. Su artículo 9 establece los crímenes competencia de las Salas Extraordinarias, remitiéndose para el delito de Genocidio a la Convención de 1948, al Estatuto de Roma respecto de los crímenes de lesa humanidad y a las convenciones de Ginebra de 1949 para los crímenes de guerra.

El Tribunal Especial para el Líbano se establece mediante resolución 1757 de 2007 y comenzó a operar el 1 de marzo de 2009. Aplica según el artículo 2 de su Estatuto<sup>36</sup> el Código Penal Libanés para juzgar y condenar los delitos para los cuales tiene jurisdicción y que se hallan contenidos en el artículo 1<sup>37</sup>. El Estatuto de la Corte Especial<sup>38</sup> otorga al Fiscal la posibilidad de presentar car-

---

<sup>35</sup> Vid. página web del Tribunal en <<https://www.eccc.gov.kh/en>>. Último acceso, 17 de febrero de 2017.

<sup>36</sup> Vid. Estatuto del Tribunal en <<https://www.stl-tsl.org/en/documents/statute-of-the-tribunal/223-statute-of-the-special-tribunal-for-lebanon>>. Último acceso, 17 de febrero de 2017.

<sup>37</sup> «Article 1: Jurisdiction of the Special Tribunal. The Special Tribunal shall have jurisdiction over persons responsible for the attack of 14 February 2005 resulting in the death of former Lebanese Prime Minister Rafiq Hariri and in the death or injury of other persons. If the Tribunal finds that other attacks that occurred in Lebanon between 1 October 2004 and 12 December 2005, or any later date decided by the Parties and with the consent of the Security Council, are connected in accordance with the principles of criminal justice and are of a nature and gravity similar to the attack of 14 February 2005, it shall also have jurisdiction over persons responsible for such attacks. This connection includes but is not limited to a combination of the following elements: criminal intent (motive), the purpose behind the attacks, the nature of the victims targeted, the pattern of the attacks (modus operandi) and the perpetrators.»

<sup>38</sup> Vid. <<http://rscsl.org/>>. Último acceso, 16 de febrero de 2017.

gos por crímenes de Guerra (violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y Protocolo Adicional II) crímenes contra la humanidad, serias violaciones de derecho internacional humanitarios y ciertas graves violaciones del ordenamiento jurídico de Sierra Leona.

De lo expuesto anteriormente comprobamos que todos los estatutos han codificado la norma consuetudinaria que prohíbe, condena y castiga el ataque y destrucción de los edificios religiosos como *crimen de guerra*. Oportunidades de consideración diferente no han faltado con cada creación de estos tribunales que no han sino «ratificado» de alguna forma su exclusión de la categoría de genocidio cultural y su encuadramiento en el *crimen de guerra*.

A pesar de ello, de la calificación conferida, nos parece que su apreciación como crimen de guerra, por estrecha, ya no se ajusta bien a la realidad de los acontecimientos actuales y es momento de repensar sobre su tipificación. La propia noción de conflicto armado ha evolucionado notablemente. La distinción entre conflicto armado internacional e interno ha devenido difusa en los conflictos actuales. Especialmente respecto a estos últimos es realmente imposible una clara calificación como netamente interno: no existe hoy conflicto «aislado». Más bien, asistimos a la participación de potencias extranjeras con más o menos intensidad de forma directa o indirecta que hace difusa esa línea distintiva entre ambas clases de conflicto.

La mayoría de los conflictos armados actuales están «internacionalizados» y los límites de aplicación del DIH es objeto de discusión por la doctrina. La cuestión pasa por la falta de unas normas *ad hoc* respecto de estos conflictos amén de que no puede hablarse en puridad de que exista una definición única de conflicto armado en el DIH<sup>39</sup>. Hemos asistido a una «revolución» del concepto de conflicto armado internacional y no internacional (CAI y CANI) con el asunto *Tadic* y la jurisprudencia del ICTY. La participación incluso de Operaciones de Mantenimiento de la Paz (OPM) es objeto de estudio a efectos de su consideración de apoyo a una de las partes en el conflicto.

Además, hay algo que no podemos obviar: el que en los principales conflictos actuales parece primar el elemento étnico o religioso sobre el clásico de la conquista y cuando menos late entre las diferentes facciones enfrentadas un odio que les arrastra hasta la aniquilación de cualquiera de los rasgos que les

---

<sup>39</sup> Vid. STEWART, J., «Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario. Una crítica de los conflictos armados internacionales», *ICRC. Revista Internacional de la Cruz Roja*. Junio de 2003. También, «¿Cuál es la definición de «conflicto armado» según el derecho internacional humanitario?», en *Comité Internacional de la Cruz Roja*, Documento de opinión, marzo de 2008.

identifique. A ello, añadiremos que se pueden producir en situaciones que realmente no pueden calificarse de «conflicto armado».

Creemos que cabe afirmar que se trataría mejor bajo la apreciación de genocidio, cultural. En este sentido es amplia la doctrina que puede soportar lo que afirmamos, tanto la anterior a la aprobación de la Convención sobre el Genocidio como la actual, que se muestra un tanto enérgica tras los sucesos que vienen aconteciendo desde el pasado siglo XX y que —creemos— pone de manifiesto la conveniencia de volver a revisar la Convención de 1948<sup>40</sup> y abrir a lo cultural la definición de genocidio contenida en el Estatuto de Roma y otros instrumentos que reproducen la definición proporcionada por el texto sobre sanción y prevención del Genocidio ya que es precisamente esta exclusión la que impide considerarlo como lo que por naturaleza son bajo nuestro criterio. Las normas se han de interpretar conforme a la realidad social del tiempo en que vivimos y los instrumentos internacionales deben acomodarse a aquélla si no vía reforma de convenios, vía jurisprudencia acudiendo los tribunales a recursos tales como los trabajos preparatorios de algunos textos o a los principios generales del derecho o a lo que constituya, en suma, su verdadera significación.

### 3. LA CALIFICACIÓN COMO GENOCIDIO CULTURAL DEL ATAQUE Y DESTRUCCIÓN A LOS EDIFICIOS RELIGIOSOS

Intentar conectar el ataque y destrucción con el crimen de genocidio requiere sin duda igualmente indagar en los orígenes del mismo<sup>41</sup> y en su configuración legal actual.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española (RAE) la palabra genocidio proviene del griego γένος, *génos*, «estirpe» y *-cidio*, significando «exterminio o eliminación sistemática de un grupo humano por motivo de raza, etnia, religión, política o nacionalidad». Y el vocablo cultural proviene del latín *cultura* y significa 1. Cultivo. 2. Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico. 3. Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc. 4. (desus) Culto religioso. A ellos,

---

<sup>40</sup> Sobre la revisión del Convenio, ver BÁDENES, M., *op. cit.*, y sobre su falta de efectividad: MILLIGAN, A., *Targeting Cultural Property: The Role of International Law*. Disponible en «<https://www.princeton.edu/jpia/past-issues-1/2008/5.pdf>», p. 95. Último acceso, 15 de febrero de 2017.

<sup>41</sup> Existe abundante bibliografía sobre la cuestión. Aparte de los que mencionaremos, *vid.* OLLE SESÉ, M., *El crimen de genocidio (I): Génesis y evolución legislativa nacional e internacional*. Serie Working Papers 01/2015, Fundación Internacional Baltasar Garzón, FIBGAR, Madrid.

la RAE añade el de (cultura) física y (cultura) popular, significando entonces el «conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo»<sup>42</sup>. Conjugando ambas acepciones podríamos entender genocidio cultural como la aniquilación de las manifestaciones en que se expresa la vida de un pueblo, lo que incluye las creencias religiosas<sup>43</sup>.

La definición anterior casa perfectamente con la que proponía Rafael Lemkin ya desde 1933 y de forma expresa en su obra *El dominio del Eje en la Europa ocupada* publicado en 1944<sup>44</sup>.

Según Shabas, W. A.<sup>45</sup> la definición propuesta por Lemkin en el proyecto de texto legislativo para los delitos previamente mencionados (proyecto que fue aprobado por el Presidente de la Comisión Polaca de Cooperación Jurídica Internacional, Profesor E. St. Rappaport<sup>46</sup>) era estrecha en tanto se refería a «grupos nacionales» pero amplía en cuanto que incluía «acts aimed at destroying the culture and livelihood of the group». De ahí idea el apelativo para este tipo de actos de *vandalismo o barbarie* en el Informe de la V Conferencia para la Unificación del Derecho Penal celebrada en el Paraninfo de la Universidad Central de Madrid en 1933<sup>47</sup>, a los que consideraba como *delicta iuris gentium*.

En su propuesta o proyecto de texto, se dice en el primero de los artículos: «Quien, por odio hacia una colectividad racial, confesional o social, o con miras a su exterminio, emprenda una acción punible contra la vida, la integridad física, la libertad, la dignidad o la existencia económica de una persona perteneciente a dicha colectividad, será castigado por un delito de *barbarie* con una pena de..., salvo que dicha conducta esté tipificada con una pena mayor en una disposición del Código que corresponda aplicar. Al autor se le impondrá idé-

---

<sup>42</sup> Vid. Diccionario de la Real Academia Española online en: «<http://dle.rae.es/?id=BetrEjX>». Último acceso, 13 de febrero de 2017.

<sup>43</sup> El Diccionario Jurídico Español de la RAE al definir «genocidio» se inspira en el que figura en la Convención de 1948. Vid. «<http://dej.rae.es/#/entry-id/E130430>» Último acceso, 22 de abril de 2017.

<sup>44</sup> Hemos utilizado para el presente trabajo la edición de Prometeo libros editado en español: *El dominio del Eje en la Europa Ocupada*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2008.

<sup>45</sup> SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law. The crimes of Crimes*. Cambridge Press, 2000. «<http://www.javeriana.edu.co/blogs/ildiko/files/Genocide-in-International-Law1.pdf>» pp. 15-16 y 27.

<sup>46</sup> Sobre la contribución de Lemkin a la conformación como delito del genocidio véase el magnífico post de PAZ MAHECHA, Gonzalo Rodrigo, «Raphael Lemkin, Padre de la Convención Sobre Genocidio». *Raoul Wallenberg Foundation*, disponible en «<http://www.raoulwallenberg.net/es/holocausto/articulos-65/genocidio/raphael-lemkin-padre/>». Último acceso 5 de febrero de 2017.

<sup>47</sup> La inauguración contó con la presidencia de Sánchez Albornoz, a la sazón Ministro de Estado y el presidente del Tribunal Supremo, Diego Medina así como los insignes catedráticos españoles, Posada, Jiménez de Asúa y López Rey.

tica pena si su acción se dirige contra una persona que haya declarado su solidaridad con una colectividad similar o que haya intervenido en favor de ella».

Define el vandalismo como el crimen de destrucción del arte y de la cultura en general, porque son propiedad de la humanidad civilizada que ligada por innumerables lazos se beneficia en conjunto de los esfuerzos de sus hijos, las más geniales cuyas obras son posesión de todos y aumentan su cultura. «En otras palabras, los objetos culturales en cuestión pertenecían a la humanidad entera quien por ello tuvo interés en aras a su protección»<sup>48</sup>. Así, en el artículo 2 se decía: «Cualquiera que, por odio contra una colectividad racial, religiosa o social, o con miras al exterminio de la misma, destruyere sus obras culturales o artísticas, será pasible por el crimen de vandalismo a una pena de (...) a menos que su acción esté prevista en una disposición más severa del Código respectivo».

Ya en la obra mencionada antes, *El Dominio del Eje sobre la Europa Ocupada*<sup>49</sup> Lemkin, empleando el término concreto de genocidio<sup>50</sup> («las nuevas concepciones requieren nuevos términos»: new conceptions require new terms»), afirma que: «Los objetivos de un plan semejante serían la desintegración de las instituciones políticas y sociales, de la cultura, del lenguaje, de los sentimientos de patriotismo, de la religión y de la existencia económica de grupos nacionales y la destrucción de la seguridad, libertad, salud y dignidad personales e incluso de las vidas de los individuos que pertenecen a dichos grupos.»<sup>51</sup>.

El enorme esfuerzo de Lemkin<sup>52</sup> finalmente conducirá a que la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946, declare «que el genocidio es un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena» lo que queda reflejado en el preámbulo de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio<sup>53</sup> y en la que la presión estalinista queda

<sup>48</sup> Literalmente, dice: «In other words, the cultural objects in question belonged to humanity as a whole, and consequently humanity as a whole had an interest in their protection».

<sup>49</sup> LEMKIN, R., *El dominio del Eje en la Europa Ocupada*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2008. La obra se publica en 1944 bajo el título *Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*. Publicado por la Carnegie Endowment for International Peace. Washington, 1944.

<sup>50</sup> Cap. IX (dividido en tres secciones) I. Genocidio. Un nuevo término y un nuevo concepto para la destrucción de naciones; II. Técnicas de genocidio en varios campos y III. Recomendaciones para el futuro. En la sección primera se encuentra la definición que hemos transcrito arriba (p. 153) y en la segunda, se refiere expresamente al religioso (p. 167).

<sup>51</sup> *Vid.* p. 153.

<sup>52</sup> Debe mencionarse igualmente a Vespasiano Pella y Henri Donnedieu de Vabres que junto a Lemkin prepararon el proyecto de texto.

<sup>53</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Disponible en: «<https://www.icrc.org/spa/resou>

reflejada en el artículo VII excluyendo a los delitos políticos. La definición que contiene en su artículo II queda lejana a la apuntábamos arriba y desde luego no hace referencia a bienes del grupo, religiosos u otros culturales.

Apunta Neresian que «el *genocidio cultural* fue excluido finalmente dejando dentro la de la prohibición de traslado forzoso de un grupo de niños, ya que los redactores reconocieron que ello no sólo era física y biológicamente destructivo, sino que adoctrinar (a niños) en las costumbres, el lenguaje y los valores de un grupo extranjero equivalía a la destrucción del grupo de niños de cuyo futuro dependía la siguiente generación»<sup>54</sup>.

Ello es algo que no podemos en este trabajo dejar pasar desapercibido pues la idea de Lemkin acerca del genocidio traspasa con creces la que finalmente quedará codificada en la Convención de 1948, en el Estatuto de Roma y de otros tribunales penales internacionales, mixtos, híbridos o internacionalizados. Pero como hemos podido comprobar, no sólo en la del autor polaco sino que la idea del deber de proteger edificios religiosos yace históricamente.

Neresian afirma que los primeros borradores de la Convención sobre el Genocidio prohibían el cultural, pero que finalmente se omitió deliberadamente por los temores entre gobiernos y sus poblaciones indígenas (y antiguos esclavos) pues conducirían al final a que pudiera serles aplicada la misma, y desde luego por las hostilidades diplomáticas de la guerra fría. «Realpolitik won and it pervades»<sup>55</sup>.

---

rces/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm». Último acceso, 5 de febrero de 2012. El artículo II reza: «En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.»

<sup>54</sup> NERESSIAN, D., «Rethinking Cultural Genocide under International Law Human Rights Dialogue: "Cultural Rights"», *Carnegie Council for Ethics in International Affairs* (Spring 2005). Disponible en: «[https://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/dialogue/2\\_12/section\\_1/5139.html#:pf\\_printable](https://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/dialogue/2_12/section_1/5139.html#:pf_printable)». Último acceso, 6 de febrero de 2002. Literalmente dice «Cultural genocide ultimately was excluded from the final Convention, except for a limited prohibition on the forcible transfer of a group's children. The drafters acknowledged that the removal of children was physically and biologically destructive but further recognized that indoctrinating children into the customs, language, and values of a foreign group was "tantamount to the destruction of the [child's] group, whose future depended on that next generation"»

<sup>55</sup> NERESSIAN, D., «Early drafts of the Genocide Convention directly prohibited cultural genocide» p. 1 (para. 5) y Bevan, que acerca de su supresión final dice: «This was because of Cold War diplomatic hostilities and the fear among new world governments that their indigenous peoples (and former slaves) could apply the law against their own governments. Realpolitik won and it pervades»: en BEVAN, Rob, en «<https://www.architectural-review.com/rethink/campaigns/outrage/>

Así, por unas razones u otras, el significado legal de genocidio quedó amputado.

Esa idea lejana de lo que constituye el genocidio, a tenor del Convenio de 1948 vigente, es lo que lleva al Tribunal de La Haya a limitar también, en consecuencia, el verdadero significado del ataque al edificio religioso. Esa restricción de esta clase de crímenes al de guerra es puesta de manifiesto por la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro)* en el que la Corte estatuye:

«Con respecto a la destrucción de bienes históricos, religiosos y culturales, la Corte concluye que hay pruebas concluyentes de la destrucción deliberada del patrimonio histórico, cultural y religioso del grupo protegido. Sin embargo, tal destrucción no está comprendida como tal dentro de las categorías de actos de genocidio enunciadas en el artículo II de la Convención»<sup>56</sup>.

La Corte no hace sino poner de manifiesto en su descripción de los hechos acaecidos, el «vandalismo» y la «barbarie» a las que Lemkin se refería; expresamente menciona la prueba de la «deliberada destrucción de», pero lejos de profundizar en lo que realmente supusieron tales actos, de una manera un tanto *positivista*, se limita a conformarse con la imposibilidad de considerarlo genocidio. En el año del fallo, 2007, la Corte bien podría haberse inspirado en otros textos internacionales, léase los instrumentos de protección de las minorías y de las comunidades indígenas, y haber tomado una postura más *naturalista* más acorde con la evolución del derecho internacional de protección de los derechos humanos. El concepto de cultura de la UNESCO incluye el que hemos incluido y que Lemkin sostuvo, y en consecuencia abarca la identidad espiritual<sup>57</sup>.

La idea que acabamos de apuntar es subrayada por diversos autores: después de referirse precisamente a los hechos acaecidos en el marco del conflicto en la antigua Yugoslavia, apunta Bevan que, «cuando ocurren estos ataques contra la cultura es para borrar la identidad y memoria en nombre de la religión (asunto Malí, los de la ex Yugoslavia, República Centro Africana, y tantos

---

outrage-cultural-genocide-is-a-crime-but-we-cant-save-monuments-and-not-people/10004716.article». Último acceso, 16 de febrero de 2017.

<sup>56</sup> ICJ, *Judgment of 26 February 2007 – Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Disponible en «[http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum\\_2003-2007.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_2003-2007.pdf)», p. 205.

<sup>57</sup> Sobre la vinculación del factor religioso con la cultura, *vid.* GONZÁLEZ MORENO, B., *cit.*, especialmente el Cap. III, pp. 245 a 331.

otros) que por razones políticas o de conquista, son un crimen contra la humanidad, un intento de deshumanizar y devaluar<sup>58</sup>, y más allá va apuntando que allí donde haya intención de destruir a un grupo en todo o en parte sea mediante la destrucción cultural o el asesinato, (esto) debería considerarse como genocidio»<sup>59</sup> o Milligan cuando dice que «la destrucción de la propiedad cultural durante un conflicto armado puede ser considerada como una manifestación de la política del genocidio»<sup>60</sup>. Short también remarca que lo que hoy se entiende por genocidio (asesinato en masa) es sociológicamente inadecuado y en desacuerdo con las ideas del autor del concepto, Raphael Lemkin<sup>61</sup>. Goldsmith proporciona la misma idea a través de una interpretación acorde con los trabajos preparatorios de la Convención del Genocidio y apoyándose en la Convención de Viena de 1969<sup>62</sup>. Y por su parte Bettwy recuerda que la *Comisión Darfur* estatuyó que el Tribunal estaba «obligado» a aplicar una interpretación innovadora como resultado de las limitaciones de las actuales normas sobre el genocidio<sup>63,64</sup> y aunque los hechos acaecidos (en Darfur) no sean idénticos a los ocurridos en Mali, parece que entre la doctrina hay un llamamiento claro hacia

---

<sup>58</sup> When cultural attacks are intended to erase identities and memories in the name of religion, politics or conquest, they are a crime against humanity –an attempt to dehumanise and devalue.

<sup>59</sup> BEVAN, R., «Attacks on culture can be crimes against humanity». (Comentario en fecha 27 septiembre de 2016.) Disponible en «<http://theartnewspaper.com/comment/attacks-on-culture-can-be-crimes-against-humanity/>». Último acceso, 17 de febrero de 2017. Where there is also an intention to destroy a group in whole or in part through cultural deracination as much as murder, it should count as genocide.

<sup>60</sup> MILLIGAN, A., *cit.*, p. 98. «The destruction of cultural property during armed conflict can be considered one manifestation of a policy of genocide».

<sup>61</sup> SHORT, D., «Cultural genocide and indigenous peoples: a sociological approach», en *The International Journal of Human Rights*, vol. 14, n.º 6, November 2010, 831-846, «the dominant understanding of genocide as mass killing is sociologically inadequate and at odds with the ideas of the author of the concept, Raphael Lemkin».

<sup>62</sup> GOLDSMITH, K., «The Issue of Intent in the Genocide Convention and Its Effect on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Toward a Knowledge-Based Approach», *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*: vol. 5: iss. 3: article 3. Available at: <http://scholarcommons.usf.edu/gsp/vol5/iss3/3>, p. 1. «The Vienna Convention on Treaties states that interpretations of laws should follow the treaty's original purpose and objective, and should do this by looking at the preparatory work and its circumstances. By looking at the Travaux Préparatoires of the Genocide Convention and Raphael Lemkin's original writings on the subject, this article will discuss which approach fits the original intentions of both the drafters of the Convention and Lemkin himself, to determine which interpretation should be used in the future when considering the crime of genocide».

<sup>63</sup> 111 para. 498 *Darfur Report*. Citado por BEVAN, *op. cit.*, p. 183.

<sup>64</sup> BETTWY, D. S., «The Genocide Convention and Unprotected Groups: Is the scope of protection expanding under Customary International Law?», *Notre Dame Journal Of International & Comparative Law*, 2011, p. 168. *The Darfur Commission argued that the Tribunal was «obliged» to apply «an innovative interpretation» as a result of «the limitations of current international rules on genocide».*

una interpretación de *genocidio* acorde con la propuesta por Lemkin ya que la Convención de 1948 ya no se muestra instrumento idóneo o acorde con esta clase de aniquilación del grupo a través de la destrucción de su cultura y la del 54 no sanciona internacionalmente sino a través de la oportuna implementación en las legislaciones internas.

Cuando hacemos lectura de los hechos considerados probados en el asunto Malí, la Sala indica que Al Mahdi era considerado todo un experto en materia religiosa y como tal era consultado, incluso por el Tribunal Islámico<sup>65</sup>, había impartido conferencias en calidad de experto en asuntos religiosos y se unió al grupo Ansar Dine<sup>66</sup> en junio de 2012.

La Corte literalmente reconoce que los mausoleos y mezquitas de Timbuktu eran «parte integral de la vida religiosa de sus habitantes<sup>67</sup>» lo que le habría permitido vincular los hechos a la consideración o calificación de genocidio, pero el tribunal inmediatamente conecta la aserción anterior con la Convención UNESCO o con el crimen de Guerra del Estatuto de Roma, incluso habiendo afirmado que atacar tales mausoleos supone una afrenta a esos valores «attacking these mausoleums and mosques was clearly an affront to these values»<sup>68</sup>.

El TPI pone suficientemente de manifiesto, en la descripción de lo acaecido, que la intención era la de borrar una determinada identidad, una cultura concreta. Cuando describe los hechos deja constatado que la pretensión de *Ansar Dine* era la de imponer sus formas religiosas y políticas estableciendo incluso un tribunal islámico, una policía islámica, una comisión para los medios de comunicación y una brigada de moralidad, la *Hesbah*<sup>69</sup> cuya función era precisamente la de regular aquélla suprimiendo o reprimiendo todo aquello que fuera percibido como un *vicio visible*<sup>70</sup>. El objetivo no era sino impedir al pue-

---

<sup>65</sup> Literalmente dice: *was viewed as an expert on matters of religion, and was consulted in this capacity, including by the Islamic tribunal...*

<sup>66</sup> Se trata de un grupo fundamentalista islámico que proclama la *Sharia* como norma fundamental.

<sup>67</sup> Además, dice: «The mausoleums of saints and mosques of Timbuktu are an integral part of the religious life of its inhabitants.»

<sup>68</sup> El Fiscal en su acusación señaló con fecha 17 de diciembre de 2015, que el cargo por el que se le acusaba era el de ser responsable de la destrucción de los siguientes edificios entre el 30 de junio de 2012 y el 11 de julio de 2012: (i) el Mausoleo *Sidi Mahamoud Ben Omar Mohamed Aquit* (ii) el Mausoleo *Sheikh Mohamed Mahmoud Al Arawani Mausoleum* (iii) el Mausoleo *Sheikh Sidi El Mokhtar Ben Sidi Mouhammad Al Kabir Al Kounti*; (iv) el Mausoleo *Alpha Moya*; (v) el Mausoleo *Sheikh Mouhamad El Mikki*; (vi) el Mausoleo *Sheikh Abdoul Kassim Attouaty*; (vii) el Mausoleo *Sheikh Sidi Ahmed Ben Amar Arragadi*; (viii) la Puerta de la Mezquita *Sidi Yahia* y los dos Mausoleos adyacentes a la Mezquita *Djingareyber* principalmente, (ix) el Mausoleo *Ahmed Fulane* y (x) el Mausoleo *Bahaber Babadié*.

<sup>69</sup> *Vid.* para. 31 de la sentencia.

<sup>70</sup> *Vid.* para. 33 de la sentencia.

blo sus prácticas religiosas prohibiéndolas y persiguiendo a quienes las ejercieran. El mismo condenado escribe un sermón dedicado a la destrucción de los mausoleos y que fue leído un viernes, y dirige y determina incluso la secuencia en que debían ser destruidos<sup>71</sup>.

A lo largo de los hechos se revela con claridad que había una intención clara de destruir una determinada forma religiosa, una cultura, un genocidio cultural religioso.

Hay que recordar que en el Informe de fecha 24 de abril de 2012 redactado por el Fiscal del TPI, éste dice: «Mali ratificó el Estatuto de Roma el 16 de agosto de 2000. Por lo tanto, de acuerdo con el Estatuto de Roma Mali, el Tribunal Penal Internacional tiene jurisdicción sobre posibles crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio<sup>72</sup> que pudieran haber sido cometidos en el territorio de Mali o por sus nacionales a partir del 1 de julio de 2001»<sup>73</sup>.

En general, cuando hemos indagado en los asuntos fallados por el Tribunal Penal Internacional, hemos constatado la consideración como crímenes de guerra de hechos similares haciendo una aplicación un tanto *literal* del artículo 6 del ER o sus correlativos de los demás Estatutos. Se echa en falta un ir más allá y hacer referencia a la necesidad del hombre de esos lugares sagrados o necesarios para el ejercicio de su libertad religiosa.

En otras palabras, se trata de una aplicación aséptica de la norma sin consideraciones más allá. Lo que denotan todos los casos en que se ha condenado la destrucción del edificio religioso es el intento de aniquilación de la cultura del enemigo, una suerte de genocidio étnico-religioso. Y resaltamos en este sentido que la mayoría de las sentencias en sí, no hacen referencia a ese aspecto.

En el asunto relativo a la situación en la República Centro africana, el fiscal, en su informe de 24 de septiembre de 2014, ya señala al describir los hechos que fueron acaeciendo en la zona, el hecho de que antes del estallido del conflicto existían musulmanes (15%), católicos (25%), protestantes (25%) o seguidores de creencias indígenas<sup>74</sup>. El enfrentamiento entre *Séléka* y anti *balakas* de tinte étnico tiene consecuencias sobre el aniquilamiento de cualquier rastro de sus respectivas culturas y religiones.

---

<sup>71</sup> Vid. para. 37 de la sentencia.

<sup>72</sup> La negrita es nuestra.

<sup>73</sup> Literalmente dice: «Mali ratified the Rome Statute on 16 August 2000. Therefore, in accordance with Rome Statute provisions, the International Criminal Court has jurisdiction over possible war crimes, crimes against humanity or *genocide* that may be committed on the territory of Mali or by Malian nationals as of 1 July 2002». Cfr: «<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otpstament240412&ln=en>». El Informe se puede consultar en: «[https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/SASMaliArticle53\\_1PublicReportENG16Jan2013.pdf](https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/SASMaliArticle53_1PublicReportENG16Jan2013.pdf)». Último acceso, 6 de febrero de 2017.

<sup>74</sup> Vid. para. 8.

Y nos preguntamos. ¿no estamos realmente ante otro caso de genocidio religioso? ¿cómo se explica la detallada descripción de las diferentes creencias enfrentadas, la de los ataques a edificios dedicados a la religión (y educación)<sup>75</sup>: y no considerarlo «genocidio»? Podemos leer, a modo de ejemplo: «así el 7 de febrero de 2013, *Séléka* supuestamente atacó y saqueó una misión católica en *Mobaye (Basse-Kotto)*, entre otros edificios. El 14 de abril de 2013, las fuerzas de *Séléka* presuntamente atacaron la iglesia *Cité Jean XXIII* en el barrio *Boy-Rabe* de *Bangui* con una granada propulsada por cohetes. El 2 de junio de 2013, *Séléka* atacó presuntamente los pueblos de *Gbi-Gbi* y *Yangoumara (Ouham)* y destruyó las iglesias en ambos pueblos, entre otros edificios. Según la *Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (FIDH)*, los anti-balaka presuntamente atacaron sistemáticamente edificios dedicados a la religión, específicamente mezquitas y otros lugares de culto musulmanes. En *Boali (Ombella-M'Poko)*, por ejemplo, todas las mezquitas fueron destruidas y la mayoría de las de *Bossangoa (Ouham)*, *Bossebébé (Ombella-M'Poko)* y *Bouar (Nana-Mambéré)* fueron atacadas o destruidas. Y en el párrafo 185: Los presuntos ataques de *Séléka* como el del monasterio de San Jaime en *Bangui* el 20 de diciembre de 2013 y la iglesia y la residencia del Obispo en *Bambari* el 7 de julio de 2014 se dirigían claramente a instituciones religiosas donde (principalmente) civiles no musulmanes habían tomado abrigo. El 28 de mayo de 2014, miembros de *Séléka* atacaron la iglesia de *Notre Dame* de Fátima en *Bangui*, donde civiles no musulmanes habían buscado refugio, matando a once personas, incluido el sacerdote, e hiriendo a veinticuatro»<sup>76</sup>.

#### 4. CALIFICACIÓN COMO DELITO DE LESA HUMANIDAD

No calificándose como genocidio y encontrando que la apreciación de crimen de guerra no basta ya para este tipo de actos, nos queda aún el estudio de la posibilidad de encuadrarlos como delitos de lesa humanidad, lo que se acerca más al genocidio que la de crímenes de guerra.

«Cuando monumentos, lugares culto y obras de arte son objeto de ataque, el propósito es el de destruir la identidad del enemigo, su historia, su cultura y su fe, así como el de erradicar todo trazo de presencia y en algunos casos de su existencia» nos dice Bugnion<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> *Vid.* para. 107.

<sup>76</sup> Paras. 190 y 207.

<sup>77</sup> BUGNION, F., *op. cit.*, p. 1. Disponible en «<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/65shtj.htm>». Último acceso, 1 de noviembre de 2016. Literalmente dice «When mo-

Efectivamente podemos encontrar casi literalmente esta afirmación en alguno de los asuntos fallados por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia donde la posición de la Corte diferiría de la del TPI al calificar tales actos como delitos de lesa humanidad.

En el asunto *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik* de 27 de septiembre de 2006, el Tribunal arguye que la destrucción de monumentos culturales y sitios sagrados podría ser considerada como una forma de persecución y así, un crimen contra la humanidad<sup>78</sup>. En el asunto *Prosecutor v. Milan Milutinović* y otros, la Sala analiza la ley aplicable en relación con el daño o la destrucción de la propiedad cultural como forma encuadrable en el artículo 5 (h) del Estatuto del ICTY, y siguiendo la jurisprudencia establecida en el asunto *Kordić y Čerkez* concluye que tal ataque es contra la identidad religiosa del pueblo y como tal es una expresión del crimen contra la humanidad<sup>79</sup>. La Sala articuló el *actus reus* de la destrucción deliberada de los lugares religiosos y monumentos culturales de la forma siguiente: la propiedad religiosa o cultural debe estar destruida o intensamente dañada, ii) la propiedad religiosa o cultural no debería haber sido usada con fines militares en el momento de los hechos, y iii) la destrucción o daño deber resultar consecuencia de un acto directo contra tal bien. El *mens rea* requerido es el del que el acusado actuó con la intención de destruir o dañar sensiblemente el bien en cuestión o actuar con temeridad e indiferencia respecto a la destrucción o daño<sup>80</sup>.

---

numents, places of worship and works of art are attacked, the aim is to destroy the enemy's identity, his history, his culture and his faith, so as to eradicate all trace of his presence and, in some cases, his very existence».

<sup>78</sup> Son especialmente significativos los párrafos 781 a 783. En el primero de ellos, literalmente se dice: «The destruction of cultural property may have a severe impact on persons who value that property. The Kordić and Čerkez Trial Chamber held that the destruction of religious property, when perpetrated with the requisite discriminatory intent, amounts to an attack on the very religious identity of a people. As such, it manifests a nearly pure expression of the notion of “crimes against humanity”», o en el 783: «An act of destruction of cultural monuments and sacred sites carried out on discriminatory grounds, and for which the general elements of crimes against humanity are fulfilled, constitutes the crime of persecution». Case IT-00-39-T, sentencia de 27 de septiembre de 2006, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Disponible en: <<http://www.icty.org/x/cases/krajsnik/tjug/en/kra-jud060927e.pdf>>. Último acceso, 28 de febrero de 2017.

<sup>79</sup> En el párrafo 205 se dice literalmente: «205. However, the Kordić Trial Chamber has held, and this Trial Chamber agrees, that destruction of religious property amounts to “an attack on the very religious identity of a people” and, as such, manifests “a nearly pure expression” of the notion of crimes against humanity.370 For this reason, the Chamber considers that the Tribunal’s jurisprudence specifically prohibits destruction of religious sites and cultural monuments as persecution, a crime against humanity». Case IT-05-87-T, sentencia de 26 de febrero de 2009. *Prosecutor v. Milutinovic et al.* Vol 1 of 4. Disponible en: <<http://www.icty.org/x/cases/milutinovic/tjug/en/jud090226-e1of4.pdf>>. Último acceso, 27 de febrero de 2017.

<sup>80</sup> Vid. para. 206.

En el caso de Mali, el Movimiento Mundial de Derechos Humanos, (FIDH) habla, calificando los hechos, no sólo de crimen de guerra sino de lesa humanidad<sup>81</sup>. Esta organización ya había manifestado crítica respecto a la estrechez con que el Tribunal Penal Internacional calificaba determinados hechos<sup>82</sup>, y concretamente respecto de los sucesos acaecidos en Mali, añadiendo que la destrucción de lugares religiosos e históricos constituyen una seria afrenta a la humanidad<sup>83</sup>.

No podemos dejar de lado en nuestra opinión esa doble vertiente que tiene la protección de los lugares o edificios sagrados a fin de establecer el marco legal internacional actual de protección de los bienes religiosos: de un lado su conexión con el ejercicio de la libertad religiosa o de creencias, de otra, con lo que constituye patrimonio artístico en sí mismo, y la consagrada por el derecho internacional humanitario; en definitiva encontramos por diferentes razones cuerpos legales de protección de estos bienes en el derecho humanitario y en los derechos humanos por una parte, y por otra con la protección de los objetos artísticos. Ligando los aspectos resaltados podemos afirmar la existencia de una *proyección cultural de la libertad de pensamiento, conciencia y religión*<sup>84</sup>.

Siguiendo a Borelli, y Lenzerini, la propiedad cultural tiene y puede ser considerada como una dimensión esencial de los derechos humanos cuando refleja lo espiritual, religioso y la especificidad cultural de minorías y grupos<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> Vid. pie de página 7: «Les attaques á Bamako et Kidal allongent la liste des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. 30 novembre 2015.» «Demande de la FIDH et de l'AMDH aux fins de déposer des observations conjointes sur la procédure de réparation». Disponible en: «[https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_22081.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_22081.PDF)». Último acceso, 18 de febrero de 2017.

<sup>82</sup> Dice literalmente: «In the past, the ICC has been criticised for too-narrow charging...». Vid. «<https://www.fidh.org/en/issues/international-justice/international-criminal-court-icc/mali-the-hearing-of-abou-tourab-before-the-icc-is-a-victory-but>». Último acceso, 27 de febrero de 2017.

<sup>83</sup> «Destruction of historic and religious sites is a serious affront to humanity, as it impacts our common heritage. However, a focus solely on cultural damage should not overshadow horrific violence against individuals, especially when both types of crimes were perpetrated simultaneously by the same people». Vid. página web de la FIDE, en: «<https://www.fidh.org/en/issues/international-justice/international-criminal-court-icc/mali-the-hearing-of-abou-tourab-before-the-icc-is-a-victory-but>». Último acceso, 27 de febrero de 2017.

<sup>84</sup> Vid. GONZÁLEZ MORENO, B., *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, cit., especialmente su capítulo III, pp. 245 y ss.

<sup>85</sup> FRANCONI, F., «The Human dimension of International Cultural Heritage Law: an Introduction» *European Journal of International Law, EJIL*, vol. 22, n.º 1 (2011) pp. 9-16. Vid. también del mismo autor en BORELLI, S., y LENZERINI, F., *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden-Boston, 2012. Dice literalmente: essential dimension of human rights, when it reflects the spiritual, religious and cultural specificity of minorities and groups. Cap. I «The evolving framework for the protection of cultural heritage in International Law», p. 4.

En efecto, podemos hablar de esa proyección cultural del objeto religioso y podemos hacerlo a contrario, proyección religiosa del objeto cultural. De ahí que adelantáramos antes que el marco legal de protección de bienes religiosos al estar también íntimamente relacionado con el ejercicio de la libertad religiosa de la persona, con el ser humano, merece una calificación jurídica –cuando son objeto de ataque o destrucción– que va más allá del crimen de guerra.

## 5. REFLEXIONES FINALES

Ciertamente parece casi imposible hoy una revisión de la Convención de 1948 en aras a la inserción del ataque y destrucción de lugares sagrados o dedicados al culto como genocidio cultural. Sólo una interpretación más acorde con la realidad social actual por parte de los tribunales podría conducir a esta pretensión. Pero como se desprende de los fallos recaídos en los asuntos más actuales, las puertas a la evolución en tal sentido, no están abiertas.

En cualquier caso, la consideración como crimen de guerra no parece ajustarse a los requerimientos actuales, mucho más acordes con el derecho a la vida que las cortes regionales de protección de los Derechos y Libertades Fundamentales realizan en el caso de las comunidades indígenas sin ir más lejos y dejan patente la relación religión-cultura-persona.

La Convención UNESCO de 1954 no prevé una sanción sino que insta a los estados a adecuar sus legislaciones penales de manera que quede tipificado como delito (doméstico). Incluso sus revisiones no han permitido la creación de un tribunal que conozca de los ataques a lo cultural, de manera que hoy por hoy la única forma de condenar por hechos como los acontecidos en Mali sea la consideración de crimen de guerra.

Un punto de vista más acorde con el texto de UNESCO es el mantenido por el ICTY en los casos mencionados. La consideración como crimen de lesa humanidad conecta o se amolda mejor a las pretensiones de la Convención de 1954 y al verdadero significado del ataque y destrucción de la persona a través de los lugares y sitios donde expresa al exterior su íntima creencia, su religión.

En la misma línea del ICTY, el Tribunal Penal Internacional podría haberse inspirado para calificar los sucesos acaecidos en Timbuktu como delito de genocidio (cultural) o cuando menos de lesa humanidad para retomar el espíritu Lemkin. La calificación de crimen de guerra nos obliga a considerar la existencia de conflicto y su calificación, lo que en los demás casos no ocurre pero lo más importante, no se ajusta con fidelidad a los sucesos acaecidos y en la forma en que tuvieron lugar: ataque deliberado contra unos lugares religiosos con el objetivo de aniquilar la cultura religiosa de un pueblo, lo que en nuestra opinión va

mucho más allá del crimen de guerra y deja con poco amparo lo que subyace en la consideración de un edificio o lugar como religioso, la dimensión de la libertad de creencias que a todo ser humano corresponde por el hecho de ser persona.

Como acertada aunque tristemente, en nuestra opinión, observa Cancio Fernández «En este sentido, y dadas las circunstancias, no resulta sorprendente que tanto desde un prisma jurídico, como histórico-lingüístico, se vengan planteando en las últimas décadas propuestas de modificación de la acepción jurídica de genocidio, en aras de evitar que conductas claramente «genocidas» desde una interpretación laxa del término, resulten sin embargo impunes a la luz del tipo penal»<sup>86</sup>.

Los Tribunales Penales han de contribuir a interpretar los hechos objeto de este trabajo de forma acorde con la realidad social y con lo que implica por naturaleza tal crimen. Hemos visto como TIJ, TPI e ICTY han caracterizado hechos similares de forma distinta, y nos resistimos a que la evolución del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos no deje impronta en los próximos fallos y vuelva al espíritu de Lemkin calificándolos como genocidio, pues es ese y no otro, la voluntad que subyace en la destrucción de los edificios religiosos: la aniquilación del rasgo distintivo del grupo, de la persona.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- BÁDENES, Margarita: *La protección de los bienes culturales durante los conflictos armados: especial referencia al conflicto armado en el territorio de la antigua Yugoslavia*, Universidad de Valencia, 2005.
- BEVAN, Robert: «Attacks on culture can be crimes against humanity». (Comentario en fecha 27 de septiembre de 2016.) Disponible en «<http://theartnewspaper.com/comment/attacks-on-culture-can-be-crimes-against-humanity/>». Último acceso, 17 de febrero de 2017.
- BETTWEY, David Shea: «The Genocide Convention and unprotected groups: Is the scope of protection expanding under customary international law?», *Notre dame journal of international & comparative law*, 2011, pp. 167-196.
- BHAT, P. Ishwara: «Protection of cultural property under international humanitarian law: some emerging trends», article is the revised version of his paper presented at the Seminar on International Humanitarian Law organised by Department of Studies in Law, University of Mysore in collabo-

---

<sup>86</sup> CANCIO FERNÁNDEZ, R. C., «Genocidio ¿hacia un tipo penal inaplicable?», *Cátedra Paz, Seguridad y Defensa*. Marzo, 2015. Disponible en «<http://catedrapsyd.unizar.es/observatorio-psyd/opina/genocidio-hacia-un-tipo-penal-inaplicable.html>». Último acceso, 23 de febrero de 2017.

- ration with International Committee of the Red Cross (ICRC) on 1 June 2000 at Mysore. «[www.worldlii.org/int/journals/ISILYBIHRL/2001/4.rtf](http://www.worldlii.org/int/journals/ISILYBIHRL/2001/4.rtf)». Último acceso, 10 de noviembre de 2016.
- BORELLI, Silvia, y LENZERINI, Federico: *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012.
- BUGNION, François: «The origins and development of the legal protection of cultural property in the event of armed conflict», ICRC, 2004. Disponible en «<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/65shtj.htm>». Último acceso, 1 de noviembre de 2016.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: *Documento de opinión* «Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?», marzo de 2008.
- CONTEH, Price Sorie: «The Role of Religion During and After the Civil War in Sierra Leone», *Journal for the Study of Religion*, 24 (1), 55-76. Disponible en «<http://www.jstor.org/stable/24764229>». Último acceso, 17 de febrero de 2017.
- FRANCIONI, Francesco: «The Human Dimension of International Cultural Heritage Law: An Introduction», *The European Journal of International Law*, vol. 22, n.º 1, 2011.
- GERGEN, Thomas: «Droit Canonique et protection des “cercles de paix”», *Cahiers de recherches médiévales et humanistes. Journal of medieval and humanistic studies*, 8/2001.
- GONZÁLEZ, M. Beatriz: *Estado de Cultura, Derechos Culturales y Libertad Religiosa*.
- JIRI, Toman: *La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention de Le Haye du 14 mai 1954*, Ed. UNESCO, 1994.
- LEMKIN, Raphael: *El dominio del Eje en la Europa Ocupada*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2008.
- MASTALIR, Roger W.: «A Proposal for Protecting the “Cultural” and “Property” Aspects of Cultural Property Under International Law», *Fordham International Law Journal*, volume 16, issue 4, 1992, article 3.
- MECHELYNCK, Albert: *La Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, Gand, Maison d'éditions et d'impressions, 1915, citado por JIRI, T., *op. cit.*, en pie de página en p. 58, basa esta afirmación en la *Conférence de Bruxelles, 1874, Séance de la Commission du 22 août 1874*, en el *Protocole n.º XVIII. Conférence de La Haye de 1899. Deuxième commission, 2esouscommission, 11'séance du 20 juin 1899*. pp. 290 y 442-443.

- MILLIGAN, Ashlyn: «Targeting Cultural Property: The Role of International Law», *Journal of Public and International Affairs*, Princeton University, vol. 19, 2008, pp 91-106.
- NERSESSIAN, David: «Rethinking Cultural Genocide Under International Law Human Rights Dialogue: “Cultural Rights”», *Carnegie Council for Ethics in International Affairs*. Primavera, 2005. Disponible en «[https://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/dialogue/2\\_12/section\\_1/5139.html](https://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/dialogue/2_12/section_1/5139.html)»: pf\_printable». Último acceso, 17 de febrero de 2017.
- O’KEEFE, Roger: *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, New York: Cambridge University Press, 2006.
- OLLÉ SESÉ, Manuel: «El crimen de genocidio (I): Génesis y evolución legislativa nacional e internacional», *Serie Working Papers 01/2015*, Fundación Internacional Baltasar Garzón, FIBGAR.
- PLAZA VENTURA, Patricia: *Los crímenes de guerra: recepción del derecho internacional humanitario en derecho penal español*, Universidad Pública de Navarra, 2000.
- SHABAS, William: *Genocide in International Law. The crimes of Crimes*, Cambridge Press, 2000. Disponible en «<http://www.javeriana.edu.co/blogs/ildiko/files/Genocide-in-International-Law1.pdf>». Último acceso, 17 de febrero de 2017.
- STEWART, James: «Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario. Una crítica de los conflictos armados internacionales», *ICRC. Revista Internacional de la Cruz Roja*, junio de 2003.