



Las medidas internacionales para criminalizar el tráfico ilícito de bienes culturales

International measures to criminalise the illicit traffic of cultural goods¹

Las medidas internacionales sobre la criminalización del tráfico ilícito de bienes culturales han sido infrecuentes hasta fechas recientes, debido a la falta de concienciación de la comunidad internacional. Los tratados internacionales sobre el patrimonio cultural han recurrido escasamente a la adopción de cláusulas que penalizaran los actos ilícitos contra los bienes culturales. Nunca se adoptó un tratado multilateral de naturaleza penal sobre tales infracciones. El panorama ha cambiado, sin embargo, ante la alarma social internacional provocada por la destrucción intencional de patrimonio cultural por el Estado Islámico a partir de 2012. La conexión de esas organizaciones con el tráfico ilícito de bienes culturales y el protagonismo adoptado por la delincuencia organizada en ese tráfico ha provocado la reacción de la comunidad internacional. Un resultado singular ha sido la adopción en 2017, por el Consejo de Europa, de la Convención de Nicosia sobre las infracciones relativas a los bienes culturales.

Palabras clave: criminalización, bienes culturales, Naciones Unidas, Consejo de Europa, tratados.

Few international measures to criminalise the illicit traffic of cultural goods have been adopted until recently due to a lack of awareness among the international community. International treaties on cultural heritage have adopted hardly any clauses criminalising illicit acts against cultural heritage. No multilateral treaty on the criminal nature of these offences has ever been adopted. This panorama has nonetheless changed due to the international social alarm caused by the intentional destruction of cultural heritage by the Islamic State since 2012. The connection of these organisations with the illicit traffic of cultural property and the protagonism gained by organised crime in this traffic has provoked a reaction among the international community. A specific result is the adoption by the Council of Europe in 2017 of the Nicosia Convention on cultural heritage offences.

Keywords: criminalisation, cultural goods, United Nations, Council of Europe, treaties.

1. Este trabajo ha sido realizado como parte del proyecto de I+D+i "Ruinas, expolios e intervenciones en el patrimonio cultural" (ref. UPO-1264180), financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad, de la Junta de Andalucía,

en el marco del Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020 (objetivo específico 1.2.3 "Fomento y generación de conocimiento frontera y de conocimiento orientado a los retos de la sociedad, desarrollo de tecnologías emergentes", porcentaje de financiación 80 %).

Introducción

El instrumento de la protección penal no es precisamente una medida de primer recurso en el Derecho Internacional. Tradicionalmente, este ordenamiento ha sido un poco receloso frente a ese tipo de soluciones, toda vez que los Estados han mostrado un interés especial en no perder parcelas de soberanía. Y a la soberanía en su núcleo más duro está unida la política penalista y la adopción de soluciones legislativas en ese terreno. Por eso no es de extrañar que la cosecha de normas de naturaleza penal entre las normas internacionales sea tan magra. Este razonamiento puede aplicarse perfectamente al tráfico ilícito de bienes culturales, aunque el campo de la protección internacional del patrimonio cultural no esté precisamente huérfano de normas de carácter penal. Pero si existen estas normas y no versan sobre el tráfico ilícito de bienes culturales es porque, al menos hasta fechas recientes, el nivel de alarma social internacional generado por dicho tráfico no ha removido en exceso la conciencia de la comunidad internacional. No hasta el punto de dedicarle normas penales en un tratado internacional.

Allá por 1998, en un artículo esencial, Thomas Meron (1998) se preguntaba si el Derecho Internacional se estaba moviendo hacia la criminalización. Su respuesta era afirmativa, basada en los progresos normativos alcanzados en el ámbito de la responsabilidad penal internacional, en la persecución de crímenes de guerra, de crímenes contra la humanidad. Era un proceso que venía de lejos —de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio tras la Segunda Guerra Mundial, cuando menos—, que culminaba en la creación de la Corte penal internacional y que había sido alentado por la labor de los tribunales penales internacionales establecidos por el Consejo de Seguridad: el tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia y el tribunal penal internacional para Ruanda. Tal desarrollo afectaba también a la protección del patrimonio cultural, al entenderse que los crímenes de guerra incluían los ataques contra la propiedad cultural, bien sea directa o incidentalmente, e inclusive la apropiación de propiedad cultural, siempre que se tratara de actos vinculados a un conflicto armado. Tales crímenes, como menciona Roger O'Keefe (2010: 18), habían sido consagrados bien por la costumbre internacional, bien por tratados relevantes correspondientes al Derecho Internacional Humanitario. Esta tendencia al recurso al Derecho Penal, sin embargo, no afecta al tráfico ilícito de bienes culturales, que no ha sido tipificado como crimen de Derecho Internacional.

En efecto, la vía de la criminalización del tráfico ilegal de bienes culturales, cuando se ha dado, y ha sido con cuentagotas, ha discurrido por una senda muy distinta de la que antes marcábamos para los que sí han sido reconocidos como crímenes de Derecho Internacional. La vía ha sido —como veremos— la de cláusulas aisladas, insertas en un tratado internacional sobre protección del patrimonio cultural, que formulan un tratamiento penal para comportamientos relacionados con el tráfico de bienes culturales y obligan, o recomiendan, según el caso,

a los Estados Partes en ese tratado a que adopten en su derecho interno dicho tipo delictivo. Estamos ante un instrumento de uniformización del Derecho Penal de los Estados. Así que, salvo una excepción destacada, a la que prestaremos la atención central en este trabajo, la de la Convención de Nicosia de 2017 sobre las infracciones contra los bienes culturales, no estamos ante tratados de Derecho Penal, sino ante levísimas incursiones en el Derecho Penal practicadas por tratados cuyo centro neurálgico gira sobre otra materia, sea el conflicto armado, se trate del tráfico ilícito de bienes culturales, o verse sobre la protección del patrimonio cultural subacuático. Y tampoco estamos ante una inserción frecuente de esas cláusulas, pues aparecen esporádicamente y con muy poca intensidad e incluso, diríamos, con gran falta de convicción por parte de los Estados. A este objetivo dedicaremos el siguiente epígrafe, en el que analizamos la existencia de esas cláusulas de criminalización del tráfico de bienes culturales en el Derecho Internacional dedicado a la protección del patrimonio cultural.

El epígrafe posterior se dedica a la labor de las Naciones Unidas en torno a la criminalización del tráfico ilegal de bienes culturales. Y ello por dos razones, al menos: una, porque si los Estados en general, y más aún los denominados Estados de mercado —esto es, siguiendo la terminología acuñada por John H. Merryman (1986), que distingue entre este tipo de países, como Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania o Japón, hacia los que afluye el tráfico legal o ilegal de bienes culturales, y los Estados de origen de los bienes culturales, como Egipto, Turquía, Perú o Grecia— no se han mostrado excesivamente proclives a ese proceso de criminalización, otra cosa muy distinta ha sido en determinados organismos internacionales, de los que es un ejemplo Naciones Unidas, en los que la actividad de análisis, discusión y fomento de la adopción de reglas penales ha sido una constante. Y dos, porque ha habido frutos concretos tras la labor de Naciones Unidas. Esta organización ha propulsado diversas vías de tratamiento de la cuestión penal, algunas genéricas —como la que se ha concretado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, o Convención de Palermo de 2000—, otras específicas de los bienes culturales —como el Tratado modelo para la prevención de los delitos contra los bienes muebles que forman parte del patrimonio cultural de los pueblos, de 1990; o las Directrices internacionales sobre las respuestas de prevención del delito y justicia penal al tráfico de bienes culturales y otros delitos conexos, adoptadas en 2014 por la res. 69/196 de la Asamblea general de las Naciones Unidas—.

En ese arco temporal tan alargado que va desde la formulación del Tratado modelo en 1990 a una actualidad que podría concretarse en la Convención de Nicosia de 2017, adoptada en el marco del Consejo de Europa, hay factores que han hecho cambiar el paso a las tendencias hacia la criminalización de la protección del patrimonio cultural, incluido el tráfico ilegal de bienes culturales, haciéndolas más vigorosas y macerando aparentemente una voluntad más decidida de los Estados en el recurso al ins-

trumento del Derecho Penal. Estas tendencias han agitado la adormecida conciencia de la comunidad internacional frente a la necesidad de combatir con más vigor, recurriendo a instrumentos de Derecho Penal, el tráfico ilícito de bienes culturales. Son dos: uno, el incremento notable del tráfico ilegal vinculado con la delincuencia organizada y, dos, la destrucción deliberada de patrimonio cultural protagonizada en Siria, Irak o Malí por el Estado Islámico y sus organizaciones satélites en torno a 2012. Tendencias que se presentan notablemente interconectadas. La conmoción provocada ha llegado hasta a un punto en que, en la academia, se ha hablado de *Blood Antiquities* o antigüedades de sangre, en referencia a los bienes culturales que, por la vía del mercado negro y, por lo tanto, del crimen organizado, llegan, traspasando fronteras, de Irak o Siria a manos de compradores de arte en los países de mercado. Como indican Paul R. Williams y Christin Coster (2017), el Estado Islámico no solo ha sido acusado de la iconoclasia que ha manifestado en lugares como Palmira, sino también de la voluntad de sacar provecho del pillaje de bienes culturales, estimándose este en un rango que va de los doscientos millones de dólares a los ocho billones.

Este último caso, que se alarga en la implicación de organizaciones terroristas como las mencionadas en el tráfico ilegal de bienes culturales, a la búsqueda de una fuente de financiación para sus actividades, ha motivado reacciones múltiples en la comunidad internacional, que van desde la aprobación de resoluciones del Consejo de Seguridad —como las res. 2199, de 12 de febrero de 2015,² 2253, de 17 de diciembre de 2015,³ 2322, de 12 de diciembre de 2016,⁴ o 2347, de 24 de marzo de 2017⁵— a la ya mencionada adopción de la Convención de Nicosia de 2017. En sus resoluciones, el Consejo de Seguridad llama a que los Estados adopten medidas efectivas para impedir y combatir todos los aspectos involucrados en el tráfico ilegal de bienes culturales pues, como manifiesta Jamie Brown (2017), el comercio de dichos bienes se encuentra pobremente regulado y allá donde hay regulaciones, estas también se ejecutan de manera insuficiente. A ello debe añadirse que el sistema internacional de protección del patrimonio cultural, como hemos dicho, está incompleto, al carecer de un tratado internacional de naturaleza penal.

La resonancia de las destrucciones deliberadas de patrimonio cultural y de esa conexión entre terrorismo, la delincuencia organizada y el tráfico ilegal de bienes culturales ha movido, entre otras organizaciones, a una en concreto, que cuenta con una actividad convencional más que notable en el ámbito del patrimonio cultural. Me refiero al Consejo de Europa. A su actividad referente a la protección penal del patrimonio cultural, concretada en dos convenciones, dedicaremos los dos últimos epígrafes de este trabajo. Las dos convenciones constituyen un evidente contrapunto. La primera, la Convención

de Delfos de 1985 sobre las infracciones cometidas contra los bienes culturales, constituyó un rotundo fracaso, pues nunca entró en vigor. La otra es la mencionada Convención de Nicosia de 2017, que pretende sustituir a la anterior y que, en el momento presente, constituye la apuesta más decidida por la criminalización del tráfico ilícito de bienes culturales. A esta Convención, que puede interpretarse como un paradigma de la regulación penal del tráfico ilícito de bienes culturales, le dedicaremos el epígrafe final.

El Derecho internacional del patrimonio cultural y su elusivo tratamiento de la cuestión penal

La protección internacional de los bienes culturales, o de la propiedad cultural —como también se denomina en determinados textos internacionales— cuenta con un largo recorrido en el Derecho internacional y con una buena gavilla de tratados internacionales que abordan algunos aspectos esenciales para su preservación. Cronológicamente, las normas que primero surgieron desde finales del siglo XIX apuntaban a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, habiéndose decantado en la Convención de La Haya de 1954. Con posterioridad, se abordaron por la comunidad internacional las cuestiones relativas al tráfico ilegal de bienes culturales, que dieron como fruto, entre otros tratados, dos especialmente significativos: uno, la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, de 14 de noviembre de 1970; y, dos, el Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, de 24 de junio de 1995. También es digna de mención, aunque menos aplicable al caso que nos ocupa, la Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, de 21 de noviembre de 1972, porque se centra en la constitución de la Lista del Patrimonio Mundial y por ende, en la preservación para las generaciones futuras de patrimonio inmueble, no susceptible, por tanto, de ser objeto de tráfico. Más adelante, las preocupaciones alcanzaron otro tipo de patrimonio cultural, el subacuático, al que se dedicó la Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático, de 2 de noviembre de 2001. Este panorama normativo internacional sobre el patrimonio cultural quedará completado con la Convención de la UNESCO para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, de 17 de octubre de 2003, pero tampoco este tratado viene al caso, pues el patrimonio inmaterial, por motivos obvios, no es susceptible de tráfico.

Estos tratados, los que son aplicables al caso del tráfico ilegal de bienes culturales, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado, han optado por una aproximación que, podríamos decir, rehúye en gran parte la adopción de medidas de carácter penal, el tratamiento penal de las conductas propias de la actividad de tráfico, que van desde la acción inicial de expolio o robo a la transferencia ilegal del bien cultural expoliado, incluidas su exportación o importación, culminando con la adquisición del bien.

2. En <[https://undocs.org/es/S/RES/2199%20\(2015\)](https://undocs.org/es/S/RES/2199%20(2015))>.

3. En <[https://undocs.org/en/S/RES/2253%20\(2015\)](https://undocs.org/en/S/RES/2253%20(2015))>.

4. En <[https://undocs.org/en/S/RES/2322%20\(2016\)](https://undocs.org/en/S/RES/2322%20(2016))>.

5. En <[https://undocs.org/en/S/RES/2347%20\(2017\)](https://undocs.org/en/S/RES/2347%20(2017))>.

En la Convención de La Haya de 1954 sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado,⁶ sí que hay un recurso a la criminalización de los actos cometidos en infracción de la Convención, como se regula en su art. 28, relativo a las sanciones. En concreto, este precepto determina lo siguiente: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar, dentro del marco de su sistema de Derecho Penal, todas 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”. A este respecto, téngase presente que la norma fundamental sobre la que pivota este tratado es la del respeto a los bienes culturales, lo que implica —según el art. 4— una triple obligación: uno, abstenerse de utilizar los bienes para una finalidad que los exponga a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado; dos, abstenerse de todo acto de hostilidad respecto de esos bienes; y, tres, no realizar actos de robo, pillaje, ocultación o apropiación de bienes culturales, bajo cualquier forma que se practique, así como todos los actos de vandalismo respecto de dichos bienes. Así que, sujeto a la discrecionalidad de los Estados Partes en la Convención, estos podrían anudar sanciones penales contra las personas responsables de la violación de las obligaciones descritas en el mencionado art. 4.

Siguiendo en el marco del conflicto armado, más contundente es la opción por la represión penal del Segundo Protocolo de 1999 a la Convención de La Haya.⁷ En su art. 15.2 se exige a los Estados Partes la adopción de medidas necesarias para tipificar como delitos determinadas conductas contra los bienes culturales que son descritas en el art. 15.1 y que en gran medida son similares a las infracciones a la Convención de La Haya. Tales conductas son las siguientes: uno, hacer objeto de un ataque a un bien bajo protección reforzada —el sistema de protección que instaura el Segundo Protocolo—; dos, utilizar los bienes bajo protección reforzada o sus inmediatos alrededores en apoyo de acciones militares; tres, causar destrucciones importantes en los bienes protegidos por la Convención y el Protocolo o apropiárselos a gran escala; cuatro, hacer objeto de un ataque a un bien protegido por la Convención o el Protocolo; y, cinco, robar, saquear o hacer un uso indebido de los bienes culturales protegidos por la Convención, y perpetrar actos de vandalismo contra ellos. La mayor ambición del Segundo Protocolo queda limitada por su menor alcance, ya que son partes 82 Estados, frente a los 133 que lo son de la Convención.

Si analizamos las normas internacionales sobre la protección del patrimonio en tiempo de paz, fijémonos ahora en la Convención de París, de 1970, sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales.⁸ Es un tratado que pretende controlar el tráfico ilegal de bienes culturales a través del establecimiento de un

certificado a la exportación y remediar los supuestos de desplazamiento ilegal transnacional de esos bienes mediante un sistema de restitución de los mismos de Estado a Estado. El núcleo de su regulación gira en torno al art. 3, que decreta la ilicitud de “la importación, la exportación y la transferencia de propiedad de los bienes culturales que se efectúen infringiendo las disposiciones adoptadas por los Estados Partes en virtud de la presente Convención”. Indica Ali Riza Töngür (2018: 101) que esa situación no ha sido interpretada como una nueva obligación para los Estados de aplicar sanciones penales contra tales actividades. Sin embargo, sí que hay una cierta carga, aunque menor, de recurso a las disposiciones penales en la Convención de 1970, que se da en dos momentos. Por un lado, el art. 8 prescribe que los Estados Partes se obligan a imponer sanciones penales o administrativas a toda persona responsable de haber infringido las prohibiciones contenidas en el apartado b del art. 6 y el apartado b del art. 7. La primera prohibición se refiere a la salida del territorio del Estado de los bienes culturales no acompañados del certificado de exportación que exige la propia Convención (art. 6.b); la segunda, a la importación de bienes culturales robados en un museo, un monumento público civil o religioso, o una institución similar situados en el territorio de otro Estado parte, siempre que se pruebe que los bienes figuraban en el inventario de la institución (art. 7.b). Obsérvense las limitaciones evidentes de este último precepto, que no incluye referencias a bienes culturales provenientes de, por ejemplo, yacimientos arqueológicos, sobre los que no existirán, como es lógico, inventarios. Además, como puede advertirse, la adopción de sanciones penales no es la única vía que se ofrece a los Estados, pues la disyuntiva es sanciones penales o administrativas. Por otro lado, el art. 10 menciona el compromiso de los Estados Partes de obligar a los anticuarios, en la forma pertinente de cada país y bajo pena de sanciones penales o administrativas, a llevar un registro que mencione la procedencia de cada bien cultural, el nombre y la dirección del proveedor, la descripción y el precio de cada bien vendido y a informar al comprador del bien cultural de la prohibición de exportación de que puede ser objeto ese bien. Como sucedía con el art. 8, se indica que la vía de las sanciones penales en este caso no es la única, pues se ofrece también la de las sanciones administrativas.

Hay obligaciones concretadas en la Convención de 1970 que, sin embargo, no llevan aparejada ninguna consecuencia penal, a la luz de este tratado internacional. Por ejemplo, la adquisición de bienes culturales procedentes de otro Estado Parte por los museos y otras instituciones similares situados en su territorio, si esos bienes se hubieran exportado ilícitamente después de la entrada en vigor de la Convención (art. 7.a). Es verdad que el mencionado precepto marca la obligación de los Estados Partes de tomar todas las medidas necesarias, conformes a la legislación nacional, para impedir ese tipo de adquisiciones, pero no se menciona la naturaleza de las medidas que debe adoptar el Estado, lo que no impide que puedan ser de naturaleza penal. Que-

6. En BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1960.

7. En BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2004.

8. En BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1986.

da por lo tanto al arbitrio de cada Estado Parte. Y a eso son animados los Estados, a la adopción de sanciones penales o administrativas frente a cualquiera que cometa actos prohibidos por la Convención. Tal manifestación se encuentra en las Directrices de aplicación de la Convención, en su parágrafo 65, que añade algo más: “In addition, States Parties are encouraged to penalize offences against cultural property, committed in violation of the Convention, by introducing penal sanctions against the perpetrators of such offences”.⁹ Debe hacerse notar, para mejor contextualizar el énfasis en el recurso al instrumento del Derecho Penal, que las Directrices de aplicación de la Convención de 1970 fueron aprobadas entre el 18 y el 20 de mayo de 2015, esto es, cuando las tendencias a la criminalización de las infracciones a los bienes culturales se sienten ya con más fuerza. En definitiva, y con James A. R. Nafziger (1985), puede sostenerse que las disposiciones de la Convención de 1970 tienen muy leves consecuencias penales, aunque pudieron tener más. En efecto, como recuerdan Ronald D. Abramson y S. Huttler (1973: 932), el proyecto original de Convención incluía el requerimiento a los Estados Partes de imponer sanciones penales a las personas responsables de adquisiciones de los museos que hubiesen conocido la compra de bienes culturales importados sin un certificado de exportación. A cambio de la eliminación de dicha cláusula, los Estados se comprometieron a cooperar en el retorno de los bienes ilícitamente exportados y a las cláusulas contenidas en el art. 8 que antes hemos examinado.

Aparte de lo dicho de la Convención de París de 1970, ningún tratado multilateral que regule la protección internacional de los bienes culturales y que tenga por objeto el tráfico ilícito de estos bienes cuenta explícitamente con disposiciones de carácter penal. No las hay, ni siquiera formuladas de modo indirecto, en la Convención de la UNESCO de 1972 sobre protección del patrimonio mundial cultural y natural,¹⁰ aunque este tratado gira fundamentalmente sobre la tutela de patrimonio inmueble, los monumentos, conjuntos y lugares tal y como son definidos en su art. 1. La única mención que se realiza a la adopción de medidas, que en hipótesis podrían ser de carácter penal, es cuando su art. 5 menciona que los Estados procurarán dentro de lo posible “adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas, para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio”. Pero no parece a priori que tales medidas vayan a tener por objeto la regulación del tráfico ilícito de bienes culturales y, mucho menos, su criminalización.

Por su parte, situación similar es la que se da en el Convenio de UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente,¹¹ tratado que se centra en los mecanismos de restitución y

devolución de tales bienes ante solicitudes internacionales en ese sentido. No hay referencia alguna a la adopción de medidas de protección en ese tratado. Sí que las hay, pero muy genéricas, y no de carácter penal, en la Convención de la UNESCO de 2001 sobre la protección del patrimonio cultural subacuático,¹² cuando su art. 11 concreta que “Los Estados Partes tomarán medidas para impedir la entrada en su territorio, el comercio y la posesión de patrimonio cultural subacuático exportado ilícitamente y/o recuperado, cuando tal recuperación sea contraria a la presente Convención”.

Por lo tanto, en los tratados internacionales que conforman el núcleo de la regulación internacional multilateral del patrimonio cultural, aunque el recurso a la criminalización no es inexistente, siendo algo más vigoroso para los tratados que regulan el conflicto armado que para los que se dedican a la protección del patrimonio en tiempo de paz, sí que se presenta con notoria debilidad. Ciertamente es que, salvo lo dicho para el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya, que claramente opta por la tipificación como delito de las infracciones a la Convención, los demás tratados o no contienen menciones de ese tenor o someten a la discrecionalidad de los Estados el recurso al Derecho Penal o a las sanciones de carácter administrativo. El tratamiento penal, por tanto, es muy limitado, circunscribiéndose a unas escasas y dispersas cláusulas en los tratados mencionados, que persiguen que los Estados partes trasvasen a su derecho interno la criminalización de ciertas conductas lesivas para el patrimonio cultural. A ese respecto, se hace notar una mayor ambición tipológica en el derecho internacional dedicado a los conflictos armados que en el que se ocupa de la protección del patrimonio cultural en tiempo de paz.

La labor de las Naciones Unidas

Aunque en el sistema de Naciones Unidas la actividad primordial sobre la protección del patrimonio cultural la ha desempeñado la UNESCO, su organismo especializado, las propias Naciones Unidas, a través de varios de sus órganos principales, singularmente la Asamblea General y el Consejo Económico y Social, e inclusive también en ocasiones el Consejo de Seguridad, han llegado a abordar dicha materia y, en ocasiones, realizado incursiones en el ámbito de la protección penal del patrimonio cultural. Eso sí, las Naciones Unidas —lo mismo que la UNESCO— no han dado pie a la adopción de un tratado de protección penal del patrimonio cultural, pero sí han esbozado otras líneas que pueden repercutir en una aproximación de ese tipo. Dichas líneas no transitan específicamente solo por la elaboración de normas, recomendaciones o directrices específicas sobre patrimonio cultural, sino que también abordan otros temas como la delincuencia organizada transnacional o el terrorismo internacional y sus implicaciones sobre el tráfico ilegal de objetos culturales. En efecto, como sostiene Stefano Manacorda (2014: 37), el reforzamiento del marco penal para el patrimonio cultural

9. Véanse las Directrices de aplicación de la Convención de 1970 en <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/OPERATIONAL_GUIDELINES_EN_FINAL_FINAL.pdf>.

10. En BOE núm. 156, de 1 de julio de 1982.

11. En BOE núm. 248, de 16 de octubre de 2002.

12. En BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2009.

por parte de Naciones Unidas ha seguido tres líneas o derroteros distintos y son los que nosotros vamos a examinar. En primer lugar, el Tratado modelo para la prevención de los delitos contra los bienes muebles que forman parte del patrimonio cultural de los pueblos, de 1990; en segundo lugar, las Directrices Internacionales sobre las respuestas de prevención del delito y justicia penal al tráfico de bienes culturales y otros delitos conexos, de 2014; y, finalmente, en tercer lugar, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000. Si las dos primeras líneas son específicas para los bienes culturales, la tercera no lo es, aunque se ha defendido su aplicación al tráfico de estos bienes. Examinemos brevemente estas tres líneas.

En primer lugar, es destacable que en una fecha tan temprana como 1990, se formulara por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, el Tratado modelo para la prevención de los delitos contra los bienes muebles que forman parte del patrimonio cultural de los pueblos.¹³ No se trata de la adopción de un tratado, sino de una propuesta que se dirige a los Estados que quieran comprometerse en la protección del patrimonio cultural para que lo tomen como modelo de un tratado bilateral. Dicha propuesta, que consta de cinco artículos, tiene como objetivo en su preámbulo “hacer más eficaz la cooperación entre los dos países para combatir las actividades delictivas contra los bienes culturales muebles, mediante la introducción de medidas que impidan el tráfico transnacional ilícito de bienes culturales muebles, sean o no bienes robados, y mediante la imposición de sanciones administrativas y penales apropiadas y eficaces y la concertación de la forma de su restitución”. El Tratado modelo procede en su art. 1 a sugerir una definición de bien cultural mueble, que se inspira en la definición incluida en el art. 1 de la Convención de la UNESCO de 1970. Luego, en su art. 2, formula una serie de principios generales a los que deben comprometerse los Estados que celebren el tratado y que van desde adoptar las medidas necesarias para prohibir la importación y exportación de bienes culturales muebles que hayan sido robados o hayan sido exportados ilegalmente del otro país con el que se ha celebrado el tratado a la adopción de medidas para prohibir la adquisición de tales bienes, pasando por introducir un sistema por el cual la exportación de bienes culturales muebles haya de ser autorizada mediante la emisión de un certificado de exportación. Y, por supuesto, tomar las medidas necesarias para recuperar y restituir, a petición del otro Estado Parte, cualquier bien cultural mueble que haya sido robado o haya sido exportado ilegalmente desde ese Estado. Además, se pretende que el comprador de bienes culturales muebles importados que no vayan acompañados por un certificado de exportación emitido por el otro Estado Parte y que no haya adquirido los bienes culturales muebles con anterioridad a la entrada en vigor del presente Tratado

no sea considerado como adquirente de buena fe de esos bienes. Como se comprueba por su tenor literal, los principios que abocan a los Estados partes en el tratado a adoptar medidas no determinan que estas sean de tipo penal, aunque tampoco lo descartan. Y lo mismo ocurre con las sanciones que, según el art. 3, pueden adoptar los Estados para responder a las infracciones de las medidas que encarnan dichos principios. No se hace referencia a la naturaleza de tales sanciones, por lo que muy bien podrían ser de carácter penal. Eso sí, se indica que irán dirigidas contra: a) las personas responsables de las exportaciones e importaciones ilícitas de bienes muebles; b) Las personas o instituciones que adquieran a sabiendas o comercialicen bienes culturales muebles sustraídos o importados ilícitamente; y, c) Las personas o instituciones que participen en conspiraciones internacionales para obtener, exportar o importar bienes culturales muebles por medios ilícitos.

Siendo este el contenido fundamental del Tratado modelo, que fue acogido con satisfacción por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/121, de 14 de diciembre de 1990, ¿cuál ha sido su devenir? No parece que haya sido muy boyante cuando en la Declaración adoptada por el Decimotercer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del crimen y la justicia penal, celebrado en Doha del 12 al 19 de abril de 2015, se continuaba haciendo referencia a la necesidad de reflexionar sobre la potencial utilidad de dicho Tratado modelo.¹⁴ Muy pocos Estados acudieron al llamamiento a realizar observaciones al Tratado-modelo, solo dieciséis.¹⁵ Y varios de ellos lo consideraron ineficaz, obsoleto o innecesario, teniendo en cuenta el marco ya establecido por la Convención de la UNESCO de 1970, con el que podía colisionar. Sin embargo, no se iba a desechar ese esfuerzo normativo, pues con anterioridad a esa fecha, cuando se elaboraron las Directrices Internacionales sobre las respuestas de prevención del delito y justicia penal al tráfico de bienes culturales y otros delitos conexos, preparadas por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, y aprobadas por la Resolución 69/196, de 18 de diciembre de 2014 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la directriz 14, referida al ámbito de la cooperación bilateral entre los Estados, sugería que “los Estados podrían considerar la posibilidad de utilizar” ese Tratado modelo. Por lo tanto, en lo que hace a la mencionada cooperación bilateral, nada impide afirmar que se cuenta con un marco normativo internacional sugerido a la práctica convencional bilateral de los Estados que recomienda, al menos implícitamente, la adopción de medidas penales a aplicar a las conductas ilegales de exportación e importaciones de bienes muebles de carácter cultural, o a su adquisición.

14. La Declaración de Doha se contiene en el siguiente documento: A/CONF.222/L.6, y la mención al Tratado modelo en su página 10.

15. Véase <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.1_2012/UNODC_CCPCJ_EG.1_2012_2_S.pdf> y también <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.1_2012/UNODC_CCPCJ_EG1_2012_CRP1.pdf>.

13. Véase en <https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Model_Treaty_Spanish.pdf>.

En segundo lugar, y en una línea distinta a la sugerencia que implica el Tratado modelo, tanto por el contenido material como por el instrumento en el que este se vuelca, se sitúan las mencionadas Directrices Internacionales sobre las respuestas de prevención del delito y justicia penal al tráfico de bienes culturales y otros delitos conexos. Mientras que el Tratado modelo suponía una propuesta a enmarcar en el ámbito de la cooperación bilateral entre los Estados, que acabaría por volcarse un tratado vinculante para las dos partes que lo celebraran, las Directrices son de carácter no vinculante, un instrumento de *soft law*, y se dirigen a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas. Como sugiere la resolución 69/196 de la Asamblea General que las aprueba, “constituyen un marco útil para orientar a los Estados miembros en la elaboración y el fortalecimiento de las políticas, estrategias, leyes y mecanismos de cooperación en el ámbito de la protección contra el tráfico de bienes culturales y otros delitos conexos”. Por lo tanto, en cuanto a la materia, entran de lleno en el ámbito penal. Y ello debido a la preocupación sentida por la Asamblea General y el Consejo Económico y Social por la creciente participación de grupos delictivos organizados en el tráfico de bienes culturales. Esta percepción ha sido uno de los motores de la actividad de las Naciones Unidas en este terreno, optando aquí por formular una propuesta específica para los bienes culturales, de baja intensidad normativa, dado que se trata de directrices o guías de conducta para los Estados. Esa baja intensidad normativa se traduce en una cuidadosa elección del lenguaje utilizado, optando por los condicionales y por el verbo “considerar”, en suma, recurriendo a la coletilla “los Estados deberían considerar” como arranque de cada una de las directrices.

En cuanto al contenido de las Directrices, que llegan hasta las 48, el documento cuenta con cuatro capítulos, el primero de los cuales se encamina a proponer estrategias de prevención del delito, el segundo a las referidas políticas de justicia penal, el tercero a la cooperación internacional y el cuarto al ámbito de aplicación de las Directrices.

Examinemos lo más relevante. La Directriz 13 realiza un llamamiento general a los Estados a que consideren la posibilidad de adoptar leyes que tipifiquen como delito el tráfico de bienes culturales y los delitos conexos de conformidad con los instrumentos internacionales, entre los que se cita la línea arriba mencionada Convención contra la delincuencia organizada. ¿Cuáles son esos delitos? En las Directrices se amplía el panorama que a este efecto había trazado el Tratado modelo de 1990. Hasta ocho tipos se describen como potenciales delitos que los Estados podrían acoger en su legislación penal, si así lo consideraran. Aparecen recogidos en las directrices 16 y 17 y son los siguientes: a) el tráfico de bienes culturales; b) la exportación e importación ilícitas de bienes culturales; c) el robo de bienes culturales; d) el saqueo de yacimientos arqueológicos y sitios culturales o la excavación ilícita; e) la confabulación o participación en un grupo delictivo organizado para la comisión del delito de tráfico de bienes culturales y de los delitos conexos; f) el blanqueo de bienes

culturales; y g) el maltrato o el destroz de bienes culturales o la adquisición de bienes culturales objeto de tráfico, cuando se evita deliberadamente verificar la situación jurídica de los bienes.

De ese listado de tipologías llama poderosamente la atención la expansión de los tipos respecto del Tratado modelo, que se ceñía a la exportación e importación ilegal, a la adquisición a sabiendas de estos bienes y a la conspiración internacional encaminada al tráfico de bienes culturales. Ahora, en cambio, en las Directrices se abre el abanico tipológico a la criminalización de conductas que, aunque siempre han estado presentes, han ascendido en los últimos años en la escala de la preocupación internacional. Piénsese en el caso tanto de las excavaciones ilegales como del maltrato o destroz de los bienes culturales. No es difícil encontrar ecos en la tipificación de esas conductas de los acontecimientos vinculados en 2012 y 2013 a la iconoclasia demostrada en Siria, Irak o Malí por el Estado Islámico y las organizaciones con él coaligadas. La utilización por estas organizaciones del tráfico de bienes culturales que habían sido objeto de expolio como fuente de financiación para sus actividades generó una notable reacción en organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, la UNESCO o el Consejo de Europa. De ahí que en las Directrices no resulte casual que se pretenda la tipificación por los Estados de esas conductas, aunque no acaba de afirmarse con rotundidad en algún caso —como se hará en otros textos internacionales que más adelante examinaremos— que no se trata tanto de deterioro o maltrato de los bienes culturales como de la destrucción intencional de los mismos.

En el caso de las sanciones, las Directrices hablan de sanciones penales o administrativas, afirmando en la Directriz 20 que “los Estados deberían considerar la posibilidad de prever sanciones proporcionadas, eficaces y disuasivas respecto de los delitos antes mencionados”, lo que podría incluir, según postula la Directriz 21, la posibilidad de aplicar sanciones privativas de libertad respecto de determinados delitos considerados como graves según el art. 2 b) de la Convención contra la Delincuencia Organizada. Por otro lado, y considerando la posibilidad de que determinadas instituciones, como es el caso de museos, casas de subastas o cualquier persona jurídica pudieran participar en delitos como los descritos, por ejemplo la adquisición de bienes ilegalmente exportados o importados, o la confabulación internacional para el tráfico de estos bienes, la Directriz 23 sugiere a los Estados que deberían considerar la posibilidad de prever la responsabilidad (ya sea penal, administrativa o civil) de las empresas o personas jurídicas.

Las Directrices abordan también la incautación o decomiso de los bienes culturales objeto de tráfico (directriz 25), incluyendo la posibilidad de exigir al presunto delincuente, al propietario o a la persona que haya estado en posesión del bien que demuestre su origen lícito (directriz 26). Especialmente interesante, a los efectos de la afirmación de la jurisdicción de los tribunales sobre los delitos a los que se refieren las Directrices es que se sugiera a los Estados que dicha jurisdicción puede afirmarse no solo sobre la base del principio de territorialidad, sino que también

podría recurrir al principio de personalidad activa, esto es, la persecución de los delitos cometidos fuera del territorio del Estado por nacionales suyos, circunstancia que se afirma en la directriz 32. También es notable, y síntoma de la gravedad que se asocia a los delitos sobre bienes culturales, que se sugiera que los Estados deberían considerar la posibilidad de tipificar los delitos sobre bienes culturales como delitos que dan lugar a la extradición. Finalmente, y sin perjuicio de otros temas que se abordan en las Directrices, estas se refieren a la devolución, restitución o repatriación de los bienes muebles. Recomiendan a los Estados que deberían considerar la posibilidad de adoptar medidas adecuadas para recuperar los bienes culturales objeto de alguno de los delitos a efectos de su devolución, restitución o repatriación (directriz 46).

¿Han generado entusiasmo entre los Estados las Directrices? La respuesta no ha sido unánime. Como sostiene Manacorda (2014: 39), los Estados de mercado se han manifestado con escepticismo o incluso han expresado un fuerte disenso ante las Directrices. Por el contrario, los Estados fuente se han pronunciado en bloque en apoyo incondicional a la iniciativa. Esta no ha quedado en eso, en un simple conjunto de sugerencias de política legislativa penal. En realidad, y a despecho de su naturaleza no vinculante, en el momento de su adopción, las Directrices venían a colmar una laguna en la normativa internacional, que carecía de reglas específicas aplicables a la protección penal de los bienes culturales, dada la carencia de dimensión penal de los tratados más importantes sobre patrimonio cultural. El interés de las instituciones internacionales en que los Estados miembros de Naciones Unidas las consideraran de buena fe y adoptaran legislación penal que las siguiese es más que notable. En la propia res. 69/196 de la Asamblea General no solo se aprobaban las Directrices, sino que el órgano de la ONU alentaba “enérgicamente a los Estados miembros a que apliquen las Directrices en la mayor medida posible”, “a que adopten medidas para superar las dificultades prácticas” en su aplicación, “a que evalúen y revisen su legislación y sus principios jurídicos, procedimientos, políticas, programas y prácticas en materia de prevención del delito y justicia penal en consonancia con su ordenamiento jurídico y guiándose por las Directrices”. Tanto énfasis se complementa con el encargo que hace la Asamblea General a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para que elabore un instrumento de asistencia práctica para facilitar la aplicación de las Directrices. Tal instrumento fue elaborado en 2016.¹⁶

En tercer lugar, las Naciones Unidas han propiciado la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000, de la Asamblea General y luego abierta a la firma de los Estados. Frente a las dos líneas anteriores, concretadas en el Tratado modelo y las Directrices, dos son las diferencias más significa-

tivas que aporta la llamada Convención de Palermo: en primer lugar, en cuanto al tipo de instrumento, se trata de un tratado internacional y, por lo tanto, de naturaleza vinculante, obligatorio para los Estados partes. La Convención, que entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, ha sido acogida con una gran aceptación en la comunidad internacional, pues cuenta en la actualidad con 190 Estados partes. En segundo lugar, se trata de un instrumento que no cuenta con referencias explícitas al patrimonio cultural, aunque, como ha sido sostenido por diversas fuentes, desde Estados a la propia Conferencia de las Partes en la Convención, todos se han mostrado partidarios de la idoneidad de la Convención para constituirse en un instrumento eficaz de cooperación internacional para combatir los delitos contra los bienes culturales.

El ámbito de aplicación de la Convención de Palermo se ciñe a delitos de carácter transnacional y que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado. En cuanto a los delitos que se persiguen, se aplica, en primer lugar, a los delitos graves definidos en el art. 2, esto es, a los que constituyan un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave y, en segundo lugar, a una lista de delitos integrada por los siguientes: la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado (art. 5), la penalización del blanqueo del producto del delito (art. 6), la penalización de la corrupción (art. 8) y la penalización de la obstrucción a la justicia (art. 23). Con estos mimbres, puede asegurarse que, en determinadas circunstancias, algunos de los delitos contra el patrimonio cultural pueden ser susceptibles de caer bajo el ámbito de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Eso sí, el delito tendrá que ser de carácter transnacional, es decir, siguiendo lo establecido en el art. 2.2 de la Convención de Palermo: que se cometa en más de un Estado; o se cometa en un Estado pero que una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; o que se cometa dentro de un solo Estado, pero entrañe la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o, finalmente, que se cometa en un solo Estado, pero tenga efectos sustanciales en otro Estado. Queda claro, por lo tanto, que las limitaciones concretadas en la naturaleza transnacional del delito y en la tipología a que se aplica la Convención de Palermo constituyen un marco jurídico internacional más estricto que el que describen las Directrices de 2014. Delitos contra el patrimonio inclusive como el tráfico de bienes culturales, cuando no lo realiza un grupo delictivo organizado, quedarían fuera del alcance normativo de la Convención, y lo mismo podría decirse del maltrato o deterioro del patrimonio cultural, e inclusive de las excavaciones ilegales en yacimientos arqueológicos. Pero en todos aquellos casos en los que se concitan los requerimientos de la Convención, sí se revela esta como un instrumento eficaz para la persecución de los delitos contra el patrimonio cultural que coincidan con los tipos incluidos en ella.

Por lo tanto, de los trabajos y actividades de las Naciones Unidas cabe concluir que se cuenta con tres

16. Véase en <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/16-01845_S_ebook_Spanish.pdf>.

vías complementarias en el marco de la protección penal del patrimonio cultural, dos de ellas menos transitadas que la tercera: una propuesta de tratado modelo que sirve para la cooperación bilateral, escasamente seguido por los Estados pues, al inspirarse en gran medida en la Convención de la UNESCO de 1970, en la misma medida se revela inoperante; unas Directrices no vinculantes que deben servir de guía para la política legislativa penal de los Estados en el caso de la protección del patrimonio cultural; y una Convención sobre la delincuencia organizada, es decir, un tratado internacional, un instrumento vinculante que, aunque no trata específicamente de la protección penal del patrimonio cultural, sí puede ser aplicable a algunos de los aspectos de esta cuestión y que, además, cuenta con una amplísima aceptación entre los Estados.

La labor regional: el Consejo de Europa

En el ámbito regional europeo destaca, en cuanto al patrimonio cultural, la labor normativa del Consejo de Europa. Su trayectoria ha sido bien profusa, dando lugar a diversas convenciones, desde la Convención cultural europea (STE n.º 18), de 19 de diciembre de 1954, hasta la Convención sobre las infracciones relativas a los bienes culturales (STE n.º 221), de 19 de mayo de 2017, pasando por la Convención europea para la protección del patrimonio arqueológico (STE n.º 66), de 6 de mayo de 1969 —revisada luego mediante convención de 16 de enero de 1992 (STE n.º 143)—, la Convención sobre las infracciones cometidas contra los bienes culturales (STE n.º 119), de 23 de junio de 1985, la Convención para la salvaguardia del patrimonio arquitectónico de Europa (STE n.º 121), de 3 de octubre de 1985, y la Convención-marco sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad (STE n.º 199), de 27 de octubre de 2005. Por lo tanto, en el ámbito que nos ocupa, el de la protección penal del patrimonio cultural, hay dos tratados. Y los dos, separados por 32 años, giran sobre la misma temática, la penalización de los ilícitos contra los bienes culturales. La relación entre ambos es bien estrecha, uno constituye antecedente directo del otro y esta circunstancia debe valorarse convenientemente, porque el primero nunca entró en vigor, su celebración acabó por constituir un auténtico fracaso. El segundo, por lo tanto, busca superar y sustituir al primero.

En efecto, la primera de esas convenciones es de una fecha tan temprana como de 1985. Se trata de la Convención del Consejo de Europa sobre las infracciones cometidas contra los bienes culturales,¹⁷ firmada en Delfos el 23 de junio de 1985 y por ello conocida como la Convención de Delfos. Como dijimos, a pesar de que solo necesitaba tres ratificaciones para su entrada en vigor, nunca las reunió, ni un solo Estado la ratificó y solo seis la firmaron (Chipre, Grecia, Italia, Liechtenstein, Portugal y Turquía), por lo que nunca ha sido aplicada. Se trata de un fracaso en toda regla. ¿A qué es debido? Júzguese

la inapetente actitud de los Estados miembros del Consejo de Europa por la fecha tan temprana en que se adoptó el tratado, cuando la alarma social internacional por el tráfico de bienes culturales no alcanzaba cotas significativas. Repasemos su contenido brevemente porque, como dijimos, puede ser indicativo para enjuiciar la Convención de 2017 o Convención de Nicosia.

La razón que dio lugar a la Convención de Delfos de 1985, según su Informe explicativo,¹⁸ fue la convicción del incremento sin precedentes de los pillajes, robos y depredaciones sobre los bienes culturales, que eran comercializados mediante un circuito clandestino, generalmente en un país distinto del del origen del bien. Tal convicción llevó a la elaboración de un tratado que optaba por la vía penal para abordar una serie de ilícitos que tenían que ser concretados. Esto se lleva a cabo, por reenvío del art. 3 de la Convención, en el Anexo III de la misma, donde se distingue entre infracciones que se tienen por tales a efectos de la Convención y que, por lo tanto, deben incorporarse al ordenamiento de los Estados partes, y otras respecto de las que los Estados tienen la discrecionalidad de incorporarlas a su ordenamiento bajo el manto jurídico de la Convención. A la primera categoría corresponden exclusivamente el robo de bienes culturales, las apropiaciones de bienes culturales cometidas con violencia o amenazas, y la ocultación de bienes culturales. La segunda categoría es mucho más amplia, recogiendo en el párrafo 2 del Anexo III a la Convención, e incluye, entre otras, infracciones como la apropiación ilícita de un bien cultural de otro, bien mediante malversación, abuso de confianza o fraude; la destrucción o degradación voluntaria de bienes culturales; la adquisición por negligencia de bienes culturales robados; la violación de disposiciones jurídicas que en cada Estado constituyen la obligación de la persona que descubre fortuitamente bienes arqueológicos de declararlos a la autoridad competente; la adquisición de tales bienes a sabiendas; o la exportación de bienes culturales cuando la tal exportación está prohibida por el derecho interno del Estado. Obsérvese cómo el margen de discrecionalidad en lo que se refiere a la tipificación de los delitos es considerable, pues la mayor parte de los tipos corresponde al párrafo 2 del Anexo III. Se configura así un núcleo duro de delitos, a cuya tipificación se comprometen los Estados, mientras que más allá queda el margen de libertad que otorga la Convención para los otros delitos que solo sugiere. E inclusive se admite la posibilidad, en el art. 3.3 de la Convención, de que el Estado aplique la Convención a otros tipos delictivos sobre los bienes culturales que ni siquiera son descritos en el Anexo III.

Al igual que la Convención concreta su ámbito de aplicación respecto de las infracciones perseguibles penalmente, también realiza una definición de los bienes culturales a los que se les aplica la Convención y para ello, por reenvío del art. 2 al Anexo II, recurre a la elaboración de un listado de categorías en la línea de lo establecido en la Convención de la UNESCO de

17. Véase en <<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/119>>.

18. Véase <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c972d>>.

1970. En cuanto a las medidas de protección, el art. 5 concreta que las partes se comprometen a tomar las que sean apropiadas para cooperar en la prevención de las infracciones. Otro de los temas regulados es el de las restituciones, que se hace en los arts. 6 a 11, y que viene presidido por el principio según el cual las partes deben cooperar en la restitución de los bienes culturales descubiertos sobre su territorio después de haber sido sacados del territorio de otro Estado parte tras una infracción de las contempladas en la Convención. La restitución tendrá efecto a partir de comisiones rogatorias, cuyos aspectos se regulan en los arts. 8 y 9. En cuanto a la represión de las infracciones a los bienes culturales, el art. 12 determina que los Estados partes se comprometen a tomar a tal efecto las medidas necesarias, describiéndose en el art. 13 cuando es competente para ello un Estado. Según las reglas descritas en este precepto, la competencia del Estado no solo se asienta en el principio de territorialidad, sino también en el de personalidad activa, esto es que se extiende a las infracciones cometidas fuera de su territorio por un nacional del Estado. También se afirma la competencia cuando la infracción se comete fuera de su territorio pero afecta a un bien cultural que le pertenece o que pertenece a uno de sus nacionales. E inclusive también cuando la infracción ha tenido lugar fuera de su territorio pero afecta a un bien que originariamente fue descubierto en el territorio del Estado. En este último caso, para que proceda la competencia, se requiere que la persona procesada se encuentre en el territorio del Estado.

Como sostiene Mateusz María Bieczynski (2017: 261), la Convención de Delfos de 1985 no fue ratificada, entre otras razones, debido a muchas objeciones relativas a la aplicación práctica de sus disposiciones, entre otras a la cuestión de la adquisición de buena fe de propiedad robada. Y, por supuesto, también por la razón de que los Estados preferían preservar sus poderes en el campo del Derecho Penal.

La Convención de Nicosia de 2017

Entre otros, dos son los factores que han constituido auténticos aldabonazos en la labor del Consejo de Europa destinada a la protección de Derecho Penal de los bienes culturales y que han dado como fruto una nueva Convención, la ya mencionada Convención de Nicosia de 2017, intentando superar el fracaso de la Convención de Delfos de 1985. Esos dos factores no se han presentado a escala europea y no han suscitado solo a este nivel reacciones, sino que lo han hecho a escala mundial. Los dos factores se encuentran en cierto modo interconectados. Uno de ellos es la destrucción deliberada de patrimonio cultural llevada a cabo por el Estado Islámico en Siria e Irak y por organizaciones afines en otras latitudes como Mali.¹⁹ Con ser grave, la alarma no se ha ceñido a la destrucción que han sufrido sitios como Palmira, Nínive o Mosul, sino que se ha extendido a la certidumbre de que las organizaciones terroristas yihadistas se estaban financiando con el tráfico ilegal de bienes

culturales. Este ha sido el segundo factor motivador de la cooperación en materia penal, el incremento del tráfico de bienes culturales llevado a cabo por grupos delincuentes organizados de carácter transnacional. Ambos factores, la destrucción intencional de patrimonio cultural y el incremento del tráfico ilegal de bienes culturales utilizando redes de la delincuencia organizada transnacional, han despertado las reacciones de la comunidad internacional. Las conexiones entre el crimen organizado y las organizaciones terroristas en el caso del tráfico ilegal de bienes culturales han quedado más que demostradas.²⁰

En este contexto, que en el ámbito de Naciones Unidas dio lugar a diversas resoluciones del Consejo de Seguridad, a tomas de posición condenatorias de la UNESCO, el Consejo de Europa —en concreto los ministros competentes en patrimonio cultural de más de cincuenta Estados partes de la Convención cultural europea— ha adoptado el 24 de abril de 2015 el Llamamiento de Namur,²¹ una declaración en la que, entre otros aspectos, se “deploraba la destrucción deliberada del patrimonio cultural y el tráfico ilícito de bienes culturales que empobrecen el patrimonio común” y se anunciaba el reforzamiento de la cooperación europea en el seno del Consejo de Europa a esos efectos. En este marco, el Comité europeo para los problemas criminales ha adoptado la opción de preparar una nueva convención de Derecho Penal para la lucha contra el tráfico ilegal de bienes culturales. El proyecto de convención ha sido preparado por un comité organizado en el seno del anterior, en este caso el comité sobre las infracciones contra los bienes culturales, que ha trabajado contando con la asistencia de expertos y de representantes de diversas organizaciones internacionales como la UE, la UNESCO, UNIDROIT, la OSCE y la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Tras un largo proceso, el texto ha sido adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, reunido en Nicosia el 19 de mayo de 2017. La Convención de Consejo de Europa sobre las infracciones contra los bienes culturales es, de esta manera, el primer tratado internacional de Derecho Penal sobre la protección de los bienes culturales. El recurso novedoso a un instrumento que sea obligatorio, como es el tratado internacional, y a elegir la aproximación penal como forma de protección del patrimonio cultural, guarda relación con la gravedad e intensidad de las preocupaciones que acarrearán las amenazas recientes para el patrimonio. Las preocupaciones internacionales que llevaron a su celebración latían en el preámbulo: la multiplicación de las infracciones a los bienes culturales que conducen, de manera creciente, a la destrucción del patrimonio cultural mundial; la pluralidad de canales —desde las revistas de antigüedades a las salas de subastas, pasando por Internet— mediante los que se venden los bienes culturales obtenidos mediante excavaciones ilegales y por lo general exportados o importados ilícitamente; la implicación de la criminalidad organizada en el tráfico de bienes culturales; y, finalmente, la implicación de los grupos

19. Por todos, véase Pérez-Prat Durbán (2016).

20. Cfr. Alderman (2012).

21. Véase en <<https://rm.coe.int/16802f812a>>.

terroristas en la destrucción deliberada de patrimonio cultural y en el comercio ilegal de bienes culturales, lo que constituye una fuente de financiación para sus actividades.

El propósito de la Convención de Nicosia es, como reza su art. 1, a fin de proteger los bienes culturales, de una triple naturaleza: a) prevenir y combatir la destrucción, los daños y el tráfico de bienes culturales previendo la incriminación de ciertos actos; b) reforzar la prevención del crimen y la respuesta de la justicia penal a todas las infracciones penales relativas a los bienes culturales; y, c) promover la cooperación nacional e internacional en la lucha contra las infracciones penales relativas a los bienes culturales.

Podría pensarse que se trata simplemente de un tratado de alcance regional, circunscrito al continente europeo, a los Estados miembros del Consejo de Europa. Pero no es así, pues se trata de un tratado internacional con vocación universal. En efecto, el art. 27 de la Convención ya abrió a la firma el tratado no solo a los Estados miembros del Consejo de Europa sino también a los Estados no miembros que hubieran participado en su elaboración. Los Estados no miembros del Consejo de Europa que participaron en su elaboración y que, por lo tanto, podrían firmarla y ratificarla, son la Santa Sede, México y Japón. Y México lo ha hecho, pues no solo ha firmado, sino que también ha ratificado la Convención. Hasta el momento presente, además de México, la Convención ha sido firmada por Armenia, Chipre, Rusia, Grecia, Italia, Letonia, Montenegro, Portugal, San Marino, Eslovenia y Ucrania. Junto a México, se cuenta ya con otra ratificación, la de Chipre. Para que la Convención entre en vigor se requiere que cinco firmantes, entre ellos tres miembros del Consejo de Europa, la ratifiquen. Así que este tratado ya ha avanzado más en ese camino hacia la entrada en vigor que lo que hiciera la Convención de Delfos, que nunca logró ratificación alguna. Como decíamos, la vocación de este tratado es más bien universal, pues no se limita a ser aplicada, cuando entre en vigor, en el territorio de los Estados del Consejo de Europa que ya la han aceptado y en el de los ya mencionados tres Estados no miembros que participaron en su proceso de elaboración. En esa línea, el art. 28, que regula la adhesión a la Convención, establece un mecanismo para que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, una vez haya entrado en vigor el tratado, y cuando se reúnan determinadas mayorías, pueda invitar a que se adhieran a la Convención a otros Estados no miembros del Consejo de Europa que no hubieran participado en su elaboración. Por lo tanto, y dependiendo de la voluntad del Comité de Ministros, se abre la espita para la aplicación de la Convención de Nicosia de 2017 más allá de las fronteras del continente europeo. Pero para eso tiene que entrar antes en vigor.

La Convención tiene por vocación rellenar una laguna en el sistema jurídico internacional que, como se ha dicho, carece de un instrumento jurídico vinculante que regule la protección penal del patrimonio cultural. Su espíritu es no solo el de solventar esa laguna, sino también el de insertarse armoniosamente en el entramado jurídico internacional sobre patri-

monio cultural. Y eso se hace notar con claridad en el preámbulo de la Convención de Nicosia, pues no solo se invocan en sus considerandos las convenciones del Consejo de Europa sobre patrimonio cultural, sino que también se mencionan las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad durante los años 2015 a 2017 que incorporan decisiones sobre el tráfico ilegal de bienes culturales —ress. 2199 (2015), 2253 (2015), 2322 (2016) y 2347 (2017)—. Y, por supuesto, se hace una referencia obvia al corpus central de tratados internacionales sobre patrimonio cultural, desde la Convención de La Haya de 1954, la Convención de la UNESCO de 1970, la Convención de la UNESCO de 1972, la Convención UNIDROIT de 1995, la Convención de las Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada, de 2000, y la Convención de la UNESCO de 2001 sobre la protección del patrimonio cultural subacuático.

No es mera retórica esa referencia a los convenios internacionales sobre patrimonio cultural. La conexión con esos instrumentos aflora con claridad cuando la Convención de Nicosia dedica su art. 2 a la definición del término bien cultural y, como se trata de bienes culturales muebles e inmuebles, para los primeros se sigue la definición de bien cultural de la Convención de la UNESCO de 1970 y también, como señala el Informe explicativo de la Convención,²² la Directiva 2014/60/UE relativa a la restitución de bienes culturales que han dejado ilícitamente el territorio de un país miembro; por el contrario, para los bienes inmuebles, la Convención de Nicosia recurre a las categorías “monumentos, conjuntos y sitios” acuñadas en su día por la Convención de la UNESCO de 1972 relativas al patrimonio mundial cultural y natural. En definitiva, la Convención de Nicosia se aplica a bienes culturales muebles e inmuebles, situados en la tierra o debajo del agua, que hayan sido designados por los Estados partes atendiendo a las definiciones suministradas por la propia Convención o a los que figuren en la Lista del Patrimonio Mundial de la UNESCO. Es más, como sostiene Mateusz María Bieczynski (2017: 266), la protección que depara la Convención de Nicosia no está limitada a las propiedades culturales de las partes en este tratado, sino que también cubre la propiedad cultural clasificada, definida o especialmente designada por cualquier Estado parte en la Convención de la UNESCO de 1970. Añadamos a esta opinión que debe sobreentenderse que eso ocurre en los casos en que esos Estados sean a su vez Estados partes de la Convención de Nicosia.

En cuanto al contenido de las disposiciones de Derecho Penal material, la Convención las regula en los arts. 3 a 16, reservando los primeros a la descripción de los tipos criminales relativos al tráfico de bienes culturales (art. 3 a 9) y a la destrucción y deterioro del patrimonio cultural (art. 10). En efecto, como sugiere Derek Fincham (2019: 326), la Convención urge a los Estados a erigir tipos delictuales para ciertas conductas frecuentes que implican a la propiedad cultural. Según se desprende del Informe

22. Véase el Informe explicativo en <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680710438>>.

Explicativo de la Convención,²³ el comité encargado de la redacción de la Convención, el Comité europeo para los problemas criminales, realizó una revisión completa de las legislaciones nacionales en vigor relativas a los delitos sobre los bienes culturales, constatando que existían numerosas lagunas, por lo que los redactores se concentraron en la introducción de normas y medidas legislativas comunes que responden a las infracciones más corrientes y a las más graves, y que son susceptibles de entrañar la destrucción, degradación y desaparición del bien cultural, con énfasis en el marco de la lucha contra el crimen organizado transnacional y el terrorismo. Por lo tanto, como indica Miguel Ángel Núñez Paz (2018), se contiene una regulación de las distintas formas específicas de crimen transnacional, realizada para cubrir todos los vacíos legales existentes en la materia y evitar que determinados actos delictivos queden impunes.

Así, el art. 3 determina que los Estados apliquen delitos como el robo u otras formas de apropiación ilegal previstas por su derecho interno a los bienes culturales muebles, entendiendo por estos tanto los objetos muebles por naturaleza como aquellos que en origen formaran parte de un bien inmueble pero han sido desgajados de él. Por su parte, el art. 4 se dedica a las excavaciones y extracciones ilegales de bienes culturales, por lo tanto, al expolio de estos bienes. En virtud de esa disposición, cada Estado parte se compromete a criminalizar en su derecho interno determinados comportamientos, cuando hayan sido cometidos intencionalmente. Dichos comportamientos son: uno, las excavaciones —sobre el terreno o bajo el agua— con el objetivo de hacerse con bienes culturales sin la autorización exigida por el derecho del Estado; dos, las extracciones y tenencia de bienes culturales muebles excavados sin la autorización correspondiente; y, tres, la tenencia ilegal de bienes culturales muebles excavados conforme a la autorización exigida por el derecho del Estado. Resulta significativo del escaso deseo por parte de los Estados de recurrir al Derecho Penal, incluso en el marco de esta Convención de Nicosia, que el art. 4.2 permita a cada Estado parte que, en el momento de la firma o la manifestación del consentimiento, haga una declaración reservándose el derecho de prever sanciones no penales en lugar de sanciones penales a los comportamientos delictivos que se describen en el art. 4. Estamos ante una auténtica reserva de modificación, que permite —cuando así lo declara un Estado parte— que el Estado reservante se comprometa en menor medida de lo que establece una disposición de un tratado. Aquí, por lo tanto, se habilita al Estado a adoptar sanciones administrativas, no penales, en vez de las penales, para el delito de excavación y extracción ilegal de bienes culturales. No parece una decisión muy afortunada, pues reduce la eficacia de la Convención como instrumento armonizador del Derecho Penal de los Estados frente a este tipo de infracciones, por otra parte tan frecuentes y dañinas para el patrimonio cultural.

23. *Ibid.*

Por su parte, el art. 5, dedicado a la importación ilícita, la penaliza cuando ha sido llevada a cabo intencionalmente. En concreto, se penaliza la importación de bienes culturales muebles que esté prohibida por el derecho interno debido a que los bienes hayan sido robados en otro Estado, hayan sido excavados o conservados ilegalmente según las circunstancias descritas en el art. 4, o hayan sido exportados en violación del derecho del Estado que haya clasificado, definido o específicamente designado tales bienes culturales conforme al art. 2 de la Convención de Nicosia. Como requisito para que constituyan una infracción penal se exige que el autor de la infracción supiera que los bienes culturales habían sido robados, excavados o exportados en violación del derecho del otro Estado. Como indica Mateusz María Bieczynski (2019: 266), el art. 5 parece presuponer que el Estado parte cuenta ya con derecho interno que prohíbe la importación a su territorio de propiedad cultural robada, excavada ilegalmente o exportada en violación del derecho del Estado desde donde se ha exportado. En el caso del art. 5 también juega la reserva que vimos que había sido incluida para el art. 4. En efecto, también se repite para este artículo la posibilidad de los Estados de presentar una declaración, en el mismo momento de la firma o de la expresión de la manifestación del consentimiento, por la que se reserven el derecho a prever sanciones no penales en lugar de las penales para la importación ilícita de bienes culturales. La misma crítica que se hacía en el caso del art. 4 corresponde ahora, pues ambas facilidades para los Estados no son sino renunciadas al recurso al Derecho Penal como instrumento para la protección del patrimonio cultural.

En el art. 6 los Estados se comprometen a criminalizar la exportación ilegal de bienes culturales muebles. Esa ilegalidad derivará de la infracción de la prohibición por el derecho interno de la exportación o del incumplimiento de la autorización a la que el mismo derecho interno puede someter la exportación. Y además, la criminalización se condiciona a que la exportación ilegal haya sido cometida intencionalmente. Pero también se pretende, como se refleja en el parágrafo 2 del art. 6, extender la criminalización de la exportación a los bienes culturales que han sido ilícitamente importados. Así que también serán relevantes a los efectos de criminalizar la exportación de un bien cultural que este haya sido previamente importado contraviniendo las disposiciones de derecho interno que regulan la susodicha importación.

Por su parte, el art. 7 regula la criminalización de la adquisición de bienes culturales cuando estos se han obtenido mediante el robo tal y como se encuentra definido en el art. 3 de la Convención, o por la excavación, importación o exportación ilegales descritas en los arts. 4, 5 y 6 del mismo texto. Se requiere, además, para penalizar la adquisición, que el adquirente conozca la proveniencia ilegal del bien cultural. Pero no solo eso, el parágrafo 2 del mismo art. 7 se encarga de extender la penalización de la adquisición a la persona que hubiera debido conocer la proveniencia ilegal del bien cultural si hubiera ejercido la diligencia requerida en el momento de la adquisición del bien. Como parece lógico, a los

efectos de determinar si la adquisición se ha llevado a cabo con la diligencia debida, será clave el tipo de persona responsable de la adquisición. No es lo mismo que esta sea una persona ordinaria o que se trate de, por ejemplo, un marchante de obras de arte. A estos efectos, el Informe explicativo²⁴ sugiere a los Estados que tengan en cuenta, a fin de adoptar medidas inspiradas por el art. 7.2 de la Convención de Nicosia, lo establecido en el art. 4.4 de la Convención UNIDROIT de 1995 sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente,²⁵ y en el párrafo segundo del art. 10 de la Directiva 2014/60 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro.²⁶ Ambos preceptos son de corte similar, y se refieren a las circunstancias de la adquisición. Por ejemplo, la Directiva establece que “para determinar si el poseedor actuó con la diligencia debida se tendrán en cuenta todas las circunstancias de la adquisición, en particular la documentación sobre la procedencia del bien, las autorizaciones de salida exigidas por el Derecho del Estado miembro requirente, en qué calidad actúan las partes, el precio pagado, la consulta por el poseedor de los registros accesibles sobre bienes culturales robados y cualquier otra información pertinente que hubiese podido razonablemente obtener o cualquier otra gestión que una persona razonable hubiese realizado en las mismas circunstancias”. No hubiese sido una mala opción incluir en la Convención de Nicosia un precepto similar a este.

En cuanto al concepto de adquisición manejado en este precepto, el Informe explicativo²⁷ aclara que debe entenderse en sentido amplio, para comprender las adquisiciones a título oneroso o lucrativo, la venta o el intercambio, sea cual sea el canal de la adquisición, salas de subasta, compra *on line*, o compra en tiendas de antigüedades.

El art. 8 regula la colocación en el mercado de los bienes culturales, criminalizando tal conducta cuando los bienes son robados en el sentido del art. 3 de la Convención, o producto de la excavación, importación o exportación ilegales descritas en los correspondientes arts. 4, 5 y 6 del mismo texto. Eso sí, la criminalización se producirá cuando la persona que coloca el bien cultural en el mercado conozca su proveniencia ilícita. Al igual que en el art. 7, se regula en el parágrafo 2 del art. 8 la necesidad de que la persona haya ejercido la diligencia requerida a la hora de colocar en el mercado el bien cultural.

También son criminalizados —en el art. 9 de la Convención de Nicosia— los actos de falsificación de documentos relativos a los bienes culturales cuando estos documentos tienen como objetivo presentar el bien como de proveniencia lícita.

Finalmente, el último delito que aborda la Convención es el de destrucción y deterioro de los bienes culturales y lo hace en su art. 10. Para enjuiciar mejor

el resultado final de este precepto, tal y como queda plasmado en la Convención, convendría recordar que uno de los factores que incentivaron la conciencia internacional, y por tanto también del Consejo de Europa, dirigida a recurrir al instrumento penal para responder a las amenazas al patrimonio cultural, fue la destrucción deliberada de bienes culturales llevada a cabo por el Estado Islámico en Irak y Siria, una organización calificada como de terrorista. De hecho, como antes hemos mencionado, esta preocupación encontró hueco en el preámbulo de la Convención de Nicosia, que menciona la implicación de los grupos terroristas en la destrucción deliberada del patrimonio cultural. Sin embargo, en el art. 10 ha desaparecido toda mención al terrorismo como actor de tales comportamientos. No se incluye referencia alguna en la descripción de los tipos delictivos y, como nos recuerda Carlos Romeo Casabona (2018: 337), tampoco se añadió una circunstancia agravante en la misma dirección, aunque estaba prevista en el borrador inicial del Convenio. En efecto, el mencionado autor recoge las dos circunstancias, por lo demás absolutamente coincidentes con la referencia preambular, que antes hemos mencionado: a) que los delitos se realizaran con propósitos terroristas; y b) que los delitos fueran cometidos con el propósito de la financiación de actividades terroristas. Coincidimos con Romeo Casabona en que resulta inexplicable esta opción nada congruente, por supuesto, con las circunstancias que dieron lugar a la celebración de la Convención y con los objetivos de la misma, declarados en su preámbulo.

Finalmente, el art. 10 quedó con la penalización de los siguientes comportamientos, siempre que sean cometidos intencionalmente: a) la destrucción o el deterioro ilegales de bienes culturales muebles o inmuebles, sea cual sea la propiedad de tales bienes; y b) la extracción ilegal de todo o parte de los elementos de un bien cultural mueble o inmueble, con la finalidad de importar esos elementos, de exportarlos o de colocarlos en el mercado, según lo estipulado en los arts. 5, 6 y 8 de la Convención. Para el art. 10, también se incluye, en el numeral 2, una reserva más. En este caso, se trata de una reserva de exclusión, pues la declaración que realice el Estado en el momento de la firma o del depósito del instrumento en que manifiesta su consentimiento en obligarse por el tratado le habilita para no aplicar el art. 10, esto es, para no penalizar, los casos en los que los bienes culturales han sido destruidos o dañados por su propietario o con el consentimiento de este. En cuanto al sentido de esta reserva, el Informe explicativo²⁸ manifiesta que se ha insertado para reflejar ciertas preocupaciones debidas a la hipotética colisión del tipo que se pretendía penalizar con el derecho de propiedad tal y como se encuentra recogido en el derecho interno de los Estados. En concreto el Informe señala que “esta problemática podría aparecer en situaciones en las que el propietario de un bien cultural lo destruye o lo deteriora, cuando tal bien cultural no está específicamente protegido en virtud

24. *Ibid.*

25. En BOE núm. 248, de 16 de octubre de 2002, páginas 36366 a 36373.

26. En DOUE L 159, de 28.5.2014.

27. Véase <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680710438>>.

28. *Ibid.*

de la legislación nacional”. Observación que plantea la duda de si, en ese caso, se trataría en efecto de un bien cultural el bien que ni ha sido identificado como tal ni goza de protección jurídica alguna.

Ya dijimos que en la Convención de Nicosia no se ha recogido ninguna circunstancia agravante referida al terrorismo, lo que hubiera sido una vía lógica alternativa ya que no se incluyeron directamente tipos delictivos ligados a comportamientos terroristas. En este sentido, es criticable que no se haya seguido ninguna de las dos opciones. En cambio, sí que se ha mencionado entre las circunstancias agravantes, descritas en el art. 15, otra vinculada al cúmulo de preocupaciones que dio origen a la Convención, la implicación de la delincuencia organizada en el tráfico ilegal de bienes culturales. Por eso, el art. 15.c considera como circunstancia agravante si “la infracción ha sido cometida en el marco de una organización criminal”. Como señala el Informe explicativo, no hay definición de qué se entiende para la Convención por organización criminal, aunque se sugiere que para ello los Estados partes podrían recurrir a otros tratados internacionales, singularmente a la Convención de las Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada. En efecto, el art. 2 de la citada Convención incluye una definición de grupo delictivo organizado.

Junto a esta circunstancia agravante, el mismo precepto recoge otras, que se refieren a las siguientes personas: la que abusa de la confianza que le confiere su condición de profesional; el agente público o funcionario encargado de la conservación o protección de bienes culturales muebles o inmuebles; el autor de la infracción que ya ha sido condenado previamente por infracciones establecidas por la Convención de Nicosia.

La Convención de Nicosia aborda también, en este caso en su art. 12, la cuestión de la competencia del Estado respecto de los delitos o infracciones penales en este texto tipificadas. Las reglas se basan fundamentalmente sobre el principio de territorialidad, pero no son las únicas, no ejerce el Estado su competencia solo sobre su territorio, sino también sobre los delitos cometidos a bordo de un navío que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada según sus leyes. Y finalmente, también sobre los delitos cometidos por uno de sus nacionales. Es este un caso de aplicación del principio de personalidad activa, competencia que, sin embargo, resulta afectada por una reserva más. Esta apunta —según el art. 12.3— a que el Estado puede presentar una declaración, en el momento de la firma o del depósito del instrumento de manifestación del consentimiento, para reservarse el derecho a no aplicar, o a aplicar en casos específicos o bajo determinadas condiciones, la base competencial del art. 12.1.d, que es la que afirma la competencia de los Estados sobre las infracciones realizadas por sus nacionales.

Otra cuestión que regula la Convención, en su art. 13, es la de la responsabilidad de las personas jurídicas, que pueden ser tenidas por responsables de los delitos penales recogidos en la Convención. Eso sucederá cuando tales delitos son cometidos por cuenta de la persona jurídica por toda persona física,

actuando individualmente o en tanto que miembro de un órgano de la persona jurídica, en el caso de que ejerza un poder de dirección en su seno —poder de representación, autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o autoridad para ejercer un control en su seno—. Responsabilidad que, se afirma en el art. 13.3, puede ser penal, civil o administrativa, según los principios jurídicos del Estado parte. Precepto este último que debe interpretarse en sintonía con el art. 14.2, dedicado a las sanciones que, en lo relativo a las personas jurídicas, exige que estas sean efectivas, proporcionadas y disuasivas, incluyendo sanciones pecuniarias penales o no penales u otras medidas como la prohibición temporal o definitiva del ejercicio de la actividad comercial, la exclusión de un beneficio, ventaja o ayuda pública, la colocación de la persona jurídica bajo vigilancia judicial o la adopción de una medida judicial de disolución.

En cuanto a las sanciones aplicables a las personas físicas responsables de los delitos descritos en la Convención, el art. 14.1 exige también que sean efectivas, proporcionales y disuasivas, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, pudiendo incluir penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. Según el mismo precepto, las penas privativas de libertad no proceden en el caso de los siguientes delitos: las excavaciones terrestres o subacuáticas para encontrar o extraer bienes culturales sin la autorización exigida por el derecho del Estado o aquellas que ya han tenido lugar (art. 4.1.a); la exportación de bienes culturales que han sido excavados o conservados según lo descrito en el art. 4 (art. 5.1.b), o que han sido exportados en violación del derecho del Estado que los ha clasificado, definido o específicamente designado como bienes culturales.

Una última cuestión sobre la Convención de Nicosia que debe destacarse es que cuenta con un sistema de cumplimiento, o de seguimiento, que aparece regulado en el capítulo V (arts. 22 a 24). Dicho sistema ha sido dotado con un cierto grado de institucionalización, pues se ha optado por hacerlo girar en torno a un órgano, el Comité de Partes, que está compuesto por los representantes de los Estados Partes en la Convención (art. 22.1). Una solución, por otra parte, tradicional y común a muchos tratados internacionales de carácter multilateral. Se ha optado por un órgano de composición intergubernamental frente a la opción más arriesgada de caracterizarlo como un órgano no gubernamental, integrado por expertos. La opción seguida cae del lado de los Estados Partes, lo que no deja de ser un incentivo para atraer a más países a que se comprometan con la Convención. Por otra parte, en ese órgano pueden integrarse representantes de algunos órganos del Consejo de Europa: de la Asamblea Parlamentaria, del Comité europeo para los problemas criminales y del Comité director de la cultura, el patrimonio y el paisaje. Además de ellos, pueden ser invitados otros representantes, tanto de otros órganos del Consejo de Europa como de organizaciones internacionales competentes, órganos oficiales de los Estados Partes y miembros de las sociedad civil, en especial de ONG.

En todos los casos, participarán en las sesiones del Comité de Partes sin derecho a voto. Se ha sostenido, con razón, en el Informe explicativo, que la multiplicidad de observadores redundará en la eficacia de las disposiciones de la Convención.

¿Cuáles son las competencias de ese Comité de Partes? La principal es que el Comité de Partes es el órgano encargado de la vigilancia de la aplicación de la Convención. Y su primera tarea esencial, una vez entre en vigor la Convención, será la de adoptar su reglamento interno, que debe contener el procedimiento de evaluación de la ejecución de este tratado. También le corresponde la recogida, análisis e intercambio de informaciones, experiencias y buenas prácticas de los Estados miembros con la finalidad de reforzar su capacidad de prevenir y combatir el tráfico de bienes culturales. E igualmente es de su competencia facilitar el uso y la aplicación de la Convención, identificando los problemas, expresando su opinión en los pertinentes dictámenes y dirigiendo recomendaciones específicas a las partes sobre la ejecución de la Convención. Competencias, por otra parte, clásicas de un órgano como el que se perfila. De singular relevancia puede ser el mencionado procedimiento de evaluación de la ejecución de la Convención, que adopte en su momento el Comité de Partes. Pero todo dependerá de la ambición con que se profile dicho instrumento.

No hay, sin embargo, disposiciones que regulen la restitución del bien robado o ilícitamente exportado al Estado del que provenía. Hay disposiciones de la Convención de Nicosia que abordan la cooperación internacional, pero esta se refiere a la cooperación internacional en materia penal, que se regula en el art. 19, y a las medidas internacionales de implementación de la Convención, que son objeto del art. 21. En todo caso, el art. 19 se refiere a la cooperación en aplicación no solo de la Convención, sino también de los instrumentos internacionales y regionales pertinentes. Por esa vía podría entenderse regulada la restitución de bienes culturales, singularmente mediante la Convención de la UNESCO de 1970 y el Convenio UNIDROIT de 1995, pero estos tratados no regulan la cooperación penal, con lo que el reenvío que opera el citado art. 19 va más en la línea de, como indica el Informe explicativo, tratados como la Convención europea de extradición o la Convención europea sobre transferencia de personas condenadas, esto es, normas internacionales de carácter penal. Que no haya mención alguna a la repatriación de los bienes culturales puede ser congruente con que, como indica Romeo Casabona (2018: 331), tampoco la Convención de Nicosia ha sido explícita en exceso con “la restitución de dichos bienes, una vez comprobada la existencia de la comisión delictiva, mediante sentencia firme u otros procedimientos más dinámicos que faciliten la devolución a sus propietarios o a los organismos públicos correspondientes”. Pues en mayor medida no ha sido explícita con la posibilidad de devolución de esos bienes a otro Estado, en los supuestos de un tráfico ilícito de bienes culturales de naturaleza transnacional y de acuerdo a los tipos delictivos descritos en la Convención.

Conclusiones

En la regulación internacional del tráfico de bienes culturales, cuyos tratados se sitúan principalmente en un espacio temporal que va de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 1954, a la Convención de la UNESCO para la protección del patrimonio cultural subacuático de 2001, hemos comprobado que las cláusulas de naturaleza penal cuyo objetivo es criminalizar las infracciones sobre los bienes culturales son escasas, carentes de ambición y con un amplio margen de discrecionalidad para que los Estados, si así lo desean, acaben por trasladarlas a su derecho interno. Otra característica esencial de ese período es la falta de un tratado internacional de carácter penal aplicable al tráfico ilícito de bienes culturales. Había, en ese sentido, una auténtica laguna en la normativa internacional sobre la protección del patrimonio cultural. Y no puede deberse sino a la falta de convicción de los Estados, que por un lado desean conservar sus prerrogativas penales y, por otro, no habían alcanzado el punto de alarma social que lleva a implicarse en la adopción de normativa internacional de carácter vinculante.

Sin embargo, en la última década, el panorama ha cambiado y la tendencia a la criminalización del tráfico ilícito de bienes culturales se ha vuelto más acusada y ha obtenido un vigoroso impulso como un componente más de la reacción de la comunidad internacional ante acontecimientos como la destrucción deliberada del patrimonio cultural por el Estado Islámico y organizaciones afines, la constatación de que estas organizaciones estaban recurriendo al tráfico ilegal de bienes culturales para financiar sus actividades terroristas y, en general, la creciente implicación de la delincuencia organizada en dicho tráfico. Tales acontecimientos han supuesto un auténtico aldabonazo para la comunidad internacional y explican algunos de los desarrollos últimos de la normativa internacional. En especial, dos textos internacionales que alcanzan un cierto grado de complementariedad y vienen a colmar la laguna en la normativa internacional antes aludida. Los dos textos, que hemos analizado con detenimiento, son las Directrices internacionales sobre las respuestas de prevención del delito y justicia penal al tráfico de bienes culturales, de 2014, y la Convención de Nicosia de 2017 sobre las infracciones relativas a los bienes culturales, de 2017. La complementariedad entre estos dos textos se presenta en varios aspectos: el primero es no vinculante, mientras que el segundo es obligatorio para sus Estados Partes, cuando entre en vigor; el primero —en tanto que aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas— tiene un alcance universal, dirige sus propuestas a todos los Estados, mientras que el segundo —adoptado en el marco del Consejo de Europa— es un instrumento de uniformización del Derecho Penal de carácter regional, si bien cuenta con un mecanismo que permite que se sumen Estados de otras latitudes geográficas, una vez entre en vigor.

¿Cuál es el porvenir que les espera a ambos textos y, por lo tanto, a la protección penal del patrimonio cultural sometido al tráfico ilícito? Las Directrices,

en tanto que texto no vinculante, quedan al albur de la voluntad de los Estados que deseen encontrar en ellas una guía para fortalecer su respuesta penal para los delitos sobre los bienes culturales. Ya dijimos que no se había producido una entusiasta y universal reacción a favor de las Directrices, que habían logrado el apoyo de los Estados de origen y la reluctancia de los Estados de mercado. Ese mismo clímax se aplicará al futuro de la Convención de Nicosia, con la circunstancia de que, al ser un tratado internacional, surge el interrogante de si acabará por entrar en vigor, a diferencia de lo que sucediese con su antecesora, la Convención de Delfos de 1985. Ciertamente es que el umbral para la entrada en vigor no es muy exigente —cinco Estados de los que tres deben ser miembros del Consejo de Europa—, y que ya cuenta con dos ratificaciones, pero tampoco parece haberse provocado un flujo constante y creciente de países aproximándose a este tratado: doce Estados han firmado la Convención de Nicosia en los dos años desde la apertura a la firma, lo que duplica los datos de

la fracasada Convención de Delfos, pero que solo se han concretado en las dos ratificaciones mencionadas.

Descontado ese incierto panorama, lo que sí puede afirmarse de la Convención de Nicosia es que constituye un decidido paso adelante en la regulación penal del tráfico ilícito de bienes culturales, y que, como apunta Derek Fincham (2019), aporta un marco que ofrece una visión convincente de cómo regular mejor el tráfico ilícito de bienes culturales, colocando el foco no tanto en los objetos mismos cuanto en los distintos aspectos del tráfico transnacional y sus elementos ilícitos.

Luis Pérez-Prat Durbán

Universidad Pablo de Olavide
lperpra@upo.es

Data de recepció: 28/09/2019
Data d'acceptació: 18/01/2020

Bibliografía

- ABRAMSON, R. D. y HUTTLER, S. (1973). The Legal Response to the Illicit Movement of Cultural Property. *Law & Policy in International Business*, 5.
- ALDERMAN, K. L. (2012). Honor Amongst Thieves: Organized Crime and the Illicit Antiquities Trade. *Indiana Law Review*, 45: 601-627.
- BIECZYNSKI, M. M. (2017). The Nicosia Convention 2017: A New International Instrument Regarding Criminal Offences against Cultural property. *Santander Art and Culture Law Review*, 2/2017 (3): 255-274.
- BROWN, J. (2017). The 2017 Blood Antiquities Convention - Protecting Cultural Property through Criminal Law. 4 July 2017 <<https://grojil.org/2017/07/04/the-2017-blood-antiquities-convention-protecting-cultural-property-through-criminal-law/>>.
- FINCHAM, D. (2019). The Blood Antiquities Convention as a Paradigm for Cultural Property Crime Reduction. *Cardozo Arts & Entertainment*, 37: 299-336.
- MANACORDA, S. (2014). Gli Strumenti di contrasto del traffico illecito di beni culturali: Le recenti iniziative a livello internazionale. En: S. MANACORDA y A. VISCONTI. *Protecting Cultural Heritage as a Common Good of Humanity: A Challenge for Criminal Justice*. ISPAC. Milán: 33-41.
- MERON, T. (1998). Is International Law Moving towards Criminalization? *European Journal of International Law*, 9: 18-31.
- MERRYMAN, J. H. (1986). Two Ways of Thinking about Cultural Property. *American Journal of International Law*, vol. 80, 4: 831-853.
- NAFZIGER, J. A. R. (1985). International Penal Aspects of Protecting Cultural Property. *The International Lawyer*, vol. 19, 3 (Summer 1985): 835-852.
- NÚÑEZ PAZ, M. Á. (2018). Protección internacional del patrimonio cultural y terrorismo. En: GUIASOLA LERMA, C. (dir.). *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia: 199-229.
- O'KEEFE, R. (2010). Protection of Cultural Property under International Criminal Law. *Melbourne Journal of International Law*, vol. 11, Issue 2.
- PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. (2016). El Estado, El Estado Islámico, la comunidad internacional y la destrucción intencional de las ruinas. En: PALOMERO PÁRAMO, J. (ed.). *Roma Qvanta Fvit Ipsa Rvina Docet. Nicole Dacos in Memoriam*. Universidad de Huelva: 133-194.
- ROMEO CASABONA, C. M. (2018). El Convenio del Consejo de Europa de 2017 sobre delitos relacionados con los bienes culturales". En: GUIASOLA LERMA, C. (dir.). *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia: 319-229.
- TÖNGÜR, A. R. (2018). Prevention of Illegal Trafficking and Transfer of Cultural Properties in the Light of United Nations Conventions. *MANAS Journal of Social Studies*, vol. 7, 2: 91-110.
- WILLIAMS, P. R. y COSTER, C. (2017). Blood Antiquities: Addressing a Culture of Impunity in the Antiquities Market. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 49: 103-114.

