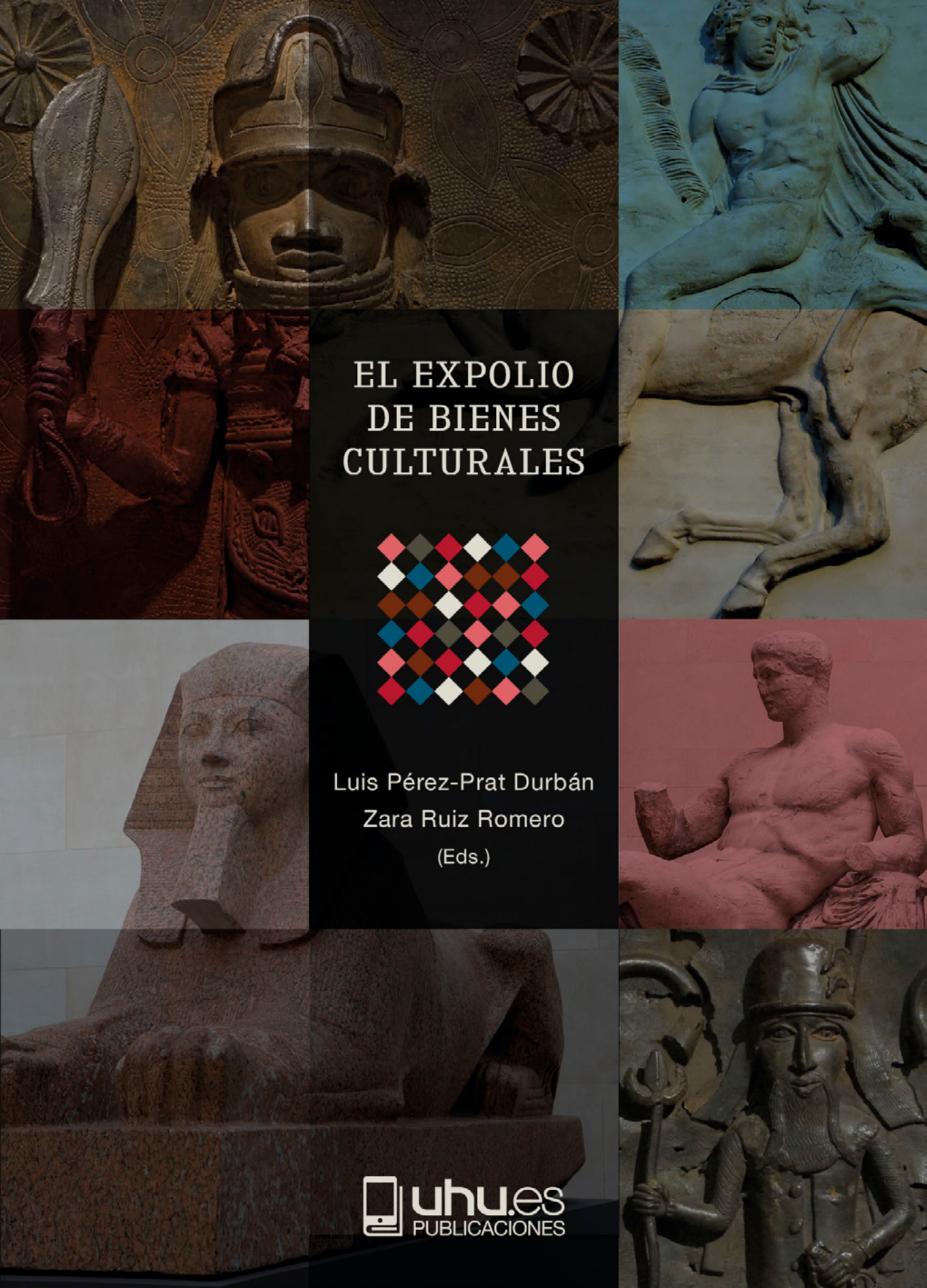
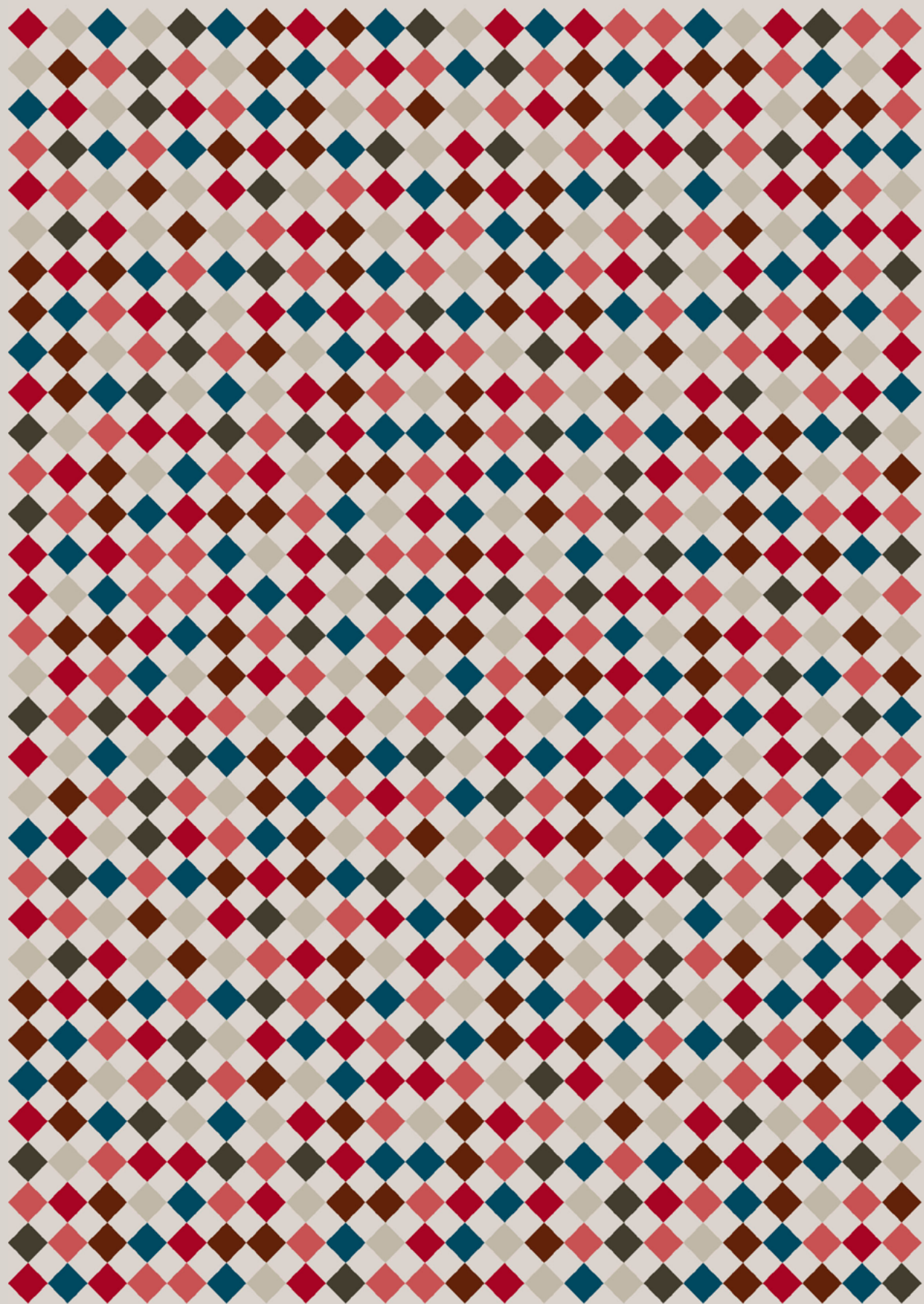




EL EXPOLIO DE BIENES CULTURALES

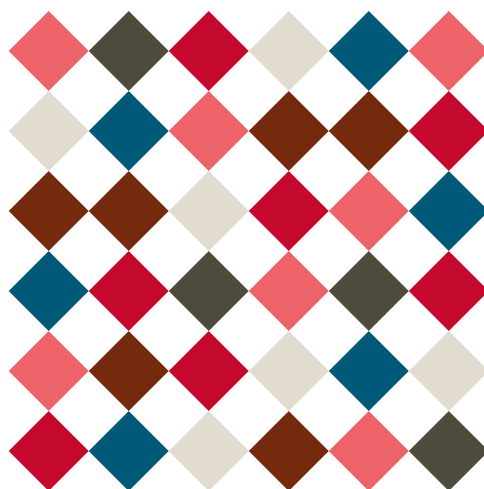


Luis Pérez-Prat Durbán
Zara Ruiz Romero
(Eds.)





EL EXPOLIO DE BIENES CULTURALES



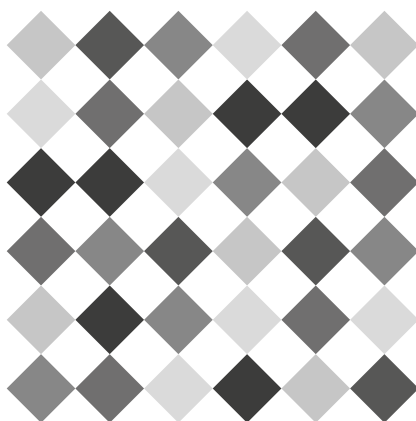


EL EXPOLIO DE BIENES CULTURALES

.....

Luis Pérez-Prat Durbán
Zara Ruiz Romero

(Eds.)



DATOS EDICIÓN

PRIMERA EDICIÓN EN FORMATO EBOOK: ENERO 2023

PRIMERA EDICIÓN EN FORMATO PAPEL: ENERO 2023

© Servicio de Publicaciones
Universidad de Huelva

© Luis Pérez-Prat Durbán (Ed.)
© Zara Ruiz Romero (Ed.)

I.S.B.N. (Papel): 978-84-19397-25-6

I.S.B.N. (.pdf): 978-84-19397-26-3

I.S.B.N. (epub): 978-84-19397-27-0

Depósito legal: H 363-2022

PAPEL

Papel

Cartulina gráfica 250 g / estucado mate 120 g

Encuadernación

Encuadernación fresada PUR.

Printed in Spain. Impreso en España.

Maquetación y Ebook

Art&maña Publicitaria (artimana.com)

CEP

El expolio de bienes culturales / Luis Pérez-Prat Durbán/Zara Ruiz Romero (eds.) – Huelva: Universidad de Huelva, 2022

332 p. ; 24 cm. — (Collectanea (Universidad de Huelva) ; 237)

ISBN (papel) 978-84-19397-25-6

ISBN (.pdf) 978-84-19397-26-3

ISBN (epub) 978-84-19397-27-0

1. Patrimonio Cultural 2. Patrimonio histórico – Protección – Derecho. 3. Derecho internacional. I. Pérez-Prat Durbán, Luis. Ruiz Romero, Zara. II. Universidad de Huelva. III. Título. IV. Serie 341.22

Obra sometida al proceso de evaluación de calidad editorial por el sistema de revisión por pares

Publicaciones de la Universidad de Huelva
es miembro de UNE

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutivo de delito contra la propiedad intelectual.

Esta publicación ha sido realizada en el marco del proyecto “Ruinas, expolios e intervenciones en el patrimonio cultural” (referencia UPO-1264180), financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, 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 cofinanciación FEDER 80%).



EL EBOOK LE PERMITE



Citar el libro



Navegar por marcadores e hipervínculos



Realizar notas y búsquedas internas



Volver al índice pulsando el pie de la página



Comparte
#LibrosUHU



Únete y comenta



Novedades a golpe de clic



Nuestras publicaciones en movimiento



Suscríbete a nuestras novedades



ÍNDICE

Luis Pérez-Prat Durbán Zara Ruiz Romero	9
Palabras previas	
Yolanda Ortiz Mallol.....	15
La defensa del patrimonio cultural en sede penal: problemáticas en la práctica judicial	
Montserrat de Pedro Esteban.....	43
La lucha contra el expolio	
Cristina Guisasola Lerma.....	51
Expolio y contrabando de bienes culturales	
Donna Yates Diāna Bērziņa.....	75
Criminological Frameworks for Understanding Mexican Antiquities in Contemporary European Auctions	
Macarena Guerrero Lebrón	91
Una aproximación jurídica al expolio de obras de arte en la República romana a propósito de un episodio de la acusación de Cicerón contra Verres	
Antonio Lazari	115
La normativa penal internacional contra el expolio en tiempos de paz: desde los tótems iusinternacionalistas al movimiento <i>Black Lives Matter</i>	
Juan José Periago Morant Mariano J. Aznar Gómez	167
Expolio del patrimonio cultural subacuático: régimen jurídico en España	
Soledad Torrecuadrada García-Lozano	199
Los bienes culturales en caso de conflicto armado	
Zara Ruiz Romero	229
El <i>Códex Trujillo</i> del Perú, ¿patrimonio español, peruano... o compartido?	
Luis Pérez-Prat Durbán	265
El retorno de los bienes culturales	



Palabras previas



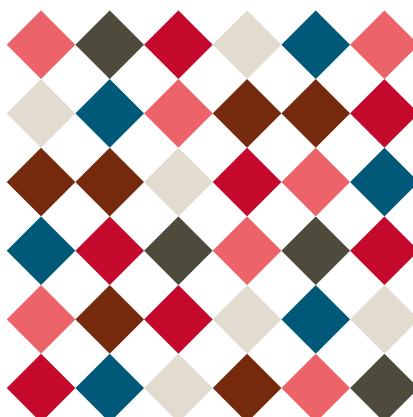
Luis Pérez-Prat Durbán

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Zara Ruiz Romero

Investigadora posdoctoral

Universidad Pablo de Olavide





Sostiene el Diccionario de la RAE que expoliar es despojar algo o a alguien con violencia o con iniquidad. El expolio de los bienes culturales, sea a través del saqueo, del pillaje, del robo, de la apropiación indebida, de la excavación ilegal destructora de yacimientos y de sus contextos culturales, de la remoción aprovechándose de una posición de dominio colonial, ha sido un fenómeno ampliamente extendido. Y una actividad intemporal. Ya Cicerón, en sus *Verrinas* –discurso contra Cayo Verres, corrupto propretor de Sicilia– distinguía entre las figuras de *spolia* y *spoliatio*, para hacer ver que los despojos de objetos artísticos conseguidos en tiempo de guerra tenían un origen legítimo, mientras que la apropiación de dichos objetos en tiempo de paz, extraídos por la fuerza de ciudades amigas y de aliados carecía de legitimidad. Con el paso del tiempo algo ha cambiado, pues ahora las normas internacionales prohíben también el expolio de bienes culturales en tiempo de guerra. Pero este es muy habitual, pues los que a ello se dedican se aprovechan de las situaciones de conflicto armado, de inexistencia de vigilancia estatal sobre los bienes culturales, como sucede en Siria, Irak o Libia, para apropiarse de bienes culturales desprotegidos y lanzarlos al mercado negro, en ocasiones con la finalidad de financiar actividades de terrorismo internacional. El Estado Islámico ha recurrido habitualmente a estas prácticas. De hecho, la primera operación en el mundo que se desarrolló contra el contrabando de bienes culturales ligado a la financiación de grupos asociados al Estado Islámico fue en 2018, en España, cuando la policía de nuestro país detuvo en Barcelona a dos personas, uno de ellos experto en arte antiguo, que formaban parte de una red internacional que introducía en



España ilegalmente obras de arte de origen cirenaico y tripolitano (Libia), con el objetivo de financiar el terrorismo¹.

Pero no todo sucede en situaciones de conflicto: en 2015, la Guardia Civil desarticuló una red dedicada al expolio de bienes culturales provenientes de Egipto, en el marco de la operación *Hierática*, siendo detenidos implicados en Tortosa y Barcelona, y también en Egipto, pues en la operación hubo cooperación policial con el país africano. Se intervinieron 36 bienes culturales provenientes de yacimientos arqueológicos egipcios de Saqqara y Mir Rahina². Y tampoco todo sucede en situaciones de internacionalidad, no son escasos los casos de expolio que se consuman en un único país y que no trascienden la frontera. En efecto, en octubre de 2022, la Policía Nacional detuvo en Torre Pacheco (Murcia) a un nonagenario que llevaba siete décadas dedicado al expolio de bienes culturales y atesoraba una colección en la que figuraban cañones de galeones, una columna romana, ánforas, pilas bautismales, anclas de plata, hasta vagonecitas de la Sierra Minera declaradas BIC³.

Por lo tanto, no es preciso enfatizar más la necesidad del estudio del fenómeno del expolio de los bienes culturales, contra el que se combate tanto nacional como internacionalmente. Esta ha sido una de las líneas de investigación desarrollada en el seno del proyecto "Ruinas, expolios e intervenciones en el patrimonio cultural", Proyecto I+D+i financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, de la Junta de Andalucía, en marco del programa operativo FEDER Andalucía 2014-2020 (ref. UP0-1264180). En esa dirección, se organizó un seminario internacional a través del aula virtual de la Universidad Pablo de Olavide, los días 23 y 30 de marzo de 2022, precisamente bajo el título "El expolio de bienes culturales". Las contribuciones de los ponentes, posteriormente elaboradas y perfeccionadas por escrito, son las que integran este libro.

A la hora de analizar, con un tratamiento selectivo, las múltiples facetas de este proteico fenómeno que es el expolio de los bienes culturales, optamos

1 Véase en https://elpais.com/politica/2018/03/28/actualidad/1522238844_527259.html.

2 Véase en <https://observatorio.cisde.es/archivo/la-guardia-civil-desarticula-una-red-que-expoliaba-bienes-culturales-a-egipto/>.

3 Véase en <https://www.laopiniondemurcia.es/sucesos/2022/10/19/detenido-nonagenario-70-anos-expolio-77434974.html>.



por lanzar miradas multidisciplinares. Para un ineludible examen del expolio desde la perspectiva procesal, contamos con Yolanda Ortiz Mallol, Fiscal Delegada de Medio Ambiente de la Fiscalía Provincial de Sevilla, que es la persona competente en esa sede para la protección del patrimonio histórico y cultural. La visión imprescindible de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado la aporta Montserrat de Pedro Esteban, Jefa de la Brigada de Patrimonio Histórico de la Policía Nacional. Desde la academia, la vertiente penalista del expolio y el contrabando de los bienes culturales corre a cargo de Cristina Guisasola Lerma, catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Valencia. El punto de vista criminológico ha venido servido por Donna Yates, Associate Professor del Departamento de Criminal Law and Criminology de la Maastricht University junto a Diāna Bērziņa, investigadora de la misma institución.

Un punto histórico y de peculiar interés, referido al expolio en la época de la República Romana, precisamente sobre Cicerón y sus *Verrinas*, lo aborda Macarena Guerrero Lebrón, profesora titular de Derecho Romano de la Universidad de Sevilla. La visión internacionalista del expolio acaecido en el contexto de un conflicto armado la trata Soledad Torrecuadrada García-Lozano, catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid. Los aspectos del expolio en el caso del patrimonio cultural subacuático son de la responsabilidad de Juan José Perriago Morant, profesor contratado doctor de Derecho Penal y Mariano Javier Aznar Gómez, catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, ambos de la Universitat Jaume I. Si antes se había tratado el expolio en tiempos de conflicto armado, otro tanto procedió para su estudio en el ámbito internacional en tiempo de paz. Ese tema es el que trata en esta publicación Antonio Lazari, profesor titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Pablo de Olavide. Las dos últimas aportaciones tienen un tema en común, que es una consecuencia inmediata de la comisión de un expolio o de la adquisición polémica de una obra: ¿a quién pertenece el bien, cuando resulta que hay un poseedor, tal vez de buena fe, y un reclamante, el desposeído? Zara Ruiz Romero, investigadora posdoctoral de la Universidad Pablo de Olavide, aborda un caso singular, el del *Códex Trujillo*; por su parte, Luis Pérez-Prat Durbán, catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Pablo de Olavide dibuja los rasgos generales de la cuestión del retorno de los bienes culturales expoliados. A todos los intervinientes aprovechamos para agradecerles tanto su disposición para participar en el seminario del que trae causa esta publicación como las aportaciones que figuran en ella.



Luis Pérez-Prat Durbán | Zara Ruiz Romero

No quisiéramos terminar sin agradecer al Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva sus desvelos y buen hacer que posibilitan no sólo la aparición de esta obra, sino su posterior difusión. Queda ahora en manos de los lectores.

Luis Pérez-Prat Durbán
Zara Ruiz Romero



La defensa del patrimonio cultural en sede penal: problemáticas en la práctica judicial



Yolanda Ortiz Mallol

Fiscal, Fiscalía Provincial de Sevilla





1

Introducción: evolución de la protección penal del patrimonio histórico en el Código Penal de 1995

Define Ambrose Bierce¹ el pasado como "aquella minúscula fracción de una parte de la eternidad de la que tenemos un escaso y lamentable conocimiento". "El pasado –nos dice– es el futuro de ayer y el futuro es el pasado de mañana. Son uno y lo mismo: el conocimiento y el sueño".

Me gusta especialmente la aproximación, porque pone el acento en lo que de vital posee el tiempo pretérito: la historia –esto es, nuestro pasado común– como fuente de conocimiento y como vía primordial para alcanzar el sueño; lo que implica que, cuando destruimos los vestigios del pasado, estamos arruinando también nuestros sueños colectivos.

La defensa de lo colectivo ha padecido en el ámbito penal de importantes flaquezas. Previamente a la entrada en vigor del Código Penal de 1995, existía un completo desequilibrio entre propiedad pública y privada en lo referente a la reacción del aparato punitivo frente a potenciales ataques al bien jurídico. Y esto alcanzaba no sólo al patrimonio cultural, sino también al medioambiente y a la distribución del espacio de todos, la ordenación territorial. Deprimir un paisaje tenía menor consecuencia que ejercer de Carpanta hurtando al vuelo un jamón, lo que daba buena muestra de lo escasamente concienciados que, como sociedad, estábamos de lo mucho de interés personal que había en lo propiamente general. En el caso del patrimonio cultural, el anterior Código Penal se caracterizaba por una regulación exigua e integrada en tipos más genéricos; tal era el caso del delito de daños cuando afectaba a un archivo, registro, museo, biblioteca, gabinete científico, institución análoga o en el Patrimonio Histórico-Artístico Nacional (art. 558), los daños agravados en atención al especial valor histórico, artístico o

¹ BIERCE, Ambrose, *El diccionario del diablo*, DeBolsillo, Barcelona, 2007 (traducción de Vicente Campos).



cultural (art. 563 bis a) o el incendio que alcanzaba a un archivo o museo general del Estado (art. 547). Se hacía, pues, necesario dibujarle una nueva silueta a la ley penal, y eso exigía engrosarla por determinados flancos².

El Código Penal de 1995 se propone nivelar la balanza para responder a las exigencias de la Constitución, cuyo art. 46 prevé de forma expresa la aplicación de la ley penal frente a los ataques más graves al patrimonio histórico, cultural y artístico como expresión, en palabras de García Calderón, "del nuevo modelo democrático de convivencia que se inicia en España y recuerda la necesidad de respetar el nuevo orden de valores jurídicos que los españoles ratificaron a través del sufragio en el referéndum constitucional del 6 de diciembre de 1978"³. Por tanto, un legislador penal concienciado, pero con escasa comprensión de una materia cuyas especificidades habrían requerido un tratamiento distinto, tanto respecto del recibido en el momento inicial como del dispensado por las posteriores redacciones. De esta forma, el hecho de que se creara un capítulo dedicado a los delitos sobre el patrimonio histórico, pero que sólo recogiera conductas constitutivas de daños, abocaba a la dispersión normativa y, ésta, a una serie de problemáticas surgidas en la aplicación de la ley que se habrían reducido de haberse sistematizado la materia en torno a, no ya al tipo de ilícito, sino el bien jurídico protegido. La disgregación genera inevitablemente desconexión.

El mejor ejemplo del desconocimiento que tenía el legislador del '95 sobre la materia que estaba abordando lo tenemos en la cuantificación del destrozo como medida de calificación de la conducta. Al partirse del delito genérico de daños (art. 263 CP) para regular el específico, fueron asumidas las bases economicistas sobre las que se sustentaba aquél, de modo que, en función de que el menoscabo fuese superior o no a 400 euros (inicialmente de 50.000 pesetas), la conducta pasaba a ser constitutiva de un delito del art. 323 CP o una falta del art. 625 CP. Tal y como advertía Rodríguez Temiño, se confundía valor y precio, mecánica necia⁴ propia de la segunda mitad del s. XX, donde "la economicidad de lo que se comenzó a denominar como bienes culturales se ha convertido en uno de los principales caballos de batalla en la reflexión sobre su naturaleza y

² ORTIZ MALLOL, Yolanda, *Norma y vida. Reflexiones de una fiscal en activo*, Editorial Athenaica, Sevilla, 2021.

³ GARCÍA CALDERÓN, Jesús, "La defensa penal de la cultura. Límites de la regulación española", *Revista del Ministerio Fiscal*, 5 (2018), pp. 105-137.

⁴ Ya advirtió Francisco de Quevedo en el s. XVII que "solo el necio confunde valor y precio", lo que reformuló Antonio Machado en el XX con "todo necio confunde valor y precio".



las formas adecuadas para su gestión"⁵. Afortunadamente la L.O. 1/2015 de 30 de marzo superó esta rémora, si bien tuvo lugar después de que la reforma operada en 2010 obviase completamente el capítulo dedicado a nuestro patrimonio cultural. Plausible también fue la modificación introducida en la apropiación indebida, pasando de la intrincada y gratuita expresión "cosa perdida o de dueño desconocido" (antiguo art. 253 CP) a la de "cosa mueble ajena" (actual art. 254 CP). Reforma que permitía superar las discusiones acerca de las posibilidades de la figura, en el caso de los yacimientos no catalogados, aun cuando siga siendo la cuestión caballo de batalla en los tribunales, como veremos más adelante.

Otros aspectos de la reforma fueron, sin embargo, menos afortunados, tanto por el hecho de no haber aprovechado la oportunidad para corregir inexplicables disfunciones como porque introdujeron nuevos desatinos, entre ellos abrir una auténtica caja de Pandora.

Comenzando con el aspecto menos efectista, había diferencias de tratamiento en la ley que carecían plenamente de justificación. Tal era y es el caso de la pena de inhabilitación especial, prevista en el art. 321 CP y ausente en el art. 323 CP, o la distinta dureza sancionadora de la prevaricación especial según se trate de la relacionada con el patrimonio histórico o la ordenación territorial⁶. Aunque, en lo relativo a la pena, las modificaciones introducidas en 2015 también dejan mucho que desear. La eliminación de la barrera crematística fue acompañada de un –tal vez– lógico tratamiento de la pena, pasando del carácter acumulativo al alternativo. Pero esto, que puede tener su razón de ser en el tipo básico, lo pierde por completo en el agravado, donde una pena de multa carece de toda justificación; sobre todo, porque no se contempla en ningún otro menoscabo a bienes de dominio público⁷. Tampoco se comprende que la reforma se olvidara del tipo imprudente del art. 324 CP, para el que mantuvo los lastres de la regulación original, tanto en lo referente a la cuantificación del daño como al catálogo de espacios y lugares

5 RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio, "Una propuesta alternativa a la tasación del conjunto de monedas del Olivar de Zaudín (Tomares, Sevilla)", en YÁÑEZ, Ana y RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio (eds.), *¿Cuánto valen los platos rotos?* JAS Arqueología Editorial, Madrid, 2021, p. 427.

6 Originariamente el legislador adjudicaba la misma pena a las conductas de los arts. 320 y 322 CP: la establecida en el artículo 404 CP y, además, la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses. Sin embargo, la reforma operada en 2010 alcanzó al art. 320 CP, que pasó a establecer como sanción, además de la prevista en el artículo 404 CP, la prisión de un año y seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

7 El art. 263.2. 4º CP contempla la pena de prisión y multa.



simplificado en el tipo doloso. O el hecho de que, respecto del resto de tipos penales que prevén la protección del patrimonio cultural, en todos los casos se haga referencia a cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico (art. 235.1º, art. 254.1º, 298.1 CP), a excepción del delito de estafa, que lo hace respecto de bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico. Las palabras no son inocentes y la utilización del término *patrimonio* frente a *valor* pudiera hacer pensar en una conceptualización formal del bien que, en realidad, no existe, tal y como recuerda Cristina Guisasola, citando a González Cussac y Faraldo Cabana⁸, de modo que no había necesidad de realizar distinciones formales allí donde el contenido resultaba ser idéntico; en definitiva, un bien con un valor específico. Un tratamiento diferente de la cuestión habría carecido de sentido, además de haber contradicho las pretensiones de nuestro texto fundacional, que protege los valores culturales en sentido amplio ("cualquiera que sea su régimen jurídico", dice la Constitución). Cuestión ésta que aclaró muy tempranamente el Tribunal Supremo, cuya sentencia de 3 de junio 1995 afirmaba que "no hace falta la declaración previa por parte del organismo correspondiente del Patrimonio Histórico, sino que es suficiente la existencia del conocimiento por parte del acusado del relevante valor arqueológico de los restos"⁹. Y, en el mismo sentido, tres años más tarde el Tribunal Constitucional, en sentencia 181/1998 de 17 de septiembre, venía a confirmar que basta con el valor intrínseco de los bienes, sin necesidad de que estén incluidos en un inventario o declarados formalmente de interés cultural. Por tanto, el bien jurídico protegido será, en palabras de García Caderón, "cualesquiera bienes materiales que ostentan un valor cultural, histórico o antropológico innegable"¹⁰.

8 GUISASOLA LERMA, Cristina, "La tutela penal indirecta de los bienes culturales en el ordenamiento español", *Revista del Ministerio Fiscal*, 5 (2018), p. 42.

9 Y así lo viene a confirmar en la jurisprudencia ulterior. La STS 915/2003, de 12 de Febrero de 2003 (Sala Segunda) afirma: "... la reivindicabilidad de la obra en cuestión no deriva de su titularidad sino de la propia naturaleza de la misma, en la interpretación adoptada por los Jueces *a quibus* y que aquí se combate (...). La interpretación amplia de la consideración de un bien como de interés cultural, histórico o artístico, aunque no reúna los requisitos formales de orden administrativo, contemplados en la Ley del Patrimonio Histórico de 1985 (inclusión en Inventario general, etc.), aplicable al tiempo de los hechos enjuiciados y precedente de la hoy vigente, de 21 de Enero de 1994, viene establecida en el propio artículo 46 de la Constitución Española que encomienda a los Poderes públicos la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España '...cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad...'".

10 GARCÍA CALDERÓN, Jesús, "Un concepto jurídico propio para la arqueología", *Cuadernos de Prehistoria y Arqueología de la Universidad de Granada*, 21 (2011), p. 208.



Aunque, sin lugar a dudas, la gran disfunción introducida por la reforma, la anunciada caja de Pandora, fue la inclusión, como nuevo verbo rector, del expolio sin facilitar una definición del mismo. Como sabemos, son muchas las teorías propuestas por la doctrina, y los matices son importantes; no obstante, podemos distinguir dos bloques claramente distanciados y un tercero que pretende ejercer de bisagra. De esta forma, el péndulo oscila entre los autores que adjudican al vocablo normativo la suma de daño más sustracción, acogiendo la definición gramatical del DRAE, para el que expoliar significa "despojar algo a alguien con violencia o iniquidad", y aquellos otros que centran la definición en la pretensión del legislador de adelantar la barrera penal para abarcar el daño estratigráfico. Las consecuencias de una y otra postura, en lo que al juego de la norma se refiere, no son baladíes, como veremos más abajo. En cuanto a la tercera vía, consistiría en absorber la sustracción en el daño únicamente en supuestos de hallazgos de escaso valor material o científico.

En lo que sí hubo unanimidad fue en excluir la definición legal ofrecida por la Ley de Patrimonio Histórico Español, que habría sido la respuesta lógica en unos tipos penales en blanco que reconducen a la ley administrativa para dotarse de contenido. Sin embargo, la excesiva indefinición del art. 4 LPHE ("toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, o perturbe el cumplimiento de su función social") confrontaba totalmente con la mínima seguridad jurídica que exige el Derecho Penal.

La realidad es que ni una ni otra definición –la gramatical y la normativa– encajan de forma plena en las intenciones del legislador al incluir el término y esto ha provocado, como se comentaba, un baile de propuestas, a nivel doctrinal y jurisprudencial, que resulta sugerente a la par que innecesario en una esfera tan delicada como la criminal.

Una vez excluida la interpretación normativa, y ante la ausencia de otros conceptos, C. Guisasola acoge la definición de la Real Academia e integra en el término tanto la remoción del terreno –ya se causen daños materiales o inmateriales– como la posterior sustracción¹¹, estimando que la nueva regulación viene a desterrar la solución del concurso de delitos. En la misma línea se sitúa Javier Rufino Rus, quien, consciente de la falta de lógica sistemática en que se incurre al dar la misma respuesta penal al sujeto que se apropia

¹¹ GUIASOLA LERMA, Cristina, "La tutela penal indirecta...", ob. cit., pp. 46 y ss.



o hurta los efectos derivados del expolio y a aquel que sólo daña el registro arqueológico, propone la aplicación del tipo agravado en los casos en que lo sustraído tenga un valor relevante o el daño causado sea de especial gravedad¹². Y Pilar Otero González, aun cuando parte de la definición de la LPHE, admite la necesidad de reducir su inconcreción y pasa a definir el expolio como “un delito mutilado de dos actos en el que basta la excavación ilegal con ánimo de obtención de restos aunque luego no se obtengan”¹³, lo que supone para la autora adelantar la barrera punitiva, pero también excluir el hurto y la apropiación desde el momento en que configura la obtención de los efectos como el segundo acto de una acción partida en dos.

Ángel Núñez Sánchez conceptúa, sin embargo, el expolio como una cláusula de cierre, una tipificación residual para evitar supuestos de impunidad, el “adelantamiento de la barrera punitiva frente a actos de puesta en peligro –aunque con excavación o remoción de tierras– del yacimiento”¹⁴. Atiende con ello al aspecto del daño en que, sin causarse una determinada merma en la cosa, se perturba su función social y se acerca de ese modo a la tesis de Paz M. de la Cuesta Aguado, para quien el art. 323 CP viene a diferenciar el perjuicio inmaterial derivado de la pérdida de conocimiento científico (expolio) del perjuicio material (daño)¹⁵. Tesis esta última –la del daño inmaterial– compartida por Antonio Vercher Noguera al referirse al expolio como a “las manipulaciones o intervenciones indebidas en el yacimiento que descontextualizan un entorno histórico y los bienes que lo integran”¹⁶.

¹² RUFINO RUS, Javier, “Respuesta penal a los delitos sobre el patrimonio histórico: novedades tras la reforma en materia de expolio arqueológico”, en *Curso del Centro de Estudios Jurídicos, “Delitos contra el patrimonio histórico. Especial referencia al patrimonio arqueológico”* (Madrid, 29 y 30 de junio de 2017), inédito.

¹³ OTERO GONZÁLEZ, Pilar, “Protección penal de los daños al patrimonio histórico (tras la reforma del código penal operada por la LO 1/2015)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 19 (2015), p. 349.

¹⁴ NÚÑEZ SÁNCHEZ, Ángel M., “El expolio arqueológico y su tratamiento penal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, 5 (2018), p. 78.

¹⁵ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., “La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico. El delito de expolio”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, Aranzadi Thomsom Reuters, Madrid, 2015, pp. 643-654.

¹⁶ VERCHER NOGUERA, Antonio, “El expolio de bienes de patrimonio histórico o la descontextualización penal del entorno”, *Diario La Ley*, 9151 (marzo 2018).



Por su parte, J. García Calderón propone una solución intermedia desde la que, partiendo de la interpretación gramatical del término, se puedan superar las incoherencias surgidas en los escenarios donde confluyen ambas acciones (excavar y sustraer). Constituye la tercera vía de la que hablábamos, y la tesis consiste en diferenciar los bienes arqueológicos hallados según tengan o no un destacado valor científico o material: si gozan de suficiente relevancia justificarán el concurso de delitos entre el expolio y el hurto o la apropiación indebida; y, en otro caso, la sustracción quedará integrada en el acto de expoliar¹⁷.

También los tribunales se han aplicado en el intento de definir qué constituye el expolio. Tal es el caso de la SAP Lleida 138/19, de 20 de marzo, que se abordará más adelante, donde es descrito como el "daño colateral" consistente en la "pérdida de las referencias del contexto histórico del yacimiento en el que se produce la sustracción".

Daño colateral frente a daño directo, inmaterial frente a material, daño a la función social de la cosa frente al menoscabo a su corporeidad... En definitiva, diversidad de enfoques para cubrir las lagunas de una norma que o debiera haber ofrecido una definición o haber hecho uso de otro vocablo más próximo a lo que se pretendía tipificar. Antonio Roma Valdés propuso¹⁸ una regulación alternativa del tipo penal, castigando "con la pena de prisión de uno a tres años a quien, sin la debida autorización, realizare cualquier clase de excavación o remoción de tierras con la intención de obtener los restos arqueológicos que contuvieren los terrenos, así como a quien portare equipamiento adecuado con el mismo fin. Si se hubiesen encontrado materiales arqueológicos, se pondrán inmediatamente en conocimiento de la Administración competente"¹⁹. García Calderón, por su parte, sugería hablar de "excavación no autorizada"²⁰ como forma de eludir el término expolio. Y la Red de Fiscales de Medioambiente, en unas de sus conclusiones anuales, se decantaba por sustituir el término "expolio" por

17 GARCÍA CALDERÓN, Jesús M.ª, "Los delitos sobre el patrimonio histórico español. Los daños dolosos a los bienes culturales (art 323 CP)", en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 741-766.

18 ROMA VALDÉS, Antonio, "Por una reforma de la protección penal del Patrimonio Cultural", *Patrimonio Cultural y Derecho*, 9 (2005).

19 GARCÍA CALDERÓN, Jesús (citado por), "Un concepto jurídico propio...", ob. cit., p. 214.

20 GARCÍA CALDERÓN, Jesús M.ª, *La Defensa Penal del Patrimonio Arqueológico*, Madrid, 2016, pp.136 y ss.



la expresión "descontextualización penal del entorno arqueológico". Cualquiera de las opciones habría evitado, sin duda, tanta literatura²¹.

Y es más que probable que el legislador no cayera en la cuenta de que la definición legal a que remitía la norma penal en blanco era impracticable en sede penal, como tampoco que el significado gramatical del término derivaba en un resultado opuesto al pretendido, lo que constituye un claro ejemplo del vértigo y la asistematicidad con que se regula en los últimos tiempos.

Valorado todo en su conjunto, acaba uno concluyendo que, para dibujar semejante panorama, habría sido mejor dejar las cosas como estaban. Ciertamente, la dispersión de interpretaciones en la jurisprudencia menor, propia de los delitos que, por razón de la pena, no alcanzan un pronunciamiento del Tribunal Supremo (salvo supuestos de conexidad con otros delitos castigados con penas más elevadas), aconsejaba la clarificación de la materia, pero, de hecho, ya se estaban dictando sentencias que asumían plenamente el daño estratigráfico, el daño a la función social de los bienes arqueológicos, como susceptible de protección penal, por lo que este camino lento habría sido preferible a un estado de las cosas donde un sector doctrinal (y jurisprudencial) funde el daño en la sustracción, o viceversa.

Ejemplo de esta progresiva concienciación, que en sede judicial se estaba gestando sobre la distinta naturaleza del daño a nuestro patrimonio cultural, lo tenemos en la SAP de Córdoba 440/17, según la cual "...también se ocasionan daños cuando se mueven los niveles estratigráficos del yacimiento, por cuanto se desencuadran los datos que hubiesen podido proporcionar los objetos hallándolos en el lugar donde reposaban, a efectos de conocer su contexto histórico y resulta evidente, a la vista de los informes periciales, que estos niveles estratigráficos se destrozaron con aquellas actuaciones; sin perjuicio de que

21 En el caso de la expresión "excavación no autorizada" se habría dado paso, sin embargo, a una nueva discusión doctrinal, ya que, siguiendo a Ignacio Rodríguez Temiño, el término excavación —en este contexto— tiene un significado claro que le otorga el art. 42 LPHE; esto es, una remoción de terrenos científica dirigida por una persona autorizada. En puridad, las excavaciones ilegales son aquellas actuaciones de esta naturaleza que no han sido autorizadas por la administración competente aun cuando su vocación académica sea irreproachable; por tanto, cuando hablamos de remociones no guiadas por un ánimo académico ni por personal competente deberían denominarse de otra forma —remociones ilegales u otro cualquier término—, pero no usar una expresión con connotaciones legales tan precisas (RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio, "Reseña: ROMA VALDÉS, Antonio, *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, Editorial Comares S.L., Granada, 2008", *Patrimonio Cultural y Derecho*, 13 (2009), pp. 447-450).



los testigos oculares ponen de manifiesto la existencia de daños concretos en los materiales provocados por el arado o la grada". Y en la misma línea la SAP Huesca 255/16 (Cueva de Chaves), que condenó los "daños consistentes en el arrasamiento y destrucción de la práctica totalidad de los niveles arqueológicos con cronología neolítica...".

La gravedad de la dispersión interpretativa que la reforma generó reside en que afectó no solo al juego concursal entre el expolio y los delitos contra la propiedad, sino –y tal vez más polémico a nivel de práctica judicial– a las ulteriores conductas de enriquecimiento consistentes en los actos de receptación, cuestiones que pasamos a tratar.

2

El juego de la norma en el expolio

2.1 Los concursos de delitos y de normas. Especial referencia a los yacimientos no catalogados

La diferente postura acerca de si el expolio aglutina o no el daño inmaterial y la sustracción de los bienes hallados afecta, como es sabido, a la aplicación del concurso de normas o de delitos cuando confluyen ambas acciones. Y, dentro de cada postura, las alternativas también se diversifican.

Comenzando con los autores que acuden al concurso de normas por asumir que la figura engloba ambas conductas, hay quienes parten como criterio determinante del principio de especialidad y los que optan por el criterio de la alternatividad. Entre los primeros se encuentra Rufino Rus, para quien la problemática "... ha de resolverse como concurso de leyes y no de delitos por razón del principio de especialidad (art. 8. 1º CP), siendo planteable incluso el principio subsidiario de consunción del 8. 3º; absorbiendo así, además del daño, al acto de apoderamiento"²². Por tanto, según esta tesis, será siempre de aplicación el delito de expolio, y esto conlleva, como veremos y según parte de la doctrina, consecuencias indeseables en lo que a la receptación se refiere.

²² RUFINO RUS, Javier, "Respuesta penal a los delitos...", ob. cit.



Frente a esa tesis, Patricia Faraldo Cabana²³ excluye tanto el principio de especialidad como el de subsidiariedad. El primero, por considerar que no existe la mínima homogeneidad entre los distintos tipos penales –daños por un lado y sustracción o apropiación por otro– que justifique su aplicación. “En el concurso aparente de leyes penales se trata de una especialidad puramente lógica: se aplica cuando entre las leyes en conflicto existe una relación de género a especie”, cosa que no tiene lugar en delitos donde no hay solapamiento alguno de injustos penales. Esto obliga a analizar la posibilidad del principio de subsidiariedad, que también aparta la autora, debido a que “un precepto está en relación de subsidiariedad cuando debe ser aplicado solo en defecto de otro, configurándose como un tipo de recogida para el caso de que no resulte aplicable el tipo principal. En el caso que nos ocupa, no hay un mandato legal que produzca el desplazamiento de la ley subsidiaria. Pero tampoco hay subsidiariedad tácita: entre los preceptos concurrentes no hay una relación *minus-maius* en lo que respecta a las formas de agresión a un mismo bien jurídico”²⁴.

Por tanto, habrá que acudir al tipo penal que imponga la pena más grave. Sin embargo, no resulta homogénea la respuesta a esta cuestión, ya que, si atendemos al tipo básico de expolio, la pena será más alta en el caso del hurto específico del art. 235.1 CP (pena de uno a tres años de prisión) que en el expolio del art. 323.1º CP (entre seis meses y tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses), pero no tratándose de la apropiación indebida del art. 254 CP (prisión de seis meses a dos años) en su juego con el expolio. Y, tratándose del expolio agravado del art. 323.2 CP, al contener el mayor reproche penal –desde el momento en que la pena puede alcanzar hasta cuatro años y medio de prisión– será siempre de aplicación preferente. Es decir, que las consecuencias de aplicar el principio de alternatividad producen resultados contradictorios ya se trate comparativamente el hurto y la apropiación indebida entre sí, ya el tipo básico y agravado de expolio en su interacción con aquellos. Efectivamente, si “la consecuencia penológica del concurso debe

23 FARALDO CABANA, Patricia, “Del hurto de hallazgo al expolio de yacimientos arqueológicos. ¿Una oportunidad perdida?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL (2020), pp. 471-528. Previamente a la integración del término expolio, la autora defendía que la concurrencia se producía entre el delito de daños y la malversación de caudales públicos (ni el hurto ni la apropiación) a partir del deber que impone el art. 44 LPHE al descubridor de conservar la cosa hasta su entrega a la Administración, lo que encaja con el art. 435.1º o 2º CP (“a los que se halle encargados por cualquier concepto”, “a los particulares legalmente designados”).

24 *Ibid.*, p. 510.



perseguir captar al máximo el desvalor de la conducta", como afirma A. Obregón García²⁵, la existencia de dos o más infracciones exigirá aplicar aquella que capte "una mayor cantidad de desvalor", y se nos hace incomprensible que esto se traduzca en optar por el hurto frente al expolio, pero por este frente a la apropiación indebida. No hay tal diferencia de desvalor, desde el punto de vista de la gravedad de la conducta, entre esos dos delitos contra la propiedad que justifique un resultado tan distinto.

Frente a estas teorías, la escisión entre el expolio y la sustracción de los efectos derivados del mismo conduce al concurso de delitos, tesis a favor de la cual me posiciono aun cuando convenga con los anteriores autores en que la definición del término abocaría a la solución tomada por ellos. Sin embargo, desde el momento en que ninguno de los dos significados de expolio –normativo y gramatical– coincide con lo que el legislador pretendía, que no era otra cosa que atender las demandas de los juristas del ramo y adelantar la barrera penal para castigar los daños inmateriales causados con la excavación ilegal, considero que debe buscarse la forma de acercar el juego de la norma a lo verdaderamente pretendido; entre el voluntarismo y la resignación a la hora de perfilar el término, debe optarse por lo primero. Y argumentos existen para ello desde el momento en que, como ha apuntado parte de la doctrina, el legislador no eliminó los tipos de hurto y apropiación indebida al incluir la figura del expolio; por tanto, su intención distaba de fundir ambas conductas en una nueva de carácter híbrido.

En lo que no existe discusión es en lo referente al tipo de concurso de delitos que concurre: desde el momento en que se escarba para obtener restos arqueológicos, la relación es de un claro concurso medial. Así lo ha considerado también la jurisprudencia menor en los casos en que acoge esta segunda postura. Tal es el caso de la –ya famosa– SAP 16/7/18 Zaragoza –no revisada en este punto por la STS 19/06/20–, donde, sin entrar el tribunal a valorar las distintas tesis sobre la cuestión, aplica el concurso medial como natural y lógica consecuencia derivada del que sustrae efectos arqueológicos en un yacimiento catalogado y causa daños en éste como un *iter* obligado.

Esta misma tesis fue acogida por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Lleida en sentencia de 4 de agosto de 2018, que condenó a quien de forma continuada es-

²⁵ OBREGÓN GARCÍA, Antonio, "Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del artículo 8º del Código Penal", *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 74 (2008), pp. 69-85.



tuvo excavando en el entorno del Pla d'Aubarells, lugar donde se libró la batalla de Almenar en el año 1710 y que no tenía declarada la condición de yacimiento arqueológico. La sentencia fue revocada parcialmente por la SAP Lleida 138/19 de 20 de marzo, donde se consideró inviable la condena por hurto en atención a la falta de catalogación del yacimiento. El argumento –que no hace más que recoger las tesis de parte de la doctrina, de entre la que debe destacarse en este punto a Antonio Roma²⁶– reside en que, al suponer el hurto la privación de la tenencia de la cosa, esto exige una previa posesión que no tiene lugar en el caso de efectos hallados en yacimientos no catalogados, donde la Administración no ha llegado a ejercer un dominio fáctico del bien, esencialmente porque ni tan siquiera conoce su existencia. Se trata de una cuestión sobre la que habita cierto consenso, aunque, precisamente por este último argumento, también ha sido matizado por algunos autores como Á. Núñez Sánchez²⁷, para quien el tipo será aplicable en todos aquellos casos en los que el yacimiento esté suficientemente identificado sin necesidad de expresa figura de protección²⁸.

Compartimos plenamente la propuesta y así la hemos defendido desde la fiscalía de Sevilla frente a la sentencia 1/2022 de 11 de enero del juzgado de lo penal 11 de Sevilla, donde se ha condenado a quien, entre noviembre y diciembre de 2015, destruyó una estructura hidráulica hispanorromana del s. I d. C. asentada en el término municipal de Osuna y se hizo con más de un centenar

26 ROMA VALDÉS, Antonio, “La protección penal del patrimonio arqueológico”, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, VIII (1998), pp. 3-32.

27 NÚÑEZ SÁNCHEZ, Ángel M., “La nueva regulación penal del delito de expolio de yacimientos arqueológicos”, en GUIASOLA LERMA, Cristina (coord.), *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2018, pp. 165-198.

28 Polémica ésta, por otra parte, algo vacua, según Faraldo Cabana, desde el momento en que el delito a apreciar sería otro distinto. Expone la autora: “...tampoco tenía mucho sentido la distinción que se hacía en ocasiones entre el descubrimiento realizado en yacimientos declarados como tales e inventariados, supuesto en el que el apoderamiento se castigaría como hurto agravado, y el realizado en lugares que no cuentan con esa declaración administrativa de tutela, que se castigaría como delito de daños sobre el patrimonio histórico, según algunos, o de apropiación indebida, según otros. En ambos casos estamos ante bienes integrantes del dominio público, por lo que, en mi opinión, el delito aplicable era la malversación de caudales públicos. Baste señalar al efecto que las disposiciones relativas a la malversación se extendían '[a] los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas' y '[a] los articulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos'”. FARALDO CABANA, Patricia, “Del hurto de hallazgo al expolio de yacimientos arqueológicos...”, ob. cit., p. 491.

de ladrillos, que estaba utilizando para una reforma de su vivienda cuando fue descubierto por los agentes del Seprona. La peculiaridad de este acueducto (o *rota aquaria*, según algunos peritos que intervinieron en el proceso) residía en que, si bien no estaba catalogado ni incluido en la Carta Arqueológica de la localidad, sí era plenamente conocida su existencia. Años antes había sido publicado un estudio que ensalzaba su relevancia por ser único en Andalucía y los arqueólogos del Ayuntamiento inspeccionaban periódicamente su estado por la erosión del río Blanco a que se veía sometido. Por tanto, aun cuando no había expresa y formal catalogación, sí existía una posesión de la cosa que habría permitido recurrir al hurto específico. No fue así, y la sentencia excluyó la posibilidad tanto del hurto como de la apropiación indebida, haciendo con ello suya la tesis de la citada sentencia de la audiencia de Lleida –también de la SAP Granada 650/2000 de 31 de octubre–, según la cual resulta igualmente inviable este último tipo penal en los yacimientos no catalogados.

Recordemos el callejón sin salida a que, según parte de la doctrina, conducía la ley: el antiguo art. 253 CP hablaba de "cosa perdida o de dueño desconocido" y el motivo por el que se excluía su aplicación consistía en que el dominio público de los efectos arqueológicos se adquiere *ope legis* una vez son descubiertos, pero no antes, partiendo de una interpretación literal del art. 44.1 LPHE, según el cual "son bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar..."; por tanto, antes de ser descubiertos son *res nullius* y, una vez hallados, tienen un dueño perfectamente identificado desde el momento en que son patrimonio público, por lo que ni antes ni después son posible objeto del delito de apropiación indebida conforme a aquella regulación.

El razonamiento ya fue en su día cuestionado por Javier Barcelona Llop²⁹ y Juan Manuel Alegre Ávila³⁰, seguidos de García Calderón. Este último afirmando que "los objetos y vestigios arqueológicos pueden considerarse cosas perdidas por cuanto, en su sentido gramatical, perder significa tanto dejar de tener como no hallar". Alegre Ávila, por su parte, partiendo de la base de que el ejercicio de las actividades administrativas dimana de la posición institu-

29 BARCELONA LLOP, Javier, "El dominio público arqueológico", *Revista de Administración Pública*, 151 (2000), pp. 133-165.

30 ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Ministerio de Cultura, Madrid, tomo I, pp. 608 y ss.



cional de supremacía de la Administración, que no precisa fundarse en otro título habilitante sino en una previa norma jurídica"³¹. Y Barcelona Llop puso el énfasis en el régimen jurídico *sui generis* que la LPHE concede al patrimonio cultural, donde, en lo referente a los bienes arqueológicos la demanialidad actúa *ope legis*: "... si no cabe hablar con carácter general del dominio público de los bienes históricos de titularidad pública –referido esto a la regulación en al LPHE–, resulta por lo menos obligado admitir la existencia de un dominio público arqueológico... Explicación que, a mi juicio, se encuentra en la voluntad, es cierto que no exteriorizada en sede parlamentaria, de otorgar a los bienes arqueológicos una protección especial y superior a la que reciben otros bienes del patrimonio histórico. Bajo esa voluntad subyace seguramente la opinión de que los bienes arqueológicos son muy frágiles, están expuestos a agresiones múltiples y a expoliaciones sencillas de practicar... De ahí el dominio público arqueológico, que implica la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes que lo componen, así como la atribución a la Administración titular de los mismos de la cohorte de potestades que el ordenamiento arbitra para su defensa".

Pero, si la postura contraria a la aplicación del tipo tenía su razón de ser con la regulación anterior a la L.O. 1/2015, el actual art. 254 CP, que ya habla de "cosa ajena", permite desterrarla (aun cuando se siga defendiendo por algún sector que es necesario descubrir los efectos arqueológicos para alegar su condición de dominio público) por cuanto es claro que son cosa ajena, de modo que apropiárselos, cuando existe un deber de entrega y puesta en conocimiento a los organismos públicos³² es perseguible penalmente. Pues bien, esta es la razón por la que la sentencia del J. Penal nº 11 antes citada erró al invocar las dictadas por las audiencias provinciales de Lleida y Granada: éstas últimas trataban hechos anteriores a la entrada en vigor de la L.O. 2015 y aquélla hechos posteriores.

Tal y como se comentó, la fiscalía en ese asunto defendió la existencia de hurto, en lugar de apropiación indebida, debido a que el yacimiento estaba perfectamente identificado y controlado por el Ayuntamiento pese a no haberlo catalogado; no obstante, la existencia de una homogeneidad material entre ambos

³¹ GARCÍA CALDERÓN, Jesús, "Un concepto jurídico propio...", ob. cit., p. 212.

³² Art. 44 LPHE: "...El descubridor deberá comunicar a la Administración competente su descubrimiento en el plazo máximo de treinta días e inmediatamente cuando se trate de hallazgos casuales. En ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil".

tipos penales permitiría la condena por ese segundo precepto sin contradecir el principio acusatorio. Efectivamente, al respecto de ambos delitos estableció el Tribunal Supremo en STS 761/2014, 12 de Noviembre:

"Ciertamente es que podría plantearse que no existe homogeneidad formal entre los delitos de apropiación indebida y hurto dada su diferente estructura, pues mientras aquel parte de una posesión lícita y dominicalmente consentida, en este caso, del dinero, el hurto pivota sobre el acceso a la misma sin la voluntad del dueño (en este sentido STS 362/1998 de 14 de marzo). Ahora bien, a partir de la identidad de hechos, los acusados pudieron conocer todos los componentes fácticos que sustentan esta calificación y defenderse de ellos.

Como recuerda la STS 465/2013 de 29 de mayo, el principio acusatorio está integrado por unos hechos y por la calificación jurídica propuesta por la acusación, pues ambos elementos integran y conforman el acto de acusación. Sin embargo, los aspectos jurídicos merecen una interpretación más flexible porque como se reconoce en la STC 170/2002 de 30 de septiembre, lo decisivo para la posible vulneración del principio acusatorio '...no es la falta de homogeneidad formal entre el objeto de la acusación y el objeto de la condena ... sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa...'.

La homogeneidad, afirma la ya citada STS 465/2013 es un concepto de factura jurisprudencial que queda delimitado por dos datos: a) identidad de hechos y b) beneficio para el reo en la medida que el cambio de calificación va a suponer la aplicación de una pena inferior, y es que no hay que olvidar que el objeto del proceso es un *factum* atribuido a una persona y no un crimen.

Lo relevante, en definitiva, es que al respetarse la identidad fáctica, los acusados no han visto cercenadas sus posibilidades de defensa. Tanto es así que la calificación que ahora se acoge ha sido sugerida por el recurrente, y el éxito de esta pretensión conlleva una importante disminución de la pena"³³.

³³ También sobre la homogeneidad se pronunció el Alto Tribunal en STS 654/2004 de 25 de mayo; en este caso sobre la existente entre el art. 322 CP y la prevaricación genérica del art. 404 CP, de modo que, si



En cualquier caso, es de recordar que la discusión sobre los distintos concursos tiene como escenario la confluencia del expolio y la posterior sustracción del hallazgo con motivo de la confusión terminológica ya comentada, pero en ningún caso esto es trasladable a los supuestos en que la merma consiste en un daño como tal, primer verbo rector del art. 323 CP. En estos otros escenarios habrá un concurso medial o real en función de que el daño sea causado como medio para alcanzar lo pretendido o como intención primera³⁴. Y en el supuesto de hecho, en que se destroza todo un acueducto para hacerse con los ladrillos que lo componen lo que existe es un daño, no un expolio (no un daño colateral, inmaterial o a la función de la cosa), de modo que tampoco había motivo para excluir una potencial condena por hurto o apropiación indebida.

2.2 Consecuencias en ulteriores conductas: receptación y blanqueo de capitales

Tal y como se comentó, donde el término "expolio" acaso haya causado mayores disfunciones, según un sector de la doctrina, sea en una de sus ordinarias consecuencias: la posterior receptación.

Receptar exige que un tercero haya cometido un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, y esto excluiría una posible receptación, según qué teoría se siga, cuando el precedente consistiese en un acto de expolio fructífero. Si se defienden las tesis del concurso de normas, de acuerdo con lo comentado anteriormente, en principio sería inaplicable la figura de ser el criterio definitorio el principio de especialidad; también si optásemos por el criterio de la alternatividad y se tratara de un yacimiento desconocido (lo que abocaría a la apropiación indebida) o cuando los daños fuesen de especial gravedad (aplican-

el inmueble resulta no estar singularmente protegido, es factible la condena conforme al último precepto; y así lo hizo en el caso concreto, que versaba sobre un edificio perteneciente a un conjunto histórico que de forma individualizada carecía de especial protección, sin perjuicio de su integración en el conjunto declarado Bien de Interés Cultural.

³⁴ Tal y como indica Rufino Rus, "... en el supuesto de que el sujeto produzca los daños por el mero deseo de menoscabar el bien con posterioridad al apoderamiento, hecho frecuente en los expolios de iglesias, ermitas o yacimientos arqueológicos, estaremos ante un concurso real de delitos de daños específicos del artículo 323 y de hurto (ahora en el artículo 235.1. 1º) o de robo (actual artículo 238, 241.4º), si ha ejercido fuerza para acceder a la cosa" (*vide* RUFINO RUS, Javier, "Respuesta penal a los delitos...", ob. cit.).



do el tipo agravado del art. 323.2 CP). En ambos casos la pena del delito contra el patrimonio es inferior a la del expolio, lo que impediría la condena ulterior por receptación. Así se ha afirmado por no pocos autores.

Pero ¿es esto así? La aplicación de los principios de especialidad, consunción y –sólo en determinadas combinaciones– el de alternatividad, ¿impiden una condena ulterior por receptación cuando el delito preferente es el de expolio? Consideramos que no, siempre y cuando sean traídos al proceso los delitos-base relegados y no se cause durante el mismo indefensión. Es decir, el concurso de normas supone la comisión de conductas incardinables en dos tipos penales distintos –hurto/apropiación indebida y expolio– respecto de los cuales se opta por uno de ellos en virtud de una serie de reglas penológicas, pero no implica que el delito desterrado no se haya cometido; queda supeditada su aplicación a la del otro delito con el que es confrontado, lo que constituye un juego normativo que se lleva a cabo a *posteriori*.

Traducido todo esto en un caso práctico, se trataría de que el fiscal en su escrito de acusación escribiera en la conclusión primera (relativa a los hechos) la circunstancia de que el efecto receptado fue obtenido después de haber sido sustraído (hurto o apropiación) tras una remoción de tierras en un yacimiento determinado (expolio) por terceras personas. En la conclusión segunda se debería hacer constar que los hechos son constitutivos de un delito de receptación con relación a un delito de hurto/apropiación en concurso de normas con un delito de expolio³⁵.

En la misma línea, aun cuando se trate de un supuesto diferente, se pronuncia la Fiscalía General del Estado en la Circular 4/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Siniestralidad Laboral. Expresa la misma:

“...La problemática concursal entre los delitos de riesgo (arts. 316 y 317 CP) y los de resultado lesivo (homicidio y lesiones imprudentes de los arts. 142, 152 y 621 CP) viene determinada básicamente por la naturaleza del bien jurídico protegido en unos y otros preceptos. En efecto, la posición mayoritaria entiende que en los delitos de riesgo de los arts. 316 y 317 CP, el bien jurídico protegido es de naturaleza

³⁵ Así se efectuó por la fiscalía de Sevilla en la Diligencias Previas 1131/2020 del Juzgado de instrucción nº 20 de Sevilla, turnadas al Juzgado de lo Penal nº 16 y cuya sentencia está pendiente de dictado y publicación. El escrito de acusación fue en su día emitido por J. Rufino Rus, quien, aun cuando defiende el concurso de normas y, dentro de éste, la aplicación del principio de especialidad, no consideró la existencia de problema alguno a la hora de describir una receptación derivada de un expolio en concurso de normas con un delito de apropiación indebida.



colectiva o supraindividual que, en última instancia, y dejando aparte diversos matices doctrinales, se concreta en la vida y salud de los trabajadores como colectivo social, en tanto que en los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, el bien jurídico protegido es de naturaleza individual y se materializa en la vida y salud de cada trabajador en su estricta condición personal, y, por ende, recibe una protección penal equivalente a la de cualquier otro ciudadano. A partir de esta premisa, será o es frecuente y aun habitual en la práctica que, cuando por incumplimiento de la normativa preventivo-laboral, uno o varios trabajadores resulten afectados en su vida, salud o integridad corporal, la conducta causante de estos resultados lesivos también contenga o haya realizado los elementos típicos del delito de riesgo que se ha concretado en todo, o sólo en parte, en esos determinados resultados lesivos. Los problemas concursales, por tanto, se plantearán cuando por atentar la conducta contemplada a ambos bienes jurídicos, el colectivo y el individual, hayan de tenerse en cuenta para valorar su total contenido de injusto, la aplicación de unos y otros preceptos, los que sancionan los delitos de riesgo y los que califican los de resultado lesivo, concurrencia de infracciones penales, que podría derivar en concurso de normas o en concurso de delitos, en función de los diferentes supuestos que se pueden dar en cada caso concreto. Ahora bien, en estos casos y desde una óptica estrictamente formal, deberá reflejarse –para cumplimentar con todo rigor el principio acusatorio– en la conclusión segunda de la calificación provisional las dos infracciones en concurso, aunque sólo una de ellas resulte definitivamente de aplicación en virtud de la norma concursal que corresponda, que también deberá citarse expresamente. Adicionalmente, de esta forma se evitaría la eventual sentencia absolutoria por falta de acusación en caso de que el órgano de enjuiciamiento considere no probado el delito de resultado lesivo y sí el delito de riesgo, como ya se ha hecho en alguna sentencia. La fórmula a utilizar podría ser, a título de ejemplo, 'los hechos son constitutivos de un delito contra la vida y salud de los trabajadores del art. 316 CP y de un delito de homicidio imprudente del art. 142, a penar sólo el último de los citados, en aplicación de lo dispuesto en el art. 8.3 del CP...".



Y es que lo determinante para la lesión del artículo 24.2 CE es "la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser plena y frontalmente debatidos" (STC 225/1997 de 15 de diciembre de 1997).

La cuestión, tal y como hemos advertido, no es pacífica, y algunos de los autores que sí consideraron en su día toda esta problemática un impedimento para dar cabida al delito de receptación acudieron al blanqueo de capitales como alternativa³⁶. Dado que el origen del delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP es una previa "actividad delictiva", sin necesidad de que lo sea contra el patrimonio o el orden socioeconómico, su aplicación desterraba los problemas derivados de la receptación. Pero esto, que podría ser una perfecta solución, resultó no serlo en todos los casos, algo que se encargó de apuntar el Tribunal Supremo en la ya citada STS 19/06/20, donde advertía que debía diferenciarse entre autot blanqueo y receptación. "El blanqueo –dice la sentencia– pretende incorporar esos bienes (los efectos receptados) al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido". En definitiva, dar salida a los bienes receptados no da paso de manera inexorable a un posible blanqueo, y precisamente por esto revocó parcialmente la SAP 16/7/18 Zaragoza, y la condena por blanqueo transmutó en delito de receptación; eso sí, dentro de un procedimiento en el que se había apreciado el concurso de delitos, no de normas.

2.3 La tentativa en el art. 323 CP

No son escasos los supuestos prácticos en que los expoliadores son interceptados antes de dar comienzo a la remoción de tierras y son detenidos usando los detectores de metales. En otras ocasiones la detención se produce cuando ya han removido el terreno, alterando sus estratos, pero sin haber dado todavía alcance a pieza alguna. De defender el concurso de delitos, nos hallaremos,

³⁶ Tal es el caso de P. Faraldo Cabana, quien expresaba: "Ciertamente, la aplicación preferente del expolio tiene el inconveniente de que no es posible apreciar un delito de receptación cuando el bien encontrado sea recibido, adquirido u ocultado por un tercero, incluso para traficar con él, dado que el expolio no es un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, como exige el art. 298 CP. Frente a ello, cabe señalar que es posible apreciar, en su caso, el delito de blanqueo, castigado con penas más elevadas" (*Vide FARALDO CABANA, Patricia, "Del hurto de hallazgo al expolio de yacimientos arqueológicos..."*, ob. cit., p. 511).



respectivamente, ante una tentativa de expolio en concurso medial con una tentativa de hurto/apropiación indebida y, en el segundo caso, ante un delito consumado de expolio en concurso medial con una tentativa de hurto/apropiación indebida. Y, si optamos por el concurso de normas, existirá una tentativa de expolio o de hurto en función del principio por el que se opte dentro de las posibilidades ofrecidas en el art. 8 CP. Hablaremos de estos supuestos de la práctica real más adelante, pero antes se hace necesario abordar la figura de la tentativa.

Se define ésta en el DRAE como “intento, propósito, intención, pretensión, ensayo, experimento, prueba”. Existe, por tanto, una querencia hacia un determinado resultado que –en el caso de la tentativa en sede penal– no se alcanza.

Esa intención, ese propósito fue lo que hizo a la doctrina tradicional plantearse si era compatible la tentativa con el dolo eventual, donde la verdadera aspiración del sujeto reside en otro objetivo. Se trae la polémica a colación, debido a que, en el expolio, el daño al yacimiento siempre es un daño asumido, pero no constituye la pretensión esencial. El dolo directo puede estar presente en el otro verbo rector que regula el tipo, en los daños *strictu sensu*, pero en el expolio lo que verdaderamente pretende el sujeto es hacerse con los efectos que encuentre, y el menoscabo en el yacimiento es tan sólo la vía necesaria para dar con ellos.

Han sido los autores italianos quienes con mayor vehemencia han negado la posibilidad. Para Ferrando Mantovani la equiparación del dolo eventual y directo en la tentativa implica aplicar la analogía *in malam partem*, imposible en la esfera penal. Y Stefano Canestrari se suma a la doctrina actualmente dominante que considera no realizable la tentativa con *dolus eventualis* en el ordenamiento italiano³⁷. Sin embargo, la doctrina española siempre ha sido esencialmente partidaria de la compatibilidad entre una y otra figura. Ejemplos los tenemos en voces tan esenciales como Antón Oneca, Jiménez de Asúa o Rodríguez Mourullo. El razonamiento parte de dos premisas: la integración del dolo eventual en la esfera del dolo (junto al directo de primer y de segundo grado), y la coincidencia entre la vertiente subjetiva del tipo de la tentativa y la relativa al delito consumado³⁸.

³⁷ CANESTRARI, Stefano, “La Estructura del Dolo Eventual y las Nuevas Fenomenologías de Riesgo”, *Ius et Praxis*, 10(2) (2004), pp. 59-95 (traducción de Beatriz Romero Flores).

³⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep María (Cita), *La tentativa con dolo eventual, Tratado de Derecho Penal*. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Buenos Aires, 1992, t. VII, pp. 515-559.



En lo que afecta a la Jurisprudencia, ha sufrido una evolución que ha ido desde la división de posicionamientos (sentencias favorables al juego, como las SSTS 7/3/81, 14/11/88 o 20/09/89, y sentencias contrarias, tales como SSTS 20/2/89 o 24/10/89) hasta la aceptación pacífica que reina hoy en día. Nos dice la STS 1953/2020 de 19 de junio: "el dolo eventual no se excluye cuando no se produce el resultado. Basta asumir la eventual (que no real o efectivamente producida) muerte de la víctima. También en la tentativa es proyectable el dolo eventual... La diferencia entre tentativa y consumación (en el delito de homicidio) no se halla en el elemento subjetivo, sino en el objetivo, en tanto que para la consumación es preciso que se produzca como resultado la muerte de la víctima. La compatibilidad de dolo eventual y tentativa, está asentada en la jurisprudencia".

Esto es perfectamente trasladable al ámbito del delito de expolio, donde los tribunales ordinarios procesan y condenan por tentativa sin más dudas que las derivadas de la propia prueba. Se parte de la base de que el sujeto quiere el resultado, aunque no sea su principal vocación ni llegue a alcanzarse. Así lo expresa la Sentencia 169/16 del Juzgado de lo Penal 1 de Soria a la hora de describir la pretensión de los acusados: "... si bien su intención primordial era apoderarse de objetos de valor, se debieron representar como muy probable la destrucción del patrimonio arqueológico... asumiendo la destrucción como querida con la finalidad antedicha". Asumiendo, dice, la destrucción como querida. Y con idéntico enfoque se ha pronunciado en diversas ocasiones la Audiencia Provincial de Sevilla. Tal es el caso del Auto 162/2021, de 22 de marzo, donde se desestima el recurso contra el Auto de procedimiento abreviado que acuerda abrir juicio oral frente a dos sujetos sorprendidos cuando utilizaban detectores, escardillas y picos para localizar restos arqueológicos, pero sin haber profundizado todavía en el terreno. Considera la Audiencia que del lugar y los elementos utilizados se infiere la finalidad de la actividad. Y en la misma línea puede citarse la SAP Sevilla 7/2020 de 3 marzo, que, aun cuando revoca la sentencia condenatoria y absuelve a los acusados, lo hace, no por negar la posibilidad de la tentativa en el expolio, sino por considerar que ha habido un excesivo adelantamiento de la acción. Versaba el supuesto sobre cuatro individuos que, provistos de detectores de metales y picos, fueron detenidos una noche de luna llena a bordo de un vehículo que circulaba por el camino de tierra que conducía a un yacimiento arqueológico. El fiscal acusó y el juez de instancia condenó por tentativa inacabada de expolio, pero la Audiencia Provincial finalmente absolvió por valorar como no inequívoca la razón por la que circulaban a tal hora por ese camino, pese a lo poco verosímil de las razones que arguyeron y a pesar de los múltiples indicios existentes.



Hay autores, sin embargo, que consideran que el hecho de portar detectores de metales dispuestos para su uso inmediato debiera integrar el tipo consumado del delito en una tipificación distinta a la existente, donde se adelantase la aplicación de la norma penal. Así es defendido por P. Otero González, para quien "en relación con el expolio, *de lege ferenda*, debería, además, preverse el adelantamiento de la barrera punitiva castigándose como consumación (y equiparándose a la acción misma del expolio) conductas que constituyen actos preparatorios, como es el portar detectores de metales, por ejemplo, necesarios para tal fin, de forma análoga a lo previsto en el artículo 248.2 b) CP. Ello debe ser así, además, para ser coherentes con la definición del expolio contenida en el artículo 4 LPHE: 'acción u omisión que ponga en peligro...'"³⁹.

3

Tiempo y lugar

3.1 El tiempo del delito: problemas de prescripción

El instituto de la prescripción viene a ser lo más parecido a un Jano que mira hacia adelante y hacia atrás, que abre y cierra puertas dando paso, al mismo tiempo, a la esperanza y la frustración. Constituye el compromiso que, como sociedad, asumimos de acotarnos el plazo para exigir que se nos rindan cuentas, y descansa en la idea de que todo (también las personas) está en movimiento. De ahí que la definición de tiempo sea, curiosamente, "la duración de las cosas sujetas a mudanza".

Los problemas, por tanto, de la prescripción no son los derivados de ésta cuando verdaderamente tiene lugar, sino aquellos otros que surgen cuando, habiendo sospechas de que el delito no ha prescrito, no es factible demostrar lo contrario. Y, de entre las infracciones relacionadas con el patrimonio histórico, es en el delito de receptación de piezas arqueológicas donde las dificultades se hacen presentes en mayor medida, constituyendo un verdadero escollo probar que el sujeto posee la pieza desde hace menos de cinco años (diez en el caso del blanqueo)⁴⁰. De hecho, son escasísimos los supuestos en que el informe pericial

³⁹ Vide. OTERO GONZÁLEZ, Pilar, "Protección penal de los daños al patrimonio histórico...", ob. cit., p. 350.

⁴⁰ Nos referimos, evidentemente, a aquellos casos en que la adquisición presuntamente ilegal no es juzgada



permite acreditar una tenencia de escasos meses o años, para lo que se hace necesario que quede algún resto o vestigio delator del tiempo.

Ejemplo de esta afortunada excepcionalidad lo tenemos en la Sentencia 46/2018, de 13 de febrero, del Juzgado de lo Penal 5 de Granada, que versa sobre la receptación de una escultura representando a una leona de época iberorromana, donde los cinco peritos que intervinieron en el acto del juicio coincidieron en considerar incontrovertible su reciente extracción, y se basaron para ello en la presencia de tierra y zonas carbonatadas. Igualmente, tal es el caso de las ya citadas Diligencias Previas 1131/2020 del Juzgado de instrucción nº 20 de Sevilla, procedimiento donde el técnico arqueólogo, en atención a la forma, composición y ubicación de los restos de tierra adheridos a las piezas, pudo determinar *ad impressionem*⁴¹ que habían sido extraídas con una antigüedad no superior a dos años. Y, como último ejemplo de esta excepcionalidad, citamos un asunto que se encuentra *sub iudice* en un juzgado de la provincia de Sevilla, donde el perito ha afirmado que la fecha de la excavación de los restos intervenidos al receptor es, en todo caso, inferior a ocho meses.

Sin embargo, tal y como hemos comentado, constituye una *rara habis* esta datación y son numerosos los supuestos en que, una vez intervenida la pieza, aun cuando la persona carezca de documentación acreditativa de un determinado origen lícito, acabe alegando una pertenencia familiar o un hallazgo decimonónico, difíciles de combatir. Uno de los casos más comunes es el del sujeto que anuncia por internet (eBay...) la venta de un efecto de valor arqueológico por motivo de lo cual le es intervenido. La mera sospecha de su temprana ilicitud no se transforma en indicio penalmente valorable por la ausencia de prueba justificativa de su antigüedad, de forma que el procedimiento se acabará archivando, sin perjuicio del destino del bien cultural en cuestión.

3.2 El destino de las cosas: archivo del procedimiento

El lado positivo de lo que se acaba de exponer se encuentra en el hecho de que las piezas, una vez archivado el procedimiento o dictada sentencia absolutoria por prescripción, no retornan al individuo, sino que quedan a disposición de

conjuntamente con el delito base (hurto/apropiación indebida o expolio, según cada tesis), ya que, siendo la receptación posterior, no estaría de forma lógica prescrita.

⁴¹ Método conocido como el "ojo de experto".



la Administración tanto en supuestos de presunta ilicitud como de presunta demanialidad.

En la SAP Madrid 267/2007 –que trata sobre un delito de contrabando sin relación alguna con bienes culturales, pero que abunda en lo que se pretende exponer– el tribunal acordó no devolver el dinero a la parte acusada, sino que lo entregó a la Agencia Tributaria en virtud del deber de colaboración e información con ésta. Lo que ocurriera en la vía administrativa –restitución o definitiva incautación– ya es una cuestión completamente ajena a la vía penal.

En la misma línea, la Sentencia 395/15 del Juzgado de lo Penal 11 de Sevilla, después de que fuera archivado la mayor parte del procedimiento, optó por poner las piezas a disposición del Ministerio y Consejería de Cultura. Constituía el objeto de enjuiciamiento un asunto desglosado de las diligencias previas del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena donde se investigó la denominada *Operación Tertis*. Tras una serie de escuchas telefónicas, se acordó la entrada y registro en un anticuario de Sevilla donde se intervinieron cientos de piezas arqueológicas. Los hechos habrían ocurrido previamente a la reforma de 2010, de modo que el plazo de prescripción, tanto del delito de receptación como de falsedad documental, era de tres años. La investigación pudo destapar que mucha de la documentación aportada para acreditar un origen lícito era presuntamente falsa, pero los hechos estaban prescritos, lo que impedía llevar a cabo las comisiones rogatorias que habrían permitido aclarar la cuestión. Sólo respecto de una figura y la factura aportada por el acusado se pudo continuar el procedimiento, que finalizó con sentencia condenatoria por delito de receptación y falsedad en documento mercantil. No obstante, dado que había claros indicios de ilicitud en relación con las restantes piezas, el juzgado resolvió ponerlas a disposición de las administraciones públicas encargadas de su defensa, de conformidad con lo establecido en el art. 2 LPHE, para que fuese la vía administrativa la que determinara si era pertinente o no su devolución.

Lo anterior nos conduce a la presunción de demanialidad de los bienes culturales y al deber de protección del patrimonio histórico español que corresponde a las administraciones públicas⁴². Como sabemos, la LPHE vino a establecer un antes y un después en la tenencia y titularidad de los bienes integrantes del patrimonio histórico español, y posteriormente las regulaciones autonómi-

⁴² Sobre la evolución histórica de la protección administrativa del patrimonio cultural, léase el trabajo de ROMA VALDÉS, Antonio, “El expolio del patrimonio arqueológico español”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, 6 (2003), pp. 127-148.



cas reforzaron la defensa legal de lo público desde sus respectivas legislaciones. Así lo hizo, por ejemplo, la andaluza con la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, que incluyó una disposición transitoria 4^a⁴³ donde se presumía el carácter demanial de los bienes arqueológicos cuya existencia no fuera comunicada a la Administración en el plazo de un año desde su entrada en vigor.

Expresión de lo expuesto es la SAP Burgos 107/2004 de 25 de junio, que, en un delito de hurto que afectaba a bienes del patrimonio histórico y en el que ratificó la sentencia absolutoria dictada en primera instancia, dictaminó que no cabía duda "de la ajenidad de todas aquellas piezas sin datar o datadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 16/1985... habiéndose declarado probado que las piezas intervenidas al acusado son bienes integrados en el Patrimonio Histórico Español, de acuerdo con el art. 1.2 de la Ley 16/1985, de 25 Jun., y por ello sujetos en su régimen jurídico a los preceptos de dicha Ley, aunque no conste que hayan sido inventariados o declarados de interés cultural".

Y esta facultad de la Administración de reclamar el patrimonio cultural goza de dos grandes ventajas: su imprescriptibilidad, de acuerdo con el art. 28 LPHE, con independencia de su catalogación o no⁴⁴, y su condición de *res extracommercium* sea cual sea el lugar de adquisición; esto es, que alcanza tam-

⁴³ Disposición transitoria cuarta. Posesión de bienes del Patrimonio Arqueológico:

- ¹. En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, las personas físicas y las jurídicas de cualquier naturaleza que posean objetos y restos materiales integrantes del Patrimonio Arqueológico comunicarán su existencia a la Consejería competente en materia de patrimonio histórico, mediante relación detallada que incluya su identificación, descripción, localización y título de adquisición válido en Derecho.
2. Se presume el carácter demanial de aquellos objetos y restos materiales integrantes del Patrimonio Arqueológico cuya existencia no sea comunicada en el plazo y con los requisitos establecidos en el apartado anterior, salvo que se acredite su adquisición por cualquier título válido en Derecho anterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, o que, siendo posterior a dicha fecha, traiga causa de otro título válido en Derecho anterior a la entrada en vigor de la citada Ley".

⁴⁴ STS 2607/2000: "...Se trata, por tanto, de un bien integrado en el Patrimonio Histórico Español, de acuerdo con el art. 1.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, adquirido por el Estado y que está sujeto en su régimen jurídico a los preceptos de dicha Ley 16/1985, aunque no conste que hayan sido inventariados o declarados de interés cultural... En ningún caso se aplicará a estos bienes lo dispuesto en el art. 1955 del Código Civil, precepto que hace decaer la pretensión del demandado recurrente en casación de haber adquirido el bien litigioso por prescripción...".



bién a los bienes adquiridos en establecimientos abiertos al público (artículo 85 Comercio)⁴⁵.

Es decir, si la batalla del tiempo está en muchos casos perdida, la relativa al lugar que han de ocupar los bienes que son de todos lo está algo menos. Se hace necesario, para ello, una estrecha colaboración entre las distintas administraciones y órdenes jurisdiccionales que permita dar contenido al mandato constitucional de cada cual desde su prisma.

⁴⁵ STS 915/2003, de 12 de Febrero de 2003, (Sala Segunda): "... parece pacífico y el propio Recurso no lo cuestiona, que el carácter de 'res extra commercio' que ostentan los bienes de tal clase, excluye la aplicación de la especial protección que dispensa, al poseedor de buena fe, el párrafo primero del artículo 85 del Código de Comercio".



La lucha contra el expolio



Montserrat de Pedro Esteban

Inspectora Jefa, Jefa de la Brigada de
Patrimonio Histórico de la Policía Nacional





1

Introducción

Después de cuatro décadas desaparecido, en febrero de este año la Policía Nacional hizo entrega en el Arzobispado de Burgos del último fragmento que quedaba por recuperar del tapiz titulado *La Apoteosis de las Artes* de Cornelius Schütz (Brujas, 1654). Había sido robado el siete de noviembre de 1980. Ese día, René Alphonse van den Berghe (1940-2020) y su banda se lo llevaron junto a otros cinco tapices flamencos de la iglesia de Santo Domingo de la localidad burgalesa de Castrojeriz.

Más conocido como Erik *el Belga*, Van der Berghe fue responsable junto a su cuadrilla de docenas de robos en España y en otros países europeos durante las décadas de los setenta y ochenta del siglo pasado.

Aunque fue *el Belga* quien les puso rostro, los robos de obras de arte que entonces se cometían en España, principalmente en iglesias y otros centros religiosos, no eran de su exclusividad. Desde la década de los cincuenta, nuestro patrimonio sufría ya una auténtica sangría. Una seguridad escasa o inexistente en edificaciones construidas en pueblos pequeños o en lugares más o menos aislados, espacios de recogimiento que tradicionalmente se mantenían abiertos de manera continuada, el no menos tradicional exceso de confianza del mundo rural... Todo eran facilidades para los delincuentes, que vieron en España una ventana de oportunidad en la que proveerse fácilmente de obras de arte excepcionales que vender en un mercado al alza.

Sea como fuere, la alarma social que se generó en las comunidades afectadas fue insostenible. Los ladrones no solo robaban una Virgen, una tabla, un cáliz o un tapiz con un innegable valor artístico y material. Presentes en la vida del pueblo durante siglos, generación tras generación, al arrancarlos de sus altares o sacristías estos delincuentes cercenaban parte de la memoria e identidad de los pueblos que las custodiaban.



2

Orígenes de la Brigada de Patrimonio Histórico

En este contexto, en 1977 la Dirección General de la Policía decidió crear el primer grupo policial en España con la misión específica de investigar los delitos en que se viese afectado nuestro Patrimonio Histórico. Se le denominó Grupo de Obras de Arte y su trabajo no tardó en ofrecer resultados tales como la desarticulación de varias bandas de delincuentes, el arresto de anticuarios y galeristas con pocos escrúpulos o evitar la pérdida de numerosos bienes culturales que, a modo de *souvenir*, estaban siendo sacados de España de manera ilegal por ciudadanos extranjeros.

La labor de este grupo de investigación continuó hasta 1986 cuando, como consecuencia de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español y de la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 111/86¹, se creó la actual Brigada de Patrimonio Histórico.

3

Funciones de la Brigada de Patrimonio Histórico

Aunque, por su carácter central, la Brigada de Patrimonio Histórico tiene su sede en Madrid, para hacer efectiva la competencia territorial que tiene asignada cuenta con delegados de patrimonio repartidos por toda España. Son un total de 58, uno por cada Comisaría Provincial además de los destacados en algunas de las ciudades con mayor volumen de patrimonio.

Entre las funciones que les corresponde a los delegados está prestar apoyo a la Brigada y colaborar en las investigaciones que ésta desarrolla. Al mismo tiempo, captan y transmiten información de aquellos hechos delictivos relativos al Patrimonio Histórico acaecidos en su ámbito, o asumen el control en su demarcación de anticuarios, casas de subastas, galeristas, etc.

Sin embargo, las funciones que actualmente tiene encomendadas la Brigada de Patrimonio Histórico sobrepasan notablemente las meramente relativas a la investigación. También centraliza, coordina y distribuye toda la información

¹ Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 18/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.



que se genera en España sobre hechos delictivos relacionados con los bienes culturales. Estos datos son después analizados y valorados para, en caso de ser necesario, proceder a su difusión nacional e internacional.

La transversalidad de esta delincuencia hace que la colaboración entre los diferentes actores sea imprescindible. A lo largo de los años los vínculos de la Brigada con otros órganos dependientes de las Administraciones Central y Autonómicas se han ido estrechando de manera significativa. Entre los más cercanos ocupan un lugar primordial el Ministerio Cultura, con el que se mantiene una comunicación diaria, y la Conferencia Episcopal Española, por la relevancia del patrimonio eclesiástico.

Otro aspecto imprescindible para el trabajo diario de la Brigada es la cooperación policial internacional. En este contexto la Brigada se encarga de coordinar las comunicaciones y las comisiones rogatorias, así como de llevar a cabo todas las gestiones requeridas a través de INTERPOL, EUROPOL o de los Oficiales de Enlace de otros países destacados en Madrid.

Por último, como parte de su plan estratégico, la Brigada considera esencial la necesidad de concienciar a la población en la protección del patrimonio común. Un compromiso con la divulgación que desde hace años se traduce en la presencia constante de sus componentes en foros nacionales e internacionales, seminarios, conferencias, cursos, etc.

4

El tráfico de bienes culturales. El expolio arqueológico

Desde que Erik *el Belga* y su banda saqueaban iglesias en las décadas de los 60, 70 y 80 del siglo pasado, los delitos contra el patrimonio histórico han cambiado mucho. Robar no solo es más difícil gracias a mejoras en las medidas de seguridad de los centros que custodian obras de arte; también es mucho más difícil "colocar" en el mercado las piezas sustraídas. Los inventarios, cada vez más generalizados, y sobre todo la posibilidad de consultar bases de datos de obras de arte robadas, permiten hoy en día a cualquier persona realizar comprobaciones sobre la procedencia de las obras de arte que adquiere.

No obstante, existe un mercado mucho más seguro e infinitamente más lucrativo para el delincuente. Hablamos de la arqueología y el expolio.

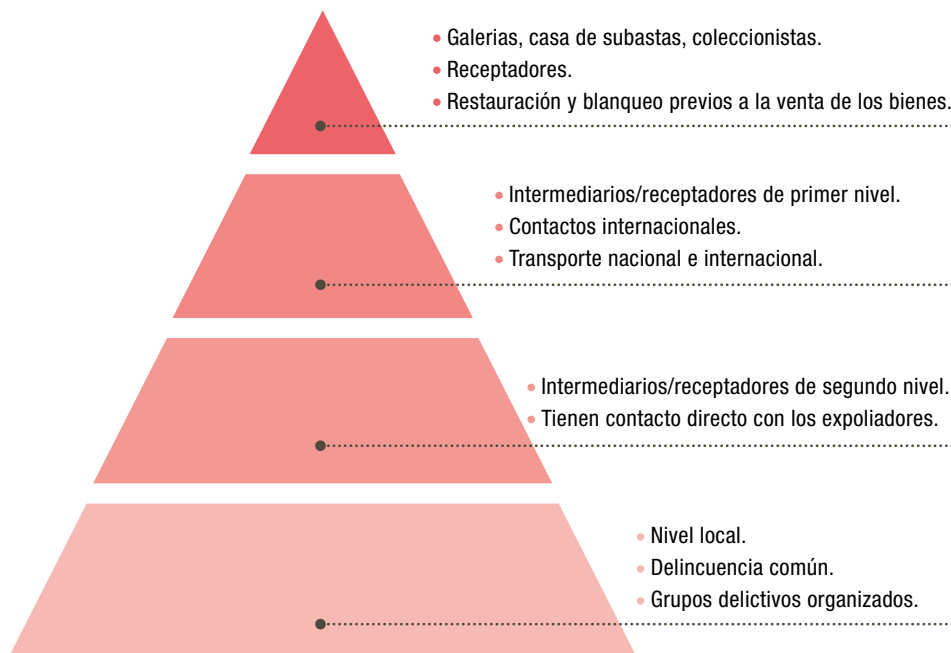
Desde que los militares destinados en las bases estadounidenses en España trajeron los detectores de metales a mediados de los 70, su uso indebido para la



búsqueda de restos arqueológicos ha crecido de manera exponencial. Tanto es así, que durante las décadas de los 80 y 90 surgieron redes de comercio ilícito que siguen vigentes a día de hoy y que cuentan con ramificaciones internacionales.

Un bien arqueológico en su contexto, en un yacimiento, es un objeto que nadie conoce. Puede llevar siglos o milenios bajo tierra, por lo que no está recogido en inventarios de museos ni en catálogos y, por eso mismo, tras su expolio tampoco va a aparecer en ninguna base de datos de obras robadas.

Con esta premisa es lógico que cierta delincuencia haya observado en los objetos arqueológicos expoliados piezas idóneas para ser blanqueadas e introducidas en el mercado legal. Se trata de una actividad delictiva de bajo riesgo que genera importantes beneficios económicos a todos los actores que participan de ella y que aparecen en la pirámide² que mostramos a continuación. Se trata, como decimos, de un esquema básico que se puede aplicar prácticamente a cualquier escenario nacional e internacional con escasas variaciones.



² BOZ, Zeynep, *Fighting the illicit trafficking of cultural property: a toolkit for European judiciary and law enforcement*, UNESCO, 2018.



Como en cualquier otro negocio, lo ideal es "comprar barato y vender caro" y aunque lo habitual es que entre la base y la cima de la pirámide medien varios intermediarios, no es extraño que galeristas de renombre tengan contacto con los escalones más primarios del tráfico ilícito. A medida que nos acercamos al mercado legal, aumenta el beneficio y por ello hay anticuarios deshonestos que no dudan en inventar un pasado más o menos elaborado a las piezas ilícitas.

El mercado internacional de bienes arqueológicos es tan exclusivo como poco exigente con la procedencia de unos materiales que son vistos cada vez más como una buena inversión. Es un comercio poco regulado que se ve asistido por la existencia de puertos francos. Estos ofrecen opacidad, seguridad y ventajas fiscales muy semejantes a las ofrecidas por los paraísos fiscales, cada vez más utilizados en el comercio de arte, de ahí que muchos de ellos cuenten ya con este tipo de espacios especializados en arte. Los puertos francos no se esfuerzan en promocionarse públicamente, y a pesar de ello no han dejado de crecer en estos años gracias a la idea del arte como "valor refugio", el incremento de la inversión en arte, la escasa regulación con la que cuenta dicho mercado y el aumento del comercio por Internet³. Esculturas clásicas, sarcófagos egipcios, armamento antiguo o cerámicas prehispánicas, entre otras piezas, se han constituido como un valor refugio que trasciende al coleccionista clásico.

5

Conclusión

Desde la definición del concepto de Bien Cultural por la Comisión Franceschini entre 1964 y 1968 el patrimonio cultural se ha constituido como uno de los pilares básicos en la identidad de todos los países del mundo, y así aparece recogido en la práctica totalidad de las constituciones estatales redactadas desde ese momento. Los Bienes Culturales se constituyen en el soporte material del desarrollo histórico de un país y de sus ciudadanos, dando sentido al presente a través de los restos materiales del pasado. Por este motivo, la pérdida de

3 SÁNCHEZ-VASCONCELLOS MÉNDEZ, Arturo, VICO BELMONTE, Ana y PALOMO MARTÍNEZ, Jesús, "Los puertos francos y su influencia en el mercado del arte", *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, 19 (2020), pp. 211-238.



este patrimonio atenta directamente contra los valores comunes que nos han llevado a ser lo que somos.

Lejos del romanticismo con el que se ha querido arropar y justificar a delincuentes como Erik *el Belga*, conviene recordar que lo único que los ha movido, y los sigue moviendo en estas actividades, es el lucro personal a costa de la pérdida del bien común y de las mismas piezas robadas. *El Belga* no dejaba de afirmar que era un enamorado del arte, una excusa que cae por su propio peso si recordamos que este personaje no tuvo ningún reparo en trocear y desmembrar para su venta piezas excepcionales como la silla de San Ramón de la catedral de Roda de Isábena, en Huesca.

Lo mismo ocurre con el patrimonio arqueológico, que aguarda paciente bajo tierra a ser recuperado con métodos científicos para poder contar la historia y la vida de quienes lo hicieron, de quienes los usaron. Al ser extraídos sin ningún tipo de método no sólo se priva a la sociedad de la pieza en sí, que acaba en el mejor de los casos en la vitrina de un coleccionista para su disfrute personal, se calla para siempre la voz de sus poseedores, de nuestros antepasados, y se nos priva, a todos, de conocer nuestra historia.

No hay que pensar que se trata de delincuencia de baja intensidad o de guante blanco, es sobradamente conocido que grupos terroristas como ISIS se financian con piezas artísticas y arqueológicas expoliadas y arrancadas de yacimientos y museos. A otros grupos organizados dedicados al expolio, mucho más cercanos, se les ha intervenido igualmente armas cortas y largas.

Este es el trabajo de la Brigada de Patrimonio Histórico, evitar la pérdida de la Historia, con mayúsculas, de nuestra historia, la que nos hace ser como somos y sentir como sentimos, la que nos hace ser ciudadanos de un país con identidad propia, un gran país que no puede permitirse seguir perdiendo jirones de su pasado.



Expolio y contrabando de bienes culturales



Cristina Guisasola Lerma

Catedrática de Derecho Penal,
Universitat de València





*Dedicado a Tomás S. Vives Antón, maestro, y a Enrique Orts Berenguer.
Con agradecimiento y admiración eterna¹.*

1 Introducción

"Cada día, en algún lugar del mundo, un bien de interés cultural es saqueado, excavado ilegalmente o pasado de contrabando por una frontera"². Lo cierto es que, como consecuencia del alto valor económico que alcanzan las obras de arte y las antigüedades, el expolio y el tráfico ilícito de bienes culturales se han convertido en la actualidad en una verdadera especialidad del crimen organizado transnacional³. En particular, la globalización del fenómeno de los intermediarios en el tráfico ilícito de los bienes culturales implica una clara relación de estas conductas con redes de crimen organizado, cuyo abanico de actividades se ha diversificado. Desde una óptica criminológica, Balcells⁴ aporta

- 1 *A escasos días de enviar la presente contribución, amanecemos con la terrible noticia del fallecimiento del profesor Dr. Tomás Vives Antón, insigne penalista y maestro de la "escuela valenciana de Derecho Penal". A él le debo la codirección de mi tesis dedicada a los delitos contra el patrimonio cultural y el fervor por la defensa de la libertad, la cultura y el arte. Nos dejas un legado inmenso, querido Tomás. Durante la corrección de las pruebas nos golpeó asimismo la pérdida del profesor Dr. Enrique Orts, sabio penalista, de humor inteligente y extraordinario humanista. Hasta siempre, querido Enrique.*
- 2 Como advierte el ICOM (Consejo Internacional de Museos) en colaboración con la UNESCO.
- 3 LASCANO, C. J., "Tráfico ilícito de objetos prohibidos: bienes culturales y órganos y tejidos humanos extraídos forzosamente a través de la trata de personas", en PÉREZ CEPEDA, A. I. (dir.), *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Universidad de Salamanca, 2016, pp. 947 y ss.
- 4 BALCELLS, M., "Aspectos criminológicos del expolio y del tráfico ilícito del patrimonio arqueológico", en *El expoliar se va a acabar. Uso de detectores de metales y arqueología*, Valencia, 2018, pp. 345 y ss.



diversas razones para considerar el tráfico de antigüedades como ejemplo de delincuencia transnacional: entre ellas, el hecho de que tanto el mercado lícito como el ilícito de antigüedades se nutre de Estados ricos en este patrimonio, así como de Estados que actúan como importadores de estos bienes; también la diversidad de marcos jurídicos que permite la importación de dichos bienes, así como la llegada del *e-commerce* como mecanismo para la colocación de bienes arqueológicos expoliados en el mercado.

El contrabando de bienes culturales suele ir vinculado con otras formas delictivas de carácter complementario, antecedentes y posteriores, para canalizar en el sistema económico financiero lícito las ganancias originadas en otra actividad ilícita. Así, podemos afirmar que el tránsito del mercado regulado de arte al tráfico ilícito de bienes culturales recorre diferentes fases, en particular en el caso de las antigüedades: se inicia con el **expolio** de las piezas, participan a continuación intermediarios tanto para los primeros traslados como para depurar el origen ilícito de las piezas y finaliza con los compradores⁵. Precisamente los problemas en la práctica derivan de las dificultades probatorias del origen ilícito de las piezas, a lo que se suma la necesidad de incorporar informes periciales relativos a la valoración de los bienes arqueológicos. En la práctica, la enajenación de dichos objetos falsificados, sustraídos o exportados ilícitamente está incrementándose a través de portales de Internet, redes sociales o plataformas como Wallapop, siendo frecuente que las piezas robadas recalen en el pequeño comercio mientras que las piezas falsificadas puedan acabar en casas y catálogos de subastas.

Los Estados miembros de la Unión Europea (UE) son al mismo tiempo países de origen, de tránsito, así como de destino de los objetos culturales que se trafican en casi todos los países que cuentan con un cierto nivel de patrimonio histórico y artístico⁶. Se trata de un negocio ilícito a nivel mundial que genera ingentes ganancias económicas, con evidentes conexiones con la delincuencia organizada y en ocasiones con grupos terroristas⁷.

5 Sobre el particular, SUÁREZ-MANSILLA, M., "Nuevas medidas de lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Especial referencia al Reglamento (UE) 2019/880", en VVAA (GUISASOLA LERMA, dir.), *Tutela de los bienes culturales, Una visión cosmopolita desde el derecho penal, el derecho internacional y la criminología*, Valencia, 2021, pp. 626 y ss.

6 <https://icom.museum/es/news/taller-unesco-icom-trafico-ilicito/>.

7 https://www.abc.es/cultura/arte/abci-cara-oculta-mercado-illegal-arte-terrorismo-y-organizaciones-criminales-202010211814_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F.



Sin ir más lejos, en nuestro país, a finales de marzo de 2018 la Policía Nacional española detuvo en Barcelona a dos anticuarios por su presunta participación en una red de comercialización de antigüedades procedentes de Libia que servía para financiar a DAESH. Es la primera operación policial en la que se trata de demostrar la financiación directa del grupo terrorista mediante el expolio de piezas arqueológicas. A pesar de los numerosos intermediarios y de los esfuerzos por ocultar el origen de los objetos, tanto el seguimiento del dinero como el de los bienes permite vincular sin lugar a dudas esta operación con ISIS. Según fuentes policiales, el anticuario barcelonés es uno de los diez marchantes que están siendo investigados en Europa por su participación en redes de tráfico ilícito de antigüedades. En concreto, el conjunto de indicios parece apuntar a la existencia de una trama de tráfico ilícito de bienes culturales procedentes de Libia para introducirlos en el mercado europeo con amplio margen de beneficio⁸.

Pues bien, vamos a analizar a continuación cuáles son las respuestas de nuestro ordenamiento jurídico-penal al expolio y al tráfico ilícito de bienes culturales, y cuáles son los desafíos que enfrentan las autoridades pertinentes en la implementación de respuestas efectivas.

2

El delito de expolio de yacimientos arqueológicos

La amplia reforma del Código Penal (CP) llevada a cabo por LO 1/2015 introdujo modificaciones por vez primera en los denominados delitos sobre el patrimonio histórico desde que se regularon de forma autónoma en el CP de 1995. Sin embargo, el legislador no dedicó ni una sola línea en el Preámbulo a fundamentar los cambios introducidos en el art. 323 del CP, entre los que destaca la significativa tipificación de los **actos de expolio en yacimientos arqueológicos**⁹.

8 SUÁREZ-MANSILLA, M., "Blood Antiquities: a Net Acting in Spain Helped to Finance DAESH through Illicit Trafficking of Cultural Goods", *ArtWorldLaw Bulletin. Chronicles of Themis & Athenea*, 4 (May 2018).

9 Artículo 323:

"1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos. Con la misma pena se castigarán los **actos de expolio** en estos últimos.



A grandes rasgos hay dos factores de riesgo del patrimonio arqueológico y que detectamos en la jurisprudencia: el primero, la realización de actividades económico/urbanísticas en espacios en los que hay un yacimiento. El segundo, los expolios arqueológicos propiamente dichos, normalmente empleando detectores de metal en espacios abandonados¹⁰. La técnica legislativa empleada por el legislador penal es por tanto más que dudosa por cuanto, insisto, ni dice en qué consisten los "actos de expolio" en yacimientos arqueológicos, y tampoco ha reparado en la existencia de un concepto administrativo de expolio.

2.1 El concepto administrativo de expolio

El concepto de expolio incorporado en el art. 4 de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español (en adelante, LPHE) tiene un carácter generalista e indeterminado: "a los efectos de la presente ley se entiende por expoliación toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción de todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, o perturbe el cumplimiento de su función social".

La Constitución Española otorga al Estado competencia exclusiva en materia de expoliación (art. 149. 28º) y a este respecto cabe señalar que el Ministerio de Cultura se ha pronunciado en una ocasión acerca de lo que debe considerarse por "expoliación": concretamente cuando dictó la Orden CUL/3631/2009, por la que resolvió el procedimiento por expoliación del Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Cabanyal (PEPRI), conjunto histórico-artístico declarado Bien de Interés Cultural en 1983. La Orden determinó que, aunque se había reconocido la acomodación del PEPRI a la Ley de Patrimonio Cultural Valenciano, ello no obstaba a que pudiera declararse la existencia de expoliación, de acuerdo con la interpretación amplia del concepto, otorgada por la STC 17/1991. Por tanto, la Orden Ministerial determinó:

2. Si se hubieran causado daños de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante, podrá imponerse la pena superior en grado a la señalada en el apartado anterior.
3. En todos estos casos, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado".

¹⁰ ROMA VALDÉS, A., "The looting of the Spanish Cultural Heritage", *Journal of Art Crime* (2021), pp. 3 y ss.



- 1.- El PEPRI constituyó un expolio del Conjunto Histórico del Cabanyal fundamentalmente por suponer una alteración del mismo que le hacía perder su propio carácter, en beneficio de una opción de trazado urbanístico, incompatible con su protección, no contribuyendo a una mejor conservación del conjunto, sino a una determinada solución de política urbanística.
- 2.- Declaró la obligación del Ayuntamiento de Valencia a proceder a la "suspensión inmediata" de la ejecución del Plan, en tanto se llevara a cabo una adecuación del mismo que garantizara la protección de los valores histórico-artísticos que motivaron la calificación de éste como Conjunto Histórico.

Dictada la Orden por parte del Ministerio, la Generalitat Valenciana interpuso con fecha 19 de julio de 2012 recurso de casación contra la misma ante el Tribunal Supremo¹¹. En sentencia de 23 de junio de 2014 el TS estableció la demarcación de los límites de ambas Administraciones en caso de expolio y avaló la paralización del derribo del barrio valenciano del Cabanyal¹².

2.2 El concepto de expolio en Derecho Penal

Conforme a lo expuesto, a mi juicio, el concepto administrativo de expolio incorporado a la LPHE no puede complementar adecuadamente el nuevo tipo penal, dado que, tal y como se ha expuesto, se refiere a una situación de riesgo o puesta en peligro que supondría un adelantamiento excesivo de la intervención penal. En todo caso lo que es indudable es que en el ámbito jurídico-penal el concepto de expolio ha de ser interpretado de forma restrictiva, dado que no todo caso de expoliación en términos administrativos, podrá ser penalmente relevante. Tras la reforma penal se tipifica un ámbito concreto, el expolio sobre el patrimonio arqueológico, terrestre y subacuático. A partir de aquí, se han sucedido distintas interpretaciones del nuevo tipo penal.

¹¹ Sobre el particular, GARCÍA LOZANO, L., "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2014 sobre el caso del Cabanyal-Canyamelar", *Revista Patrimonio Cultural y Derecho* (2015), pp. 479 y ss.

¹² Así, en su FJ4º recuerda que los casos de expoliación del patrimonio cultural, artístico y monumental son competencia exclusiva atribuida por la Constitución al Estado, no pudiendo la Comunidad Autónoma conculcarla para fiscalizar si existe o no expolio. TOL 4.422.972.



En lenguaje coloquial se ha venido utilizando el término para referirse a situaciones de saqueo sistemático de bienes culturales, si bien atendiendo a su significado gramatical, "expoliar" es según la Real Academia de la Lengua "despojar algo o a alguien con violencia o con iniquidad".

Núñez Sánchez¹³ ha interpretado la punición del expolio como "clausula de cierre del sistema" acercándola al concepto administrativo de expolio, concretamente como "conductas que supongan perturbación de la función social de los yacimientos" y, por ende, adelantando de la punición a estados preliminares de puesta en peligro. Habría expolio siguiendo dicha interpretación en la realización de prospecciones con el uso de detectores de metales u otras similares técnicas donde sin causar todavía ningún daño "ponen en peligro de pérdida los valores de los bienes". Como ya debatimos en diversos foros, esta interpretación me plantea dudas desde el punto de vista de la proporcionalidad si atendemos a la penalidad; el legislador ha previsto en el expolio la misma pena que para el delito de daños en yacimientos arqueológicos.

Se han barajado otras soluciones interpretativas desde la doctrina, así como desde la jurisprudencia, que con una cierta lentitud, nos viene ofreciendo el Tribunal Supremo.

Estas se centran fundamentalmente en determinar:

- a) si el expolio constituye un delito de daños *per se*, o un delito de naturaleza distinta,
- b) en segundo lugar, si absorbe o no las conductas de sustracción y apropiación que pueden ocasionarse, teniendo presente la pervivencia de los delitos agravados de hurto y apropiación indebida de bienes pertenecientes al Patrimonio Histórico.

Como ya puse de manifiesto¹⁴, si el concepto penal de expolio se aproximara al concepto gramatical incluiría tanto el apoderamiento de piezas arqueológicas descubiertas, como los daños en el yacimiento, tanto los ma-

¹³ NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., "La nueva regulación del delito de expolio de yacimientos arqueológicos", en GUIASOLA LERMA, C. (dir), *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, Valencia, 2018, pp. 166-198.

¹⁴ GUIASOLA LERMA, C., "Delitos contra bienes culturales: una aproximación al concepto de expolio en Derecho Penal", *Revista General de Derecho Penal* (2017).

teriales como los inmateriales, esto es, la alteración de la información científica. Conforme a esta interpretación quedarían inaplicables los subtipos agravados de hurto, robo y apropiación indebida, conforme a las reglas del **concurso de normas** del art. 8 del CP, como así lo ponía de manifiesto Antón y Abajo, resultando el nuevo delito de *expolio* de aplicación preferente por ser *ley especial*¹⁵. Sin embargo, dicha exégesis puede no parecer adecuada desde el punto de vista de la proporcionalidad, en el caso de bienes culturales de especial relevancia. En estas últimas situaciones parecería aconsejable mantener una penalidad separada entre lo dañado y lo sustraído¹⁶; esto es, calificar los hechos como delito de daños en **concurso medial** con delitos agravados de hurto o apropiación indebida (arts. 235.1 y 255 CP) según exista un conocimiento previo y catalogación del yacimiento arqueológico expoliado. En esta dirección, también la Fiscalía General del Estado en su Memoria de 2018 –y previamente en las conclusiones de la VIII Reunión de la Red de Fiscales de Medio Ambiente, celebrada en 2016– proponía la solución del concurso medial. El argumento fundamental residía en el hecho de que castigar únicamente con la pena prevista en el último inciso del 323.1 tanto los apoderamientos de piezas existentes en un yacimiento como los daños causados en el mismo al llevar a cabo la sustracción no recoge todo el desvalor de la conducta en cuestión.

Siguiendo la solución del concurso medial expuesta, la **STS de 19 de junio 2020**¹⁷, que pone fin a la denominada Operación Helmet, es paradigmática. De forma sucinta los hechos fueron los siguientes: los acusados, conocedores de la existencia de la ciudad celtíbera de Aratis se dedicaron de forma siste-

15 ANTÓN Y ABAJO, A., “El delito de expolio y su problemática concursal” (Un caso paradigmático: la SAP Lleida, 20 marzo 2019) en *Diario La Ley*, octubre, 2019. Aplicándose también este precepto de existir solo daños inmateriales (pérdida de información científica de la función social que el texto constitucional atribuye a los bienes culturales). De concurrir daños materiales en el yacimiento, sí habría concurso de delitos con el art. 321.1.

También partidaria del concurso de normas, si bien resolviendo a partir de la regla de la alternatividad (art. 8.4 CP) FARALDO CABANAS, P., “Del hurto de hallazgo al expolio de yacimientos arqueológicos, ¿una oportunidad perdida?”, *Estudios Penales y Criminológicos* (2020), p. 511.

16 GARCÍA CALDERÓN, J., *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, 2016, p. 197. Más recientemente en “Problemas básicos en la persecución del expolio arqueológico”, en VVAA (GUISASOLA LERMA, dir.), *Tutela de los bienes culturales...*, ob. cit., pp. 234 y ss.

17 TOL 7.983.499.



mática desde finales de los años 1980 a excavarla, haciendo agujeros, zanjas y finalmente mediante una excavadora con la que extrajeron gran cantidad de tierra para cribarla en busca de objetos. Además, emplearon detectores de metal para obtener y guardar en sus domicilios una extraordinaria colección de piezas metálicas celtíberas de excepcional valor científico. La sentencia de la Sala de lo Penal de la AP de Zaragoza de 18 de julio de 2018 consideró que la obtención de todos estos bienes implicó la destrucción de la muralla celtibérica y del contexto arqueológico de todo el yacimiento y valoró los perjuicios en algo más de 106.000 euros. Los acusados llegaron a constituir el expolio en su forma de vida, exportando un total de 18 cascos fuera de España, de acuerdo con un anticuario residente en Suiza, para su posterior enajenación sucesiva en casas públicas de subastas. La sentencia condenó por un delito de blanqueo de capitales y por delito de **daños continuados** contra el patrimonio histórico, *en concurso medial* con un delito de **hurto agravado** al recaer sobre bienes de valor histórico. La resolución, confirmada por parte el TS en sentencia n. 335/2020, absolvió del delito de contrabando por la posterior venta de los efectos sustraídos del yacimiento –los cascos de soldado celtíberos que llegaron a subastarse por toda Europa– por estar prescrito, conforme a los plazos previstos en los arts. 130.6 y 131.1 CP, pese a que la investigación vino precedida del conocimiento por parte de algunas personas de la venta de los cascos en casas de subasta internacionales. Una vez iniciadas las actuaciones, se hicieron registros en los domicilios de los acusados, hallándose objetos de valor arqueológico en los que era preciso determinar su extracción reciente del suelo, por la exigencia del plazo de prescripción del delito en el plazo de tres años desde su comisión.

La discusión jurídica resuelta por el TS trata la mayor parte de las cuestiones suscitadas en la abundante doctrina española sobre la materia. Una de las principales fue la tipificación penal: considerando que el delito de daños sobre yacimiento arqueológico del art. 323 (dolo necesario o de 2º grado)¹⁸ fue medial

¹⁸ La solución adoptada en el caso concreto, con apoyo en la doctrina publicada, consistió en hacer una valoración del coste de la realización de una excavación arqueológica en el terreno afectado en ausencia de expolio. Con otras palabras, se cuantificó cuanto habría costado hacer una excavación arqueológica legal en el espacio de terreno expoliado. Sobre este particular señala que “no es necesario que los bienes de cuyo daño o alteración se tratara carezcan de la correspondiente intervención oficial declarándolos singularmente protegidos por esas características, o específicamente inventariados”.

Esta resolución no hace más que reafirmar anteriores pronunciamientos como la valiosa STS 641/2019, de

para la comisión de un delito distinto, el delito continuado de hurto agravado (234.1 y 235.1 CP). En esta resolución, no existió consideración alguna por el tribunal de instancia acerca de una posible apropiación indebida, aplicable en aquellos supuestos en los que se producen expolios sobre yacimientos desconocidos. La STS absolvió del delito de blanqueo de capitales del que venía siendo acusado (el TS consideró que se oculta el producto ilícito, pero no se invisibilizó el origen de los objetos) y condenó por un delito de receptación, pero sin realizar valoraciones técnicas de interés al respecto.

Pese a lo expuesto, encontramos alguna sentencia contradictoria: en la jurisprudencia menor, la AP de Lleida en sentencia de 20 de marzo de 2019 en un supuesto de venta online de piezas numismáticas, previa labor de rastreo y excavación continuada y daños desde 2004, rechazó los tipos de hurto o apropiación indebida concluyendo que respecto de los actos de apropiación cabía subsumir los hechos en el nuevo tipo penal de expolio, considerando que con dichos actos también se produce un daño colateral en los yacimientos desde el momento en que el expolio de piezas provoca "la pérdida de las referencias del contexto histórico del yacimiento en el que se produce la sustracción, con la consiguiente dificultad o, en algunos casos imposibilidad, de acceder a los datos que podrían conseguirse a partir del análisis del lugar del hallazgo".

Por su parte, la sentencia de la AP de Cádiz de 5 abril de 2019 (caso Bahía) se pronuncia en un asunto de expolio de yacimiento subacuático en las costas de la provincia de Cádiz removiendo el fondo marino sin rigor científico entre varios coimputados. Se les condenó en 1º instancia entre otros delitos por daños en el patrimonio arqueológico del art. 323 del CP. Dicha sentencia, como se puede observar de su lectura íntegra, si bien emplea el concepto de expolio y el de yacimiento arqueológico, para remitirse a una conducta cometida en el 2006 no utiliza el término yacimiento subacuático, introducido expresamente por nuestro legislador, incorporando así las previsiones de la Convención de

20 de diciembre que, con una clara pretensión de fijar doctrina y en términos esclarecedores, señalaba que "el artículo 323 del Código Penal, cuando establece como elemento típico que el daño recaiga sobre bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental (o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos), remite a un elemento normativo cultural, para cuya valoración el juzgador debe atender a elementos o valores que configuran la normativa administrativa en esta materia; sin necesidad de que ese bien previamente haya sido administrativamente declarado, registrado o inventariado formalmente con ese carácter, pues no es exigencia prevista en la norma y no satisfaría adecuadamente el mandato del artículo 46 de la Constitución Española".



la UNESCO para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático aprobada en 2001, ratificada por España en 2005 y en vigor desde el 2 de enero de 2009. La sentencia califica la conducta de los acusados como de daños si bien el supuesto, de haberse producido tras la reforma de 2015, encajaría en los "actos de expolio" tipificados en el CP¹⁹.

Conforme a lo expuesto, el legislador de 2015, en buena lógica, al tipificar el delito de expolio, parece que quiso referirse a algo distinto de las modalidades de apoderamiento que ya tenían encaje legal y también a algo diferente de los daños que, por su parte, se contemplaban en el primer inciso del art. 323.1. CP. Por estas razones, considero que el expolio debe ser considerado un delito de daños, pero que cubra todos aquellos de naturaleza no física o material que afecten al bien jurídico, a la función social del patrimonio histórico (lo que ya se consigue deteriorando el registro arqueológico del yacimiento como fuente de información histórica). Reconducir por tanto el expolio a los supuestos de daños inmateriales donde lo que se sanciona es la "descontextualización científica del yacimiento". En este sentido se han pronunciado autores como Vercher Noguera²⁰ o Rodríguez Moro²¹. En esta línea Roma Valdés iba más allá proponiendo un concepto penal de expolio: "el expolio arqueológico constituye una forma especial de daños al patrimonio cultural en el que el elemento central es la destrucción del contexto arqueológico, esto es, la eliminación de aquellos elementos estratigráficos y de otra naturaleza que restan las posibilidades de estudio y comprensión de la cultura y en cuya ausencia los elementos materiales se convierten en montones de tierra, piedra y otros materiales"²².

¹⁹ Donde el daño al yacimiento y a su función social excede del valor de la entidad de los bienes apropiados, tal como se refleja en el informe pericial recogido en la sentencia, existiendo pues conjuntamente una conducta de apropiación y de daño.

Cfr. comentarios a las SSAPP citadas en PERIAGO MORANT, J. J., "Crónica jurisprudencial penal", *Patrimonio Cultural y Derecho* (2020).

²⁰ VERCHER NOGUERA, A., "El expolio de bienes de patrimonio histórico o la descontextualización penal del entorno arqueológico", *Diario La Ley*, 9151 (2018).

²¹ RODRIGUEZ MORO, L., "Interpretación del delito de expolio del art. 323 del código penal ¿es susceptible de abarcar el uso de detectores de metales para localizar vestigios arqueológicos enterrados?", en VVAA (GUISASOLA LERMA, dir.), *Tutela de los bienes culturales...*, ob. cit., p. 515.

²² ROMA VALDÉS, A., "The looting of the Spanish...", ob. cit.

En todo caso, entiendo como necesaria una revisión técnica de todos los preceptos implicados, precisando el legislador en qué consisten los actos de expolio, en aras de garantizar la seguridad jurídica.

A su vez, en relación al tratamiento penológico del art. 323 comparto las críticas que se han realizado a las penas alternativas del precepto introducidas por la reforma 1/2015: (prisión 6 meses a 3 años o multa de 12 a 24 meses) a diferencia de las penas cumulativas previstas en el art. 321. En la redacción anterior las penas eran conjuntas, y por tanto considero el cambio injustificado.

3

La respuesta penal española al tráfico ilícito de bienes culturales: el delito de contrabando (L0 12/1995)

El legislador español despliega un sistema altamente proteccionista de nuestro patrimonio cultural y conforme a una tradición histórica, y dada su estrecha relación con la normativa aduanera, opta por ubicar el delito de contrabando de bienes culturales fuera del Código Penal, en una ley especial. Los cambios operados en la aduana española tras la configuración de la Unión Europea como un mercado interior con libertad de circulación de mercancías sin que queden sometidas a controles en las fronteras interiores motivaron la aprobación de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando (en adelante, LORC). Ciertamente la entrada en vigor del mercado interior comunitario el 1 de enero de 1993, que suprimió los controles fronterizos entre los Estados miembros, dio lugar a abusos, por lo que se aconsejó la penalización de ilícitos que suponían incumplimiento de la normativa reguladora del tránsito aduanero recogida en el Reglamento (CEE) núm. 2913/92, del Consejo, de fecha de 12 de octubre, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario y en sus normas de aplicación.

3.1 El objeto de protección del delito de contrabando de bienes que integren el PHE

Mayoritariamente viene considerándose que la actividad de control de las autoridades aduaneras se protege como instrumento para tutelar una serie de intereses de diversa naturaleza, que son los auténticos bienes jurídicos del



delito: estamos pues ante un bien jurídico supraindividual. Como señalaba Orts Berenguer²³ con el castigo de la exportación sin permiso de obras u objetos de interés histórico o artístico se quiere salvaguardar el complejo patrimonio constituido por todos ellos, el Patrimonio artístico e histórico del país, su acervo cultural. En efecto, la prohibición de la exportación es la medida más drástica para evitar la dispersión del Patrimonio cultural, protegiéndose su integridad para las generaciones presentes y futuras.

Recientemente, Matallín Evangelio²⁴ precisa que el bien jurídico protegido quedaría referido al interés económico y de control del Estado y al correspondiente valor asociado o específicamente custodiado, si es que lo hay, en cada una de las figuras de contrabando, patrimonio histórico..., de nuevo cuño o existentes con anterioridad en la Ley 7/1982. En suma, el control del tráfico de mercancías representa un bien jurídico instrumental dirigido a evitar riesgos para los bienes jurídicos específicos de carácter supraindividual. En el ámbito que aquí nos ocupa, el bien jurídico es el interés del Estado por ejercer el control aduanero de unos bienes que pertenecen al legado cultural de un pueblo cuyo patrimonio histórico se ve gravemente mermado con su exportación ilegal.

3.2 Conducta típica

Si acudimos a la normativa específica, el art. 5 de la LPHE dice lo siguiente: "A los efectos de la presente Ley se entiende por exportación la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español". Por su parte, el art. 75.1 establecía que constituye delito, o en su caso infracción de contrabando, de conformidad con la legislación en esta materia, "la exportación de un bien mueble integrante del PHE, que se realice sin la autorización prevista en el art. 5 de esta Ley".

Pues bien, conforme al art. 2.2.a) de la LORP, modificada por LO 6/2011, de 30 de junio, la exportación o expedición de bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria o habiéndola obtenido con datos o documentos falsos, en

²³ ORTS BERENGUER, E., "Exportación sin autorización de obras de interés histórico o artístico", en *Comentarios a la Legislación Penal*, 1984, p. 88.

²⁴ MATALLÍN EVANGELIO, A., "Contrabando y especies protegidas: una reflexión acerca del bien jurídico protegido" en *Constitución y derechos fundamentales y sistema penal*, 2009, pp.1335 y ss.



relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito, constituirá delito de contrabando (cuando el valor del bien sea superior a los 50.000 €), o en su caso, infracción administrativa (si el valor es inferior a 50.000 €, salvo que se perpetre por medio de organización). De suerte que, la única excepción prevista es que el contrabando se realice a través de una organización, en cuyo caso siempre es delito con independencia de la cuantía (art. 2.3.a).

Por su parte, la exigencia de autorización para que el bien pueda salir lícitamente de nuestras fronteras constituye uno de los elementos nucleares de la modalidad comisiva de contrabando. Se configura el tipo como una norma penal en blanco que remite a disposiciones administrativas. Concretamente somete a los bienes a un régimen distinto en función de sus características y de su grado de protección:

"Los propietarios o poseedores de tales bienes con más de 100 años de antigüedad y, en todo caso, de los inscritos en el Inventario General previsto en el artículo 26 de la LPHE precisarán para su exportación autorización expresa y previa de la Administración del Estado en la forma y condiciones que se establezcan por vía reglamentaria".

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, queda prohibida la exportación de los bienes declarados de interés cultural (en adelante, BIC) así como la de aquellos otros que, por su pertenencia al PHE, la Administración del Estado declare expresamente inexportables, como medida cautelar hasta que se incoe expediente para incluir el bien en alguna de las categorías de protección especial previstas en esta Ley, sin perjuicio de lo que establecen los artículos 31 y 34, en relación a la autorización para salida temporal.

Cabe señalar que son punibles tanto la forma dolosa como la imprudente. El mismo art. 2, en su apartado quinto, señala que las anteriores conductas serán igualmente punibles cuando se cometan por imprudencia grave, en cuyo caso se les impondrá la pena inferior en grado. No se contempla efecto jurídico-penal para los supuestos de imprudencia profesional.

3.3 El criterio de clasificación del objeto material: el valor de los bienes

Debemos insistir en lo distorsionador del hecho de que la Ley de Contrabando utilice únicamente el criterio económico para delimitar el delito de la



infracción administrativa, cuando hubiera resultado más acorde con el bien jurídico protegido, atender también al relevante valor cultural del bien, de manera similar al subtipo agravado del delito de daños a bienes culturales previsto en el art. 323 apartado 2o del CP. En todo caso, en coherencia con la regulación actual, la valoración del bien adquiere extraordinaria relevancia: el art. 75.2 LPHE atribuye la fijación de dicho valor a la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del PHE.

En cuanto a la determinación de los contornos del objeto material, en el ámbito penal se planteó un debate, hoy en día ya superado, sobre si solo se protegen bienes previamente inventariados o catalogados por la Administración y los declarados inexportables como medida cautelar o si bien se pueden incluir otros bienes en el objeto material del delito de contrabando. Conforme con la doctrina mayoritaria y a la jurisprudencia del TS, el objeto material no tiene que restringirse a aquellos bienes que se hallen inventariados o previamente declarados por la Administración como bienes de interés histórico, artístico o cultural, sino que los bienes a los que se refiere el art. 2 son conceptos normativos pendientes de valoración judicial, con el pertinente asesoramiento de los peritos en la materia. El criterio de no ser necesaria la catalogación del bien como requisito imprescindible es el asumido por nuestra jurisprudencia cuando se ha pronunciado sobre el delito de daños al patrimonio histórico del artículo 323 del Código Penal.

Este es el criterio seguido en la sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal n. 27 de Madrid de 14 de enero de 2020, confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid el 1 de septiembre del mismo año²⁵, por la exportación ilegal del Picasso *Cabeza de mujer joven* pieza esencial del cubismo, declarada "inexportable" por la citada Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del PHE. Expongo muy sucintamente los hechos probados: el propietario de la obra original de Picasso, un conocido exbanquero, adquirida en 1977, se puso en contacto con la empresa especializada en la subasta de obras de arte Christie's, con el fin de vender la obra en una subasta programada para febrero de 2013 en Londres. La casa de subastas informa al propietario del cuadro que debe pedir autorización al Ministerio de Cultura español para su exportación, al tratarse de un bien perteneciente al Patrimonio Histórico dado su evidente interés histórico-artístico y tener una antigüedad superior a 100 años. En 2012 la Junta acuerda por unanimidad que no se puede exportar la obra por no

²⁵ TOL8.171.791.



existir otra semejante en territorio español, al ser una de las pocas obras de Picasso del periodo "Gósol", con influencia decisiva en el cubismo y en la evolución posterior de la pintura del siglo XX. El director general de Bellas Artes, siguiendo el dictamen emitido, deniega en 2012 la solicitud y el Ministerio de Cultura acuerda que la obra no se puede exportar como medida cautelar hasta su declaración como bien de interés cultural.

El delito se consumó desde la salida del cuadro de territorio español, a través de la goleta de su propiedad, atracada en el mes de junio en el puerto de Valencia, dando instrucciones a su capitán para que lo ocultara a las Autoridades, siendo localizado un mes después por los servicios aduaneros franceses al tener conocimiento de que el acusado estaba tramitando el permiso de salida con un cuadro vía aérea.

3.4 El sujeto activo. Especial atención a la responsabilidad de las personas jurídicas

Con independencia del problema concursal con el delito del art. 289 el propietario del bien puede ser sujeto activo del delito²⁶. Tras la reforma de 2011, conforme al art. 2.6 LORC las personas jurídicas también serán penalmente responsables del delito de contrabando, cuando concurren las condiciones exigidas en el art. 31 bis del CP, estableciéndose en el art. 3.3. a) las penas aplicables:

- a) **En todos los casos, multa proporcional del duplo al cuádruplo del valor** de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando, y prohibición de obtener subvenciones y ayudas públicas para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo de entre uno y tres años.
- b) **Adicionalmente, en los supuestos previstos en el artículo 2.2,** suspensión por un plazo de entre seis meses y dos años de las actividades de importación, exportación o comercio de

²⁶ De hecho, podemos citar a modo de ejemplo un reciente conflicto jurídico de propietarios de obras de arte que mantienen una pugna con las administraciones para poder vender la obra en el extranjero, declarada inexportable. <https://elpais.com/espana/madrid/2022-05-08/pulso-para-vender-en-el-extranjero-un-cuadro-atribuido-a-velazquez-retrato-de-un-clerigo.html>.



la categoría de bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando; en los supuestos previstos en el artículo 2.3, clausura de los locales o establecimientos en los que se realice el comercio de los mismos".

Podemos adelantar que, llama la atención la ausencia de mención al catálogo de penas ya previstas en el art. 33.7 del CP y por ende al 66 bis, que entendemos deberá traerse en aplicación.

Finalmente, el art. 2.7 de nuestro CP dispone que cuando el delito se cometa en el seno, en colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad les será de aplicación lo dispuesto en el art. 129 del CP. La previsión de esta clausula parece responder a la necesidad de perseguir penalmente el contrabando en el ámbito de la economía sumergida, tema altamente preocupante y que seguirá siendo objeto de estudio detenido en futuras investigaciones.

Fuera de nuestro país, se ha dictado una resolución sin precedentes en la vía penal, que podría tener consecuencias en otros países: el titular del Juzgado Penal Económico n.º de Buenos Aires dictó auto de procesamiento de la casa de subastas Christie's por un presunto delito de contrabando de tres obras de arte, el 15 de octubre de 2021. Pese a que el auto se dictó contra la representante de la empresa en Argentina y Uruguay y contra la persona jurídica Christie's Argentina, señala también a la casa matriz con sede en Nueva York, pues allí se remataron las obras de arte. Según la investigación judicial también fue quien pagó el traslado de las tres obras de arte, propiedad de un empresario argentino, valoradas en 1'3 millones de dólares, sobre las que pesaba un embargo y que salieron del país sin las correspondientes licencias de exportación. El juez había procesado con anterioridad al citado empresario por evasión del Impuesto a las Ganancias correspondientes al ejercicio fiscal de 2010. La empresa filial en Argentina contó además con los agentes de transporte logísticos en el traslado de embarco (*shippers*) para que se pudiera burlar el control de la autoridades aduaneras de forma efectiva. Ahí radicaría el múltiple interés internacional de los diferentes países y la naturaleza transnacional del delito. No obstante la acción penal fue extinguida respecto de Christie's y sobreseída la causa, teniendo en cuenta la Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva de 2019, pasando automáticamente a ser un problema fiscal, a diferencia de los sostenido en instrucción por el Dr Meirovich, conjuntamente con la Fiscalía de ese Fuero en lo Penal Económico, sobreseyendo a los procesados aludidos por los hechos de contrabando.



3.5 Las consecuencias jurídicas derivadas del delito de contrabando

Conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1 de la LORP, tras el régimen previsto por la LO 6/2011, se prevé para el delito de contrabando de bienes culturales una pena cumulativa: prisión de uno a cinco años y una multa del tanto al séxtuplo del valor de los bienes.

Por su parte, el art. 3.2. 2. prevé la imposición de la pena superior en un grado cuando el delito se cometa "por medio o en beneficio de personas, entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una facilidad especial para la comisión del mismo"²⁷.

Asimismo, recordemos que el lucro constituye la motivación principal de la delincuencia transnacional. Por consiguiente, si se pretende combatir, debería perseguirse dicho incentivo: para ello resultan de utilidad además de la pena de multa proporcional, de un lado el decomiso y de otro la responsabilidad civil derivada del delito.

Con acierto afirman Moya y Tapia²⁸ cómo las formas delictivas graves y complejas de las que se derivan grandes beneficios económicos adquieren su máximo desarrollo en el plano transnacional bajo la dirección de una organización criminal. De hecho, uno de los denominadores comunes de los delitos que justifican la existencia del decomiso es la comercialización de bienes y servicios ilegales, "de manera tal que coexiste un mercado legal de bienes, productos y servicios con otro ilegal".

Pues bien, conforme dispone el art. 5 LORP, toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso de los siguientes bienes, efectos e instrumentos: serán objeto de decomiso las mercancías objeto del delito, los instrumentos y las ganancias conseguidas con el delito.

Una de las cuestiones que en su momento atrajo la atención fue la penalidad del comentado caso del contrabando del Picasso. Inicialmente el Juzgado de lo Penal estableció la condena de pena de prisión de dieciocho meses, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 52.400.000 euros, con responsabilidad subsidiaria en caso de impago de dos meses de privación de libertad y al pago de las costas procesales, incluidas las de la Abogacía del Estado; el comiso de la obra

²⁷ Para fijar el concepto de organización deberá atenderse a lo dispuesto en el art. 570 bis 1. CP.

²⁸ MOYA GUILLEM, C. y TAPIA BALLESTEROS, P., "Ganancias ilícitas de la delincuencia transnacional e instrumentos penales para disuadirla", *Estudios Penales y Criminológicos*, 41 (2021), pp. 779 y ss.



intervenida y su atribución al Estado español. Además, no olvidemos la prescripción del artículo 29 de la LPHE que señala que pertenecen al Estado los bienes muebles integrantes del PHE que sean exportados sin la autorización requerida. Posteriormente por auto de rectificación de sentencia del juzgado de 20 de enero de 2020 se rectifica la sentencia (porque había aplicado la mitad inferior de las penas cuando el artículo 3.1 obliga a ir a la mitad superior) incrementando la pena y decidiendo que sea de prisión de tres años y un día, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 91.700.000 euros. Esta rectificación tiene importantes repercusiones porque se impide la posibilidad de acordar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, prevista en el artículo 80 del CP, al ser la penalidad finalmente impuesta superior a los dos años de privación de libertad²⁹.

En relación a la responsabilidad civil derivada del delito, el art. 75.1 LPHE establece la responsabilidad solidaria a cuantas personas hayan intervenido en la exportación o aquellas que por su actuación, omisión, dolosa o negligente.

4

Retos pendientes en el ámbito del expolio y el tráfico ilícito

El panorama actual, íntimamente conectado a la eclosión de conflictos armados en países con estructuras políticas debilitadas, presenta numerosos retos y pone a la comunidad internacional en un brete ante la imposibilidad de hacer frente a los ataques que hemos presenciado en los últimos años. El tráfico ilícito de bienes culturales es un problema mundial que solo puede combatirse con cooperación entre países. Como ha afirmado el Secretario General de INTERPOL³⁰, con ocasión de la participación en operaciones internacionales contra las redes dedicadas al tráfico de obras de arte y antigüedades (operaciones Athena II y Pandora IV) que ha desembocado en la recuperación de más de 19.000 objetos arqueológicos y de interés artístico, el número de detenciones y de

²⁹ Cfr. el comentario jurisprudencial de PERIAGO MORANT, J.J., "Crónica jurisprudencia", *Patrimonio Cultural y Derecho* (2021).

³⁰ <https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2020/Accion-internacional-contr-el-trafico-de-bienes-culturales-101-detenidos-y-19-000-objetos-recuperados>.



incautaciones practicadas refleja la dimensión y el alcance global del comercio ilícito de bienes culturales, que puede afectar a cualquier país que tenga un rico patrimonio cultural.

La realidad criminológica evidencia que si bien el arte ha consolidado su posición como valor de inversión a nivel mundial y la generalidad de los intervinientes en el mercado cumplen con la normativa que les afecta, existen piezas que no tienen un origen lícito demostrable y que en algunos casos los agentes intervinientes pueden cometer, dolosa o imprudentemente, delitos propios o ajenos. La praxis profesional observada habitualmente en este sector plantea serios problemas en la lucha contra el expolio y el tráfico de antigüedades. La mayoría de los marchantes no solicita prueba documental del origen declarado de los objetos que compran a sus proveedores y dice confiar en las declaraciones de origen y procedencia que aseveran sus colegas de profesión, sustentando sobre esa base su buena fe. No obstante, esta ausencia de control se aviene mal con las nuevas exigencias del mercado.

Por lo expuesto, nos parece imprescindible que toda empresa cuya actividad sea el comercio con arte y antigüedades disponga y ejecute con eficacia sistemas de *criminal compliances*, para así lograr una prevención y protección de las transacciones artísticas, así como por el interés de las propias entidades en cuidar su reputación ante las instituciones y autoridades en el contexto del arte, que tiende internacionalmente a una profesionalización, requisitos que he abordado en anteriores trabajos³¹.

Por tanto, siguiendo las recomendaciones del SEPBLAC, hay que regular la prevención delictiva, adoptando medidas de control interno: entre las obligaciones fundamentales está la diligencia debida, el análisis de los riesgos, examinando las operaciones inusuales y en casos de sospecha, comunicarlo. No olvidemos que la prevención del blanqueo ayuda a la lucha contra la financiación del terrorismo.

No obstante, la falta de armonización legislativa reduce la eficacia de las medidas destinadas a frenar el comercio ilícito de bienes culturales y, por ende, como destaca Romeo Casabona³², la dificultad para su persecución transfron-

31 GUIASOLA LERMA, C., "Delitos contra bienes culturales: especial consideración a los programas de cumplimiento penal (*criminal compliance programs*) en el sector del mercado del arte", *Cuadernos de Política Criminal*, 130 (2020), pp. 7 y ss.

32 ROMEO CASABONA, C., "El Convenio del Consejo de Europa de 2017 sobre delitos relacionados con los bienes culturales", en GUIASOLA LERMA, C. (dir), *Expolio de bienes culturales...*, ob. cit.



teriza, en gran medida motivada por la carencia de un marco jurídico-penal internacional y de una cooperación eficiente, también internacional.

En palabras de Pérez-Prat³³, se pueden tildar de escasos los instrumentos internacionales para criminalizar el tráfico ilícito de bienes culturales y con clausulas dispersas. Así, en el ámbito jurídico internacional, la UNESCO es la organización que se ha ocupado más de esta problemática, adoptándose diferente regulación según se trata de tiempos de guerra (Convención de Naciones Unidas para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 1954) y en tiempos de paz (la Convención de París de 17 de noviembre de 1970, sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales, ratificada por España en 1985). También debemos mencionar la Convención de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente de junio de 1995. Por su parte, el Consejo de Europa ha estado involucrado desde hace años en la preservación del patrimonio cultural y en impulsar iniciativas para su tutela jurídica. En concreto, y ante el incremento de los delitos relacionados con los bienes culturales se adoptó en Nicosia la Convención sobre las Infracciones relativas a los Bienes Culturales, lo cual supone un cambio de modelo en la respuesta para prevenir y combatir el tráfico ilícito y la destrucción de bienes culturales, más allá de la legislación interna de los Estados. De suerte que está completamente orientada a asegurar la aplicabilidad de las disposiciones incriminadoras nacionales, contemplando un amplio abanico de conductas típicas, con el objeto de colmar lagunas del marco jurídico vigente.

Finalmente, también debemos valorar positivamente el paso dado por el Reglamento (UE) 2019/880 al establecer un sistema de supervisión de la introducción e importación de bienes culturales. El texto aborda el procedimiento de entrada de bienes en el ámbito comunitario desde una perspectiva amplia, con el fin de contemplar todos los supuestos que podrían servir a los fines del tráfico ilícito. Así, el Reglamento es consciente de la necesidad de supervisar también la introducción de bienes en zonas y puertos francos³⁴, con el propósi-

³³ Para una visión de conjunto del Derecho internacional del patrimonio cultural y sus líneas de actuación, cfr. PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., "Las medidas internacionales para criminalizar el tráfico ilícito de bienes culturales", *Revista d'Arqueologia de Ponent*, 30 (2020), pp. 293 y ss.

³⁴ Acerca de su empleo en el entramado del comercio ilícito, cfr. PERIAGO MORANT, J.J., "Puertos francos: el arte que no verás", en VVAA (GUISASOLA LERMA, dir.), *Tutela de los bienes culturales...*, ob. cit., pp. 262 y ss.



to de que estos espacios no se conviertan en un subterfugio legal para eludir el sistema de control diseñado, entre otras razones, porque las características de estas áreas podrían contribuir a la perpetuación del tráfico ilícito³⁵.

Ligado a lo anterior, no podemos pasar por alto cómo los **conflictos armados** ofrecen oportunidades para la expansión de los delitos objeto de estudio. Avanzado ya el siglo XXI el viejo antagonismo entre civilización y barbarie cobra de nuevo relevancia.

Si bien el patrimonio cultural ha sido víctima históricamente de todo tipo de ataques, la proliferación de conflictos armados en los últimos años ha intensificado los desafíos de la justicia penal ante el expolio de antigüedades, los robos de obras de arte y el fenómeno del blanqueo. Como apuntaba Ana Marcos, redactora de Cultura de *El País*, sin pretender equiparar la catástrofe que supone la pérdida de una sola vida frente a la de una obra de arte, tras varios meses de guerra, el patrimonio cultural de Ucrania está en peligro de destrucción y saqueo y, por tanto, ante una grave amenaza que puede acabar en el olvido. En el olvido de esta invasión y en el de la historia cultural de un país³⁶. Cuando una obra sale de un país no solo se evita su destrucción también su robo o expolio. Como afirma Chechi³⁷, las disputas relacionadas con el patrimonio cultural internacional rara vez implican cuestiones exclusivamente culturales.

Esta y otras razones nos llevan a seguir insistiendo en la necesaria firma y ratificación del último instrumento adoptado en sede de la Unión Europea: el citado **Convenio del Consejo de Europa sobre los delitos contra bienes culturales** (Nicosia 2017), el cual sorprendentemente no ha sido aún objeto de firma por España. Su valor añadido reside en que, tras su entrada en vigor, el 1 de abril de 2022, constituye el primer y único tratado internacional centrado en la tipificación de las actividades ilícitas relacionadas con los bienes culturales. En particular son tres sus objetivos: el primero prevenir y combatir la destrucción, el daño y el tráfico ilícito de bienes culturales a través de la penalización de ciertas conductas. En segundo lugar, fortalecer la respuesta de la justicia penal a dichos delitos. Y por último promover la cooperación nacional (fortaleciendo los vínculos entre Justicia & Cultura & Aduanas & Policía) e internacional para

35 In extenso, SUÁREZ-MANSILLA, M., "Nuevas medidas...", ob. cit., pp. 652 y ss.

36 "Correo del arte: ¿Morirías por salvar un cuadro? Arte contra la Guerra y el olvido", marzo 2022.

37 CHECHI, A., "The case of the Crimean Art Treasure and the question of the application of the UNESCO Convention of 1970", *Rivista di Diritto Internazionale* (2020).



combatir los delitos relacionados con los bienes culturales. Sin embargo, a día de hoy, sólo 6 países han ratificado el Convenio, entre los que no se encuentra España: resulta lamentable y denota el escaso interés por nuestra cultura, el que sigan sin resolverse los conflictos competenciales entre los Ministerios de Justicia y Cultura y no se apueste por firmar tan relevante instrumento. Puede que la Convención Nicosia responda "parcialmente" a los desafíos de la criminalidad –finalmente pese a lo expuesto en el Preámbulo dejó fuera delitos graves como el terrorismo– pero en todo caso la incorporación de aquellos delitos permitirá una lucha conjunta en un mundo global. La Convención pretende simplemente cubrir las lagunas de punibilidad y reforzar los mecanismos de cooperación internacional, sin imponer al Estado, desde el punto de vista de la técnica legislativa, un modelo de tipificación, previendo reservas para algunos de los delitos. De suerte que consideramos que la Convención supone un paso adelante en la regulación penal del tráfico ilícito³⁸, colocando el foco en los distintos aspectos del tráfico transnacional y sus elementos ilícitos. No resulta posible un verdadero desarrollo y progreso de una sociedad sin una conciencia real del valor de su propia cultura, y de su necesaria protección, que debe ser adaptada a las realidades descritas.

38 En esta dirección, PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., "Las medidas internacionales...", ob. cit.



Criminological Frameworks for Understanding Mexican Antiquities in Contemporary European Auctions



Donna Yates

Associate Professor of Criminology

Diāna Bērziņa

Researcher

Maastricht University Faculty of Law





1

The Auction

On 3 December 2021, when we were preparing the presentation that inspired this writing, the French auction house Millon¹ held a public sale of antiquities at the premises of the famous Paris Hôtel Drouot. Entitled *Les Empires de Lumière*, perhaps in reference to the painting series *L'Empire des Lumières* by René Magritte, the sale featured about 130 objects which were listed as having originated in pre-Conquest Latin America. None of the objects was offered with adequate provenance information: countries of origin were obscured, ownership histories were incomplete, and proof of legal export was absent. Experts on social media and, swiftly afterwards, the countries of origin complained about the sale, with Mexico, in particular, leading in demands for repatriation within the public forum of the popular press.² Over 70 of the objects in the Millon sale could have originated in the territory of Mexico, and it is highly unlikely that any of those objects left Mexico in compliance with the law. Requests to halt the sale were ignored, and the antiquities were sold to anonymous private bidders.³

As frustrating as that situation might seem, both the sale and the resulting dispersal to private collections despite the high likelihood of illegality did not surprise either Mexican authorities or researchers who specialise in illicit antiquities research. Indeed, this was just one of many bulk sales of

¹ <https://www.millon.com/>, consulted on October 21, 2022.

² E.g., see <https://www.thedailybeast.com/mexico-demands-end-to-sale-of-their-aztec-artifacts>, consulted on October 21, 2022.

³ See auction results at <https://www.millon.com/catalogue/vente1608-les-empires-de-lumiere/resultat>, consulted on October 21, 2022.



pre-Conquest Latin American material to be held in Europe recently. And with Mexico and other countries of origin experiencing little success in halting these auctions, the sales continue. Indeed, at the time of writing Millon is actively seeking pre-Conquest Latin American objects for two follow-up *Les Empires de Lumière* sales, scheduled for 14 September and 14 December 2022.⁴ The auction house and, presumably buyers, have rightly observed that Mexican protests result in minimal response from French authorities.

In this contribution, we will discuss some of the reasons that auctions of looted and trafficked Mexican antiquities continue to take place. We will briefly present some of the features of the market for pre-Conquest Latin American antiquities that support illicit trafficking and sale, and we will then point out some of the specific issues that are visible within the previously-mentioned Millon auction. We assert that these issues are not unique to the auction in question but are rather representative of this market as a whole. Following this we will put forward two framing techniques from the field of criminology which we can use to better understand this market and the behaviour of people within it. While the applications of these criminological frames are expanded upon in other publications, they are offered here as devices for scholars outside of the criminological field to consider. We conclude with some comments on how we can more effectively respond to these auctions in the future.

2

Features of the Market

How is the contemporary auction market for Mexican pre-Conquest antiquities supplied? Largely with the sins of the past. Little of the Mexican material that is available on the contemporary European auction market represents "fresh loot" or recent crime. Rather it is the backlog of tourist trinkets, collections of mid-20th-century connoisseurs, and objects that are not authentically

⁴ <https://web.archive.org/web/20220621113559/https://www.millon.com/nos-specialites/les-grandes-civilisations/art-premier>, consulted on October 21, 2022.

ancient that have been circulating for decades but are becoming visible in large groups due to the death of the generation that collected them. Little provenance data exists for this material, allowing for fantastic and unrealistic possible histories to supplant most likely trafficking scenarios.

2.1 Over a Century of Illicit Trade

Simply put, there are a lot of looted, trafficked, and otherwise undocumented Mexican antiquities in circulation within the private market. These objects represent the growth of the late 19th and early 20th century souvenir trade, with supply looted to meet constant touristic demand. Most of these objects are of low monetary value, the overwhelming majority of these objects were either excavated or exported in violation of Mexican law, and all of them lack sufficient paperwork to establish their social and legal trajectories.

In the 1950s and continuing into the 1960s and 1970s, demand for Mexican antiquities abroad expanded beyond the tourist market to the more elite spaces of art collecting. This was a boom-period for the collecting of pre-Conquest Latin American antiquities. Taste-making collections such as the contents of Nelson Rockefeller's Museum of Primitive Art (now in the Metropolitan Museum of Art), and Mildred and Robert Woods Bliss' Dumbarton Oaks Research Library and Collection redefined Mexican antiquities as art, driving up demand and thus prices for particularly significant pieces. It also inspired the devastating and broad-sweeping looting of Mexico's archaeological sites, as well as the looting of other Latin American countries, to feed market demand. The time period that this looting and collecting occurred may be of direct relevance to the contemporary manifestations of this market.

Doing simple calculations, the male collectors who fuelled this 1960s market have nearly all recently died, and their (presumed) slightly younger wives are also of an age where they are now passing away. As they die, their collections are left to heirs who appear to be placing them up for sale *en masse*. This creates a subsidiary boom in the availability of pre-Conquest Latin American antiquities that is tied more to market demand 60 years ago than it is to market demand now. It also explains the low sale prices achieved for most of these objects at auction: these are not freshly looted pieces that satiate hungry consumers, rather they are the now-unwanted orphans of past desire.



2.2 Not Authentically Ancient

Complicating the mix of tourist pieces and curated collections that we see appearing in contemporary sales is the long history of Mexican archaeological fakes. Documented as early as 1910 in Leopoldo Batres' *Antigüedades Mejicanas Falsificadas: Falsification y Falsificadores*,⁵ contemporary Mexican artists and craftspeople had produced a prolific amount of material that mimics pre-Conquest antiquities. Some of these objects can certainly be considered "fakes" in that they were produced with the intent of passing them off as authentically ancient to inspire increased profits. However, many of these objects were not made or initially sold with the intention of deception on the part of Mexican craftspeople; these modern replicas were souvenirs purchased by knowing tourists. Yet once these replicas reached foreign soil and were gifted, inherited, or sold, their modern pedigree was lost. On the market a modern replica (or intentional fake) with no paperwork appears the same as an authentically ancient but looted and trafficked antiquity with no paperwork, and the two become mixed together on the market. Thus, within the European sales in question, we see an undercurrent of large groups of low-value sales of likely fakes/replicas in the same second and third tier auction houses that sale low-value authentic pieces. At times it is impossible even for experts to distinguish between the two.

2.3 A Lack of Provenance

Complicating things further, there is a general lack of provenance information offered or available within this market, an issue evident in all previous research on the topic.⁶ This is, in part, because that provenance information

⁵ BATRES, Leopoldo, *Antigüedades Mejicanas Falsificadas: Falsification y Falsificadores*, Impr. De F.S. Soria, México, 1910.

⁶ e.g., BRODIE, Neil, "The Internet market in Precolumbian antiquities", in KILA, Joris and BALCELLS, Marc (eds.), *Cultural Property Crime: An Overview and Analysis on Contemporary Perspectives and Trends*, Brill, Leiden, 2014, pp. 237-262; GILGAN, Elizabeth, "Looting and the market for Maya objects: a Belizean perspective", in BRODIE, Neil, DOOLE, Jenny and RENFREW, Colin (eds.), *Trade in Illicit Antiquities: the Destruction of the World's Archaeological Heritage*, McDonald Institute of Archaeology, Cambridge, 2001, pp. 77-87; LEVINE, Marc N. and MARTÍNEZ DE LUNA, Lucha, "Museum Salvage: A Case Study of

does not exist. First the majority of this material left its country of origin in violation of that country's law, and second the majority of the material available and in question is of "low" market quality and of little note. Even after it was looted and trafficked, it did not inspire a paper trail on the market. As such, it appears that provenance does not matter very much within the market for pre-Conquest Latin American material broadly,⁷ or specifically in the market for cheaper pre-Conquest antiquities that are represented in European auctions. While extensive provenance might draw some buyers to some pieces, the volume and turnover of unprovenanced pieces on the market clearly shows that a lack of provenance is not prohibitive.

Because of this lack of provenance, recently trafficked antiquities, however limited they may be in this market, are indistinguishable from those looted and trafficked long ago.⁸ Objects whose criminal histories are recent enough to still be investigated by law enforcement are then masked by the hopeless cases in which time hides the crime (see below). The lack of consumer demand for provenance and proof of legality promotes a laxity among dealers and auction houses who, understandably, are not motivated to ask questions about objects that they do not want to know the answer to.

Mesoamerican Artifacts in Museum Collections and on the Antiquities Market", *Journal of Field Archaeology*, 38-3 (2013), pp. 264-276; LUKE, Christina and HENDERSON, John S., "The Plunder of the Ulúa Valley, Honduras, and a Market Analysis for Its Antiquities", in BRODIE, Neil, KERSEL, Morag M., LUKE, Christina and TUBB, Kathryn Walker (eds.), *Archaeology, Cultural Heritage, and the Antiquities Trade*, University Press of Florida, Gainesville, 2006, pp. 147-172; TREMAIN, Cara, "Fifty Years of Collecting: The Sale of Ancient Maya Antiquities at Sotheby's", *International Journal of Cultural Property*, 24-2 (2017), pp. 187-219; YATES, Donna, *South America on the Block: The changing face of Pre-Columbian antiquities auctions in response to international law*, MPhil Dissertation, University of Cambridge, 2006; YATES, Donna, "Value and doubt: The persuasive power of 'authenticity' in the antiquities market", *PARSE*, 2 (2015), pp. 71-84; YATES, Donna, "Failures and consequences of anti-antiquities trafficking policy in Mesoamerica", in C. TREMAIN, Cara and YATES, Donna (eds.), *The Market for Mesoamerica: Reflections on the Sale and Acquisition of Pre-Columbian Collections*, University Press Florida, Gainesville, 2019, pp. 189-203; YATES, Donna, "What auction catalogue analysis cannot tell us about the market", in FABIANI, Michelle D., BURMON, Kate Melody and HUFNAGEL, Saskia (eds.), *Global Perspectives on Cultural Property Crime*, Routledge, London, 2022, pp. 43-60.

⁷ YATES, Donna, "Value and doubt...", ob. cit.

⁸ MACKENZIE, Simon and YATES, Donna, "What is Grey about the 'Grey Market'", in BECKERT, Jens and DEWEY, Matias (eds.), *Antiquities', The Architecture of Illegal Markets: Towards an Economic Sociology of Illegality in the Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 70-86.



3

Barriers in Law

3.1 Evidence Burdens

While it is true that the initial acts of looting and trafficking of the Mexican antiquities in contemporary European auctions happened in the now-distant past, it must be emphasised that, first, those actions were illegal and second that the antiquities remain the rightful property of Mexico. These objects remain the tangible manifestation of Mexico's heritage and the time that has passed since the point of initial theft in no way negates either the cultural significance of these pieces within Mexico or Mexico's right or even duty to attempt to reclaim them. However, because of the significant time that has elapsed since the initial crime occurred, Mexico and other countries of origin face evidentiary challenges with regards to establishing crime has occurred, establishing ownership, and halting auction sales abroad.

To simplify the problem, with the understanding that each context and jurisdiction has its own unique legal challenges, at a basic level Mexico must prove that any given antiquity left in a manner that violated Mexican law. Practically speaking, this usually means that Mexico must prove that the specific object in question was in Mexico when Mexico declared national ownership of such objects, and that the object left Mexico after Mexico made such export illegal. The problem arises: how do you prove that an archaeological object that was looted from the ground and, thus, that Mexico has no record of and that was exported clandestinely and with no record was actually in Mexico at the relevant date. A court is certain to ask how, in the absence of documentary evidence, does Mexico know the object did not leave Mexico at any point between the 1500s and the much more recent cut-off date? How can Mexico prove it? While in many cases, the most likely scenario is meant to be accepted by the court, it is not so easy to convince a court that more recent and illegal looting and trafficking is, indeed, the most likely scenario even when all existing research assures that it is.

Compounding the problem is that ancient borders do not correspond with modern borders, and when no evidence of the exact find spot of an antiquity exists, which is the case for nearly every Mexican antiquity on the market, a court may reasonably hold that Mexico might not be the right country to return it to. Mexico has to prove they are a valid claimant. If Belize, Guatemala,



Honduras, etc. might be the proper owner of a trafficked antiquity, giving it to Mexico simply because Mexico asked without evidence would be wrong. While a convincing case for exclusively Mexican objects might be convincing in court (although not always, in the authors' experience), Maya objects, for example, are found in five modern countries. When they have been looted, it is usually not possible to determine which one would be the correct claimant.

4

Criminological Frames for Thinking about this Market

Ultimately this is a market that has its foundations in illegal actions of the past, where consumption of Mexican antiquities depends on sellers and buyers both accepting a high degree of uncertainty in purchases. Why would an otherwise law-abiding person take the risks involved in consuming unprovenanced antiquities. While, admittedly, there is little risk of these people facing legal penalties for this activity, there is a significant financial risk that the antiquities they buy will not be authentically ancient. Perhaps more importantly, there is a personal psychological risk in engaging in crime adjacent actions, of doing the wrong thing, that harms one's self-identity of being a good person. This is where the discipline of criminology, which studies the social constructions of crime, could be useful. Via criminological framings we can begin to consider why people are able to consume illicit Mexican antiquities.

In this section we will discuss two criminological concepts which are useful in considering how and why elite actors engage with the market for unprovenanced Mexican antiquities. Both of these concepts, Neutralisation Techniques⁹ and Creative Compliance,¹⁰ have been used by scholars to

9 MACKENZIE, Simon and YATES, Donna, "Collectors on illicit collecting: Higher loyalties and other techniques of neutralization in the unlawful collecting of rare and precious orchids and antiquities", *Theoretical Criminology*, 20-3 (2016), pp. 340-357; MACKENZIE, Simon R. M., "Dig a bit deeper: law, regulation and the illicit antiquities market", *British Journal of Criminology*, 45-3 (2005), pp. 249-268; MACKENZIE, Simon R.M., *Going, Going, Gone: Regulating the Market in Illicit Antiquities*, Institute of Art and Law, Leicester, 2005.

10 MACKENZIE, Simon and YATES, Donna, "What is grey about the 'grey market'...", *ob. cit.*; MACKENZIE, Simon, "The Market as Criminal and Criminals in the Market: Reducing Opportunities for Organised Crime



successfully analyse behaviour in antiquities markets. Here we will describe these two concepts and show examples of how they can be applied in this market. My hope is that by seeing them in use, the reader will be inspired to consider these and other criminological theories for approaching crimes related to cultural objects.

4.1 Techniques of Neutralisation

In the 1950s, criminologists Gresham Sykes and David Matza¹¹ conducted research among youth offenders in the United States in the 1950s. While previous criminological research had hypothesised otherwise, the adolescents who participated in the study did not appear to be members of a criminal subculture that viewed bad acts as good. Instead, the youths were part of regular society like everyone else, and they experienced feelings of guilt about their crimes. To deal with the psychological pressures of committing crimes, the youths had developed a number of internal narratives to neutralise their actions: stories that they told themselves which justified their actions and allowed them not to think of themselves as criminals. Sykes and Matza were able to classify these justifications into five "neutralization techniques", the employment of which allowed the individual to be "freed to engage in delinquency without serious damage to [their] self-image".¹² These are *Denial of Responsibility*, *Denial of Injury*, *Denial of the Victim*, *Condemnation of the Condemners*, and *Appeal to Higher Loyalties*.

While each of these neutralization techniques are interesting and, arguably, can be used to consider actors and actions within the illicit trade in Mexican antiquities, here I will focus on the last technique: *Appeal to Higher Loyalties*. Sykes and Matza defined this as a situation where offenders were aware of rules and perhaps even considered them to be right but thought that something greater or more important forced them to break those rules.

in the International Antiquities Market", in MANACORDA, Stefano and CHAPPELL, Duncan (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World: Illegal Trafficking in Cultural Property*, Springer, New York, 2011, pp. 69-85.

¹¹ SYKES, Gresham M. and MATZA, David, "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency", *American Sociological Review*, 22-6 (1957), pp. 664-670.

¹² Ibid., p. 667.

The example given by Sykes and Matza was loyalty to friends or obligation to family, but that is not the only possibility. The *Appeal to Higher Loyalties* then is defined by an offender who feels themselves to be in an ethical, moral, or social quandary; that they are "caught up in a dilemma that must be resolved, unfortunately, at the cost of violating the law" or other rules or norms.¹³

Research has found a number of instances of the use of an appeal to higher loyalties to neutralise the negative aspects of participation in the antiquities market.¹⁴ One of the primary and, seemingly, the most internally compelling form that the technique takes is an assertion that the object in question is or was in some sort of danger, and by purchasing it, the buyer saves the antiquity from obscurity and destruction. The buyer may suspect laws were violated and know that the antiquity is unprovenanced and likely looted and trafficked, but their feeling of commitment to the antiquity, to the act of saving, justifies their actions. They have a higher loyalty to preservation. Yet, often when evaluated against available evidence, or external realities, there is little to no evidence that the act of buying saved the antiquity in question or any antiquity. There is ample evidence that demand in this market causes supply, and the willingness of buyers to buy antiquities in the first place is what puts these objects in danger of being looted or destroyed.¹⁵ Believing in the saving narrative, however, allows buyers to excuse their own behaviour and ultimately to do what they want.

Thinking specifically of Mexican antiquities and understanding that this does not represent a complete analysis, a few examples of the technique of appeal to higher loyalties comes to mind. While these are not unique to Mexico, they have been applied to Mexican contexts on numerous occasions. One common application of this technique used to argue against facilitating the voluntary return of looted antiquities is that these antiquities are "safer" in Europe, North America, etc. People who employ this technique often say that while they know the pieces in question have been looted or trafficked, the instability that they see as inherent in lower income countries would put

¹³ Ibid., p. 669.

¹⁴ E.g., MACKENZIE, Simon and YATES, Donna, "Collectors on illicit collecting...", ob. cit.

¹⁵ MACKENZIE, Simon, BRODIE, Neil, YATES, Donna and TSIROGIANNIS, Christos, *Trafficking Culture New Directions in Researching the Global Market in Illicit Antiquities*, Routledge, London, 2019.



the antiquities at risk.¹⁶ The antiquities, they often note, could be returned once the country of origin is more stable or less risky, but ultimately, they argue that what is best for the antiquities should rest above the law. Should be a higher loyalty. Related to this is an argument that the lower income country in question either does not have the facilities or local expertise to properly care for the antiquities if returned.

While our purpose is not to fully deconstruct that argument, although it is not one that we agree with in any context, seen through the lens of neutralisation we can think of how and why it is being used; what the person using it gains from it and who is meant to hear the excuse. Taking a step into reality, Mexico is home to modern, world class, secure museums and hosts the best specialists in researching and preserving Mexican culture. Mexican museums are fully capable of preserving, securing, and displaying Mexican antiquities, and they do it very well. Insecurity in Mexico is not specifically museum insecurity, there is no threat of, say, an airstrike like there would be in an active conflict zone, and there is no indication that Mexican museums are robbed more frequently than those outside of Mexico. Further, Mexican antiquities in European museums or collections are not inherently safe. The beautiful and significant Dresden Codex, one of the handful of Maya books to survive to the present, is held in the Saxon State Library in Dresden Germany. During the bombing of Dresden in 1945, the codex experienced significant water damage and deterioration. Had the codex been in Mexico at the time, such damage would not have happened. That is not to say that the codex could not have been damaged in Mexico, but rather that Europe is not an inherently safer place for Mexican antiquities.

Yet this neutralisation technique is not used in an argument against the above reality. Rather it is used by and heard by people with deeply ingrained views about benevolence and economic privilege, about the inherent superiority of the institutions of the global north, and a willingness to believe negative things about the professional capabilities of non-white people and their institutions based on little evidence; ultimately this is deep seated racism, although the neutralizer using these techniques would likely resist that label.

To say, "I am saving a Mexican antiquity by buying it", legitimises the purchase, but only among people who share the same view of the world. The

¹⁶ MACKENZIE, Simon and YATES, Donna, "Collectors on illicit collecting...", *ob. cit.*

effect of that technique is ruined when contrary evidence is presented. And this is, perhaps why this criminological framing is useful beyond the limited scope of academic research. An organisation or government agency wishing to discourage the consumption of illicit Mexican antiquities on the market, which (?) has identified "appear to higher loyalties" in the form of a "saving narrative" among buyers seeking to justify their purchases can develop messaging that directly contradicts that narrative. They can tune the message to exactly what the buyer is thinking and directly invalidate their excuse. That may be enough to move many buyers away from the market.

4.2 Creative Compliance

McBarnet and Whelan have defined "creative compliance" as "using the law to escape legal control without actually violating legal rules" which "emphasises the two-sided nature of law, as a means of controlling and a means of escaping control".¹⁷ Creative compliance is the use of legal literalism "in a manipulative way to circumvent or undermine the purpose of regulation".¹⁸ Through creative compliance, one violates the spirit and purpose of a law while still complying with the letter of the law. It "thrives on a narrow legalistic approach to rules and legal control, on a formalistic conception of law".¹⁹ Creative compliance is often used to benefit the creative complier, either monetarily or otherwise, and is usually used knowingly: the creative complier may take pride in getting around what they know to be the intent of the law.

In some ways, creative compliance is another way that someone who engages in the illicit market for Mexican antiquities can justify their actions. In this case they either make the argument explicitly or through their actions that if buying or selling an antiquity does not directly violate the law it is not wrong and is likely right. Yet to restate, the results of creative compliance are often that someone does the opposite of what the law was intended to do while technically not breaking the law. So, on a practical level, understanding how

¹⁷ MCBARNET, Doreen and WHELAN, Christopher, "The Elusive Spirit of the Law: Formalism and the Struggle for Legal Control", *The Modern Law Review* 54 (1991), pp. 848–873.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 849.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 848.



people creatively comply with laws related to the protection of antiquities will allow us to make better and more effective law.

One particularly strong case of creative compliance related to Mexican antiquities involves the movement in 1979 of about 200 real and not authentically ancient Mexican antiquities into Australia to exploit a tax loophole related to museum donation. The full details of this case can be found in other publications.²⁰ The important point of this case here is that while Australia's intent was to encourage private individuals to donate artworks to museums so that everyone can enjoy them, their legislation allowed for a situation where freshly looted, freshly imported unprovenanced antiquities could be overvalued and then donated to a museum for inflated tax relief. That was not what the writers of the law wanted, but as it turned out it was perfectly legal to do. Australia did close the loophole when it was brought to their attention, however the collection of Mexican objects remains in Australia. Looking ahead and evaluating all antiquities protection policy through the lens of someone wishing to creatively comply, could allow us to make more robust and effective policy from the start.

5

Closing Thoughts: How we can Respond

While this chapter's primary goal was to consider the current trend in European based auctions of Mexican material, and advocate for the use of criminological framings for approaching such sales in both academic and practical settings, there are two more points we would like to make in closing. These relate to the direction that I believe we need to take when it comes to our work with, in, and against the illicit market for Mexican antiquities going forward.

First, we believe that provenance research is the key to most of our approaches and should be an element of all research. As noted above, "proof" of when and how an object was stolen can be what is needed to halt an auction or even effect a return. Courts can be quite sympathetic to countries seeking to claim their stolen culture but are bound by their own rules. Evidence is and

²⁰ YATES, Donna, "Museums, collectors, and value manipulation: tax fraud through donation of antiquities", *Journal of Financial Crime*, 23-1 (2016), pp. 173-186.

always will be important. But provenance information exists in interesting places and new sources are revealed all the time. At the moment two sets of archives of major USA-based dealers of Mexican and other pre-Conquest Latin American antiquities have been made public: the archives of Earl Stendhal in the Getty Research Institute and the archives of André Emmerich in the Smithsonian Archives of American Art. These archives have the potential to provide hidden and perhaps even incriminating information about Mexican and other antiquities currently still circulating in the market. Ten years ago, we would not have had the evidence needed to recover those antiquities, now we might. We cannot forget the importance of core provenance research.

Second, we believe that so-called market reduction strategies²¹ are the most promising and most effective way for us to reduce the illicit trade in Mexican antiquities. This viewpoint holds that while trying to prevent the looting of antiquities on the ground in Mexico is important, doing so has little effect on market demand and the market will always find a way to access what it desires. Further, it does nothing to reduce the trade in antiquities that were looted illegally some time ago. Rather the goal of market reduction techniques is to encourage people to not engage with the market through social means rather than through threats of criminal prosecution. To make it not socially acceptable to buy unprovenanced Mexican antiquities. If there is no demand, there is no supply, and no barrier to return.

Mexico is already employing this technique. For example, Mexico has a tendency to undermine public auctions of their cultural heritage by issuing an official statement saying that a certain number of antiquities in the sale are fake. The key is Mexico does not reveal which ones are fake. In a market that thrives on desire for the authentically ancient,²² this introduces doubt into the minds of the buyers. Buyers may sit out that auction, not wishing to risk buying something that will be shown to be a fake. A number of other themes might be effective in messaging towards market reduction. Indicating that buyers might be being tricked or scammed could be salient, as could the repetition that buying the piece would be a bad or even stupid investment. Making it clear that the antiquity is likely to be seized if the buyer tries to

21 BRODIE, Neil, "Syria and its regional neighbours: a case of cultural property protection policy failure?", *International Journal of Cultural Property*, 22-2-3 (2015), pp. 317-335; MACKENZIE, Simon, BRODIE, Neil, YATES, Donna, TSIROGIANNIS, Christos, *Trafficking Culture New Directions...*, ob. cit.

22 YATES, Donna, "Value and doubt: The persuasive power of 'authenticity' ...", ob. cit.



bring it into many countries could move people out of the market. Connecting the objects directly to images and videos of destruction at archaeological sites could also work.

Really there are a lot of creative possibilities for Mexico, Mexicans, and others to try with regard to market reduction. Yet market reduction techniques only work when one knows the motivations of the audience, and this is where criminological frameworks come in again. If we understand how and why people engage with looted antiquities, we can come up with tailored ways of convincing them that doing so is a bad idea.



Una aproximación jurídica al expolio de obras de arte en la República romana a propósito de un episodio de la acusación de Cicerón contra Verres



Macarena Guerrero Lebrón

Profesora Titular de Derecho Romano,
Universidad de Sevilla





1

Introducción

Con las palabras que transcribimos a continuación inaugura Cicerón el cuarto discurso de su acusación contra Verres, texto en el que se integra el episodio sobre el que se vertebra nuestro análisis¹.

"Venio nunc ad istius, quem ad modum ipse appellat, studium, ut amici eius, morbum et insaniam, ut Siculi, latrocinium (...)"².

El propio Verres, sus amigos, y los sicilianos califican como "pasión, obsesión y robo"³ respectivamente la inclinación del primero por las obras de arte, lo que, como veremos, servirá de eje a la acusación que nos ocupa⁴.

La breve cita precedente muestra y constata que, desde el punto de vista literario, el discurso que se presenta es una pieza oratoria incisiva, aguda, que pone

¹ La edición latina empleada a lo largo del trabajo es la recogida en BALDI, Gianluigi, *M. Tulli Ciceronis, In C. Verrem. Actionis Secundae. Liber Quartus (De signis)*, Firenze, 2004, pp. 77-141.

² Cic., *Verr.* 2,4,1: "Paso ahora a lo que este individuo [Verres] llama su pasión, sus amigos enfermedad y locura, y los sicilianos, robo (...)" (la traducción entrecomillada es nuestra).

³ Cicerón abre su alocución condensando los diversos prismas desde los cuales se califica la actitud de Verres. Navascués Palacio hace suyas esas palabras para rubricar su interesante aportación sobre el expolio romano de esculturas griegas, vide NAVASCUÉS PALACIO, Pedro, "Pasión, locura y bandidaje", *Descubrir el arte*, 27 (2001), pp. 106-109.

⁴ De acuerdo con los datos que nos proporciona Cicerón, el entusiasmo de Verres por el arte lo llevó a establecer un museo en su propia casa y a rodearse de dos hermanos artistas, Hierón y Tepolemo, naturales de Cibira, que se ocupaban de realizar la labor de rastreo y localización de las obras artísticas de las que se apropiaba. Vide *Cic.*, *Verr.* 4,13,31, donde los califica como perros de caza amaestrados para husmear las piezas artísticas: "(...) *Quo posteaquam venerunt, mirandum in modum (canis venaticos diceret) ita odorabantur omnia et pervestigabant ut, ubi quidque esset, aliqua ratione invenirent*".



de manifiesto el ingenio y la perspicacia de Cicerón en el uso de la palabra. Sin perder de vista el propósito del texto que, dado su carácter de escrito de acusación, es convencer mediante el uso de la retórica y las convenciones propias del género de las corruptelas de Verres para apropiarse de piezas artísticas. Nuestro interés se centra en las cuestiones jurídicas, pero la riqueza del discurso permite, desde la viveza del foro, una lectura mucho más extensa, en la que se entremezclan múltiples facetas más allá de lo jurídico; todo ello en el marco de uno de los procesos de corrupción política más celebres que se conocen⁵.

Conviene advertir que el expolio de obras de arte a manos de gobernantes no es un acontecimiento novedoso ni una rareza. Las fuentes dan testimonio de dirigentes que operan como grandes expoliadores⁶, pues el gusto por las piezas artísticas no siempre va de la mano del respeto a su dominio. En no pocas ocasiones se trata de un fenómeno que se enmarca en el contexto de conflictos bélicos y la conquista de territorios⁷, que legitiman la apropiación de bienes conforme al *ius belli*⁸. No es el caso que nos ocupa. El lugar en el que suceden

5 El Arpinate prosigue su discurso apelando a los jueces para que los hechos que se propone exponer sean juzgados por su gravedad y naturaleza, eludiendo su calificación. Cic., *Verr.* 2,4,1: "(...) *ego quo nomine appellem nescio; rem vobis proponam, vos eam suo non nominis pondere penditote. Genus ipsum prius cognoscite, iudices; deinde fortasse non magno opere quaeritis quo id nomine appellandum putetis* (...)".

6 El coleccionismo y la admiración por el arte, fundamentalmente de origen griego, es nota común en muchos de los gobernantes de la antigua Roma. La diferencia fundamental radica en los medios a través de los cuales se hacen con las piezas artísticas y el destino que se da a las mismas. Junto a dirigentes expoliadores, las fuentes documentan la labor de amantes del arte, que se afanan en su preservación. Podemos destacar a personajes como Nerón, Augusto o Adriano. El entusiasmo de Nerón por el arte y la cultura lo llevaron a rodearse de los artistas e intelectuales más notables del momento, que integraron la que se conoce como "Aula Neroniana". Un estudio sobre la popularidad de Nerón puede verse en L. GAVAZZI, "Alcuni aspetti della popularitas di Nerone", en *Atti dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti. Classe di Scienze Morali, Lettere ed Arti* 134 (1976), pp. 421 y ss. Augusto y Adriano convierten su pasión por el arte en instrumento de propaganda política que incrementa la imagen de grandeza de Roma.

7 Desde la República se sustenta la idea de que el botín de guerra, que engrosa las arcas públicas, incluye todas aquellas cosas que se toman del enemigo. Sobre esta cuestión vide PIQUER, José Miguel, "La titularidad pública de la '*praeda bellica*' durante la República romana", *Revista digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia*, 17 (2017), <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n17.10>.

8 La palabra latina "*spolium*" es indicativa de la idea de despojo que se hace del enemigo en la guerra. Asimismo, su etimología refiere el despelleje del animal, vide al respecto ERNOUT, Antoine y MEILLET, Alfred, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, s.v. *spolium*, 4ª edición, Paris, 2001, p. 643.



los hechos que nos atañen es Sicilia, considerada históricamente la primera provincia romana y territorio estratégico, entre otras razones, por la abundancia de grano y su relevante aportación de dicho producto a Roma a través de impuestos en especie⁹.

Del Arpinate cabe destacar que fue un personaje de talla extraordinaria y desarrolló una fecunda labor en el foro. Entre los múltiples cargos públicos desempeñados destacamos aquí el de cuestor en Sicilia, lo que le permitió conocer el territorio y sus habitantes¹⁰. Su animadversión por Verres, ex gobernador de esa misma provincia era notoria; probablemente entre las causas que

9 Tras vencer Roma la primera guerra púnica, Sicilia pasa a ser considerada la primera provincia bajo su poder. Desde ese momento se nombra un magistrado para su administración y gobierno, siguiendo un sistema de organización administrativa que respeta algunas de las normas preexistentes para atender a la realidad social y económica del territorio. En la segunda guerra púnica se consolida esa soberanía romana sobre el territorio siciliano. Por lo que respecta a los hitos cronológicos más importantes de la provincia vide SORACI, Cristina, "Citté siciliane 'privilegiate' in epoca repubblicana", *Dialogues d'histoire ancienne* 42-1, (2016), pp. 97-136, *praecipue* pp. 99 ss. En todo caso, una de las realidades que distingue y caracteriza la relación de este territorio con Roma es el cobro de las *decumae*, vide CICCOTTI, Ettore, *Il processo di Verre. Un capitolo di storia romana*, Roma, 1965, p. 27 y SORACI, Cristina, "Sicilia frumentaria. Contributi allo studio della Sicilia in epoca repubblicana", *Quaderni Catanesi di Studi Antichi e Medievali*, M.S. II, (enero-diciembre 2003), pp. 289- 401.

10 Con el cargo de cuestor en Lilibeo, Sicilia, siendo propretor en ese momento Sexto Peduceo, se inicia el *cursus honorum* del que puede considerarse un *homo novus*, cuyo ascenso en el ámbito socio-político se debió a su buen hacer y al oportunismo, que le permitió sacar provecho de la situación. Cicerón no es ajeno a los avatares políticos que sacuden buena parte del último siglo de la República: las rivalidades políticas entre Mario y Sila, el primer triunvirato, la contienda entre Pompeyo y César, el asesinato de este último y el segundo triunvirato. Es verosímil aseverar, como refrendaremos en varios momentos de nuestro estudio, que el proceso contra Verres marcó la carrera política de Cicerón.

La información acerca de Cicerón y su actividad es tan profusa que permite conocer sus quehaceres diarios. En todo caso no tratamos aquí de analizar ni extraer la ingente literatura sobre su vida y obra, lo que escapa de nuestro propósito. Dejamos constancia, no obstante, de la historiografía ciceroniana empleada. Al respecto vide, entre otros, GUILLÉN, José, *Cicerón. Su época, su vida, su obra*, Madrid-Buenos Aires-Cádiz, 1950, *praecipue* pp. 58 y ss.; MUÑIZ COELLO, Joaquín, *Cicerón y Cilicia. Diario de un gobernador romano del s. I a.C.*, Huelva, 1998, pp. 222 y ss., *praecipue* p. 223 nt. 243; PINA POLO, Francisco, *Marco Tulio Cicerón*, Barcelona, 2005, *praecipue* pp. 76 y ss. Un resumen de su trayectoria puede verse en PINA POLO, Francisco. "Cicerón: triunfo y frustración de un Homo Novus", *De Rebus Antiquis*, 2 (2012), pp. 180-221, <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/6692> (Fecha de última consulta: 20/06/2022); CASTRO SÁENZ, Alfonso, *Cicerón y la jurisprudencia romana. Un estudio de historia jurídica*, Valencia, 2010; CASTRO SÁENZ, Alfonso y LLANO ALONSO, Fernando, *Cicerón. El hombre y los siglos*, Granada, 2016.



debieron ponderar los sicilianos al elegirlo para ejercer la acusación pesó esa manifiesta antipatía. De Verres conocemos su trayectoria política y, por lo que a nosotros interesa, podemos reseñar que ocupó diversos cargos públicos en ese territorio entre el 73 y el 71 a. C.¹¹. De la dimensión del fenómeno de expolio a que fue sometida la mentada localidad y su población se percata el lector a través de las palabras de Cicerón, que dedica uno de los siete discursos de acusación exclusivamente a las piezas artísticas de las que se apropió. Ese dato, por sí solo, resulta bastante elocuente¹². En cualquier caso, sirva la breve transcripción que ofrecemos a continuación de muestra significativa:

"(...) Declaro que en toda Sicilia, una provincia tan rica, de tanta tradición, con tantas ciudades, con tantas familias tan acaudaladas, no hubo ningún vaso de plata, de Corinto o de Delos, ninguna piedra preciosa o perla, ningún objeto de oro o marfil, ninguna estatua de bronce, mármol o marfil, afirmo que no hubo ninguna pintura, ni en tabla ni en tapiz, que no haya buscado, examinado y robado, si era de su agrado (...) no dejó en toda Sicilia ningún objeto ni privado ni público, ni profano ni sagrado, que se le hubiera presentado ante sus ojos o hubiese reclamado su atención"¹³.

11 El gobierno de Verres en Sicilia se prolongó porque su sucesor en el cargo, Q. Arrio, debió permanecer en Italia para hacer frente a la guerra contra Espartaco. La prórroga del año siguiente obedece a las dificultades de comunicación debidas a la proliferación de esclavos y piratas. Sobre las amplias competencias del gobernador de provincias y el generalizado uso despótico de las mismas vide CICCOTTI, Ettore, *Il processo di Verre...*, ob. cit., p. 31.

12 Dicho lo anterior, la traducción de la rúbrica del discurso, en no pocas ocasiones, resulta inexacta, pues muchos autores traducen el "*De signis*" como "De las estatuas", sin embargo, el contenido que presenta es mucho más amplio de lo que augura ese título, refiriendo un amplio catálogo de piezas artísticas expoliadas. Una traducción más acorde al contenido sería "Sobre las obras de arte". Una panorámica del catálogo de las obras de arte cuyo saqueo se atribuye por Cicerón a Verres puede verse en CICCOTTI, Ettore, *Il processo di Verre...*, ob. cit., pp. 130 y ss.

13 Cic. Verr. 4,1-2: "*Nego in Sicilia tota, tam locupleti, tam vetere provincia, tot oppidis, tot familiis tam copiosis, ullum argenteum vas, ullum Corinthium aut Deliacum fuisse, ullam gemmam aut margaritam, quicquam ex auro aut ebore factum, signum ullum aeneum, marmoreum, eburneum, nego ullam picturam neque in tabula neque in textili quin conquiesierit, inspexerit, quod placitum sit abstulerit (...) denique nihil istum, quod ad oculos animumque acciderit, neque privati neque publici neque profani neque sacri tota in Sicilia reliquisse*".



Del rosario de tropelías cometidas por Verres durante su gestión, cabe destacar la apropiación de una serie de piezas artísticas, algunas de las cuales tenían carácter sagrado, pertenecientes a Gayo Heyo, notable prohombre mamertino y cabeza visible de la embajada encargada de la *laudatio* a Verres durante el proceso de corrupción política incoado contra él. Lo paradójico del episodio, la perspicacia en la narración de los acontecimientos de la pluma de Cicerón y la miríada de cuestiones jurídicas adyacentes al proceso que sirve de telón de fondo, convierten este suceso en una muestra singular del expolio de bienes artísticos en la antigüedad.

Nuestro propósito es adentrarnos en el discurso para conocer los hechos narrados y los argumentos aducidos por el célebre acusador. Cabe advertir, no obstante, que la única fuente de la que tenemos constancia sobre la cuestión que nos ocupa es el citado texto que, como venimos señalando, procede de un relator que no es aséptico, pues su cometido específico es el de probar la culpabilidad de Verres. En definitiva y, ante la imposibilidad de contrastar la información que se nos ofrece con otros testimonios, conviene evidenciar que desconocemos el grado de veracidad de los hechos referidos.

2

Preámbulo: los hechos y su cronología

Detengámonos ahora, como se apunta en la rúbrica, en los hechos y su cronología. Gayo Heyo, encargado de hacer el elogio de Verres en el proceso entablado contra él, es presentado por Cicerón como el ciudadano más acaudalado de Mesina¹⁴. En palabras del Arpinate, su casa es la más opulenta, conocida y abierta a la hospitalidad (de Mesina) y, antes de la llegada de Verres, su ornamentación suponía un verdadero embellecimiento para la localidad. En línea con esa idea, expone que la citada *domus* se erigía en reclamo de un territorio que, dotado de hermosura por su enclave, su muralla y su puerto, carecía de las obras de arte de las que tanto gustaba Verres¹⁵. Esa ausencia de obras artísticas para engalanar

¹⁴ Mesina era una de las tres ciudades federadas que integraban la provincia de Sicilia, lo que legalmente le confería autonomía política y legislativa. Cicerón, a lo largo de su discurso, alude a la obligación, recogida en el *foedus*, de contribuir con una nave a favor del pueblo romano, vide Cic. *Verr.* 4,9,19.

¹⁵ Cic. *Verr.* 4,3: "*Huius domus est vel optima Messanae, notissima quidem certe et nostris hominibus*



la urbe queda reflejada en el discurso de forma bastante elocuente: "*ab his rebus quibus iste delectatur sane vacua atque nuda est*"¹⁶. A continuación, señala que Gayo Heyo atesoraba un antiguo sagrario doméstico, heredado de sus antepasados ("*a maioribus traditum perantiquum*"), en el que se integraban esculturas de gran belleza: un Cupido de mármol de Praxíteles, un Hércules tallado en bronce por Mirón, y dos Canéforas atribuidas a Policeto¹⁷. Todas ellas fueron sustraídas por Verres. Asimismo, nos da cuenta de que en el mismo sagrario se integraba una vieja estatua de madera representativa de la Buena Fortuna, de la que Cicerón señala, irónicamente, que Verres renunció a ella¹⁸. Al apuntar que no quiso tener la "Buena Fortuna" en su casa deja entrever que se apropiaba, sin escrúpulo, de aquello que le apetecía y que, en este caso, con toda probabilidad, desistió de hacerse con la pieza porque se trataba de una reproducción de un valor muy inferior al de las restantes esculturas mencionadas.

In primis se hace necesario ubicar el texto en su contexto para conocer el telón de fondo que sirve de escenario al discurso que nos ocupa. La disertación se enmarca en el célebre enjuiciamiento penal celebrado en la tardía República contra Verres que, en el curso de su gobierno en Sicilia, llevó a cabo múltiples abusos y atropellos que desencadenaron la acusación de una pluralidad de ilícitos integrados en el *crimen de repetundis*¹⁹. El proceso se ventila ante una *quaestio de repetundis*, tribunal estable y específico creado por la conocida como *lex Acilia repetundarum*, plebiscito emanado en el 123-122 a. C.²⁰ El dis-

apertissima maximeque hospitalis. Ea domus ante istius adventum ornata sic fuit ut urbi quoque esset ornamento; nam ipsa Messana, quae situ moenibus portuque ornata sit, ab his rebus quibus iste delectatur sane vacua atque nuda est".

¹⁶ En este punto resulta imposible contrastar la veracidad de la información, pues carecemos de los datos necesarios para saber si se trata de una noticia hiperbólica, encaminada a agravar la conducta de Verres o si realmente Mesina carecía de obras de artes de interés en ese período. Siguiendo a Cicerón, la casa de Gayo Heyo, hasta la llegada de Verres, era un reclamo por las piezas artísticas que poseía.

¹⁷ Vide Cic. Verr. 4,4.

¹⁸ Cic. Verr. 4,7: "(...) *nullum, inquam, horum reliquit neque aliud ullum tamen praeter unum pervetus ligneum, Bonam Fortunam, ut opinor; eam iste habere domi suae noluit*".

¹⁹ Vide VENTURINI, Carlo, "Il crimen repetundarum nelle Verrine. Qualche rilievo", en SANTALUCIA, Bernardo (a cura di), *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia, 2009, pp. 317-338.

²⁰ Vide SANTALUCIA, Bernardo, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2ª edición, Milano, 1988, pp. 103 y ss.



curso que aquí importa fue compuesto por Cicerón en el año 70 a. C. y conviene advertir que la acusación contra Verres fue, además de su primera causa como acusador, la que lo catapultó definitivamente a la fama²¹. La inculpación fue promovida sin tardanza, tras la finalización del despótico gobierno²², lo que, probablemente, facilitó la obtención de los medios de prueba²³. Detengámonos brevemente en los preámbulos del proceso:

A finales del año 71 a. C., tras el cese de Verres, los sicilianos acuden a Cicerón para pedirle que asuma, "*patronus causae*"²⁴, la acusación en el proceso que preten-

21 Hasta aquí Cicerón había actuado como defensor. Conocedor de la influencia de Verres en la Roma en la que pretende desarrollar su apenas iniciada carrera política y de sus orígenes, carentes de antepasado notorio comienza su discurso justificando su rol de acusador, que fundamenta en el compromiso adquirido con los sicilianos, a los que había prometido su apoyo tras abandonar el cargo de cuestor. Con sus argumentos trata de invertir los términos y presentarse ante el tribunal como un paladín, defensor de hombres y ciudades de toda la provincia de Sicilia, para así demostrar coherencia en su modo de actuar en defensa y ayuda de sus semejantes. Insiste en que no es su deseo promover la acusación, actuando por un deber de conciencia, en interés de la República. Emplea hábilmente los argumentos para invertir las posiciones y presentarse como un defensor de Roma y a Verres como enemigo de la misma. Parece obvio que el papel desempeñado hasta ahora como defensor de diversas causas no implicaba los mismos riesgos que el de acusador, que podía traer como consecuencia la animadversión de sujetos en contra de sus intereses y ambiciones políticas. Vide Cic., *div. in Q. Caec.* 1-3. Cicerón, como señala Pina Polo, era consciente de que cualquier ciudadano romano con ambición política "estaba permanentemente en campaña electoral", lo que dotaba de relevancia a cualquiera de las actuaciones, esencialmente públicas, que realizase. Vide PINA POLO, Francisco, *Marco Tulio...*, ob. cit. p. 293.

Quinto Hortensio por aquel entonces era una figura célebre y consolidada en el foro a la que Cicerón ya se había enfrentado en la defensa de Quinto, siendo aún muy joven, por lo que el duelo frente al gran orador pudo servirle de acicate. Vide CICCOTTI, Ettore, *Il processo di Verre...*, ob. cit., pp. 172 y ss.

22 La descripción que realiza Cicerón de los juicios que se desarrollaban durante el gobierno de Verres resultan muy elocuentes del despotismo imperante. Vide una muestra de lo apuntado en Cic. *Verr.* 2,2,10: "*Verres calumniatores apponebat: Verres adesse iuvebat: Verres cognoscebat: Verre iudicabat: pecuniae maximae dabantur: qui dabant causas obtinebat*".

23 Una interesante visión esquemática de la estructura del proceso puede verse en BALDO, Gianluigi, "La repetundae e le Verrine. Aspetti retorici", en SANTALUCIA, Bernardo (a cura di), *La repressione criminale...*, ob. cit., pp. 285-315, *praeipue* pp. 304 y ss.

24 Para un análisis de las cuestiones de interés que suscita la designación de patrón judicial vide, entre otros, SERRAO, Fernando, "Appunti sui patroni e sulla legittimazione attiva all'accusa nei processi repetundarum", en *Studi in onore di Pietro de Francisci* 2, Milano, 1954, pp. 471 y ss., FERRARY, Jean-Louis, "Patroni et accusateurs dans le procédure de repetundis", *RHD*, 76 (1988), pp. 17 y ss., más recientemente vide PRAG,



den promover contra él²⁵. En sentido técnico, la *causa criminis*²⁶ que se le imputa son ilícitos que conforman el crimen de *repetundis*²⁷. En primer término, tendría lugar la *nominis delatio*²⁸, en la que Cicerón presentaría la denuncia contra Verres ante Manio Acilio Glabrión²⁹, por aquel entonces pretor y encargado, por ello, de presidir la *quaestio de repetundis*. Sin embargo, pronto surge el primer escollo: Quinto Cecilio Nigro presenta, a su vez, una *nominis delatio* contra Verres para ejercer como acusador³⁰. Eso origina el primer discurso del Arpinate, pronunciado en la sesión preliminar al proceso conocida como *divinatio*³¹, que se sustancia ante el presidente del tribunal y un grupo de jueces, cuya composición no está del todo

Jonathan, "Provincials, patrons, and the rethoric of repetundae", en STEEL, Catherine y VAN DER BLOM, Henriette (eds.), *Community and Communication: Oratory and Politics in Republican Rome*, Oxford, 2013, pp. 267 y ss.

- 25** La solicitud de promover el proceso contra Verres fue promovida por los sicilianos con la única salvedad de siracusanos y mamertinos. Sobre la composición de la provincia de Sicilia, integrada por sesenta y ocho ciudades que gozaban de situaciones muy distintas vide nt. 9. Una enumeración y análisis de las principales fuentes al respecto puede verse en CICCOTTI, Ettore, *Il processo di Verre...*, ob. cit., pp. 60 y ss. Vide también la información detallada en MANNI, Eugenio, *Geografia fisica e politica della Sicilia antica*, Roma, 1981, *praecipue* pp. 24 y ss.
- 26** Vide GARCÍA CAMIÑAS, Julio, *Delator. Una aproximación al estudio del delator en las fuentes romanas*, Santiago, 1983.
- 27** Para un exhaustivo análisis del *crimen repetundarum* vide VENTURINI, Carlo, *Studi sul «crimen repetundarum» nell'età repubblicana*, Milano, 1979.
- 28** Vide Cic., *div. in Caec.* 62-64. Acerca de la *nominis delatio* vide SANTALUCIA, Bernardo, "Nominis delatio e interrogatio legibus: un'ipotesi", en *Fides. Humanitas. Ius. Studii in onore di Luigi Labruna VII*, 2007, pp. 4991-5005, donde el autor concluye que la *nominis delatio* republicana no consiste en una mera denuncia del acusador hacia el presidente de la *quaestio* sino en una serie de actos: *denuntiatio*, *accusationis*, *interrogatio*, *postulatio*, encaminadas a lograr la *nominis receptio*.
- 29** Vide Cic. *Verr.* 1,17,51-52.
- 30** Vide Cic., *div. in Caec.* 2.
- 31** Sobre el sentido del empleo de la palabra adivinación a partir de la opinión de Gabio Basso vide *Gell.* 2,4,1-6. Vide SANTALUCIA, Bernardo, "Cicerone e la 'nominis delatio'", *Labeo* 43 (1997) 1, p. 410, donde se califica la misma como juicio preventivo para decidir la figura del acusador basándose en la dignidad y fiabilidad del sujeto.



clara³², con el propósito de dilucidar quién promoverá la acusación cuando son varios los postulantes³³. El motivo aducido por Cicerón para rechazar frontalmente la intervención de Quinto Cecilio Nigro es la sospecha de colusión con Verres, del que había sido cuestor durante su gobierno³⁴. Esta primera fase³⁵ culmina con la *nominis receptio* de Cicerón, que implica la *inscriptio* del nombre del reo en la lista de sujetos acerca de cuya culpabilidad o inocencia debía pronunciarse el tribunal a lo largo del año; en definitiva, eso suponía su aceptación como acusador. De lo señalado cabe colegir que convenció al tribunal para que le permitiese ejercitar la acusación contra Verres en exclusiva, inadmitiendo la propuesta de Quinto Cecilio, que ni siquiera consta como *subscriber* de la causa, lo que suponía el rechazo de cualquier intervención suya en el proceso.

También con carácter previo al juicio oral tiene lugar la *inquisitio*, lapso temporal previsto para efectuar las pesquisas que permitiesen recabar la información necesaria para poner en pie la acusación. Sabemos que Cicerón viajó a Sicilia y, aunque contaba con ciento diez días, parece que solo empleó cincuenta³⁶ en hacer acopio del abundante material probatorio del que hace gala a lo largo del discurso. Y ello pese a que, el por entonces gobernador de Sicilia, Lucio Metelo, trató de obstaculizar sus indagaciones³⁷.

32 Se desconoce la composición exacta del grupo de jueces ante el cual se desarrollaba la *divinatio*, vide SANTALUCIA, Bernardo, "Le formalità introduttive del processo per quaestiones tardo-republicano", en SANTALUCIA, Bernardo (a cura di), *La repressione criminale...*, ob. cit., p. 97. Vide Cic., *div. in Caec.* 4, 14.

33 El discurso con el que se inaugura la obra que nos ocupa, se conoce como *divinatio in Q. Caecilium* o *in Q. Caecilium*, donde esgrime los primeros argumentos para justificar su rol. Vide nt. 21.

34 Vide Cic. *in Caec.* 4: Q. Cecilio Nigro, por su parte, aduce como argumentos para promover la acusación su supuesta enemistad con Verres tras haber sufrido y conocido personalmente sus actuaciones mientras ejerció como cuestor bajo su gobierno, y su condición de siciliano, lo que le llevaría a actuar en favor de sus congéneres.

35 Sobre los pasos previos al juicio oral vide SANTALUCIA, Bernardo, "Le formalità introduttive...", ob. cit., pp. 93 y ss.

36 Vide GUILLÉN, José, *Cicerón. Su época...*, ob. cit., p. 65.

37 Se admite que la oligarquía silana trató de proteger a Verres por distintas vías, una de ellas es la obstaculización que ofrece Lucio Metelo a las indagaciones efectuadas por Cicerón para montar la acusación antes del juicio oral. Las fuentes dan testimonio de una resistencia manifiesta contra Cicerón en la obtención de pruebas, hasta el punto de señalar que no fue públicamente hospedado durante su estancia allí, lo que se presenta como insólito. Vide Cic. *Verr.* 2, 4, 11, 25.



3

El proceso contra Verres

Según los testimonios de la época el proceso que nos ocupa generó una enorme expectación. Y ello no solo por la persona del inculpado, sino por la talla política de quienes ejercen defensa y acusación, que recaía respectivamente sobre Hortensio³⁸, elegido cónsul para el año 69, y Cicerón, elegido edil para ese mismo año. La contienda entre dos magistrados electos teñía de un sustrato político añadido al proceso.

Iniciado el juicio, el itinerario procesal debió sucederse del siguiente modo:

El presidente del tribunal, el *praetor*, se encargaría de confeccionar una lista de cuatrocientos cincuenta jueces cuyo catálogo debía leer en un acto público ("*contio*"). La composición del tribunal, tras la reforma silana, estaba integrada exclusivamente por senadores. Precisamente esa conformación había generado numerosas críticas, de ahí que uno de los argumentos clave empleados por Cicerón fuese ponerla en entredicho³⁹. De ese elenco el acusador debía elegir cien, excluyendo los vinculados por parentesco o amistad, y

³⁸ Vide nt. 21.

³⁹ La composición de ese tipo de tribunales había generado numerosas críticas debido a la indulgencia con que se trataba a los reos por parte de los magistrados, pertenecientes todos al orden senatorial, lo que hacía recaer sobre los mismos la sospecha de protección de casta, a lo que se añade la venalidad de sus miembros, pues muchos se habían mostrado proclives al soborno. Los censores del año 70 tratan de restaurar el prestigio del orden senatorial expulsando a sesenta y cuatro senadores que se habían visto envueltos en escándalos o cuyo endeudamiento los convertía en fácil presa del soborno. Precisamente uno de los argumentos clave que emplea Cicerón es que la absolución de Verres pondría en cuestión el funcionamiento de estos tribunales. El temor a esa lectura en clave contraria al senado de la absolución del acusado pudo pesar de manera decisiva en la decisión judicial. A finales del año 70 se propone una nueva reforma en su composición que, aunque no suponía una vuelta al sistema gracano, establecía un reparto de puestos entre senadores, *equites* y *tribuni aerarii*, situación que se mantuvo hasta la reforma de Augusto. El propio Cicerón alude a esa ligereza de los procesos que llama a incluir otro orden en la composición de los jueces a los que se atribuyen los casos, vide Cic., *div. in Caec.* 3,8 : "(...) *iudiciorum levitate ordo quoque alius ad res iudicandas postulatur* (...)". La pertenencia al mismo orden social de jueces y acusados se ha resaltado como uno de los principales obstáculos para que la persecución del ilícito fuese eficaz, vide GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio, *La corrupción política en época de Julio César. Un estudio sobre la Lex Iulia de repetundis*, Granada, 2009, p. 30.



comunicarlo al acusado⁴⁰ ("*editio*") que, a su vez, elegiría a los cincuenta que compondrían el tribunal ("*electio*").

Por lo que respecta al fallo, la decisión se adoptaba por mayoría de los jueces, ahora bien, si más de un tercio consideraba que no era capaz de formar-se una opinión al respecto ("*sibi rem non liquere*") debía repetirse el debate ("*ampliatio*"). En caso contrario tenía lugar la votación⁴¹. Si se procedía a la condena era preciso pasar a la siguiente fase procesal ("*litis aestimatio*") donde se valoraba la suma a restituir a los damnificados.

A continuación, en las conocidas como "*orationes perpetuae*", el magistrado convocaba a las partes y los jueces para proceder a las respectivas intervenciones. En primer lugar, la acusación exponía los hechos que motivaban la misma en el tiempo prefijado por la ley, seguidamente intervenía la defensa para refutar los argumentos presentados por la acusación; ambos debían apuntar los medios de prueba que iban a presentar a continuación. El acusado podía servirse de personajes influyentes, con dotes oratorias para su defensa, permitiéndose, incluso, la inserción de "*laudationes*". Este último es el caso de Gayo Heyo, relevante personaje mamertino al que se encomienda la *laudatio* de Verres.

La cronología de los hechos debió suceder más o menos así, según la información que nos consta⁴²:

El mes de abril no era hábil porque se celebraban las fiestas de Ceres, Cibeles y Flora y durante los meses siguientes, mayo y junio, el tribunal encargado de la causa estaba inmerso en el proceso del antiguo gobernador de Acaya. En la primera quincena de julio se celebraban los "*Iudi Apollinaris*", por lo que el juicio no pudo iniciarse hasta la segunda quincena. En ese mismo año, el 69 a. C., Cicerón sale elegido edil, pese a los sobornos ofrecidos por Verres a los "*divisores*" de las tribus si Cicerón no salía electo, por otra parte, Quinto Hortensio y Quinto Metelo alcanzan el consulado. El tercero de los hermanos Metelo, Marco, que se había mostrado como uno de los principales valedores de Verres, fue designado pretor y elegido por sorteo para presidir el tribunal, la *quaestio*,

⁴⁰ Sabemos que Verres recusó a seis jueces, vide al respecto Cic. A.S. 2,31,77. CICCOTTI, Ettore, *Il processo di Verre...*, ob. cit., p. 164.

⁴¹ Los jueces daban a conocer su parecer mediante unas tablillas enceradas que depositaban en una urna donde hacían constar si se abstendían por no verlo claro: "*non liquet*", o si emitían su veredicto de culpabilidad o inocencia, señalando "*condemno*" o "*absolvo*". Vide SANTALUCIA, Bernardo, *Diritto e processo penale...*, ob. cit., p. 176.

⁴² Para una minuciosa reconstrucción cronológica vide, MARINONE, Nino, *Quaestiones Verrinae*, Torino, 1950, pp. 13 y ss.



de ahí las maniobras de Metelo y la obsesión de Cicerón por evitar la excesiva dilatación del proceso que, si continuaba hasta el año siguiente, caería en sus manos⁴³. Ante esa perspectiva Cicerón redujo al mínimo sus intervenciones y comenzó de manera inmediata con los interrogatorios de los testigos, que fueron sumamente elocuentes; todo ello tuvo lugar a principios de agosto. Seguidamente, se produjo una interrupción debido a los "*ludi votivi*" organizados por Pompeyo. Cuando se reanuda el juicio, en torno al 20 de septiembre, Verres ya se había autoexiliado augurando su condena.

Cicerón emplea la táctica de renunciar a la citada *oratio perpetua*, forzando así al defensor a seguir el mismo esquema procesal. Las fuentes relatan iniciales contiendas dialécticas entre Cicerón y Hortensio, propias de la confrontación judicial, pero paulatinamente, conforme avanza el proceso, parece que se hizo habitual el silencio de Hortensio. Ese elocuente mutismo del orador encargado de la defensa habla por sí mismo. En las sesiones, celebradas públicamente en el foro afluían, junto a las inescindibles cuestiones jurídicas, las inevitables implicaciones políticas. La estrategia seguida por Cicerón, como veremos, fue la de desacreditar a Verres presentándolo como enemigo de Roma ante las múltiples corruptelas que en el gobierno de la provincia salen a la luz; esa actitud resulta coherente con el papel de defensor que se atribuye a sí mismo desde el principio del discurso⁴⁴. El retrato que esboza del acusado es el de un depredador, mostrando el saqueo a Sicilia como un escalón más que jalonaba la relación de expolios y atrocidades cometidas a lo largo de su trayectoria política. La rotundidad de las evidencias presentadas a lo largo del proceso, unida a la pericia en la exposición ciceroniana auguraban la condena.

Del reo, Verres, se sabe que comenzó por no acudir al juicio pretextando una enfermedad, para en un momento posterior exiliarse voluntariamente. No obstante, con los datos que conocemos no parece verosímil que ese alejamiento

⁴³ Entre las artimañas de la defensa, estaba la de aprovechar las festividades para dejar pasar el tiempo, pues la dilación de la causa jugaba a su favor. El ejercicio de un cargo político de tamaño envergadura, recordemos que había sido elegido cónsul, y la entrada de jueces más favorables a los intereses de Verres favorecería sus intereses. Vide Cic. *Verr.* 1, 9, 26, donde se apunta que la dilación temporal suponía, entre otros cambios, la mutación en la presidencia del tribunal encargado de enjuiciar la causa, que pasaría a Quinto Metelo el 1 de enero, fecha en que entraban los nuevos magistrados. Un análisis sobre las alteraciones en la composición del tribunal de dilatarse la causa hasta el año siguiente puede verse en CICCOTTI, Ettore, *Il processo di Verre...*, ob. cit., pp. 175 y ss.

⁴⁴ Vide nt. 21.



físico pudiera anticipar la promulgación de la sentencia y su condena, como parece desprenderse de algunas opiniones doctrinales pues, como señala Venturini, al menos desde el punto de vista formal, la ausencia de Verres no suponía alteración alguna en la trayectoria procesal⁴⁵.

Por lo que respecta a las partes del discurso que fueron pronunciadas no existe unanimidad entre los estudiosos. Frente a quienes apuntan que el Arpinate únicamente expuso la *divinatio* inicial y el primero de los discursos, Venturini conjetura que es muy posible que se presentase públicamente alguna otra alocución cuyo contenido no ha llegado hasta nosotros⁴⁶. Sentado lo anterior, Cicerón deja constancia por escrito de un discurso íntegro, cuya estructura puede resultar indiciaria de que no se trata de una pieza oratoria para pronunciarse oralmente en el foro; baste observar que se divide por temas. Entre los motivos que pueden explicar la escritura y difusión de la partes del mismo no enunciadas, está la conciencia de Cicerón de que su intervención ante el tribunal le serviría de catapulta para su proyección pública y ascenso en el *cursus honorum*. No cabe descartar, asimismo, que tratase de evitar la frustración de vencer como orador en el foro haciendo más uso del silencio que de la palabra⁴⁷.

Como la condena era pecuniaria debían reunirse los jueces para hacer la correspondiente estimación: *litis aestimatio*. En este punto las noticias que nos llegan son un tanto desconcertantes por lo que se refiere a la actitud de Cicerón. Parece que su laxitud culminó con la fijación de una exigua suma que suscitó no pocas habladurías. Verres fue condenado, en ausencia, a una multa decepcionante si tenemos en cuenta que la valoración de las sustracciones efectuadas ascendía a cuarenta millones de sestercios⁴⁸; la condena se fija en tres millones de sestercios⁴⁹.

⁴⁵ Vide VENTURINI, Carlo, "La conclusione del processo di Verre. (Osservazioni e problemi)", *Ciceroniani*, 4 (1980), pp. 162 y s.

⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 157 y ss.

⁴⁷ Vide Plut., *Cic.* 7, quien resalta que Cicerón hizo que se condenara a Verres más con el silencio que con la palabra.

⁴⁸ Vide *Cic. Verr.* 1, 18, 56, donde se hace una valoración de lo sustraído que asciende a cuarenta millones de sestercios.

⁴⁹ Vide Plut. *Cic.* 8.



4

Las esculturas pertenecientes a Gayo Heyo: un episodio ilustrativo del *modus operandi* de Verres

Detengámonos ahora en las palabras del Arpinate en torno al suceso que nos ocupa, sin perder de vista que la lectura que proponemos es en clave jurídica, por lo que nos detendremos con más detalle en aquellas cuestiones que suscitan mayor interés en ese sentido. Para entrar en ambiente, con un estilo directo y anafórico, describe los desmanes llevados a cabo por Verres a lo largo de toda la provincia de Sicilia. Recordemos que con un extracto de este mismo pasaje abríamos nuestro estudio:

*"(...) Nego in Sicilia tota, tam locupleti, tam vetere provincia, tot oppidis, tot familias tam copiosis, ullum argenteum vas, ullum Corinthium aut Deliacum fuisse, ullam gemmam aut margaritam, quicquam ex auro aut ebore factum, signum ullum aeneum, marmoreum, eburneum, nego ullam picturam neque in tabula neque in textili quin conquisierit, inspexerit, quod placitum sit abstulerit"*⁵⁰.

La reiteración, primero de las riquezas que componen la provincia y a continuación de las piezas sustraídas, causa el efecto de enfatizar la avidez de Verres, remarcando la idea de que tras su gobierno ninguna obra artística de su gusto quedó a salvo. A continuación, subraya que no exagera al incluir ese elenco de piezas artísticas, cuya enumeración no persigue el objetivo de enfatizar el discurso o recargar la acusación pues, según sus propias palabras, se expresa sin giros, eludiendo el estilo propio de los discursos de acusación. Para refrendar esa idea y, por decirlo más claramente, sentencia que "[Verres] no ha dejado nada en casa de ninguno":

"Etiam planius: nihil in aedibus cuiusquam, ne in <hospitis> quidem, nihil in locis communibus, ne in fanis quidem, nihil apud Siculum, nihil apud civem Romanum, denique nihil istum, quod

⁵⁰ Cic. Verr. 2,4,1.



*ad oculos animumque acciderit, neque privati neque publici neque profani neque sacri tota in Sicilia reliquisset*⁵¹.

A continuación asistimos a una nueva secuencia en la que desgana el sentido de ese impreciso "*nihil in aedibus cuiusquam*": objetos pertenecientes a huéspedes, lugares públicos, santuarios, ya fuesen de un siciliano o de un ciudadano romano; la conclusión es taxativa: en toda Sicilia no respetó nada, ni privado ni público, ni profano ni sagrado. Hizo suyo todo aquello que cayó bajo sus ojos y llamó su atención. Seguidamente se centra en nuestro episodio, que se desarrolla en la única región, junto a Siracusa, que defendía al acusado públicamente. La elección de este suceso para abrir el discurso no es casual. De la paradójica situación de Gayo Heyo, que públicamente es el encargado de elogiar a Verres y en privado le reclama la restitución de las piezas que le sustrajo, nos da noticia el propio Cicerón⁵². El objetivo parece claro: poner en evidencia la credibilidad de los pocos sicilianos que defendían a Verres. En su alocución subraya que comenzará su acusación por la ciudad amada y predilecta de Verres, ¿por dónde mejor que por la delegación encargada de cubrirte de alabanzas?: "*Vnde igitur potius incipiam quam ab ea civitate quae tibi una in amore atque in deliciis fuit, aut ex quo potius numero quam ex ipsis laudatoribus tuis?*".

Por lo que hace al escenario en el que suceden los hechos, Cicerón enlaza los distintos espacios al señalar que Gayo Heyo es oriundo de Mesina, donde destaca su casa para centrarse, a continuación, en el sagrario⁵³: "*Gaius Heius est Mamertinus. Huius domus est vel optima Messanae. Heium sacrarium (...)*", que,

⁵¹ Cic. *Verr.* 2,4,2.

⁵² Vide Cic., *Verr.* 2,4,15-16. Vide RIZZI, Francesco Paolo, "'Principes civitatis' nelle verrine: realtà civica e idealità ciceroniana", *Ciceroniani*, 4 (1980), pp. 211-221, quien subraya que Gayo Heyo, ilustre ciudadano de Mesina, con su actitud demuestra que es capaz de separar sus intereses personales de los de la ciudad.

⁵³ Sobre la inviolabilidad de los lugares sagrados vide D. 43,6,1,1 (*Ulp.* 68 *ad ed.*) Extractado del mismo libro de Ulpiano y ubicado en un título del Digesto dedicado a la división y cualidad de las cosas, resulta muy clarificador el siguiente pasaje, D. 1,8,9,2 (*Ulp.* 68 *ad ed.*): "*Illud notandum est aliud esse sacrum locum, aliud sacrarium. Sacer locus est locus consecratus, sacrarium est locus, in quo sacra reponuntur, quod etiam in aedificio privato esse potest, et solent, qui liberare eum locum religione volunt, sacra inde evocare*". El texto aclara que una cosa es un lugar sagrado y otra un sacrario. La diferencia radica en que un lugar sagrado es un lugar consagrado, mientras que un sacrario es un lugar en el que se guardan cosas sagradas, que pueden estar en un edificio privado.



debemos entender constituía una estancia dedicada al culto doméstico, lo que justifica su denominación. Técnicamente la calificación es certera, aun cuando pueda parecer un tanto ampulosa, pues se refiere a una estancia compuesta por varias esculturas de las cuales solo alguna está dedicada al culto; el resto tendrían un valor esencialmente ornamental⁵⁴. Probablemente el objetivo de Cicerón es que el expolio se vea como una auténtica profanación⁵⁵, presentando a Verres como un sujeto que no respeta ni el Derecho ni la religión⁵⁶.

A continuación, y por lo que hace a las estatuas integradas en el sagrario, apunta que eran de gran belleza y excelsa factura, lo que podía provocar el deleite, no solo de un sujeto entendido como Verres, sino de cualquiera de nosotros, a los que él llama idiotas: "(...) *in quo signa pulcherrima quattuor summo artificio, summa nobilitate, quae non modo istum hominem ingeniosum et intellegentem, verum etiam quemvis nostrum, quos iste idiotas appellat, delectare possent* (...)". Con esta impostura de Cicerón, que se declara profano en arte⁵⁷ en varios momentos a lo largo del discurso, muestra a Verres como un individuo arrogante, soberbio y de trato despectivo. A continuación alude a la terna de renombrados artistas griegos autores de las piezas: Praxíteles, Mirón y Policleto⁵⁸, señalando que ha aprendido esos nombres mientras realizaba la indagación contra el imputado: "*nimirum didici etiam, dum in istum*

⁵⁴ En la línea de enfatizar el valor ornamental de las piezas, refiere que ningún magistrado en el ejercicio de su cargo ha acudido a Mesina sin visitar las esculturas que nos atañen. Ese público conocimiento ayuda a perfilar la forma de proceder de Verres, caracterizada por el descaro y la audacia. Vide Cic. *Verr.* 2,4,7: "*Quae dico signa, antequam abs te sublata sunt, Messanam cum imperio nemo venit quin viseret*".

⁵⁵ En esa misma línea de actitud irreverente hacia los lugares consagrados vide Cic., *Verr.* 1,10-14. Sobre los múltiples sacrilegios cometidos por Verres vide CICCOTTI, Ettore, *Il processo di Verre...*, ob. cit., pp. 133 y ss.

⁵⁶ Cic. *Verr.* 2,2,40: "*Tibi nulla lex fuit, nulla religio, nullus existimationis pudor, nullus iudici metus?*". Vide PINA POLO, Francisco, "Cicerón, elegido de los dioses: la reprobación religiosa del adversario político como recurso retórico", en MARCO SIMÓN, Francisco, PINA POLO, Francisco y REMESAL RODRÍGUEZ, José, *Religión y propaganda política en el mundo romano*, Barcelona, 2002, pp. 57-81, *praecipue* p. 59. Sobre la apropiación de objetos sagrados por parte de Verres vide L'HOMME, Marie-Karine, "Verrès l'impie: objets sacrés et profanes dans le De signis", *Vita Latina* 79 (2008), pp. 58-66.

⁵⁷ La biografía de Cicerón contradice ese dato, pues es conocido que su amigo Ático le sirvió de marchante para adquirir obras de arte con las que decoró sus villas de Frascati, Pompeya, Arpino y Formia.

⁵⁸ Los autores señalados se sitúan entre los grandes maestros de la escultura griega. Para un análisis de la estatuaria griega vide BLANCO FREIJEIRO, Antonio, *Arte griego*, 3ª edición, Madrid, 2011, pp. 167 y ss.



inquiero, artificum nomina". Probablemente emplea ese ardid, por una parte, para distanciarse del acusado y, por otra, para evitar hacer gala de signo alguno de opulencia y nobleza. El hecho de que en este periodo las obras griegas estén cotizadas, que se haya extendido el coleccionismo y que los artistas mencionados gocen de fama permite que se lleve a cabo una valoración de las piezas⁵⁹.

Siguiendo el relato de Cicerón, Gayo Heyo se vio forzado a vender las esculturas a Verres por una suma muy por debajo del valor que las mismas parecían tener en el mercado del arte. El precio que consta como anotado es seis mil quinientos sesteracios⁶⁰. Puesto que Verres dispone del libro de ventas en el que consta la operación, la acusación, *a priori*, no podía ser de apropiación. Su defensa pivota en torno a la breve locución repetida por Cicerón: "*Emi*", *inquit*"⁶¹. La estrategia de Cicerón consiste en demostrar que el precio pagado es irrisorio y que la venta ha sido forzada. En ese sentido subraya la ausencia de afán de lucro de Gayo Heyo, cuya posición económica le permite vivir desahogadamente sin necesidad de negociar con nada⁶²; no se le conoce venta alguna más allá de su cosecha. Eso lleva a descartar que quisiera negociar con esas piezas cuyo valor, como ya se ha puesto de manifiesto, no es solo artístico sino también religioso. Se enfatiza su carácter sagrado y su calificación de legado familiar, lo que conecta con la idea de preservación de

⁵⁹ Desde finales de la República se generaliza el interés de la nobleza romana por las obras de arte griegas, vide BLÁZQUEZ, Jose María, "La situación de los artistas y artesanos en Grecia y Roma", en *El Mediterráneo y España en la antigüedad. Historia, religión y arte*, Madrid, 2003, p. 725.

⁶⁰ Vide GARCÍA MORILLO, Marta, *Las ventas por subasta en el mundo romano: la esfera privada*, Barcelona, 2005, p. 274.

⁶¹ Cic. Verr. 2,4,8: "Las he comprado".

⁶² El argumento es claro: es un sujeto que posee fortuna y carece de deudas; su liquidez resulta patente. Por otra parte, no cabe esperar que un sujeto de la honestidad de Gayo Heyo, en caso de necesidad vendiese esas esculturas heredadas de sus antepasados. Vide Cic. Verr. 2,4,11: "*Quaerendum, credo, est Heius iste num aes alienum habuerit, num auctionem fecerit; si fecit, num tanta difficultas eum rei nummariae tenuerit, tanta egestas, tanta vis presserit ut sacrarium suum spoliaret, ut deos patrios venderet. At hominem video auctionem fecisse nullam, vendidisse praeter fructus suos nihil umquam, non modo in aere alieno nullo, sed in suis nummis multis esse et semper fuisse; si haec contra ac dico essent omnia, tamen illum haec, quae tot annos in familia sacrarioque maiorum fuissent, venditurum non fuisse. 'Quid, si magnitudine pecuniae persuasum est?' Veri simile non est ut ille homo tam locuples, tam honestus, religioni suae monumentisque maiorum pecuniam anteponeret*".



la *pietas*⁶³. Los registros de cuentas tratan de enmascarar la abusiva operación revistiéndola de una venta simulada. Introduce de este modo la idea de ausencia de libertad negocial de Gayo Heyo cuya voluntad está viciada por el abuso de poder de Verres⁶⁴.

Por lo que se refiere al precio, elemento esencial de la compraventa, Cicerón se centra en valorar otras obras de esos mismos artistas cuya notoriedad permite hacer una estimación⁶⁵. El Cupido de Praxíteles lo compara con otro del mismo estilo y autor que hay en Tespias y que sirve de reclamo en esa región. Sobre esa misma pieza exclama escandalizado porque la valoración sea de mil seiscientos sestercios. Un poco más adelante apunta que estatuas de bronce de pequeñas dimensiones han sido vendidas por cuarenta mil sestercios. En todo caso, el ridículo valor atribuido a las piezas viene a refrendar la idea de que Gayo Heyo no las vendió voluntariamente. Como contraargumento el propio Arpinate planteaba la posibilidad de que, movido por la codicia, el ofrecimiento de una gran suma pudiera haber nublado el respeto a sus antepasados. La anotación contable acompañada de la glosa del Arpinate sirve de refutación taxativa.

Con el objetivo de hacer aún más evidente el menosprecio de Verres hacia las leyes, sugiere la existencia de limitaciones impuestas a los cargos provinciales en la adquisición de bienes en la provincia para evitar fraudes⁶⁶. Dicha insinuación, aunque presenta numerosas ambigüedades⁶⁷, trata de reflejar la

⁶³ Vide CLEMENTE FERNÁNDEZ, Ana Isabel, *Dilucidando conceptos: pietas y caritas*, RIDROM (octubre 2012), pp. 234-248.

⁶⁴ Un interesante análisis sobre la intimidación y los recursos procesales encaminados a tutelar a los sujetos afectados por ella puede verse en CALORE, Emanuela, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, Milano, 2011, *praecipue* pp. 130 y ss.

⁶⁵ Con los datos que conocemos nada hace pensar que pudiera tratarse de copias. Probablemente su originalidad es la que lleva a que fueran prestadas, en ocasiones especiales, para ornamento de la *civitas*. Por otra parte, el hecho de que Verres desechara la idea de hacerse con la Buena Fortuna, que era una reproducción en madera (pues nada señala acerca de su autoría), y se apropiase de las restantes esculturas, permite colegir la originalidad.

⁶⁶ Vide Cic. *Verr.* 2,4,9.

⁶⁷ Sobre la improbable existencia de una normativa prohibitiva general de comprar bienes en los territorios provinciales vide VENTURINI, Carlo, "Il crimine repetundarum nelle Verrine. Qualche rilievo", en SANTALUCIA, Bernardo (a cura di), *La repressione criminale...*, ob. cit. pp. 330 y ss.



idea de que la propia normativa recela de cualquier negocio en el que intervenga el magistrado de la provincia con sus gobernados. La idea que subyace nuevamente es la del abuso de poder.

A continuación, comenta que las piezas habían sido prestadas anteriormente en comodato⁶⁸ para ornamentar la urbe con ocasión de la convocatoria de juegos y actos públicos⁶⁹. De esa forma contribuye a configurar la opinión de que la apropiación de esas obras no solo suponía una agresión a la propiedad privada, pues servían a la estética y ornamento de la ciudad. Por otra parte, se refleja un contraste entre la actitud de Verres y la de otros servidores públicos. En esa misma línea se refiere a la multitud de cargos políticos que se han sucedido en Sicilia, muchos de ellos ambiciosos, deshonestos, sin embargo ninguno se atrevió a apropiarse de esos objetos sagrados que Verres no respetó⁷⁰. Nadie se atrevió a tanto.

Por otra parte, como ya se ha comentado, entre las estrategias de Cicerón puede destacarse la de utilizar el público cuestionamiento de la composición del tribunal, planteando la posible absolución del acusado como un factor de desconfianza hacia los senadores en su papel de jueces. La vacilante composición de la *quaestio* era un tema candente y que preocupaba especialmente al orden senatorial⁷¹.

68 Sobre el comodato vide, entre otros, CERAMI, Pietro, "Il comodato", en PARICIO, Javier (coord.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 301- 332.

69 Cic. Verr. 2,4,6: "*C. Claudius, cuius aedilitatem magnificentissam scimus fuisse, usus est hoc Cupidine tam diu dum forum dis immortalibus populoque Romano habuit ornatum, et, cum hospes esset Heiorum, Mamertini autem populi patrinis, ut illis benignis usus est ad commodandum, sic ipse diligens fuit ad reportandum (...) commodis hospitum non furtis necentium ornarent*".

70 Vide Cic. Verr. 2,4,7: "*Tot praetores, tot consules in Sicilia cum in pace tum etiam in bello fuerunt, tot homines cuiusque modi –non loquor de integris, innocentibus, religiosis– tot cupidi, tot improbi, tot audaces, quorum nemo sibi tam vehemens, tam potens, tam nobilis visus est qui ex illo sacrario quicquam poscere aut tollere aut attingere auderet (...)*".

71 Vide al respecto nt. 39. Vide, asimismo, Cic., Verr. 1,49: "Vosotros podéis destruir y eliminar la vergüenza y la infamia que se ha estado fraguando ya durante algunos años contra este orden [el senatorial]. Consta a todos, que desde el establecimiento de este sistema judicial del que nos servimos ahora, no ha habido ningún tribunal con el decoro y la relevancia de éste. Si ahora se produce alguna irregularidad, todo el mundo pensará que no hay que recurrir a otras personas del mismo rango social más idóneas, lo cual es imposible, sino a otro orden [el ecuestre]".



5

Conclusiones

El Arpinate presenta un discurso en cuyo ovillo narrativo enhebra con ingenio, agudeza y brillantez argumentos con los que entreteje la urdimbre de una sucesión encadenada de acusaciones contra Verres; en todas ellas la nota común es la extorsión y el abuso de poder. Cumplido de sobra el propósito del escrito: la acusación del ex-gobernador siciliano y, más allá de su objetivo inicial, se nos presenta como una pieza literaria que encierra una enorme riqueza en la que la trabazón entre historia, oratoria y derecho se hacen patentes. No se trata de un discurso forense al uso; preñado de una enorme carga política, escrito para ser leído y recordado pues, en su mayoría no llegó a pronunciarse ante el tribunal, sirve a Cicerón de catapulta a su carrera política. Nuestro interés se ha centrado en la lectura, en clave jurídica, de un episodio del discurso en el que se imputa a Verres la apropiación de una serie de piezas escultóricas.

En el marco del paisaje de abuso y corrupción que muestra Cicerón, la forma de proceder desaforada de Verres es característica de quien nada teme por creerse impune; ese es el retrato que se forja el lector tras la lectura del escrito de acusación desde sus primeras líneas. Esquilmó la provincia de Sicilia con tal rapacidad que, pese a la condescendencia que solía acompañar a las corruptelas de los gobernadores provinciales, se pone en marcha su acusación de forma inmediata tras ser cesado. Su fascinación por el arte lo llevó a apropiarse de numerosas obras artísticas, lo que explica que se dedique un discurso completo a las mismas: "*De signis*". Su desprecio hacia el Derecho y la religión lo señalan como enemigo de Roma, de ahí que Cicerón se autoproclame defensor de la causa. Consciente de la enorme carga que supone el ejercicio de la acusación contra un individuo de la talla social y política de Verres, y del perjuicio que ello puede acarrearle en su *cursus honorum*, trata de invertir los roles desde los momentos iniciales del discurso; ya en la *divinatio* se presenta como defensor de los sicilianos más que como acusador de Verres.

Con astucia consigue repeler la protección de la casta, por una parte, acortando los plazos del proceso, lo que evitaba el acceso al tribunal de un presidente y jueces más favorables a los intereses de la defensa. Por otra parte, en esa misma línea, emplea el ardid de atacar la composición de la *quaestio*, a sabiendas de que la conformación exclusivamente senatorial del momento es un tema conflictivo y candente, que preocupa a los senadores. Ejerce así una presión añadida sobre los mismos.



En el marco de ese trasfondo socio-político, que maneja con argucia, des-ciende a argumentos más específicos que conducen a colegir que la anotación de la compraventa de las piezas artísticas reflejada en el libro de ventas, principal defensa de Verres, no es más que un trampantojo. Comienza introduciendo la idea del *metus* como vicio del consentimiento prestado por Gayo Heyo en la venta de las obras. Para ello se vale de argumentos incontestables, se trata de un sujeto de cuya riqueza y ausencia de ánimo de lucro no cabe dudar, pues vive de forma desahogada y no se le conocen deudas ni venta alguna más allá de su cosecha. No obstante y, pese a la innegable situación financiera del personaje, plantea su propio contraargumento: la posible codicia, que podría llevar a anteponer el dinero a la memoria de sus antepasados. En este punto introduce con maestría la valoración de uno de los elementos esenciales de la compraventa: el precio. La cuantía abonada en concepto de precio resulta irrisoria dado el valor artístico de las piezas. De nuevo un lenguaje llano y taxativo. No me resisto a transcribir una cita cuya elocuencia habla por sí misma: ¡Un cupido de Praxíteles en mil seiscientos sestercios! De aquí nace el dicho: "Prefiero comprar que pedir" ("*Cupidinem Praxiteli HS mdc! Profecto hinc natum est, 'Malo emere quam rogare'*"). La estimación de las esculturas se hace posible gracias al renombre de los artistas griegos a los que se atribuye su autoría, eso permite cotejar las piezas con otras, célebres, de esos mismos autores. Por otra parte, al valor artístico hay que añadir el sagrado, se trata de obras escultóricas integradas en un sagrario dedicado al culto doméstico, lo que enfatiza el carácter irreverente del sujeto y refrenda la presencia del *metus* y la violación de la *pietas*. Son piezas recibidas por herencia de sus antepasados con las que Gayo Heyo no habría negociado de no mediar la extorsión de Verres.

Por añadidura, se trata de esculturas que anteriormente habían sido prestadas en comodato para ornamentar la ciudad con ocasión de juegos públicos. Eso conecta con la idea de la *res publica* y agrava la conducta de Verres, que al apropiarse de bienes privados menoscaba y desmantela la urbe. Asimismo, su actitud contrasta con la de otros servidores públicos que, tomadas en comodato, restituyen las piezas tras el evento que motivó su préstamo. Nadie fue tan osado.

De todo lo anterior cabe colegir que el gusto por el coleccionismo y el arte griego en la cultura romana de ese período lleva a valorar especialmente las piezas artísticas que, en el contexto de saqueo general de la provincia y, valiéndose de las prerrogativas de su cargo, Verres hace suyas. Al comienzo de



Macarena Guerrero Lebrón

nuestro estudio dejábamos constancia de las palabras inaugurales del discurso de Cicerón: Verres hablaba de pasión, sus amigos de obsesión y los sicilianos de robo⁷². Hoy calificaríamos esa conducta como un atentado contra el patrimonio.

⁷² Cic. Verr. 2,4,1: "*Venio nunc ad istius, quem ad modum ipse appellat, studium, ut amici eius, morbum et insaniam, ut Siculi, latrocinium (...)*".



La normativa penal internacional
contra el expolio en tiempos de paz:
desde los tótems iusinternacionalistas
al movimiento *Black Lives Matter*



Antonio Lazari

Profesor Titular de Derecho Internacional Público y
Relaciones Internacionales, Universidad Pablo de Olavide





1

Introducción: de las vertientes propietaria e identitaria del patrimonio cultural

Mi intervención contiene algunas reflexiones en torno al pasado y presente de la disciplina internacionalista de protección de los bienes culturales en tiempos de paz y se articulará en tres bloques temporales. El primero analizará la normativa ya consolidada en torno a los dos tótems históricos del Convenio de la UNESCO de 1970¹, integrado en la posterior Convención UNIDROIT de 1995². En este primer fragmento se evidenciará el salto cualitativo en relación al deber de protección del patrimonio cultural, cuyos primeros pasos en la esfera iusinternacionalista estaban concentrados en el intento de evitar los ataques y la devastación de bienes históricos que se ocasionaban en las contiendas armadas. Solo ante este gravísimo escenario, concebido siempre en el perímetro del mundo jurídico occidental, se preveía la reacción de la comunidad internacional del tiempo. La instauración de normas convencionales de Derecho Internacional en los dos citados acuerdos de la UNESCO de 1970 y de UNIDROIT de 1995 implica, de todas formas, una mayor apreciación social y política del patrimonio cultural: "el salto cualitativo se produce cuando el mismo deber de protección se exige en tiempos de paz"³.

- 1 Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales 1970, París, 14 de noviembre de 1970, en BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1986.
- 2 Convenio de UNIDROIT de 1995 sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente, en BOE núm. 248, de 16 de octubre de 2002.
- 3 SUAREZ-MANSILLA, Marta, "Nuevas medidas de lucha contra el tráfico de bienes culturales", en PERIAGO MORANT, José (coord.) y GUIASOLA LERMA, Cristina (dir.), *Tutela de los bienes culturales: una visión cosmopolita desde el derecho penal, el derecho internacional y la criminología*, 2021, Tirant lo Blanch, p. 615.

Analizaremos, sin embargo, los evidentes fallos en la cultura metajurídica y en las disposiciones criminalistas de la primera parte.

El bloque siguiente se ocupará de la reciente trama normativa, a saber, del mosaico de elementos jurídicos que en los últimos tiempos han contribuido a generar una decidida aceleración de tipo criminalístico para proteger los bienes culturales. Este variado incremento normativo penalista se debe a una convencida, aunque muy fragmentada, respuesta de la Comunidad Internacional en su conjunto ante retos de profundo calado incluso identitario, como ha sido el terrorismo internacional iconoclasta y su incursión en el mercado internacional de obras de arte. El perímetro del comercial ilícito ha cambiado notablemente su aspecto inicial, caracterizado, en definitiva, por el intercambio de bienes culturales procedentes de países de origen que se veían empobrecidos a favor de países de destino o de mercado⁴. Ahora la comercialización ilícita del patrimonio cultural afecta, aunque sea modestamente, a la Comunidad en su conjunto y el desvalor hacia el expolio sistemático, que inicialmente conocía un horizonte y una respuesta jurídica nacional, se ha ampliado a cuantiosos instrumentos penalistas de Derecho Internacional. La reacción al fenómeno terrorista iconoclasta se puede definir variada, pero en definitiva contundente y, al fin y al cabo, vinculada a un factor trascendente e identitario que asocia ineludiblemente el patrimonio con la sociedad, tanto nacional como internacional.

En la tercera sección se afrontarán los supuestos (acontecidos siempre en tiempos de paz) de devastación del patrimonio cultural, no solo por fines mercantilistas, es decir para insertar las piezas destrozadas de monumentos de carácter altamente identitario en el mercado de obras de arte, sino con un objetivo simple y profundamente iconoclasta. Aquí estamos ante una situación estrictamente identitaria, en la cual los seguidores del movimiento *Black Lives Matter* atacan las estatuas de personajes involucrados en experiencias colonialistas, provocando una ofensa a otra colectividad que en éstos se ven reflejados, como en el caso de los monumentos dedicados a la memoria de Cristóbal Colón.

En definitiva, el recorrido argumental es simple: parte de las primeras, contrastadas soluciones jurídicas ante el expolio de bienes culturales para evidenciar que dicho bloque tradicional de Derecho Internacional representa una respuesta muy parcial por motivos ligados a la preeminencia (de los Es-

⁴ Véase MERRYMAN, John Henry, "Two Ways of Thinking About Cultural Property", *The American Journal of International Law* (1986), pp. 831-853.



tados destino) del mercado. Llega al análisis de la situación actual, donde en oposición a la sistemática destrucción intencionada de bienes culturales en Siria e Iraq, la acción de la Comunidad Internacional, si bien fragmentada, es contundente y recurre también a disposiciones iuspenalistas, pues por primera vez no solo se identifica en términos de "comunidad de protección" la colectividad local, sino el conjunto de Estados y pueblos. Levanta acérrimas polémicas el último supuesto de tipo solamente identitario donde ya la primera visión mercantilista se eclipsa a favor de una contienda identitaria en torno al patrimonio cultural de un determinado grupo social expoliado por la actividad iconoclasta de otro colectivo. El desarrollo de mecanismos penalistas de protección del patrimonio cultural sigue una trayectoria paralela a la edificación conceptual del concepto de diversidad y al creciente reconocimiento de los bienes culturales en clave de vectores de identidad y cohesión social de los pueblos.

1ª PARTE

El escenario tradicional de Derecho Internacional Público ante el expolio en tiempo de paz



2

Cuestiones definitorias en torno al expolio: ¿el bien cultural como mera res?

La propia definición de expolio, como se ha podido apreciar en la jornada del 23 de marzo, era una operación conceptual inicialmente determinada en el territorio del derecho penal estatal, que expresaba con diferentes instrumentos normativos un desvalor de la comunidad nacional hacia unas conductas lesivas del propio patrimonio. El artículo 149 de la Constitución Española detecta la cuestión de la "defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación", mientras que los arts. 323 del Código Penal de 2015 y 4 de la Ley sobre el Patrimonio Histórico Español de 1985 (a partir de ahora designado con el acrónimo LPHE) no ofrecen una definición exhaustiva de expolio. Ante esta laguna definitoria



hay que apelar a la descripción que nos brindan algunos diccionarios en términos de destrucción (del objeto y en ocasiones también de su contexto espacial), pérdida del objeto y comercio ilícito o clandestino de los objetos culturales sustraídos. El citado art. 4 de la LPHE de 1985 apunta "a toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes". En el territorio estrictamente administrativo no se confecciona, por tanto, una enunciación definitiva respecto de una acción súbita, deliberada o incluso intencionada, que aparece en el ámbito penal, sino de una actuación continuada en el tiempo "o, en todo caso, de una situación consentida de abandono o de riesgo grave, sin necesidad de que estas conductas cuenten en su origen con una finalidad claramente determinada y dirigida específicamente a la destrucción de los bienes culturales"⁵. Históricamente el verbo expoliar deriva de la voz latina *expoliare* y es definido por la Real Academia Española como "despojar con violencia o con iniquidad". Si expoliar supone desposeer o privar de algo a alguien, ello conduce a afirmar que el concepto de expolio se halla íntimamente ligado a la idea de propiedad. Por ello, la pérdida de la propiedad sobre el bien resulta connatural al expolio. Pero hay más. Las situaciones propietarias (propiedad, posesión o mera tenencia) de los bienes culturales no son las únicas posibilidades a tener en cuenta, ya que estos bienes culturales se caracterizan intrínsecamente por formar parte del conjunto cultural identitario de un pueblo, y por ello, en cierta medida, también constituyen bienes comunes, participando de ellos toda una comunidad de individuos distinta al mero propietario o poseedor⁶. Por ello se puede afirmar que los valores culturales que aportan estos bienes trascienden su dimensión material y su propia titularidad. Se puede desposeer un bien cultural independientemente de su titularidad (pública o privada), generando, sin embargo, un menoscabo de la identidad cultural colectiva⁷. Y en sede definitiva, por tanto, se perfilan dos aspectos esenciales, intrínsecos

5 GARCÍA CALDERÓN, Jesús María, "La defensa penal de la cultura", *Revista del Ministerio Fiscal* (2018), p. 122.

6 Cfr. MÜLLER, M. M., "Cultural Heritage Protection: Legitimacy, Property and Functionalism", *International Journal of Cultural Property*, vol. 7, no. 2 (1998), pp. 395-409.

7 Interesante es el caso *Bonnichsen et al. v. United States*, 357 F.3d 962-979 (9th Cir. 2004), donde se enfrentan dos visiones distintas de bienes culturales y de leyes puestas a tutela de los mismos, con la pérdida de una gran oportunidad de proteger el patrimonio cultural de los indígenas norteamericanos. Cfr. HARDING, Sara, "Bonnichsen v. United States: Time, Place, and the Search for Identity", *International Journal of Cultural Property*, 12 (2005), pp. 249-263.



a la cuestión de la protección internacional del patrimonio cultural, y que, en definitiva, también se reverberan en la terminología anglosajona de *cultural property* y en las concepciones de *beni culturali*, bienes culturales o *biens culturels*. Emergen dos ideas ligadas consustancialmente a la propiedad, por tanto, susceptible de circular libremente a la par de cualquier mercancía, y de bien o patrimonio inevitablemente asociado a la identidad de una sociedad.

3

Expolio de bienes culturales: ¿sólo una cuestión de Estados en tiempo de guerra?

Inicialmente existen, entonces, dos elementos fundamentales en el tipo clasificatorio del expolio: (1) una colectividad, (2) que pretende castigar penalmente la pérdida de este valor identitario. En un primer momento, este desvalor en sede internacional se identifica con el *ius predae*. En efecto, el diccionario María Moliner considera en su definición de "expolio" la acepción de "botín arrebatado a los vencidos"⁸. De hecho, los primeros tratados que se han ocupado de la disciplina del expolio hacían referencia a los botines de guerra, las rapiñas, destrucciones, despojos o expolios de patrimonio que se producen en estas situaciones, son causantes de la pérdida de riqueza cultural de un país. Y como nos ha ilustrado la profa. Guerrero Lebrón⁹, los principales argumentos relacionados con los bienes culturales comenzaron a surgir también en la época romana. La clasificación de Cicerón de la naturaleza de los bienes designó, de hecho, a los bienes culturales tal y como se entienden hoy en día. Cuando más aflora la necesidad de proteger estos bienes es cuando más posibilidades hay de perderlos o verlos diseminados: en los conflictos bélicos.

Ya el artículo CXIV del Tratado de Paz de Westfalia de 1648 incluye disposiciones sobre la devolución de bienes saqueados, incluidos los registros archivísticos, al final de la Guerra de los Treinta Años. Durante las guerras napoleónicas, varios objetos culturales fueron extraídos de su país de origen y después de Waterloo,

8 MOLINER, María, "Diccionario de uso del español", Expolio, 2012, Gredos.

9 GUERRERO LEBRÓN, Macarena, "Una aproximación jurídica al expolio de obras de arte en la República romana a propósito de un episodio de la acusación de Cicerón contra Verres", *El expolio de bienes culturales* (2022), pp. 77-100.



durante las negociaciones del Tratado de París en 1815, los aliados rechazaron la propuesta de Francia de incluir una cláusula para la retención de bienes decomisados. No es sorprendente observar que las primeras normativas internacionales relativas a bienes culturales surgieron en relación con las "leyes de la guerra". La Primera Convención de La Haya de 1899 hace referencia directa y prohíbe la destrucción innecesaria de edificaciones consagradas a la religión, el arte, la ciencia y la educación¹⁰. La disposición más relevante en relación con la apropiación ilegal de bienes culturales se halla en el artículo 56 e indica lo siguiente:

"Los bienes comunales, los de los establecimientos consagrados al culto, a la caridad y a la instrucción, a las artes y a las ciencias, aun perteneciendo al Estado, serán tratados como la propiedad privada. Toda apropiación, destrucción o daño intencional de dichos establecimientos, de monumentos históricos, obras de arte y de ciencia están prohibidas y deben ser perseguidas".

Por otra parte, el artículo 47 de la misma Convención prohíbe formalmente el expolio. Las mismas normas se incluyen en la Segunda Convención de La Haya de 1907 con cambios de menor alcance en la redacción¹¹.

La trágica situación del patrimonio cultural en Europa tras las dos Guerras Mundiales, en especial tras la Segunda, condujo a la Convención de la UNESCO para la Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado de 1954¹², que supuso el primer tratado internacional de alcance mundial centrado exclusivamente en la protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado y cuenta con 109 Estados Partes. Esta Convención fue renovada con un Protocolo el 26 de marzo de 1999. La Convención de 1954 tiene un ámbito de aplicación amplísimo, ya que abarca tanto a bienes muebles e inmuebles de arte o de historia, sitios arqueológicos, obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés artístico, histórico o arqueológico, así como colecciones científicas de todo tipo, de cualquier origen o propiedad.

La mentada acepción de expolio que ofrece el diccionario María Moliner en términos de "botín arrebatado a los vencidos" encaja perfectamente con el

¹⁰ Convención para la resolución pacífica de controversias internacionales de 1899.

¹¹ Convención para la resolución pacífica de controversias internacionales de 1907.

¹² Convención de la UNESCO para la Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, firmado en La Haya, 14 de mayo de 1954, en BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1960.



planteamiento de destrucción de patrimonio realizado en la Convención de la Haya. A pesar de que en ningún momento aparece en esta Convención el término "expolio", se puede llegar a plantear una equivalencia con otros vocablos que sí figuran expresamente consagrados, tales como "vandalismo" y "ocultación de patrimonio cultural", ya que, el vandalismo representa una acción que puede suponer destrucción y expolio.

Pero también en este caso hay más. Esta reglamentación del expolio asociado íntimamente al *ius predae* solo se refería –y se aplicaría– a las "naciones más civilizadas" en conflicto entre ellas. Desde hace tiempo y en periodos de paz se iba cometiendo otro tipo de expolio de índole colonialista¹³, que no encontraba ninguna referencia normativa hasta décadas después, y que, una vez más, se estructuraba alrededor de la idea de propiedad, exportable en virtud de una supuesta superioridad cultural¹⁴.

Se debe al breve tratado titulado *Quelques idées sur les arts* de Boissy D'Anglas de 1794 la explicitación de estas ideas subyacentes al expolio sistemático y justificado de bienes culturales de otros pueblos, de índole e historia naturalmente inferiores al umbral determinado por el iluminismo internacionalista francés: "*Que Paris soit donc la capitale des arts (...) l'asile de toutes les connaissances humaines et le dépôt de tous les trésors de l'esprit. (...) Il doit être l'école de l'univers, la métropole de la science humaine et exercer sur le reste du monde cet empire irrésistible de l'instruction et du savoir*"¹⁵.

En este supuesto el desvalor a la ofensa respecto a un bien de la comunidad es –podríamos decir– nulo o menor "comparando civilizaciones" y además se consume en tiempo de (supuesta) paz¹⁶. Esta dinámica no solo es fisiológica en las situaciones coloniales: se traslada también a otro tipo de pérdi-

13 Cfr. STAHN, Carsten, "Reckoning with colonial injustice: International law as culprit and as remedy?", *Leiden Journal of International Law* (2020), pp. 1-13.

14 Para el caso italiano cfr. VISCONTI, Arianna, "Between 'colonial amnesia' and 'victimization biases': Double standards in Italian cultural heritage law", *International Journal of Cultural Property* (2021), pp. 551–573.

15 BOISSY D'ANGLAS, F. A., *Quelques idées sur les arts et sur la nécessité de les encourager adressé à la Convention Nationale*, discurso de 13 de febrero de 1794 dirigido, además de a la Convención Nacional, al Comité de Instrucción Pública; citado por GONZÁLEZ SUÁREZ, Marta, "La diversidad cultural y el tráfico ilícito de bienes: Nuevas perspectivas internacionales", *Cuadernos de Derecho de la Cultura*, 10 (2017), p. 74.

16 Sobre esta temática se me permita la referencia a LAZARI, Antonio, "Pasado y presente de la visión cosmopolita de la normativa internacional penal sobre protección del patrimonio cultural", en PERIAGO MORANT, José y GUIASOLA LERMA, Cristina (dir.), *Tutela de los bienes culturales...*, ob. cit., pp. 365-429.

da generada por el mercado ilícito de bienes culturales¹⁷. La desubicación o descontextualización de las piezas se produce al ser enajenadas en cualquier parte del mundo¹⁸. Asimismo, las piezas expoliadas pueden llegar a los canales legales de comercio de obras de arte al no ser contrastado el origen lícito de la pieza por parte del agente comercial en el momento de la transacción. Ello puede suponer que una obra expoliada (de origen ilícito), pueda llegar a ser tratada como lícita e introducirse en los circuitos comerciales convencionales y legales (galerías, anticuarios, casas de subastas, etc.).

En muchas ocasiones, entonces, el expolio se asocia ineludiblemente al tráfico ilícito de bienes culturales: "*diviser c'est détruire*"¹⁹, a saber, la remoción de bienes culturales del lugar originario supone la destrucción de los mismos. Pero también esta visión conceptual del iluminismo nacía y se aplicaba solo en el perímetro de determinadas realidades de la *Western tradition*: "*the League of Nations recommended that preservation of artistic and archaeological patrimony was of interest to 'civilised states'*"²⁰.

Con el trasfondo silencioso del sistemático expolio colonialista²¹, desde mediados y hasta finales del siglo pasado existía, por tanto, una neta y afianzada distinción entre el expolio entendido como *ius predae*, es decir, el botín en periodo de guerra o de limpieza y/o genocidio cultural, aplicable a las naciones más civilizadas, y el expolio que daba lugar al tráfico internacional de bienes culturales en tiempos de paz, donde emergía igualmente una clara disparidad

17 MASTALIR, Roger W., "A Proposal for Protecting the 'Cultural' and 'Property' Aspects of Cultural Property Under International Law", *Fordham International Law Journal*, vol. 16, issue 4 (1992), p. 1066.

18 Cfr. FRACIONI, Francesco, *Cultural Heritage*, Oxford International Law, Max Planck Encyclopedias of International Law, 2020.

19 En la expresión acuñada a caballo de los siglos XVIII y XIX por Quatremère de Quincy y utilizada por SCOVAZZI, Tullio, *Diviser c'est détruire. Principes éthiques et règles juridiques applicables au retour des biens culturels*, Paris, UNESCO 2009, espec. p. 31. Véase QUINCY, Quatremère de, *Lettres sur le projet d'enlever les monumens de l'Italie*, Roma, 1815, espec. pp. 25-28.

20 SPITRA, Sebastian M., "Civilisation, Protection, Restitution: A Critical History of International Cultural Heritage Law in the 19th and 20th Century", *Journal of the History of International Law* (2020), p. 329. Cfr. LAZARI, Antonio, "Pasado y presente de la visión cosmopolita de la normativa internacional penal sobre protección del patrimonio cultural", ob. cit., p. 390.

21 SINGH, Prabhakar, "From 'Narcissistic' Positive International Law to 'Universal' Natural International Law: The Dialectics of 'Absentee Colonialism'", *African Journal of International and Comparative Law*, 56 (2018), pp. 56-57.



entre países exportadores, con legislaciones de protección del bien cultural, y Estados importadores, tendentes a una idea más mercantilista/dominical de la propiedad cultural. Y en el mercado de obras de arte subsiste una división que se explicita en los trabajos preparatorios de normas internacionales y en la práctica legislativa de las instituciones estatales, entre países importadores y exportadores, según la celeberrima definición concebida por el comparatista Merryman, que nos habla también de nacionalismo y cosmopolitismo del patrimonio cultural²². Es una visión estática y rígida de la protección de los bienes culturales²³, que contrapone el campo de la depredación de obras de arte durante las contiendas armadas a la normativa internacional sobre el expolio de bienes culturales asociado al tráfico ilícito de los mismos²⁴.

En este último ámbito y desde el prisma del internacionalismo cultural cualquier política estatal de retención acaba por fomentar las conductas ilícitas y el surgimiento del mercado negro de los bienes culturales. Las medidas nacionales que procuran conservar los bienes en el territorio tienden a proteger la identidad de un solo Estado, conflagrando con la demanda del mercado y con el flujo natural de circulación de esas mercancías. La falta de satisfacción de esa demanda y el injustificado proteccionismo normativo de estos bienes generaría prácticas ilícitas y un sistema de comercio ilegal²⁵.

3.1 La primera pieza del mosaico iusinternacionalista clásico: la Convención de la UNESCO de 1970

Tras la Segunda Guerra Mundial, en un contexto marcado por los movimientos de descolonización, cobra impulso la cuestión del tráfico ilícito de bienes culturales. Los Estados surgidos de estos movimientos, deseosos de recuperar los elementos de su patrimonio cultural conservados en los museos de sus

22 MERRYMAN, John Henry, "Two Ways of Thinking About Cultural Property", ob. cit.

23 La referencia naturalmente es a la obra BAUMANN, Zygmunt, *Culture in a Liquid Modern World*, Cambridge, Polity, 2011.

24 Notable es el estudio contenido en el volumen colectivo *Cultural Heritage as Civilizing Mission. From Decay to Recovery*, FALSER, Michel (ed.), Springer International Publishing, 2015.

25 Cfr. MERRYMAN, John Henry, "The Restitution of Cultural Property", *U.C. Davis Law Review*, 21 (1987-1988), pp. 498-499.

antiguas metrópolis, hicieron campaña a favor de un acuerdo internacional que pusiera fin al expolio transnacional sistematizado. Sin embargo, ninguna referencia explícita se destina a las cuestiones coloniales en esta nueva normativa²⁶. La Convención de la UNESCO de 1970 establece un marco diplomático, basado en la cooperación internacional, para la devolución de bienes culturales robados y/o exportados ilegalmente²⁷.

No hay que olvidar que en tiempo de paz el tráfico no se refiere a *res extra commercium*, pues, en términos generales y salvo excepciones, existe una comercialización lícita de obras de arte, a diferencia de lo que sucede con otros productos, también objeto habitual de contrabando (droga, tráfico de personas, órganos, armas, etc.). La cuestión principal reside, por tanto, en la determinación de la línea de ilicitud de tal actividad referida, además, a bienes únicos, irrepetibles de naturaleza identitaria.

En este tratado se pretende controlar el tráfico ilegal de bienes culturales a través del establecimiento de un certificado a la exportación y remediar los supuestos de circulación ilegal transnacional del patrimonio cultural mediante un sistema de restitución del mismo 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 Parte en virtud de la presente Convención".

No existe ninguna acción de exportación que no desemboque en una acción de importación: esta última inevitablemente es consecuencia de la primera. Si la primera acción (es decir, la exportación) es ilegal, la actividad siguiente y vinculada (es decir, la importación) en el territorio de otro Estado Parte en la Convención no puede considerarse un acto conforme con la Convención. Pero esto no ocurrió. Desde el principio se consideró que la disposición del art. 3 no representase una nueva obligación para los Estados de aplicar sanciones penales contra tales actividades²⁸.

26 STAHN, Carsten, "Reckoning with colonial injustice: International law as culprit and as remedy?", ob. cit., pp. 1-13.

27 Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales 1970, París, 14 de noviembre de 1970, en BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1986.

28 TÖNGÜR, Ali Rıza, "Prevention of Illegal Trafficking and Transfer of Cultural Properties in the Light of United Nations Conventions", *MANAS Journal of Social Studies*, vol. 7 (2018), pp. 91-110.



*"However, it seems that the substantive part of the 1970 Convention does not correspond to the ambitious objectives set forth in its preamble. The obligations of the importing state do not match those of the exporting state"*²⁹. Si bien el Estado fuente está obligado a prohibir la exportación de bienes culturales que no vayan acompañados de un certificado de exportación, el País de destino no está obligado a prohibir la importación de esos objetos si no van acompañados de dicho certificado. La obligación de devolver los bienes culturales se limita a aquellos que han sido robados de museos o instituciones similares, sin abarcar los casos en que personas o entidades privadas hayan sido víctimas del delito.

Las necesarias sanciones, consiguiente al desvalor de traficar sobre bienes inherentes a la identidad cultural de otros Estados, no emergen, o, *rectius*, no se traduce en medidas de ámbito penal. Ciertamente es que aflora una cierta carga, aunque menor, de recurso a las disposiciones penales en la Convención de 1970³⁰.

La remisión a una normativa penal estatal no está contundentemente prevista, variando las normas nacionales de exportación de un País a otro. Estas diferencias dan lugar a lo que la doctrina conoce como "espacio entre leyes"³¹, expresión con la que se denomina el conflicto de jurisdicción que surge en esta materia ante la amplia diversidad de regulaciones y la mayor o menor flexibilidad del sistema legal para permitir la comercialización de bienes culturales. Asimismo, se constata que las naciones con un mercado del arte relevante a escala mundial cuentan con un régimen jurídico que favorece la comercialización de estos objetos, entre otros motivos para captar en el exterior los tesoros que ellos no poseen; mientras que la mayoría de los Estados ricos en patrimonio, que funcionan como grandes proveedores de objetos, disponen de medidas más restrictivas a su exportación, con la misión de retenerlos dentro de sus fronteras y evitar su dispersión.

Por un lado, esta normativa internacional ha promovido cuantitativamente la amplia participación de los Estados, pues cuenta en la actualidad con 140 Es-

29 SCOVAZZI, Tullio, "Part II Practice-Scholarly and Practitioner Accounts of UN Treaty-Making, B Economic and Social Development", en CHESTERMAN, Simon, MALONE, David M. y VILLALPANDO, Santiago (eds.), *The Oxford Handbook of United Nations Treaties*, Oxford University Press, 2022, p. 312.

30 PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, "Las medidas internacionales para criminalizar el tráfico ilícito de bienes culturales", *Revista d'Arqueologia de Ponent* (2020), pp. 291-307.

31 MACKENZIE, Simon, "The Market as Criminal and Criminals in the Market: Reducing Opportunities for Organised Crime in the International Antiquities Market", en MANACORDA, Stefano and CHAPPELL, Duncan (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World*, Springer, New York, 2011, pp. 69-85.

tados Parte, y desde finales del decenio de 1990 se han producido movimientos positivos en esta dirección, con la adhesión de Francia, el Reino Unido, Suiza, Alemania y Bélgica a la Convención desde 1997. En efecto, y sin entrar en el análisis de su trama normativa, el proyecto original de Convención incluía el requerimiento a los Estados Parte 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. Prevalció, en cambio, una visión de protección del comprador de buena fe, muy próxima a los enfoques mercantilistas de *common law*³². A cambio de la eliminación de dicha cláusula, los Estados parte se comprometieron a cooperar en el retorno de los bienes ilícitamente exportados.

Por otro lado, esta normativa cualitativamente adolece de una respuesta contundente de índole penal a su trasgresión, quizás porque, volviendo a la temática subyacente al elemento formal/jurídico, los denominados Estados de mercado como Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania o Japón, no se mostraron excesivamente propensos a ese proceso de criminalización. "*The punitive scope of the instrument is weakened: in explicit terms, the actions for which the adoption of penal sanctions is required are few and extremely generalized*"³³. Y cuando se ha intentado introducir normas penales específicas respecto a los bienes culturales, éstas han generado una clara repulsa en los Estados de mercado, que han opuesto reservas a las mismas³⁴. Por el contrario, los Estados denominados fuente se han pronunciado en bloque en apoyo incondicional a la iniciativa.

Este es el núcleo de la cuestión que estamos analizando: la normativa internacional que sanciona penalmente el tráfico ilícito de bienes culturales, a diferencia de la nacional, en la que se acabará aplicando, ha resultado hasta la década pasada víctima de la oposición de los Estados de importación de tales bienes. Visto desde el prisma nacional, la respuesta sancionadora del art.

32 PROT, Lyndel V., "Standards of good faith for the acquisition of cultural objects", en *La tutela penale delle opere d'arte/The penal protection of works of art*, Atti del Convegno, Siracusa, 1992, pp. 103-133.

33 MANACORDA, Stefano, "Criminal Law Protection of Cultural Heritage: An International Perspective", en MANACORDA, Stefano and CHAPPELL, Duncan (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World, Illegal Trafficking in Cultural Property*, Springer, London, 2011, p. 33.

34 Significativas son principalmente las reservas planteadas por los representantes de Australia y Estados Unidos. Sobre este tema cfr. HERSCHER, Ellen, "The Antiquities Market", *Journal of Field Archaeology*, vol. 12, no. 4 (1985), pp. 469-481.



323 c.p. supone la existencia de una Comunidad que responde firmemente a la ofensa no tanto de la pérdida de una mera res, sino a la conculcación de su propia identidad. La escasa carga penalista en sede internacional es reflejo de una Comunidad Internacional, que se presentaba aún dividida y liderada por países de importación, que se beneficiaban de alguna forma del expolio que acontece en detrimento de los Estados de origen. El primer intento de disciplinar dicho tráfico ha dejado la situación con muchas sombras. *"While global awareness of the impact of crimes against cultural property on communities exists since the end of the 1960s, and is manifest in the 1970 UNESCO Convention, prosecutions have been extremely rare. Cultural property crime ranges from vandalism, import, export and tax offences to fraud, theft and fencing. Considering the variety of crimes, it is surprising that prosecutions are so limited"*³⁵.

Cierto es que un número constante de bienes sustraídos han sido rastreados, identificados y devueltos en todo el mundo al amparo de la Convención de la UNESCO de 1970. Por ejemplo, Italia devolvió más de 12.000 objetos precolombinos a Ecuador en 1983 después de un proceso de litigio de siete años. En este caso, el apoyo moral del Comité Intergubernamental para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita (ICPRCP) fue reconocido por las autoridades ecuatorianas como un factor significativo en el éxito de este caso. En otro caso que muestra la influencia que el ICPRCP puede ejercer, los Estados Unidos de América, uno de los principales Estados del mercado del arte del mundo, devolvieron el dintel de Phra Narai a Tailandia en 1988 tras una mediación facilitada por el Comité. Alemania, que ratificó la Convención de 1970 en 2007, acordó devolver a Turquía una esfinge hitita de piedra excavada en Boğazköy en el decenio de 1910 y trasladada a Alemania después de la excavación. La devolución de la Esfinge boğazköy siguió una recomendación realizada por el ICPRCP en septiembre de 2010. En otro caso, la máscara Makondé fue devuelta a Tanzania en virtud de un acuerdo bilateral alcanzado en 2010 entre Tanzania y el Museo Barbier-Mueller en Ginebra, a raíz de una solicitud presentada por Tanzania en 2006 ante ICPRCP.

Sin embargo, su carácter mayoritariamente interestatal, que perjudica la trama de reclamaciones de particulares, imposibilitando la aplicabilidad di-

³⁵ Es la afirmación de Saskia Hufnagel en su conferencia *"Art and Plunder: The role of criminal law in protecting cultural heritage"* de 22 de junio de 2002 en la *Queen Mary University of London*.



recta de las disposiciones que prohíben el expolio en estos convenios, no suministraba posibilidades de defensa judicial a los particulares que hubieran sido desposeídos. Por estos motivos, resulta resolutive el recurso a las vías extrajurídicas.

3.2 La segunda pieza del mosaico: el Convenio de UNIDROIT de 1995 y el rechazo de las herramientas criminalistas

El Convenio del UNIDROIT de 1995 tiene por objeto responder a las dificultades asociadas con los litigios para la restitución del patrimonio cultural y abordar más eficazmente los aspectos del derecho privado relativos a la protección de los bienes culturales³⁶. Si bien la Convención de la UNESCO de 1970 se ha considerado en general favorable a los países de origen, la Convención de UNIDROIT de 1995 se concibió para crear un texto más aceptable tanto para los países de origen como para los de mercado. Proporciona un marco para los litigios internacionales y complementa la Convención de la UNESCO de 1970 estableciendo normas jurídicas mínimas para la restitución y devolución de bienes culturales. También proporciona garantías para las normas de derecho internacional privado y el procedimiento internacional pertinente. De esta manera, los dos Convenios se pueden considerar, al mismo tiempo, compatibles y complementarios. El Convenio del UNIDROIT de 1995 ha sido ratificado hasta ahora sólo por cuarenta y dos Estados Partes, de los cuales la gran mayoría son Estados de origen. La ausencia de los principales Estados del mercado del arte (Estados Unidos, Reino Unido, Suiza, Alemania, Francia y Japón) es notable, y estas defecciones reducen claramente su eficacia, lo que hace que sea extremadamente difícil y complejo negociar un conjunto de requisitos. En el interés de los Estados fuentes, el tratado contrarresta la fuerte protección de un comprador de buena fe al considerar a los objetos adquiridos mediante excavación clandestina como robados, si resultan conformes con la ley de ese Estado. Esta presunción responde al hecho de que los bienes culturales sustraídos se comercializan con frecuencia con procedencias convincentemente falsas que protegerían los intereses de los compradores de "buena fe" en dichas jurisdicciones. A cambio, limita las reclamaciones de restitución y devolución que pueden estar cubiertas

³⁶ Convenio de UNIDROIT de 1995 sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente, en BOE núm. 248, de 16 de octubre de 2002.

por la Convención y establece un plazo de tres años para las reclamaciones de restitución, desde el momento en que el reclamante conoció la ubicación del bien cultural y la identidad de su poseedor. Sin embargo, la cobertura del tratado no es extensa, y su falta de aceptación por parte de los Estados del mercado lo hace en gran medida ineficaz³⁷. Además, no ha logrado una mayor uniformidad en su recepción nacional y un estudio de 2011 señaló que las "diferencias existentes en las políticas nacionales son frecuentemente explotadas por los delincuentes no solo para transferir y eventualmente legitimar el patrimonio robado, sino también para eludir la sanción"³⁸. Contrariamente a la Convención de 1970, el Convenio de UNIDROIT de 1995, es un instrumento de autoejecución y, por lo tanto, no depende de su incorporación a la legislación nacional y de la creación de mecanismos operativos³⁹. Sin embargo, no hay ninguna referencia a la adopción de medidas de protección en ese tratado: *"the whole Unidroit Convention, in line with the premise inspiring it and within the range of the institution which drew it up, concentrates entirely on ameliorating the instruments in the field of private law, without giving the least attention to the criminal or, more broadly, punitive element"*⁴⁰.

El bloque del Convenio UNESCO de 1970 y la Convención UNIDROIT de 1995 focaliza la atención primariamente en la restitución de los bienes culturales, sin prever normas significativas de condena de los sujetos que trafiquen ilícitamente con los bienes culturales. La última convención no prevé, por ejemplo, ninguna norma de sanción administrativa o penal al respecto. Chechi sostiene que *"criminal law has been underutilized"*⁴¹.

37 PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, "Las medidas internacionales para criminalizar el tráfico ilícito de bienes culturales", ob. cit., pp. 299-301.

38 UNESCO, "La lucha contra el tráfico ilícito de objetos culturales. La convención de 1970: pasado y futuro, Carpeta informativa", UNESCO - Sector Cultura, París, 2011, p. 23.

39 Véase O'KEEFE, Patrick, "Using UNIDROIT to Avoid Cultural Heritage Disputes: Limitation Periods", *The Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, vol. 14, no. 2 (Winter 2006), p. 227.

40 MANACORDA, Stefano, "Criminal Law Protection of Cultural Heritage: An International Perspective", ob. cit., p. 35.

41 CHECHI, Alessandro, "The Dangerous Linkages between Art Market Professionals and Traffickers of Cultural Objects: An International Law Perspective", en PERIAGO MORANT, José y GUIASOLA LERMA, Cristina (dir.), *Tutela de los bienes culturales...*, ob. cit., p. 164. Cfr. también FINCHAM, Derek, "The Blood Antiquities Convention as a Paradigm for Cultural Property Crime Reduction", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 37 (2019), pp. 299-336.

Por lo tanto, para terminar este primer bloque expositivo, en los tratados internacionales que constituyen el núcleo vertebrador de la regulación internacional multilateral del patrimonio cultural, el recurso a la penalización de conductas lesivas del patrimonio cultural resulta de escasa intensidad, relegando a las mínimas previsiones de índole penalista a la libre discrecionalidad de los Estados: muestran los músculos protectores de estos bienes los tratados que disciplinan el conflicto armado más que los acuerdos multilaterales que se dedican a la protección del patrimonio en tiempo de paz⁴².

Habitualmente en las legislaciones estatales la herramienta normativa más empleada consiste en la incautación y devolución de los bienes exportados ilícitamente más que en la investigación y detención de los traficantes de obras de arte. *"This paucity of prosecutions or punishment poses no real deterrent to criminal traders"*⁴³. Esto quizás obedezca al hecho de que el desvalor de la conducta lesiva es unánime en la primera categoría; mientras la segunda categoría, como hemos podido comprobar, está constantemente atravesada por fuertes tensiones entre países ricos de mercado y países de origen. No existe una respuesta comunitaria frente a una ofensa de tipo comercial que procede de Estados, de todas formas, poderosos económicamente y adquirentes de bienes culturales. La respuesta criminológica a las ofensas al patrimonio cultural permanece –y solo a veces– en el recinto nacional. *"The relationship between national legal systems and the UNESCO 1970 Convention has been difficult. This is due partly to the lack of detailed rules facilitating the transposition of the international law instrument into national law and partly to the absence of control mechanisms (e.g., of sanctions) within the international rules"*⁴⁴.

Más propiamente y siguiendo las reflexiones esgrimidas por Marta González, este marco normativo "establece un panorama de respeto internacional de las normativas internas proteccionistas de los patrimonios culturales

⁴² Cfr. VISCONTI, Arianna, "Le prospettive internazionali di tutela penale: strategie sanzionatorie e politico-criminali", en MANACORDA, Stefano y VISCONTI, Arianna (eds.), *Beni culturali e sistema penale*, Milano, 2013, p. 40.

⁴³ CHECHI, Alessandro, "The Dangerous Linkages between Art Market Professionals and Traffickers of Cultural Objects: An International Law Perspective", ob. cit., p. 165.

⁴⁴ STAMATOUDI, Irini A., *Cultural Property Law and Restitution*, Cheltenham-Northampton, MA, 2010, p. 53.



nacionales"⁴⁵, dejando a las legislaciones estatales la posible protección contra el expolio del patrimonio cultural.

Claro está, por tanto, que el nivel de alarma social internacional generado por dicho tráfico no ha asumido una dimensión tan preocupante como otras tipologías comerciales, donde, como se decía antes, se prohíbe la comercialización *in se* y se determinan los tipos penales, como en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 o el Conjunto de instrumentos de aplicación del Tratado sobre el Comercio de Armas de 2014.

Quizás la razón de esta normativa penal de bajo perfil se halle en la dinámica anteriormente esgrimida y eminentemente profundizada por Mastalir⁴⁶. Se ha podido observar desde el principio que dos son las vertientes ínsitas en la protección de los bienes culturales⁴⁷: la visión dominical relativa a la destrucción o diseminación de la función propietaria de la *res*, y el hecho de que no se trata tan solo de una *res*, pues el objeto asume un valor a veces incalculable por su valor artístico e identitario. Las teorías del internacionalismo y del nacionalismo esconden ambas facetas, fundamentándose respectivamente en una de estas dos vertientes presentes en los bienes culturales. De este modo, el internacionalismo cultural pone el acento en los bienes culturales como objetos susceptibles de propiedad: los argumentos esgrimidos por los autores defensores de esta corriente de pensamiento pueden reconducirse a esta idea primaria de propiedad y consecuentemente de libre circulación de la mercancía. Desde esta óptica, las barreras a la libre circulación de cualquier bien son poco comprensibles, sino apelando a ciertos "aspectos sentimentales o nacionalistas", no sostenibles en la perspectiva del Derecho Internacional. En este contexto preeminentemente mercantilista la posible imposición de normas de carácter penal parece aún más incomprensible⁴⁸.

⁴⁵ GONZÁLEZ SUÁREZ, Marta, "La diversidad cultural y el tráfico ilícito de bienes: Nuevas perspectivas internacionales", ob. cit., p. 88.

⁴⁶ MASTALIR, Roger W., "A Proposal for Protecting the 'Cultural' and 'Property' Aspects of Cultural Property Under International Law", ob. cit., p. 1058.

⁴⁷ HERMAN, Alexander, *The restitution*, ob. cit., p. 30 afirma que el mismo bien, los restos del Partenón, para los ingleses representa una cuestión entre museos, mientras que los griegos consideran la restitución como un asunto de Estado. Son dos visiones distintas de la misma *res*: en Inglaterra las esculturas forman parte de una colección museística, mientras que en Grecia son un símbolo de la identidad nacional.

⁴⁸ Cfr. VISCONTI, Arianna, "Le prospettive internazionali di tutela penale: strategie sanzionatorie e politico-criminali", ob. cit. p. 34.

"Resta il fatto che gli Stati hanno un diverso atteggiamento in materia di beni culturali, a seconda che la propria legislazione intenda prevalentemente tali beni come l'espressione dello spirito e dell'identità di una nazione oppure come merci liberamente circolanti sui mercati. Non è sorprendente che questa difformità di concezioni, che divide anche gli Stati europei, si rifletta anche sul piano penale"⁴⁹.

Dos corolarios descenden de este axioma: el primero se refiere a su predominancia en el régimen internacional de protección de los bienes culturales⁵⁰. En segundo lugar, ha de entenderse que la "comunidad de protección" empieza a mover sus primeros pasos como tal, y entonces a proteger "sus" bienes culturales, cuando organizaciones criminales y terroristas de índole transnacional amenazan gravemente sus valores culturales también en tiempos de paz. Este lento y progresivo deslizamiento hacia la pendiente criminológica internacional significa políticamente un paulatino alejamiento de la visión internacionalista propietaria y de todos los aspectos jurídicos y económicos derivados de este derecho en términos de susceptibilidad de libre comercio, de la posibilidad de enajenación, de reivindicación y de ejercicio de derechos secundarios derivados de la mera titularidad. Y, por otro lado, este fenómeno ligado al derecho penal internacional de la protección de los bienes culturales implica la tímida ascensión de la naturaleza "cultural" y las implicaciones que esto supone para el bien y sus titulares⁵¹. En este sentido la comunidad de protección no será ni solo nacional, ni solamente

⁴⁹ SCOVAZZI, Tullio, "Luci e ombre della convenzione di Nicosia", *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2 (2022), p. 143. De la misma orientación también CHANAKI, Athina y PAPATHANASSIOU, Artemis, "The Council of Europe Convention on Offences Relating to Cultural Property Eventually Enters into Force: A New Tool to the Arsenal of International Criminal Law Responses to the Trafficking of Cultural Property", *EJIL:Talk!*, 14 abril 2022.

⁵⁰ "What this school of thought is really talking about is not 'internationalism' taking pre-eminence over 'nationalism', but the pre-eminence of the property aspect over the cultural aspect physical preservation of objects and with their proper ownership. A regime based on the preeminence of the property aspect gives short shrift to the cultural significance of objects, rejecting it as mere sentimentality. The position of this school of thought has generally prevailed in the current regime for the international protection of cultural property", así MASTALIR, Roger W., "A Proposal for Protecting the 'Cultural' and 'Property' Aspects of Cultural Property Under International Law", ob. cit., p. 10962.

⁵¹ *Ibid.*, p. 1058

internacional, como queda esgrimido en las tesis de Merrymann: ambas concurrirán en la persecución penal de los ofensores de los bienes culturales⁵².

2ª PARTE

Las primeras respuestas criminológicas ante el expolio cometido por el terrorismo internacional



4

El primer bloque criminalista ante la iconoclastia terrorista

Sin embargo, las cosas han cambiado recientemente cuando la criminalidad organizada internacional se ha ido acercando al tráfico de bienes culturales⁵³, tocando el territorio del terrorismo internacional. La circulación del patrimonio cultural, en efecto, se ha visto afectada, por un lado, por el creciente acercamiento de la criminalidad organizada internacional, que ha aprovechado los intersticios legales dejados por una normativa, como decimos, endeble o poco reactiva; y, por otro lado, por el terrorismo transnacional, cuya actuación delictiva ha influido notablemente en la propia naturaleza del tráfico ilícito de bienes culturales. Una cosa era luchar contra una red de reducida potencia delictiva (léase los *tombaroli* italianos, sudamericanos o indios) con la escasa convicción de oponerse al tráfico ilegal de bienes culturales en virtud de una preeminente visión propietaria; otra cosa es contrarrestar la mafia internacional o los terroristas del DAESH, con la consiguiente ofensa expoliadora respecto a la Comunidad Internacional.

⁵² Es la visión cosmopolita que, a diferencia de lo que se podría opinar, no tiene mucho que ver con la tesis internacional de Merrymann. Véase al respecto LAZARI, Antonio, "Para una visión cosmopolita del derecho internacional en tema de devolución de los bienes culturales", en PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis y LAZARI, Antonio (coords.), *El tráfico de bienes culturales*, 2015, pp. 91-173; IDEM, "Pasado y presente de la visión cosmopolita de la normativa internacional penal sobre protección del patrimonio cultural", ob. cit.

⁵³ BRODIE, Neil, "The Concept of Due Diligence and the Antiquities Trade", *Culture without Context*, no. 5 (1999), pp. 12-15. Véase también European Commission, *Illicit trade in cultural goods in Europe*, Final Report, 2019, p. 19.



*"Another change of paradigm occurred: the art industry moved from an international hard-law framework, essentially based on the 1970 UNESCO Convention and the 1995 UNIDROIT Convention, to a global one, composed of guidelines, policies and other so-called soft-law mechanisms created and enforced by a variety of non-state actors"*⁵⁴. Esta transformación normativa demuestra que los instrumentos internacionales convencionales de *hard law*, por sí solos no son suficientes para abordar los problemas a los que se enfrenta el comercio mundial de bienes culturales. La respuesta de la Comunidad Internacional en los últimos años no ha sido unitaria y no se ha plasmado en un tratado multilateral omnicomprendivo, sino mediante una red de normas que han afrontado la red transnacional de mafias y terroristas. E yendo a tientas.

4.1 El papel de las Naciones Unidas: la Convención de Palermo de 2000

Es un tratado internacional y, por lo tanto, de naturaleza vinculante, obligatorio para los Estados partes. Adoptada por una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁵⁵ en 2000, la Convención de Palermo es el principal tratado internacional para combatir la delincuencia organizada transnacional. Cuenta con 190 Estados Partes, lo que demuestra una determinación clara y real por parte de los Estados de hacer frente a los desafíos asociados con la delincuencia organizada transnacional. Si bien el tráfico de bienes culturales no sea su principal prioridad, la aprobación de la Convención de Palermo de 2000 indica la importancia que ahora se concede a esta creciente cuestión. Habida cuenta de la naturaleza de los delitos transnacionales que aborda, su enfoque es de doble vía, basado en medidas nacionales y en la cooperación internacional, proporcionando un marco eficaz para hacer frente a esos delitos, incluido el tráfico de bienes culturales. Dado que las redes delictivas a menudo utilizan rutas y operaciones establecidas para diferentes tipos de tráfico, este tratado puede ser eficaz para reducir el comercio ilícito de bienes

⁵⁴ FIORENTINI, Francesca, "Cultural Heritage Law and Trade of Cultural Objects: A Comparative Law Approach", *Isaidat Law Review*, 1 (2021), p. 31.

⁵⁵ Convención de las Nación Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, en BOE, núm. 233, de 29 de septiembre de 2003, pp. 35280 a 35297.



culturales, tanto directa como indirectamente. El propósito declarado del tratado es "promover la cooperación para prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional de manera más efectiva".

La aplicación de la Convención de Palermo de 2000 al tráfico de bienes culturales ha cobrado cada vez más importancia. Durante la Conferencia de las Partes de la Convención de Palermo de 2010, los Estados Partes anunciaron una lista de delitos "emergentes" en los que las Partes deberían centrarse a corto plazo. También en 2010, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito observó que los bienes culturales en los países de origen estaban sujetos a una "remoción" ilegal, a saber, expolios y robos, y que estos objetos se contrabandaban posteriormente a países ricos del mercado.

El enfoque adoptado en la Convención de Palermo consta de tres pilares centrales⁵⁶. En primer lugar, el tratado exige que los Estados Partes creen delitos penales estatales que abarquen la participación en un grupo delictivo organizado, el blanqueo de dinero, la corrupción y la obstrucción de la justicia, todos los cuales pueden ser importantes para los casos relacionados con la trata de bienes culturales. En segundo lugar, exhorta y facilita la adopción de los marcos esenciales para la cooperación internacional, que incluyen acuerdos de extradición, asistencia judicial recíproca (denominados MLA), y la cooperación entre los órganos encargados de hacer cumplir la ley mediante investigaciones conjuntas. En tercer lugar, promueve la asistencia técnica para fomentar la capacidad de las autoridades nacionales. Por lo tanto, todo el enfoque de este tratado se basa firmemente en el principio de la cooperación internacional y en el desarrollo de una serie de medios a través de los cuales se puede lograr y mejorar dicha cooperación, especialmente entre los órganos nacionales encargados de implementar el derecho y, en particular, los órganos judiciales. Aun auspiciando la consolidación de la colaboración internacional, todo sigue quedando en manos de los Estados (y, en la práctica, de algunos en particular). La situación cambia poco, si en un lugar de un marco normativo general, se pasa a analizar unas directrices de política criminal.

⁵⁶ Cfr. MANACORDA, Stefano and CHAPPELL, Duncan (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World – Illegal Traffic in Cultural Property*, ob. cit.

4.2 El papel de las Naciones Unidas: instrumentos de *soft law* y resoluciones del Consejo de Seguridad

Frente al "*minimalismo penale del quadro convenzionale*"⁵⁷, las Directrices Internacionales sobre las respuestas de prevención del delito y justicia penal al tráfico de bienes culturales y otros delitos conexos⁵⁸ constituyen un instrumento de *soft law*, un compendio de recomendaciones no vinculante dirigido a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas. Se trata, por tanto, de una normativa de baja intensidad normativa, pero esta vez de ámbito plenamente penal.

En las Directrices se describen hasta ocho tipos potenciales de delitos que los Estados podrían castigar transponiéndolos en su legislación penal. 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 destrozo de bienes culturales o la adquisición de bienes culturales objeto de tráfico, cuando se evita deliberadamente verificar la situación jurídica de los bienes.

En el caso de las sanciones, las Directrices brindan la disyuntiva de las sanciones penales o administrativas, afirmando en la Directriz 20 que "los Estados deberían considerar la posibilidad de prever sanciones proporciona-

⁵⁷ Así MANACORDA, Stefano, "Gli Strumenti di contrasto del traffico illecito di beni culturali: Le recenti iniziative a livello internazionale", en MANACORDA, Stefano y VISCONTI Arianna (eds.), *Protecting Cultural Heritage as a Common Good of Humanity: A Challenge for Criminal Justice*, ISPAC, Milano, 2014, p. 37. La imposibilidad de acceder a un modelo único de tratado internacional de índole penalista se hace evidente también en el Tratado modelo para la prevención de los delitos contra los bienes muebles que forman parte del patrimonio cultural de los pueblos, redactado en el ámbito del 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. Véase en: https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Model_Treaty_Spanish.pdf.

⁵⁸ Directrices Internacionales sobre las respuestas de prevención del delito y justicia penal al tráfico de bienes culturales y otros delitos conexos, aprobadas por la Resolución 69/196, de 18 de diciembre de 2014 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.



das, eficaces y disuasivas respecto de los delitos antes mencionados". Ya en los trabajos preparatorios cuanto más se ahondaba en la previsión de cláusulas penales, tanto más se escenificaba la distancia entre Estado de mercado y de origen: *"un gruppo di Stati (essenzialmente market States) ha manifestato un forte dissenso circa la loro adozione"*⁵⁹. Quedaba patente la necesidad de una colaboración reticular tanto horizontal entre organismos internacionales entre sí, como vertical entre Estados y las organizaciones internacionales y, sin embargo, aún no estamos ante un tratado multilateral con específicas previsiones sancionadoras contundentes.

En este recorrido histórico no hay que olvidar el papel esencial desarrollado por el Consejo de Seguridad. En este último ámbito institucional, la progresiva intervención del Consejo⁶⁰ ofrece una ulterior pieza en la concienciación de la comunidad internacional y, a la vez, marca un cambio paradigmático por dos motivos interrelacionados⁶¹. En primer lugar, el tráfico ilegal de piezas del patrimonio cultural, reconocida fuente de financiación de grupos terroristas internacionales, llega a comprometer la seguridad internacional: "el patrimonio cultural cuenta con una dimensión que interesa a la seguridad internacional"⁶². Sin embargo, el cuadro normativo internacional sigue adoleciendo de normas penales de protección de los bienes culturales.

En segundo lugar, justamente porque el patrimonio cultural es un imperativo de la seguridad internacional, en particular la resolución 2347/2017 urge a todos los países a que adopten medidas de colaboración transnacional para combatir el expolio de bienes culturales.

⁵⁹ MANACORDA, Stefano, "Gli Strumenti di contrasto del traffico illecito di beni culturali: Le recenti iniziative a livello internazionale", ob. cit., pp. 33-41.

⁶⁰ Véase la batería de resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad: Resolución S/RES/2199, de 12 de febrero de 2015, disponible en [https://undocs.org/es/S/RES/2199%20\(2015\)](https://undocs.org/es/S/RES/2199%20(2015)); Resolución S/RES/2253, de 178 de diciembre de 2015, disponible en [https://undocs.org/en/S/RES/2253%20\(2015\)](https://undocs.org/en/S/RES/2253%20(2015)); Resolución S/RES/2322, de 12 de diciembre de 2016, disponible en [https://undocs.org/en/S/RES/2322%20\(2016\)](https://undocs.org/en/S/RES/2322%20(2016)); y Resolución S/RES/2347, de 24 de marzo de 2017, disponible en [https://undocs.org/en/S/RES/2347%20\(2017\)](https://undocs.org/en/S/RES/2347%20(2017)).

⁶¹ SUAREZ-MANSILLA, Marta, "Nuevas medidas de lucha contra el tráfico de bienes culturales", ob. cit., pp. 644-649.

⁶² PEREZ-PRAT DURBAN, Luis, "El tráfico ilícito de bienes culturales y el conflicto armado: la reacción de las Naciones Unidas", *Pasajes*, 61 (2020), p. 65.

5

La Convención de Nicosia del Consejo de Europa de 2017

Esto sí ocurre en parte en el proyecto de convención en el seno del Consejo de Europa, preparado por 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 y la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

El Consejo de Europa adoptó en mayo de 2017 la Convención sobre Delitos Relacionados con los Bienes Culturales (Convención de Nicosia de 2017)⁶³. Esta nueva Convención es el único tratado internacional que se centra en las medidas y sanciones penales específicamente para las actividades ilícitas relacionadas con los bienes culturales. Es un tratado internacional con vocación universal, que por el momento ha sido firmado por trece Estados (Italia, México, Armenia, Chipre, Grecia, Letonia, Montenegro, Portugal, Rusia, San Marino, Eslovenia, Ucrania y Hungría) y ratificada por solo cinco: el primer país fue Chipre en 2017, seguido de México (2018), Grecia y Hungría (2021) y finalmente Italia (2022). Es esencial evidenciar que en sus propósitos podemos hallar las propensiones criminalista del Derecho Internacional puesto a protección del patrimonio cultural: "prevenir y combatir la destrucción de, el daño a, y el tráfico de bienes culturales a través de la penalización de ciertos actos, fortalecer la prevención del delito y la respuesta de la justicia penal a todos los delitos relacionados con bienes culturales" y "promover la cooperación nacional e internacional para combatir los delitos relacionados con bienes culturales". Los últimos dos elementos generales se pueden considerar de una manera simétrica: frente a la progresiva y reticular irrupción del crimen organizado en el mercado de bienes culturales se desarrolla una respuesta jurídica y policial articulada y con forma de red. Sin embargo, los dos tipos principales de delitos relacionados con los bienes culturales, a saber, la destrucción y el tráfico ilícito implican una situación completamente diferente. Mientras que la destrucción, que también incluye el daño, implica el desprecio iconoclasta por un determinado bien en tanto que cultural; el tráfico ilícito implica su explotación comercial, aunque sea como un medio para obtener un beneficio.

⁶³ Convenio del Consejo de Europa sobre infracciones relativas al patrimonio cultural, firmado en Nicosia, Chipre, el 19 de mayo de 2017.



Permanece nítidamente retratado el punto de llegada del recorrido hasta aquí analizado: "la diversidad de los bienes culturales pertenecientes a los pueblos constituye un testimonio único e importante de la cultura e identidad de tales pueblos y que conforma su patrimonio cultural": la ofensa que supone el expolio no afecta solo a la identidad nacional, sino que conculca el principio básico de la diversidad cultural de la comunidad internacional. Pero a los propósitos, una vez más, no se corresponden las respuestas normativas.

Por un lado, este tratado cierra la brecha entre la Convención de la UNESCO de 1970 y la Convención de UNIDROIT de 1995, que se concentran en la cooperación internacional para la devolución y restitución de bienes culturales robados y exportados ilegalmente (y la prevención del robo y la exportación ilegal a través de medidas internas), y la Convención de Palermo de 2000, que aborda una serie de delitos transnacionales y no está específicamente dirigida al tráfico de bienes culturales. Como señala su Informe explicativo, "la Convención tiene por objetivo basarse en instrumentos relativos a los bienes culturales, como la Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, de 1970, y la Convención del UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, de 1995, a fin de garantizar que la Convención sea sumamente compatible con las normas internacionales y supranacionales jurídicamente vinculantes pertinentes existentes. Dado que ninguno de estos instrumentos internacionales se ocupa de cuestiones de derecho penal, la Convención aumenta así la capacidad de aplicación de la ley al exigir a los Estados Partes que incorporen varias disposiciones importantes relativas a los bienes culturales en su derecho penal, garantizando aún más la capacidad de investigar, enjuiciar, condenar y/o extraditar a las personas sospechosas o condenadas por delitos comprendidos en el ámbito de la Convención" (par. 12)⁶⁴. Además, la Convención de Nicosia de 2017 expresa su preocupación por el hecho de que los grupos terroristas no solo están destruyendo deliberadamente el patrimonio cultural, sino que también utilizan el tráfico de bienes culturales. En vista de estas nuevas amenazas emergentes, la Convención de Nicosia de 2017 establece sanciones penales y sustituye a la anterior Convención Europea sobre Las Infracciones relativas a los Bienes Culturales (Convención de

64 Informe explicativo de la Convención, CETS no. 221, 19 mayo 2017, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680710437>.

Delfos de 1985). Su alcance se limita a los bienes materiales del patrimonio cultural, ya sean mueble o inmueble.

En la Convención de Nicosia tenemos una representación secuencial de los principales comportamientos delictivos relacionados con el expolio (1) el robo y las demás formas de apropiación ilícita de bienes culturales muebles; (2) la excavación y remoción ilícitas, que exigen a las Partes que tipifiquen como delito la excavación de bienes culturales muebles y su retención ilícita y la excavación no autorizada en tierra o subacuática (incluso por excavadores clandestinos y cazadores de tesoros) y con la sucesiva comercialización ilícita de los bienes culturales; (3) la importación ilegal de bienes culturales; (4) la exportación ilegal de bienes culturales que deberían tipificarse como delito en virtud de su derecho interno cuando dicha exportación esté prohibida o se realice sin autorización; (5) la adquisición de bienes culturales que hayan sido robados o excavados, importados o exportados ilegalmente (de conformidad con los Artículos 3, 4, 5 o 6); (6) la puesta a la venta de bienes culturales que hayan sido robados o excavados, importados o exportados ilegalmente (de conformidad con los Artículos 3, 4, 5 o 6); y (7) la falsificación y manipulación de documentos relacionados con el origen y el historial de propiedad de los bienes culturales muebles (Importación ilegal, Exportación ilegal). Esta imagen abarca un amplio abanico criminógeno que va desde el momento inicial delictivo, pues se habla del expolio, así como hicieron en su momento los artículos 47 y 56 de la Primera Convención de La Haya de 1899, allí donde los siguientes cuerpos normativos se ocupaban principalmente de reglamentar el momento internacional del tráfico ilícito del patrimonio.

Como se ha señalado, la Convención de Nicosia de 2017 también toma en consideración la nueva amenaza para los bienes culturales, a saber, su destrucción o daños, especialmente por parte de grupos terroristas, como se experimenta especialmente en Malí, Siria e Iraq en los cinco años anteriores a la adopción del tratado. Al igual que con la Convención de Palermo, la Convención del Consejo de Europa opera en los planos internacional y nacional de manera sinérgica: frente a las amenazas globales la respuesta se inserta armoniosamente en el entramado jurídico internacional sobre patrimonio cultural. Pero eso se hace notar con claridad solo 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)—⁶⁵. 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.

Este intento inicial de recuperación y mejora del anterior patrimonio legislativo internacional se plasma solo parcialmente en el correspondiente entramado normativo. Dicha preocupación no se ha traducido en el art. 10, que no hace mención ni del hecho de que los delitos se realicen con propósitos terroristas, ni que los delitos sean cometidos con el propósito de la financiación de actividades terroristas. La redacción del 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.

Este entramado normativo se dirige en un sentido vertical a los Estados. En esta dirección, los Estados Partes están obligados a establecer jurisdicción sobre los delitos comprendidos en la Convención, como mínimo tipificando como delito los comportamientos delictivos previstos en los artículos 3, 4, 5, 6 y 7 y otorgando a sus tribunales competencia para juzgarlos, y la prestación de asistencia mutua en materia penal y de extradición.

Como medida básica, los bienes culturales en cuestión deben ser inventariados y los Estados Partes deben facilitar el envío de alertas sobre un determinado bien cultural en riesgo de ser objeto de tráfico. Los certificados de importación y exportación deben emplearse como instrumento contra el tráfico y deben adoptarse medidas para garantizar que los puertos francos no se utilicen para almacenar bienes culturales que hayan sido robados, apropiados ilegalmente, excavados, importados o exportados. Al reconocer la creciente amenaza de este comercio, las autoridades nacionales deberían estar facultadas para supervisar las plataformas de Internet existentes y los proveedores de Internet y debe exi-

65 PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, "Las medidas internacionales para criminalizar el tráfico ilícito de bienes culturales", ob. cit., pp. 303-305.

girirse a las plataformas y a todos los agentes que participan en las ventas en línea que adopten las medidas proactivas necesarias. Las sanciones y medidas por delitos deben ser "efectivas, proporcionadas y disuasorias". Y hasta aquí se debe registrar, sin duda, una mayor precisión criminalística en la lucha contra el expolio y el tráfico ilícito del patrimonio cultural. Pero una vez más, resulta significativo de la escasa aspiración por parte de los Estados de recurrir al Derecho Penal, incluso en el marco de esta Convención de Nicosia, que el art. 4.2 permite 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. Es una 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. Aún más significativa es la posibilidad de oponer reservas prevista en el art. 5, rompiendo la estructura simétrica de ilicitud de importación/exportación, creada con la siguiente disposición del art. 6, donde tal exención no se prevé.

Aquí, por lo tanto, se habilita al Estado a adoptar sanciones administrativas, en vez de las medidas penales, para el delito de excavación y extracción ilegal de bienes culturales. No parece proporcionado reducir la eficacia de la Convención como instrumento armonizador del Derecho Penal de los Estados frente a este tipo de infracciones, que ponen en serio peligro el patrimonio cultural.

Mientras que con los instrumentos de *soft law* la resistencia de determinados Estados se concretiza en su índole facultativa, que significa en práctica inaplicación; en las normas convencionales de obligada aplicación reaparece el *escamotage* elusivo de las reservas, ya mencionado en el caso del Convenio UNESCO de 1970. "*Il grosso difetto della Convenzione di Nicosia sta nel fatto che le principali sue norme sono contraddette dalla possibilità di formulare riserve*"⁶⁶.

Como revela el propio Informe explicativo⁶⁷, la posibilidad de formular reservas es el precio que hay que pagar para llegar a un compromiso entre los Estados más estrictos sobre los delitos contra el patrimonio cultural y los Estados más permisivos, a fin de lograr una amplia participación deseada en la futura Convención: "Las reservas enumeradas en el párrafo 1 de este artículo [Art. 30]

⁶⁶ SCOVAZZI, Tullio, "Luci e ombre della convenzione di Nicosia", ob. cit., p. 145.

⁶⁷ Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Offences Relating to Cultural Property, CETS no. 221, 19 May 2017, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680710437>.

se han introducido en la Convención con respecto a los artículos respecto de los cuales no se llegó a un acuerdo unánime entre los redactores, a pesar de los esfuerzos realizados en favor de la avenencia. Estas reservas tienen por objeto permitir la mayor ratificación posible de la Convención, al tiempo que permiten a las Partes preservar algunos de sus conceptos jurídicos fundamentales"⁶⁸.

Aunque el párrafo 1 del art. 4 obliga a los Estados Partes a tipificar el delito de excavación y remoción ilícitas de bienes culturales, el párrafo 2 admite la posibilidad de una reserva, por la cual cualquier Estado Parte podrá declarar que esa conducta será castigada con sanciones no penales⁶⁹. En la práctica, el párrafo 2 permite anular gran parte del efecto disuasorio del párrafo 1 y precisamente en referencia a un delito que se comete en el territorio de algunos países ricos en hallazgos arqueológicos. Además, no está suficientemente claro en qué pueden consistir estas sanciones no penales. Aunque el párrafo 1 del art. 5 obliga a las partes a tipificar el delito de importación ilícita de bienes culturales, el párrafo 2 permite la posibilidad de formular una reserva, mediante la cual cada Estado podrá declarar que esa conducta será castigada por él con sanciones no penales. En la práctica, el párrafo 2 permite anular gran parte del efecto disuasorio del párrafo 1 y precisamente en relación con un delito cometido con frecuencia en los Estados a los que se dirige el tráfico ilícito de bienes culturales. Aunque el párrafo 1 del art. 10 obliga a los Estados Partes a tipificar el delito de destrucción intencional y daño a los bienes culturales, el párrafo 2 permite la posibilidad de formular una reserva, mediante la cual cualquier Estado Parte podrá declarar que ese delito no será tipificado por él, en ningún caso o en caso de que la destrucción o el daño se debe al propietario de la propiedad.

En la práctica, el párrafo 2 permite anular por completo el efecto disuasorio del párrafo 1. El hecho de que la destrucción o el daño se deban al propietario no debe ser válido para justificar el acto ilícito, ya que la protección de los bienes culturales constituye un interés público, que va más allá de cualquier actitud individual. La reserva prevista, en cambio, relega el derecho de propiedad sobre los bienes culturales a un anticuado *ius utendi et abutendi*. Pero, aparte de este

68 Par. 155 del Informe explicativo de la Convención de Nicosia en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680710438>.

69 La reserva ha sido planteada por Hungría ("*Hungary reserves the right to provide for non-criminal sanctions, instead of criminal sanctions for the conduct described in Article 4, paragraph 1, subparagraph a, on the basis of Article 4, paragraph 2, of the Convention, provided that the conduct carried out does not constitute a criminal offence under section 4 of Act C of 2012 on the Criminal Code*").

supuesto, parecería que la propia reserva todavía permite a un Estado Parte eximir del delito la destrucción o el daño de bienes culturales por cualquier persona cometida. Es absolutamente enigmático cómo se puede conciliar la afirmación de que los bienes culturales pertenecen a los pueblos y constituyen un testimonio único e importante de su cultura e identidad (afirmación esgrimida en el preámbulo de la Convención de Nicosia) y, al mismo tiempo, eludir la sanción de su destrucción, incluso si fue acometida por el propietario.

Aunque el párrafo 1 del art. 11 obliga a los Estados Partes a sancionar la complicidad en los delitos previstos en la Convención de Nicosia, el párrafo 3 admite la posibilidad de una reserva, por la cual cualquier Estado Parte puede declarar que esta disposición no será aplicada por él con respecto al delito de excavación clandestina de bienes culturales. Se destaca un delito que se comete en el territorio de algunos países ricos en hallazgos arqueológicos, pero que ve cómplices y directores que a menudo residen en el territorio de otros Estados. *"Questo conferma come alcuni Stati abbiano difficoltà ad accettare che lo scavo clandestino di beni culturali equivalga a un furto"*⁷⁰.

¿Es compatible esta batería de reservas con el objeto y el fin de la propia Convención y con la preservación de ciertos requisitos fundamentales para la protección penal de los bienes culturales? Scovazzi expresa una opinión negativa al respecto⁷¹. A la laguna abierta con la posibilidad de reservas se suma el hecho de que algunas disposiciones de la Convención de Nicosia parecen estar formuladas de manera insuficiente en relación con la necesidad de reprimir las conductas perjudiciales para los bienes culturales. El artículo 5.1) impone la obligación de sancionar la importación ilícita de bienes culturales únicamente si la persona responsable "conocía" que los bienes habían sido robados, excavados o exportados en violación de la legislación de otro Estado. La prueba de tal conocimiento es, en la mayoría de los casos, extremadamente difícil de lograr. La norma podría haberse ampliado, añadiendo el caso en que el responsable debería haber conocido el carácter ilícito de la importación, si hubiera ejercido la debida vigilancia y atención. Análogamente, el párrafo 1 del párrafo 35 del artículo 7 obliga a los Estados Partes a sancionar la adquisición de bienes culturales robados o excavados, importados o exportados ilegalmente cuando la persona responsable "supiera" de esa procedencia ilícita, mientras que el párrafo 2 de ese artículo se limita a recomendar que se adopten las medidas

⁷⁰ SCOVAZZI, Tullio, "Luci e ombre della convenzione di Nicosia", ob. cit., p. 160.

⁷¹ Ibid.

necesarias, cuando la persona responsable debería haber tenido conocimiento de la procedencia ilícita si hubiera ejercido la debida vigilancia y atención.

La misma redacción decepcionante del segundo párrafo se retoma en el art. 8, relativa a la comercialización de bienes culturales robados o excavados, importados o exportados ilegalmente. Parece claro que el carácter no vinculante del párrafo 2 del art. 7 y art. 8 de la Convención de Nicosia puede beneficiar a los coleccionistas o anticuarios y propietarios de casas de subastas que adquieran o vendan bienes culturales robados o excavados y exportados ilegalmente.

Por un lado, la Convención de Nicosia demuestra *"la disgregazione delle barriere tra diritto internazionale pubblico e privato così come di quelle tra diritto internazionale e diritto nazionale ed il contestuale proliferare di modelli definibili fors'anche di governance transnazionale"*⁷². Por otro, más allá del caso concreto de los conflictos armados, hasta la fecha se ha avanzado menos en los delitos contra los bienes culturales en general y ya sabemos las causas. No se puede no convenir con quien afirma que *"è discutibile che la Convenzione di Nicosia, malgrado i suoi obiettivi, possa costituire un progresso. Lo sforzo di conciliare le posizioni di tutti gli Stati partecipanti al negoziato si è tradotto, grazie al meccanismo delle riserve, in un livellamento al minimo comune denominatore e nel rischio di un insufficiente effetto deterrente"*⁷³.

Por el momento, esta firme voluntad queda recogida en la citada Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 2347 (2017) y a nivel regional en el Reglamento 2019/880 relativo a la introducción y la importación de bienes culturales, instrumento que no recoge una respuesta de índole penalista, pero que sí es útil para entender cómo reglar la importación de bienes culturales comunitariamente, es decir sin distinciones entre países de mercado y países de origen. "En efecto, se ha constatado un acervo de 'interferencias normativas' entre la Resolución 2347 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 2017, la sentencia Al Mahdi de la Corte Penal Internacional 2016, la Convención del Consejo de Europa sobre Delitos de Propiedad Cultural de 2017 y el Reglamento 2019/880 de la Unión Europea, todas tendentes a reforzar la sinergia política y normativa de los varios componentes de la sociedad internacional en su conjunto"⁷⁴.

⁷² MOTTESE, Elisabetta, *La lotta contro il danneggiamento e il traffico illecito di beni culturali nel diritto internazionale – La Convenzione di Nicosia del Consiglio d'Europa*, Torino, 2020, p. 42.

⁷³ SCOVAZZI, Tullio, "Luci e ombre della convenzione di Nicosia", ob. cit., p. 159.

⁷⁴ Cfr. LAZARI, Antonio, "Pasado y presente de la visión cosmopolita de la normativa internacional penal sobre protección del patrimonio cultural", ob. cit., p. 389.

6

Reglamento UE 2019/880: la idea de una comunidad supranacional de protección

La transformación del patrimonio cultural local en piezas destinadas al comercio internacional ilícito genera una consecuencia doble: la destrucción iconoclasta transforma en *res in commercio* el valor identitario de la propia comunidad internacional y además engruesa las arcas de los grupos terroristas mediante el tráfico de piezas de los bienes culturales. El Reglamento 2019/880⁷⁵ prevé la adopción de medidas que coarten las vías ilegales de entrada de los bienes culturales en Europa y, por primera vez, regula un mecanismo de supervisión de las importaciones con el fin de evitar la introducción de objetos que han salido de su lugar de origen de forma irregular. En cuanto a la calificación de la legalidad de la exportación el Reglamento remite a las legislaciones de los países de origen; esto es, donde se hayan creado o descubierto esos bienes culturales.

Finalmente, el Reglamento prevé el desarrollo de un sistema informático y el uso de una remisión a un distintivo internacional conocido como Identificación del Objeto (Object ID, por sus siglas en inglés), que será empleada para describir objetos culturales, en especial los arqueológicos, culturales y artísticos en caso de pérdida o robo.

El reglamento insiste en que debe prestarse especial cautela si las piezas proceden de terceros países afectados por un conflicto armado. De esta manera, la Unión hace suyo el deber de protección sobre el patrimonio cultural de toda la humanidad con medidas que impidan el tráfico ilícito de estos objetos. Los Estados miembros de la UE deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la correcta aplicación del Reglamento y deben adoptar y aplicar sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en los casos de infracción.

La obligación de obtener una licencia de importación o presentar una declaración del importador se aplicará a partir de la fecha en que esté operativo el sistema electrónico centralizado para el almacenamiento y el intercambio de información entre las autoridades de la UE o a más tardar a partir del 28 de junio de 2025. Aquí se hace patente la diferencia de intensidad normativa con las disposiciones del Convención de Nicosia de 2017. El Reglamento de importación de la UE de 2019 armoniza y refuerza la protección de los bienes culturales no

⁷⁵ Reglamento (UE) 2019/880 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a la introducción y la importación de bienes culturales, en DOUE núm. 151, de 7 de junio de 2019, pp. 1-14.



pertenecientes a los Estados miembros de la Unión con el fin de que no sean objeto de tráfico en el mercado único europeo. Al mismo tiempo, el Reglamento se propone luchar contra la delincuencia organizada, en particular "cuando dicho comercio ilícito pueda contribuir a la financiación del terrorismo".

Quizás el elemento de mayor relevancia reside en el hecho de que el Reglamento de Importación de la UE de 2019 sigue, al igual que las normativas de Canadá⁷⁶ de 1985 y de Alemania⁷⁷ de 2016, la simple regla de que los bienes culturales exportados ilegalmente se consideran importados ilegalmente⁷⁸. Sobre la base de este principio, el Reglamento de importación de la UE prevé en su artículo 3: "Queda prohibida la introducción de los bienes culturales (...) que hayan salido del territorio del país en el que se crearon o descubrieron en infracción de las disposiciones legales y reglamentarias de dicho país"⁷⁹.

Para los bienes de mayor relevancia y especialmente sensibles al expolio, se exige la obtención de una licencia de importación que se archivará en un sistema electrónico centralizado (sistema de control reforzado), que pedirá al solicitante acreditar la exportación lícita de los objetos desde el país de origen. Emerge una idea de Comunidad que defiende los bienes culturales y los valores a ellos conectados en cualquier periodo e impidiendo la importación de patrimonio procedente de otros Países saqueados. Se va difuminando la distinción entre periodos bélicos y periodos de paz, máxime a la luz de los últimos eventos de destrucción intencional de bienes culturales destinados al tráfico internacional en Siria. Tanto el Reglamento de la Unión Europea en su Considerando 23⁸⁰, como la Convención de Nicosia en su art. 20 apelan a una colaboración institucional transnacional.

⁷⁶ Cultural Property Export and Import Act (R.S.C., 1985, c. C-51).

⁷⁷ Ley sobre la Protección de los Bienes Culturales (Ley de Protección de los Bienes Culturales-KGSG, CPA alemana) de 31 de julio de 2016, *Gaceta de Leyes Federales* 2016, BGBl Parte I, 2016, p 1914 (Alemania).

⁷⁸ En la exigua jurisprudencia a este respecto absolutamente fundamental es la sentencia *United States vs. Schultz*, 2003, 333, F 3D 393; *Iran vs. Barakat Galleries Ltd.*, 2007, EWCA, Cic 137

⁷⁹ Cfr. *Intersections in International Cultural Heritage Law*, (Cultural Heritage Law and Policy), (eds.) CARSTENS, Anne-Marie - VARNER, Elisabeth, OUP, Oxford, 2020.

⁸⁰ "Para garantizar una coordinación efectiva y evitar la duplicación de esfuerzos al organizar actividades de formación y capacitación y campañas de sensibilización, así como para encargar investigaciones pertinentes y la elaboración de normas, cuando proceda, la Comisión y los Estados miembros deben colaborar con organizaciones y organismos internacionales como UNESCO, Interpol, Europol, la Organización Mundial de Aduanas, el Centro Internacional de Estudio para la Conservación y la Restauración de los Bienes Culturales y el Consejo Internacional de Museos".

6.1 Las normas operacionales en la lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales

Además de contribuir al desarrollo del *soft law*, las organizaciones internacionales citadas en las últimas resoluciones del Consejo de Seguridad⁸¹, como también invocadas en la Convención de Nicosia han creado una estructura operacional que ha demostrado ser indispensable para la aplicación efectiva tanto del derecho consuetudinario mundial como del derecho no estructurado. La UNESCO y su principal interlocutor, el Consejo Internacional de Museos (ICOM), han estado a la vanguardia de esta actividad, al igual que el Centro Internacional para el Estudio de la Preservación y Restauración de los Bienes Culturales (ICCROM), el Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMS), INTERPOL (y EUROPOL dentro de la UE), y también la Organización Mundial de Aduanas (OMA). Estas organizaciones han establecido órganos administrativos y fondos para promover una mayor cooperación entre los Estados y facilitar los acuerdos y convenciones internacionales. Han desarrollado conocimientos especializados e iniciativas prácticas que son esenciales para la cuestión de la restitución de bienes culturales, como bases de datos jurídicas, registros de bienes culturales robados y sistemas de identificación de bienes culturales. Este progreso no podría haber sido posible sin la digitalización. Ha facilitado la cartografía de los bienes culturales y ha fomentado, al menos en términos de reducción de costos, la cooperación internacional entre organizaciones y organismos nacionales y supranacionales. Sin embargo, hay muchos factores que todavía impiden el buen funcionamiento de la red internacional que protege los bienes culturales y combate el tráfico ilícito. Estos obstáculos radican en las dificultades de coordinación⁸². La variedad entre los regímenes

⁸¹ En la Resolución 76/16 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 6 de diciembre de 2021, se “aplaude la labor realizada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura para promover el uso de sistemas de identificación e inventario, en particular la aplicación de la norma Object-ID, y para fomentar la vinculación de los sistemas de identificación y las bases de datos existentes, incluida la elaborada por INTERPOL, a fin de permitir la transmisión electrónica de información con el propósito de reducir el tráfico ilícito de bienes culturales, y alienta a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura a que siga trabajando en ese sentido, en cooperación con los Estados Miembros, cuando proceda”.

⁸² Cfr. ROMA VALDÉS, Antonio, “La cooperación judicial frente al tráfico ilícito de bienes culturales”, *AFDUAM*, 19 (2015), p. 393.



jurídicos nacionales da lugar a un trato desigual en la reglamentación de los bienes culturales. *"The traceability of cultural objects is still hindered by a lack of coordination between national and supranational registers, inventories and classification systems. The different kinds of items covered by the notion of cultural heritage produces discontinuity in the degree of risk to which those objects are exposed. Political factors also affect the level of protection over cultural objects because wars and economic crises inevitably weaken the resources available to protect art and heritage"*⁸³. El aparato burocrático/administrativo que combina Estados, instituciones y organizaciones públicas y privadas, museos, casas de subastas, aduanas, fuerzas policiales, etc., es necesario para hacer cumplir la ley del patrimonio cultural. Una mejor coordinación transnacional de sus componentes es vital para una protección exitosa de un comercio *legal* de bienes culturales. Para mejorar la coordinación en la capa operativa del derecho del patrimonio cultural es muy necesario un elemento metalegal: la tecnología. La aplicación de la tecnología al derecho del patrimonio cultural es el elemento metalegal del que dependerá el éxito de los desafíos futuros.

6.2 El papel de la red policial contra el tráfico de bienes culturales *online*

En los últimos años, Internet se ha convertido en un importante canal para actividades delictivas, y las antigüedades de origen ilícito están disponibles *online*. Las ventas en línea permiten a los delincuentes llegar al público en general, y la opacidad que ofrece un ordenador personal proporciona a los delincuentes contactos impersonales y anónimos. Tanto las antigüedades de gama alta como las de bajo valor ahora se venden con relativa facilidad a través de sitios web como Ebay, e incluso pueden estar obteniendo ingentes ganancias. Las ventajas del comercio en línea significan que los distribuidores legítimos, incluso galerías y casas de subastas conocidas, también están gravitando en las ventas por Internet. Las citadas Directrices Operativas de la Convención de la UNESCO de 1970 señalan que "las tendencias preocupantes, como la proliferación del expolio y las excavaciones clandestinas de sitios arqueológicos y

⁸³ FIORENTINI, Francesca, "Cultural Heritage Law and Trade of Cultural Objects: A Comparative Law Approach", *Isaidat Law Review*, 1 (2021), p. 29.

paleontológicos y las ventas conexas en Internet, plantean nuevos desafíos a la protección del patrimonio cultural". Las nuevas tecnologías también pueden ser una herramienta útil para prevenir el comercio ilícito de artefactos culturales: los inventarios y las bases de datos de bienes culturales son instrumentos esenciales para rastrear y recuperar los bienes culturales robados. Tomando nota del desafío que plantea a las autoridades nacionales esta nueva amenaza emergente, las Directrices Operacionales antes mencionadas aconsejan que se utilicen las herramientas y los conocimientos especializados de Internet disponibles para encontrar medios para hacerle frente. Estas Directrices Operativas se refieren también sinérgicamente a las *"Basic actions concerning cultural objects being offered for sale over internet"* por INTERPOL, la UNESCO y el Consejo Internacional de Museos (ICOM) en 2006, que señalan la "necesidad de considerar formas y medios de seguir mejorándolos" o de explorar "otras formas de contribuir a contrarrestar la venta ilícita de bienes culturales a través de Internet".

Por otro lado, al formular la lista de medidas preventivas que deben adoptarse a nivel nacional, el artículo 20 de la Convención de Nicosia destaca la importancia del comercio electrónico de bienes culturales. La Convención presta gran atención a este nuevo aspecto, que aún no se ha abordado ni regulado (al menos no utilizando instrumentos de derecho convencional), al referirse al comercio "virtual" de bienes culturales. Los individuos (que a veces desconocen la ilegalidad de su conducta) y los profesionales del arte utilizan cada vez más el comercio electrónico como un medio preferencial para facilitar una transacción comercial. El Informe Explicativo de la Convención destaca que: "El mercado negro se está alejando de los medios tradicionales de comercio, como los mercados de pulgas, para comerciar antigüedades en línea a través de las redes sociales y la Deep Web".

En este sentido, el artículo 20 establece dos disposiciones innovadoras que abordan la necesidad de adoptar regulaciones efectivas con respecto a las transacciones en línea relacionadas con bienes culturales. En el apartado e) del artículo 20 se exhorta a los Estados Partes a que apliquen un sistema de "vigilancia y notificación de las transacciones o ventas sospechosas en Internet". Además, en virtud del Artículo 20(j), los Estados deberían invitar a "los proveedores de servicios de Internet, las plataformas de Internet y los vendedores basados en la Web a cooperar en la prevención del tráfico de bienes culturales participando en la elaboración y aplicación de las políticas pertinentes". Por lo tanto, se pide a los comerciantes de Internet que autorregulen y apliquen políticas eficientes para luchar contra los delitos que afectan a los

bienes culturales, "mediante la publicación de descargos de responsabilidad que aconsejen a los posibles compradores que comprueben y soliciten una verificación de la procedencia lícita de los bienes culturales que les interesan".

Ejemplos de bases de datos nacionales para dar a conocer los bienes culturales robados incluyen la Base de Datos Nacional de Bienes Culturales Robados de los Carabinieri (Italia), la Base de Datos de Sitios de Antigüedades (Jordania) y el Archivo Nacional de Arte Robado (Estados Unidos). La crisis sanitaria provocada por la epidemia de COVID-19 ha agravado este fenómeno. Durante el confinamiento, el proyecto ATHAR (Investigación sobre el tráfico de antigüedades y bienes del patrimonio antropológico), coordinado por un grupo de especialistas en redes informáticas de tráfico de obras de arte, detectó un aumento de actividad en línea en lo relativo a las ventas de objetos robados, en particular procedentes del Oriente Medio y África del Norte. Las investigaciones realizadas por esta entidad asociada a la UNESCO hicieron que Facebook prohibiera el comercio de bienes culturales históricos en sus plataformas informáticas. Asimismo, propusieron una aplicación más sistemática de los instrumentos creados por la UNESCO y sus asociados, entre otros la Base de datos de la UNESCO sobre las leyes nacionales del patrimonio cultural, las Listas rojas de bienes culturales en peligro del ICOM y la base de datos sobre obras de arte robadas de la INTERPOL. Por todos estos motivos relevante, aunque no vinculante, es la Recomendación (UE) 2021/1970 de la Comisión de 10 de noviembre de 2021 relativa a un espacio común europeo de datos para el patrimonio cultural⁸⁴.

3ª PARTE

La destrucción iconoclasta de bienes culturales por el movimiento *Black Lives Matter* (BLM)

En síntesis, se ha podido ver cómo el desarrollo del concepto de patrimonio cultural y su afirmación definitiva en Occidente puede situarse a finales del siglo XVIII en la Francia ilustrada y revolucionaria que transformó la herencia cultural del *ancien régime* en un instrumento para desactivar las manipulaciones del

⁸⁴ Publicada en DOUE, núm. 401, de 12 de noviembre de 2021, pp. 5-16.

poder y al mismo tiempo afirmar las nuevas virtudes cívicas de la clase burguesa emergente. A partir de ahí, el patrimonio se ha injertado, históricamente, en el proceso de constitución de los Estados-nación europeos, convirtiéndose en una de las herramientas de construcción identitaria más eficaces. El siglo XIX ha conocido, por lo tanto, en lo que respecta al mundo occidental, la institucionalización del concepto de patrimonio y sus prácticas, como elemento, junto con los factores lingüístico y territorial, constitutivo de la etnia nacional. En esta etnogénesis, el patrimonio cultural asumirá plenamente, con todas las variaciones y aberraciones del caso, el papel de apoyar la construcción de mitos de origen nacional e identidad cultural de la nación⁸⁵. Inextricablemente unido a una función política estará, entonces, el papel asumido también en la esfera colonial, cuando será utilizado en el proceso de afirmación de la hegemonía cultural occidental, especialmente en la fase de máxima expansión del fenómeno colonial, desde las últimas décadas del siglo XIX hasta las primeras décadas del siguiente⁸⁶.

7.1 A vueltas con el colonialismo: la desobediencia iconoclasta del movimiento *BLM*

Hemos visto al principio de nuestro análisis que, al margen de las primeras normativas destinadas a reglar y prohibir el expolio entre Estados (occidentales) en tiempos de guerra, quedaba como telón de fondo el expolio oculto y sistemático de las metrópolis hacia los bienes culturales de los pueblos de sus colonias⁸⁷. Dicho expolio de gigantescas dimensiones y de incalculable *vulnus* a los pueblos

⁸⁵ Absolutamente imprescindible es la obra "Simone Leigh", León de oro en la Biennale di Venezia 2022.

⁸⁶ Sobre el tema ya clásicos e iluminantes son los escritos de HOBBSAWM, Eric, "Introduction: Inventing Traditions", en HOBBSAWM, Eric y RANGER, Terence (Eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge University Press., Cambridge, 1983, pp. 1-14; NORA Pierre, "Between Memory and History: Les Lieux de Mémoire", *Representations*, no. 26 (1989), pp. 7-24.

⁸⁷ Muy sugestivo es el estudio llevado a cabo por GUERMANDI, Maria Pia, *Decolonizzare il patrimonio. L'Europa, l'Italia e un passato che non passa*, Castelvechi, 2022, p. 31: "*Parlare della necessità della decolonizzazione del patrimonio culturale significa evidenziare come l'ideologia coloniale sia ancora pienamente attiva, in Europa come nel nostro Paese, nella negoziazione dei valori del patrimonio, sia, insomma, una faccenda che ci riguarda, qui e ora, e che dovremo affrontare se vogliamo pensare a un uso più democratico e socialmente più evoluto per uno strumento concepito qualche secolo fa, ma tuttora costitutivo dell'esperienza contemporanea*".



afectados y al principio de diversidad cultural de la propia Comunidad Internacional en su conjunto⁸⁸ desplaza la atención poderosamente hacia la vertiente cultural de estos bienes⁸⁹. Probablemente una de las primeras normativas estatales que se ocupó de proteger tal patrimonio cultural ha sido la ley estadounidense *Native American Grave Protection and Repatriation Act*, promulgada en 1990⁹⁰. "Entre sus objetivos se encuentran el reconocimiento al derecho de los indios americanos a reclamar y participar en la administración de su patrimonio y herencia cultural. Además, provee para proteger yacimientos no excavados tomando en consideración evitar el saqueo y tráfico de piezas dentro del país, como hacia el extranjero"⁹¹. Las siguientes legislaciones estatales y las decisiones judiciales han puesto en valor el factor identitario del patrimonio cultural, principalmente para aquellas poblaciones en vía de extinción o que, de todas formas, necesitan "reconstruir su pasado". En otros estudios se ha podido evidenciar la evolución normativa respecto a la devolución del patrimonio cultural de los pueblos descolonizados⁹²; ahora se pretende analizar la circunstancia del expolio en términos de destrucción de estos bienes por parte de una minoría también en tiempos de paz: es el caso del movimiento *Black Lives Matter*.

Hasta ahora hemos visto un lento pero continuo deslizamiento de la concepción de los bienes culturales en su estricta conexión con la identidad del colectivo. Hemos estudiado cómo muy lentamente tanto la Convención de Nicosia con todas sus sombras, como el Reglamento 2019/880 de la Unión Europea con su limitación geográfica procuran superar la dicotomía entre Estados que se aventajan del tráfico ilícito de bienes y Estados que sufren de la pérdida incluso identitaria debida a esta circulación. El último tema siempre referido a la protección penal de los bienes cultural representa aún una incógnita. En la defensa de un bien ligado a una colectividad ¿qué ocurre cuando una

88 HERMAN, Alexander, *Restitution: The Return of Cultural Artefacts*, Lund Humphries Publishers, 2021, p. 10 sostiene que lo que para una comunidad es un icono identitario, para otra puede ser un bien preciado.

89 GONZÁLEZ SUÁREZ, Marta, "La diversidad cultural y el tráfico ilícito de bienes: Nuevas perspectivas internacionales", ob. cit., p. 90.

90 H.R.5237 - Native American Graves Protection and Repatriation Act.

91 RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. A., "La Ley Federal NAGPRA, patrimonio arqueológico e identidad étnica en Puerto Rico", *Boletín de Antropología Americana*, 45 (2009), p. 60.

92 LAZARI, Antonio, "Para una visión cosmopolita del derecho internacional en tema de devolución de los bienes culturales", ob. cit., pp. 91-173.



minoría interna a un Estado destroza intencionalmente una estatua que otra minoría identifica con su propia identidad colectiva? Es el caso que se refiere tanto a la destrucción de la estatua del general Colson, como a la destrucción de la estatua de Christophorus Columbus. No se trata tan solo de un acto de vandalismo individual, que también podría subsumirse en la categoría de tipificada en España por el antes citado art. 323 c.p.⁹³, sino de destrucción intencionada colectiva del patrimonio cultural. ¿A quién representa esta efigie? ¿Al navegador italiano que se atrevió a ir más de lo conocido? ¿O a un cómplice del genocidio de las poblaciones nativas? El 10 de junio 2017, en tres diferentes ciudades estadounidenses (Boston, St. Paul y Miami), las estatuas del navegante genovés fueron gravemente dañadas. En este supuesto el acto iconoclasta pierde completamente su dimensión comercial para adquirir un significado solamente cultural e identitario tanto en la colectividad que produce el expolio como en la comunidad que sufre el daño. ¿Las reivindicaciones descolonizadoras pueden desembocar en el uso del expolio iconoclasta del patrimonio cultural?

"The events that have ensued since the BLM protests of 2020 are further testament for the need to decolonise the arts and heritage sector and to return colonial exploits that are displayed and enjoyed in the colonising country, separated from their rightful owners and inaccessible to those with the same heritage. Truly decolonising the arts and heritage sector will be to fulfil promises made due to pressure by the BLM movement, creating opportunities for people who are historically excluded from these institutions, and acknowledging abhorrent practices and white supremacy that upholds these and sustains systematic abuses. It is evident that colonial loot will not and cannot be returned as this infringes on whiteness and the identity prescribed to whiteness hangs in the

⁹³ Por última la sentencia del Tribunal Supremo del 22 de marzo de 2022, STS 1086/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1086, que ha establecido que "los daños provocados en los bienes del patrimonio histórico-artístico son constitutivos de un delito del artículo 323 del Código Penal, con independencia del valor de los desperfectos, siempre y cuando tengan cierta entidad y no sean fácilmente reparables". Según este criterio, la Sala de lo Penal ha condenado a cinco meses de prisión y a indemnizar al Ayuntamiento de Madrid con 1.376 euros al autor de unas pintadas en la escultura de Eduardo Chillida *Lugar de Encuentros* II, expuesta al aire libre en la Plaza del Rey, de Madrid.

balance without its collection of bodies and artefacts, without its eugenic identity"⁹⁴.

¿La motivación cultural, que sirvió en su momento para elaborar la *Native American Grave Protection and Repatriation Act*, promulgada en 1990 y encauzar las solicitudes de restitución de los bienes que integraban el patrimonio cultural de los nativos americanos, en este caso constituye una agravante o una eximente? En el caso de la destrucción intencionada colectiva el factor cultural está muy discutido. Supongamos que para protestar contra la eugénica identidad occidental algunos exponentes de movimientos colectivos decidan destruir algunas metopas del Partenón, custodiadas en el *British Museum*. ¿Asistiríamos en territorio occidental a una repetición espectacularizada del acto expoliador de los Budas de Bāmiyān de 2001?

El mensaje que se ha lanzado a este propósito es cuando menos controvertido: para los seguidores del BLM se pretende reaccionar violentamente contra determinadas culturas opresoras colonialistas, destrozando materialmente su legado histórico. Se invierten los términos conceptuales, que hemos visto connotar hasta ahora la protección de índole penal de los bienes culturales: "[c]ultural heritage is to be understood as the resources enabling the cultural identification and development processes of individuals and groups, which they, implicitly or explicitly, wish to transmit to future generations"⁹⁵.

Algunos historiadores argumentan que la destrucción de las estatuas representa una forma de resarcimiento de los agravios sufridos por los antepasados de los esclavos oprimidos y una condena del pasado racista de la figura. "It is similarly important to think outside an imperialist view of cultural heritage and to instead place focus on the purpose for which the object or monument was created. The definition of cultural heritage should be examined through an 'oppressor-oppressed' paradigm. The destruction of objects which symbolize the message of an oppressor should serve as an exemption, not only as to how we define cultural heritage, but also as to how the objects are treated

94 "#BLM Promises and Restitution – Where Are We Now?" disponible en <https://www.cultureand.org/news/blm-promises-and-restitution-where-are-we-now/>, consultada el 20 de octubre de 2022.

95 BENNOUNE Karima (Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights), *Rep. of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights*, 11, U.N. Doc. AIHRC/31/59 (Feb. 3, 2016).

*under international and national cultural heritage laws*⁹⁶. Sin embargo, muchos ciudadanos creen que esta acción es un vilipendio de su historia y cultura. William Dalrymple, un reconocido historiador y escritor escocés, comparó la destrucción de la estatua de Edward Colston con el bombardeo de los talibanes de la Budas de Bāmiyān en 2001⁹⁷.

Mientras que en el bloque tradicional de los convenios UNESCO y UNIDROIT aflora de todas formas una cierta resistencia a otorgar un valor identitario y artístico a los bienes culturales, en el segundo periodo caracterizado por el terrorismo internacional iconoclasta los factores identitarios y propietarios conviven y se alimentan mutuamente. Los terroristas destruyen los bienes culturales de (la cuna de) la cultura local e internacional, reificándolos en piezas de tráfico ilícito⁹⁸: quizás sea esto, como ya se ha sostenido, la máxima ofensa al patrimonio cultural cosmopolita⁹⁹. Donde, en cambio, la dimensión cultural de los bienes culturales aflora sin ninguna consecuencia patrimonialista se halla en la devastación de las estatuas confederales por parte de los seguidores del movimiento *Black Lives Matter*¹⁰⁰.

7.2 Las posibles soluciones normativas a la devastación perpetrada por el BLM

En los dos años posteriores a la masacre de Charleston, se retiraron 8 monumentos, mientras que solo en 2017, después de los eventos en Charlottesville,

96 BEHZADI, E.T., "Destruction of Cultural Heritage as a Violation of Human Rights: Application of the Alien Tort Statute", *Rutgers University Law Review* (2021), p. 569.

97 IYER, Aditya, *A Toppled Statue in Bristol Reveals Limited Understandings of What Decolonizing Requires*, Hyperallergic (June 10, 2020) <https://hyperallergic.com/570444/toppled-statue-in-bristol-limited-understanding-of-decolonizing/>, consultada el 20 de octubre de 2022.

98 LAZARI Antonio, "El método comparativo y el nuevo paradigma global de protección de los bienes culturales ante las situaciones iraquí y siria", en GUIASOLA LERMA, Cristina (coord.), *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, 2018, pp. 89-163.

99 Recalcan la doble vertiente iconoclasta y mercantilista WILLIAMS Paul R. y COSTER, Christin, "Blood Antiquities: Addressing a Culture of Impunity in the Antiquities Market", *Case Western Reserve Journal of International Law* 49, 103, 2017, p. 43.

100 Cfr. DOMBY, Adam H, *The False Cause. Fraud, Fabrication, and White Supremacy in Confederate Memory*, University of Virginia Press, Charlottesville, London, 2020.

se retiraron 36, casi todos por decisión de las administraciones de la ciudad, como ha ocurrido en algunos casos en el territorio español en aplicación del art. 15 de la Ley de Memoria Histórica de 2007¹⁰¹. La diferencia estriba en que la mayoría de los monumentos fueron demolidos o dañados por los propios manifestantes, como parte integral de la protesta. La resonancia del caso Floyd ha dado lugar a manifestaciones similares en otras partes del mundo, especialmente en aquellos países donde el pasado colonial sigue siendo un tema problemático, como en el Reino Unido y Bélgica¹⁰². Y si la colonización que hemos visto aflorar como telón de fondo del expolio sistemático al principio de nuestras reflexiones llevase a una destrucción colectiva de las imágenes de los colonizadores, ¿cuál sería la reacción de la "comunidad de protección"? Es una cuestión que no se limita solo al perímetro específico del fenómeno colonizador, sino que puede afectar incluso a algunas imágenes del pasado de una colectividad.

La forma en que los tribunales definen el patrimonio cultural está sujeta a una dicotomía imperiosa: la importancia y el simbolismo de un objeto pueden ser importantes para un grupo, pero pueden ser ofensivos, si no opresivos, para otro. La destrucción de obras de arte y monumentos históricos como forma de protesta no es sólo una práctica reciente, o relegada a movimientos extremistas y grupos terroristas¹⁰³. Un caso que de alguna manera anticipa las acciones de *Black Lives Matter* es el de Mary Richardson, activista por los derechos de las mujeres a principios del siglo XX. En 1914, después del arresto de Emmeline Pankhurst, líder de las sufragistas británicas, marcó la pintura *Venus y Cupido* de Velázquez, con la intención de

¹⁰¹ Ley 52/2007, de 26 de diciembre, en BOE núm. 310, de 27/12/2007.

¹⁰² *The ghosts are returning* es parte de una creciente movilización internacional de activistas, artistas y políticos africanos y europeos que exigen la devolución de la miríada de artefactos y obras de arte africanas saqueadas durante el colonialismo y ahora celosamente guardadas en museos y universidades europeas.

El artista congoleño Mwazulu Diyabanza, por ejemplo, recientemente "trajo a casa" una piedra funeraria del siglo XIX perteneciente al pueblo Bari de Chad, removiéndola del museo Quai Branly en París, donde se guardan más de setenta mil obras de arte africanas. Intentos similares se han repetido en Marsella y Ámsterdam, cada vez dando lugar a un acalorado debate público sobre quién es realmente el ladrón.

¹⁰³ Cfr. ALLAIS, Lucia, *Designs of Destruction. The Making of Monuments in the Twentieth Century*, The University of Chicago Press, Chicago, 2018, p. 6.

concienciar la sociedad del tiempo sobre la desigualdad de género. La pintura de Velázquez fue elegida por la sufragista como emblema de la hipocresía de su propia sociedad, que por un lado idealizaba a la mujer a través del arte, y, por otro lado, negaba sus derechos fundamentales como el del voto, considerándola naturalmente inferior al hombre¹⁰⁴. La más famosa de estas prácticas es, sin duda, la *ceremonia del potlatch*, en la que algunos sujetos iconoclastas compiten por despilfarrar sus posesiones, redistribuyéndolas o más a menudo destruyéndolas, ganando así prestigio y rango social. Recientemente, un nuevo *potlatch* fue realizado por el activista y artista indígena Beau Dick como una "ceremonia de vergüenza"¹⁰⁵ (Troian 2014) contra el Parlamento canadiense, para protestar contra las políticas gubernamentales hacia las *Primeras Naciones Canadienses*. La práctica del *potlatch*, prohibida durante décadas por las autoridades canadienses, ha sido así recuperada y recontextualizada en clave de desafío al poder colonial, un ultraje simbólico al que el gobierno canadiense es obviamente incapaz de responder, y que ve la confrontación no solo entre dos sistemas de valores, sino entre dos concepciones del patrimonio. El artefacto de cobre utilizado en el *potlatch*, que las instituciones canadienses habrían guardado en un museo etnográfico, fue utilizado por sus legítimos propietarios de la manera tradicional, es decir, dañándolo intencionalmente.

Pero ¿estas protestas tan intrínsecamente performativas pueden ser ilimitadas o indiscriminadas?¹⁰⁶ La respuesta, por ejemplo, del Parlamento Europeo es muy rotunda: "éste observa con horror la deriva iconoclasta y sectaria del progresismo, que recuerda a los talibanes; condena el vandalismo y los daños causados a estatuas y otros objetos que forman parte del patrimonio artístico y cultural mundial y que han sido explotados al convertirse

¹⁰⁴ FLOOD, Finbarr B, "Between cult and culture: Bamiyan, Islamic iconoclasm, and the museum", *Art Bulletin* 84(4) (2002), p. 654.

¹⁰⁵ TROIAN, Martha, 2014, "Copper broken on Parliament Hill in First Nations shaming ceremony", *CBC News*, July 27, <https://www.cbc.ca/news/indigenous/copper-broken-on-parliament-hill-in-firstnations-shaming-ceremony-1.2719175>, consultada el 20 de septiembre de 2022.

¹⁰⁶ SETTIS, Salvatore, "Resurrezioni", en CICCOPIEDI Caterina (ed.), *Anche le statue muiono. Conflitto e patrimonio tra antico e contemporaneo*, Panini, Modena, 2018, p. 14: "Quel che qui conta è lo 'spettacolo della distruzione' (...) La loro neo-iconoclastia ha un carattere spiccatamente performativo: il gesto di chi distrugge è più importante dell'opera che viene distrutta".



en objeto de ataques violentos destinados a borrar o explotar su significado y su valor histórico"¹⁰⁷.

Al margen de la resolución del caso Cassirer en torno a la devolución de un celeberrimo cuadro de Pissarro conservado en el museo Thyssen-Bornemisza¹⁰⁸, en Estados Unidos se ha invocado tanto la aplicación del *Cultural Property Implementation*¹⁰⁹ en los supuestos de violación de las normativas penales internacionales contra el expolio¹¹⁰, como el *Alien Tort Statute*¹¹¹, en especial modo en referencia a los actos vandálicos acometidos por el BLM¹¹². La metodología para definir el patrimonio cultural en los tribunales de los Estados Unidos es particularmente sensible, dado que la Administración Trump emitió una orden ejecutiva para procesar a aquellos sujetos que destruyen monumentos confederados¹¹³. La decisión en *Jane W. v. Thomas*¹¹⁴ ofrece un primer ejemplo aplicativo del *Alien Tort Statute*, condenando a los sujetos que cometen daños contra el patrimonio cultural. Una vez más, es la comunidad nacional de protección que se encarga de sancionar las ofensas a su patrimonio cultural. ¿Qué ocurriría si el comportamiento delictivo afectase al patrimonio cultural mundial en consideración de reivindicaciones anticolonialistas?

¹⁰⁷ Resolución del Parlamento Europeo sobre las protestas contra el racismo tras la muerte de George Floyd B9-0195/2020.

¹⁰⁸ Cassirer Et Al. V. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation, Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Ninth Circuit, 21 de abril de 2022. El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha resuelto de manera unánime en favor de la familia Cassirer en su controversia frente a la Fundación Thyssen-Bornemisza.

¹⁰⁹ Act Convention on Cultural Property Implementation Act, 19 U.S. Code §§ 2601–13 (2005).

¹¹⁰ SPIEGLER, Howard N., "The UNESCO Convention's Role in American Cultural Property Law: The Journey to U.S. v. Frederick Schultz", *Museum International* (2005), pp. 103-110. Cfr. La decisión U.S. v. Schultz, 333 F.3d 395 (2nd Cir. 2002), cert. denied, Schultz v. U.S., 540 U.S. 1106, 157 L. Ed. 2nd 891, 124 S. Ct. 1051 (2004).

¹¹¹ 28 U.S.C. § 1350.

¹¹² BEHZADI, Emily T., "Destruction of Cultural Heritage as a Violation of Human Rights: Application of the Alien Tort Statute", ob. cit., pp. 550-578.

¹¹³ Exec. Order No. 13933, 85 Fed. Reg. 40,081 (July 2, 2020) (afirmando que las destrucciones de monumentos confederados son "actos criminales" y pidiendo al Fiscal General que priorice los enjuiciamientos basados en estos asuntos.)

¹¹⁴ Jane W. v. Thomas, 354 F. Supp. 3d 630, 637 (E.D. Pa. 2018); Complaint at 31, W., 354 F. Supp. 3d 630 (No. 18-0569).

8

Conclusión: la protección penal contra el expolio en tiempos de paz, una cuestión identitaria

Inicialmente la normativa contra el expolio estaba limitada en ámbito nacional o relegada a los supuestos bélicos en el contexto internacional. La ofensa generada en las respectivas comunidades dependía del grado de intensidad del expolio: respecto a la prohibición de pillaje consagrado por el art. 47 de la Convención de La Haya de 1899, el art. 4 de la ley española del patrimonio histórico añade matices esenciales en torno al valor identitario que se pretende preservar.

En los supuestos de expolio en tiempos de paz éste se ha asociado ineludiblemente al momento posterior del tráfico ilícito de bienes culturales o a la legítima aspiración por parte de los países recientemente descolonizados de Asia y África de ver restituida parte de su ajuar identitario. La Convención de la UNESCO de 1970 representó un primer intento de resolver los intereses a veces contradictorios de los Estados de origen y de mercado. Este tratado surtió un efecto parcial: ha sido responsable de la devolución de algunos bienes del patrimonio cultural que son de elevada importancia identitaria para la reconstrucción de su país de origen. Su carácter eminentemente diplomático fue visto por muchos gobiernos como insuficiente contra comerciantes y coleccionistas privados, museos e incluso gobiernos que demostraron ser reacios a devolver objetos culturales robados o exportados ilegalmente. Por lo tanto, la Convención del UNIDROIT de 1995 surgió para integrar los posibles fallos de la Convención de 1970: se ideó para facilitar los litigios internacionales para la devolución de bienes culturales y, de nuevo, para establecer un equilibrio adecuado entre los múltiples intereses en juego, incluso si ello no ha garantizado una participación suficiente de los Estados Partes presentes en el mercado para ser plenamente eficaz. En este primer periodo las cláusulas de naturaleza penal son aisladas, dejando amplio margen de discrecionalidad a los Estados, sujetos encargados de proteger sus bienes culturales con las medidas jurídicas más contundentes.

Más recientemente, el tráfico de bienes culturales como actividad delictiva transnacional (y la sustracción asociada, la excavación ilegal y otras actividades ilícitas) se ha convertido en un importante desafío mundial que se inserta en el reto más amplio de combatir el crimen organizado transnacional. El Convenio de Palermo de 2000 ha de verse como un primer instrumento normativo transnacional para luchar contra el crimen organizado. Una vez más, la escasa aplicación real de este tratado multilateral al patrimonio cultural obedece a la



convicción de (la mayoría de) los Estados de legislar aisladamente en materia de protección penal de los bienes culturales.

Sin embargo, en la última década la reacción de la Comunidad Internacional ante el fenómeno de la destrucción deliberada del patrimonio cultural por el Estado Islámico y organizaciones afines y la constatación de que estas organizaciones estaban recurriendo al tráfico ilegal de bienes culturales para financiar sus actividades terroristas produce una respuesta también jurídica. La Convención de Nicosia de 2017 sobre las infracciones relativas a los bienes culturales responde, aunque sea parcialmente, a estos desafíos: su estructura evidencia una intención de abarcar todos los momentos delictivos del expolio y del tráfico ilícito de bienes culturales, aunque no logre desligarse totalmente de los impedimentos estatales (léase mecanismo de las reservas).

Con el tiempo va emergiendo una "comunidad de protección" en ámbito internacional, y sobre todo en ámbito regional europeo en el Consejo de Europa y la Unión Europea. A la destrucción y sucesiva mercantilización del patrimonio cultural de Siria e Iraq la sociedad y las comunidades transnacionales han reaccionado reforzando sinergias jurídicas en sentido vertical entre las organizaciones internacionales y los Estados, y horizontal entre organizaciones internacionales entre sí¹¹⁵. La conclusión es relativamente simple: si se refuerza la idea de Comunidad Internacional del patrimonio cultural, se genera una respuesta compleja pero contundente ante retos que ponen en peligro con progresiva intensidad a los bienes identitarios de la Comunidad¹¹⁶. La reacción jurídica internacional diversamente articulada en las Resoluciones del Consejo de Seguridad, el Convenio de Nicosia y el Reglamento 2019/880 testimonian que una decidida corriente doctrinaria y normativa se mueve frente a horizontes delictivos de la máxima importancia tanto por la naturaleza colectiva e identitaria del bien cultural afectado¹¹⁷, como por el volumen de negocios ilícitos generados. La existencia de estruc-

¹¹⁵ Hablan de cambio de paradigma CHECHI, Alessandro, "The Dangerous Linkages between Art Market Professionals and Traffickers of Cultural Objects: An International Law Perspective", ob. cit., p. 168. ; y HERMAN, Alexander, *The restitution*, ob. cit., p. 13.

¹¹⁶ Cfr. DURING, Roel (ed.), *Cultural heritage and identity politics*, Silk Road Research Foundation, 2011.

¹¹⁷ MÜLLER, Friedrich M., "Cultural Heritage Protection: Legitimacy, Property and Functionalism", ob. cit., p. 399: "*cultural objects have the effect of identity-generation*".

turas policiales transnacionales con reglas operacionales propias ha consolidado la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.

La reciente destrucción de monumentos ligados a la memoria colonial por parte del movimiento BLM ha puesto énfasis principalmente en el factor identitario, absolutamente relevante para entender el patrimonio cultural actual. La comunidad de referencia, en estos supuestos, está atravesada por poderosas pulsiones iconoclastas, por un lado, y claras intenciones de repulsa de la violencia devastadora, por otro.

El horizonte que se presenta está, por tanto, repleto de incógnitas, pero se pueden extraer algunas conclusiones del análisis efectuado.

En primer lugar, se va progresivamente afirmando una concepción identitaria y social de los bienes culturales, que se va desligando de anteriores visiones mercantilistas. Esta evolución necesita naturalmente de una más profunda y rotunda respuesta de carácter criminológica: *"progress must be made towards a growing harmonization of the definition of crimes, through a precise identification of the objects to be protected and the constituent elements of the offences"*¹¹⁸.

Absolutamente dirimente para la progresiva afirmación del derecho penal internacional en materia de patrimonio cultural es la consolidación de una sensibilidad colectiva que ha de ser plasmada en intenciones políticas. *"The rise in global regimes was caused by the need to combat illicit trade in 'cultural property' that violates fundamental individual, public and collective interests, such as basic property rights, human rights and the principle of state sovereignty, both in wartime and in peace time. This need has significantly expanded with globalization and the fall of the cold war geopolitical stability. This factor shows immediately that the link between Law and Heritage is Politics (or the realization of a series of political objectives)"*¹¹⁹.

En este ámbito vienen a cerrar el círculo de nuestro estudio no tanto los eventos destructivos protagonizados por el movimiento BLM, cuanto las palabras pronunciadas por el presidente de la República francesa Emmanuel Macron en Uagadugú el 28 de noviembre de 2017¹²⁰. En la capital de Burkina Faso, el

¹¹⁸ MANACORDA, Stefano, "Criminal Law Protection of Cultural Heritage: An International Perspective", ob. cit., p. 45.

¹¹⁹ FIORENTINI, Francesca, "Cultural Heritage Law and Trade of Cultural Objects: A Comparative Law Approach", ob. cit., p. 29.

¹²⁰ CODREA-RADO, Anna "Emmanuel Macron Says Return of African Artifacts Is a Top Priority," *New York Times*, 29 November 2017, p. 7.

presidente Macron prometió devolver los objetos saqueados de la era colonial a sus países de origen. Macron encargó a dos académicos, el historiador de arte francés Bénédicte Savoy y el economista senegalés Felwine Sarr, que realizaran un informe sobre la restitución del patrimonio cultural africano, basado en una "nueva ética relacional entre Francia y el continente africano"¹²¹. Y después de que un estadista del mundo occidental pronunciara por primera vez y públicamente la palabra tabú, "restitución", en Alemania comenzó el debate sobre la devolución de arte saqueado en la era colonial¹²².

El 24 de diciembre de 2020 el Parlamento Francés promulgó la ley 2020-1673 relativa a la restitución de bienes culturales a la República de Benín y a la República de Senegal con la cual, aunque respetando las promesas realizadas por el presidente francés y el 17 de noviembre de 2019 por el Primer Ministro francés, se opta todavía por un enfoque casuístico en lugar de modificar el Código del Patrimonio para generalizar las restituciones definitivas posibles y duraderas. Se devolverá formalmente una espada que el antiguo primer ministro francés, Édouard Philippe, ya entregó simbólicamente al presidente de Senegal, Macky Sall, durante una visita a Dakar en noviembre de 2019. El arma cobra un gran valor histórico para la nación africana, ya que perteneció al guerrero y erudito musulmán, El Hady Oumar Tall, quien conquistó una buena parte del territorio que ahora se denominan Senegal, Guinea y Mali en el siglo XIX y, además, participó en la lucha contra el ejército francés en tiempos de colonización. Francia restituirá también 26 objetos que fueron saqueados del palacio del rey de Abomey, en Benín, por parte de las tropas coloniales francesas en 1892. olvidan fácilmente: por esto, chinos, etíopes, griegos y muchos otros pueblos levantarán su voz. Existen traumas históricos que han de ser sanados.

Estos propósitos políticos podrían propiciar un cambio de paradigma también en el sistema criminalista español¹²³, que se tendrá *volens nolens*

¹²¹ Cfr. <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/194000291.pdf>

¹²² Véase Gobierno federal alemán Framework Principles for Dealing with Collections from Colonial Context, trd. ingl. disponible en <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2210152/b2731f8b59210c77c68177cdcd3d03de/190412-stm-m-sammlungsgut-kolonial-kontext-en-data.pdf>

¹²³ Para el modelo italiano véase VISCONTI, Arianna, "Between 'colonial amnesia' and 'victimization biases': Double standards in Italian cultural heritage law", ob. cit., p. 573: "All in all, it is possible that the gradual application of Regulation 2019/880 will induce a comprehensive review of Italian rules on international



Antonio Lazari

que adaptar tanto a la legislación internacional del Convenio de Nicosia (que desde hace pocos meses ha entrado en vigor), como al citado reglamento de la Unión Europea, de la misma forma que, por ejemplo, ya ha procedido a realizar Italia con la ley 9 marzo 2022, n. 22¹²⁴. Por supuesto, para que este nuevo sistema funcione, se requerirían más que simples ajustes adicionales en la legislación nacional, ya que cualquier reforma debería ir más allá de la mera adición de nuevas funciones a las competencias de las autoridades administrativas existentes (ya sobrecargadas). Es una cuestión de enfoque jurídico e identitario¹²⁵.

circulation of cultural objects, complementing current export controls with new import controls and related enforcement – especially if Italy were also to actually ratify the 2017 Convention on Offences Relating to Cultural Property, and the latter were to enter into force”.

¹²⁴ Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 22 marzo 2022, n. 68.

¹²⁵ Véase por último el interesante artículo publicado en *El Diario* “Repatriar y remediar: la descolonización de los museos españoles que evita el Ministerio de Cultura”, disponible en https://www.eldiario.es/cultura/repatriar-remediar-descolonizacion-museos-espanoles-evita-ministerio-cultura_1_9766657.html.



Expolio del patrimonio cultural subacuático: régimen jurídico en España



Juan José Periago Morant

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal

Mariano J. Aznar Gómez

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Universitat Jaume I





1

Introducción

Por la posición geográfica de España y su empeño histórico, puede considerarse que nuestro patrimonio cultural subacuático (PCS) –esto es, el vinculado geográfica o históricamente a España– es de una enorme riqueza, variedad y antigüedad. Nuestra nación cuenta con más de ocho mil kilómetros de costa, que generan diferentes zonas marítimas bajo soberanía o jurisdicción¹; que han sido transitadas históricamente por diferentes pueblos y, desde la era moderna, han presenciado el ir y venir de flotas desde España a sus territorios ultramarinos de América y Asia². Todo ello supone que bajo las aguas, someras o profundas, se encuentren rastros de esa actividad marítima de una gran riqueza cultural, histórica y material. Por lo primero –lo cultural e histórico– se debe proceder al estudio, protección y puesta en valor mediante arqueología metódica, tecnología adecuada, legislación afinada e imaginación apropiada. Por lo último –el valor material– debe estar atento a la codicia de tantos que ven el PCS como una fuente de lucro. De modo profesional o amateur, los “caza-tesoros” han dañado ya gran parte ese patrimonio disperso por nuestras

¹ Según datos de la Armada Española, nuestra zona económica exclusiva (ZEE) abarcaría una superficie estimada de alrededor de 1,2 millones de km² de espacio marítimo.

² De nuevo según nuestra Armada, serían casi 1600 sus buques hundidos sólo en aguas españolas y americanas (véase la base de datos en <https://armada.defensa.gob.es/>. Todas las webs citadas en este trabajo fueron visitadas por última vez el 16 de julio de 2022, fecha de entrega de este trabajo). Añádanse, pues, los naufragados en esas y otras aguas los buques tanto públicos como privados, así como los restos de elementos sumergidos vinculados a la navegación y otras actividades marítimas (defensas y amarres costeros, elementos portuarios, artes de pesca, partes de asentamientos humanos hundidos por cualquier motivo, etc.).



costas y amenazan otros yacimientos tanto en nuestras aguas como en aguas internacionales o de terceros países. A ello se suman los daños incidentalmente producidos al PCS al realizar actividades cotidianas en los espacios costeros y marinos (pesca, obras portuarias, tendido de cables y tuberías, instalación de campos eólicos *off-shore*, entre otras muchas) sin llevar a cabo correctos informes de impacto arqueológico o evitando medidas apropiadas de mitigación, dañando irremediablemente un patrimonio cultural en demasiados casos único.

¿Cuál es la respuesta que, en particular, el ordenamiento jurídico español ofrece para evitar y, en su caso, sancionar esos daños? ¿Es el más apropiado? ¿Responde eficazmente al mandato constitucional según el cual "[l]os poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad?"³ Y, en relación ya al PCS, ¿responde igualmente al mandato internacional recogido en el artículo 17 de la Convención UNESCO de 2001⁴ según el cual "[c]ada Estado Parte impondrá sanciones respecto de las infracciones de las medidas que haya adoptado para poner en práctica la presente Convención"; y dichas sanciones "deberán ser suficientemente severas para hacer efectivo el cumplimiento de la presente Convención y desalentar la comisión de infracciones cualquiera que sea el lugar, y deberán privar a los infractores de los beneficios derivados de sus actividades ilícitas?"

Este trabajo pretende analizar el régimen jurídico penal español aplicable al expolio del PCS. Es innegable que la protección penal de dicho patrimonio es sumamente compleja debido al problema de la territorialidad⁵ y a las difi-

3 Art. 46 de la Constitución, que seguidamente advierte que "[l]a ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio".

4 Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático, de 2 de noviembre de 2001 (en vigor para España desde el 5 de marzo de 2009, *BOE* de 5 de marzo de 2009, "Convención UNESCO de 2001" de ahora en adelante). En la fecha de entrega de este trabajo, son 71 los Estados parte en dicha Convención.

5 Como señala Aznar Gómez, por medio de la resolución de litigios internacionales o en el extranjero en asuntos de expolio, se han podido obtener dos criterios pertinentes: de un lado, la aplicación del privilegio de la inmunidad a los buques de estado hundidos (discutido en el asunto *Mercedes*) y, de otro, la confirmación de las competencias del estado ribereño en la protección del patrimonio cultural subacuático en sus aguas interiores y en su mar territorial (discutido en el asunto *Louisa*). AZNAR GÓMEZ, Mariano J., "Expolio del Patrimonio Cultural Subacuático Español: Los Casos de la Mercedes y del Louisa", en GUIASOLA LERMA, Cristina (dir.), *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 27.

cultades que existen para poder ofrecer una aplicación uniforme de la norma, que requieren energías y compromiso para su solución más allá de las posibilidades que nos ofrece el derecho privado⁶. Requieren, además, de una apropiada aplicación de reglas tanto internas como internacionales, demasiadas veces cambiantes y con diferente acomodo, si bien la práctica reciente ha mejorado claramente dicha aplicación.

En ello ha influido decisivamente la adopción y posterior ratificación por España de la Convención de la UNESCO de 2001, los conocidos casos de expolio antes mencionados, con una importante repercusión mediática⁷, la adopción en 2007 de un Plan Nacional de Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático, cuyas conclusiones y principales objetivos se recogen en un *Libro Verde*⁸; y finalmente porque en el panorama judicial cabe encontrar una mayor y mejor preocupación por los casos de expolio, incluidos los relativos al PCS. Aun así, algunas reacciones judiciales no dejan de ser merecedoras de crítica, como veremos en este trabajo, en el que, en primer lugar, desarrollaremos brevemente cómo nuestro ordenamiento jurídico ordena la protección constitucional y sectorial de nuestro patrimonio histórico para, posteriormente, examinar la respuesta penal a una de las conductas que atenta gravemente a nuestro patrimonio como es el expolio del PCS.

2

Marco general de regulación

Antes del análisis de la respuesta penal al expolio del PCS, conviene recordar –siquiera brevemente– el mandato constitucional del que emana cualquier acción normativa posterior y la complementaria protección administrativa de dicho patrimonio por parte de las distintas administraciones públicas.

⁶ GARCÍA CALDERÓN, Jesús, *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 309.

⁷ Véase RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio, “The Odyssey Case: press, public opinion and future policy”, *The International Journal of Nautical Archaeology*, 46/1 (2017), pp. 192-201.

⁸ *Libro Verde del Plan Nacional de Protección del Patrimonio Cultural Subacuático Español*, Ministerio de Cultura, Madrid, 2010. Véase su texto en <https://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/patrimonio/patrimonio-subacuatico/plan-nacional-de-proteccion/libro-verde.html>.



2.1 El mandato constitucional de conservación del patrimonio histórico

Como vimos, en el artículo 46 de nuestra Constitución, que se ocupa del patrimonio histórico, cultural y artístico, aunque de forma genérica, se establece como principio rector de la política social y económica española la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y titularidad; y añade qué ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio. La ubicación sistemática del artículo 46 impide que la proclamación que se formula en el mismo adquiera la condición de derecho susceptible de ser defendido mediante el Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, por situarse en el Capítulo III relativo a los principios rectores de la política social y económica, incluido en el Título I de la Constitución, lo que además le hace carecer de aplicación directa. Pese a ello, no desdeñamos su importancia, pues permite convertir la tutela del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España en una exigencia de nuestra Norma Fundamental⁹.

Del artículo 46 de la Constitución se desprenden dos cuestiones fundamentales: la primera consistente en la labor encomendada a los poderes públicos respecto al patrimonio histórico, cultural y artístico. Concretamente se impone a los poderes públicos como actividades específicas la de garantizar la conservación y promover su enriquecimiento¹⁰; la segunda cuestión es la intervención penal ante los atentados a dicho patrimonio de la que nos ocuparemos posteriormente. Por lo expuesto se extrae un doble estándar de protección. Uno a nivel administrativo, con sus respectivas normas sectoriales, y otro, en el plano penal, que protegerá al patrimonio frente a los ataques más intolerables mediante una intervención tuitiva más intensa.

Las tareas de conservación y promoción del enriquecimiento de este patrimonio, que corresponde a los poderes públicos, se sitúan en un ámbito material compartido y no en un modelo de distribución de competencias entre el estado y las comunidades autónomas. Este sistema –necesariamente presidido por la

⁹ GUIASOLA LERMA, Cristina, “Evolución de los delitos del patrimonio histórico en el Código Penal, ayer y hoy”, en *IV Encuentro Profesional Ilícito de Bienes Culturales sobre Lucha contra el Tráfico*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte-Secretaría General Técnica, Madrid, 2016, p. 73.

¹⁰ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis, *Estudios sobre el patrimonio histórico*, Editorial Civitas, Madrid, 1989, p. 63.



ineludible colaboración y coordinación entre gobierno central y comunidades autónomas– no deja de plantear ciertos problemas prácticos de especial trascendencia en nuestra materia, pues hay una serie de factores a tener en cuenta como son: el relativo a la titularidad de los bienes que integran el patrimonio cultural subacuático y las propias competencias de las comunidades autónomas sobre el territorio ribereño¹¹. Es conveniente recordar que las situaciones de descoordinación entre administraciones surgidas de problemas competenciales son aprovechadas por los expoliadores¹².

2.2 Tutela general administrativa del PCS

Son objeto de atención por parte del derecho administrativo sancionador aquellas conductas cuya lesividad no merezcan la reprensión penal, ya que como es sabido la intervención penal se ha de dispensar a los atentados más graves en atención al principio de intervención mínima. Producto del mandato del artículo 46 de nuestra Carta Magna, se adoptó la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPH)¹³, norma sectorial de corte estatal cuyo objeto es la conservación, el acrecentamiento y la transmisión a las generaciones futuras del patrimonio histórico español.

A su vez la práctica totalidad de los estatutos de autonomía han asumido competencia exclusiva sobre el patrimonio histórico, artístico, monumental,

11 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina, “Desafíos para la protección jurídica del patrimonio cultural subacuático en el litoral español”, en NUÑEZ LOZANO, M.^a Carmen (dir.), *Estudios jurídicos sobre el litoral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 311.

12 En este sentido recordemos el conflicto por el desencuentro competencial entre la Junta de Andalucía y el Gobierno Central en la concesión de permisos a la compañía *Odyssey Marine Exploration* para la localización del buque inglés MHS *Sussex*, hundido en aguas cercanas a Gibraltar, y que fue la excusa de la presencia de los cazatesoros en España desde 1997 y el posterior expolio de la fragata *Mercedes*. Véase AZNAR GÓMEZ, Mariano J., *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático con especial referencia al caso de España*, Tirant lo Blanch Valencia, 2004, pp. 372 y ss.

13 Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, *BOE* núm. 155, de 29 de junio de 1985. Desarrollada a su vez por una serie de Real Decretos (Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, *BOE* núm. 24, de 28 de enero de 1986; Real Decreto 64/1994, de 21 de enero, *BOE* núm. 52, de 2 de marzo de 1994 y Real Decreto 162/2002, de 8 de febrero *BOE* núm. 35, de 9 de febrero de 2002).



arquitectónico, arqueológico y científico y sobre los archivos, bibliotecas, museos, hemerotecas y demás centros de depósito cultural que no sean de titularidad estatal y que estén ubicados sobre su territorio autonómico. Ese título competencial ha permitido que las comunidades autónomas en el ejercicio de su potestad legislativa hayan dictado sus propias normas de protección de su patrimonio histórico completando y desarrollando la LPH. Sin embargo, en esa legislación autonómica, frente a casos de acomodo pacífico en la LPH y demás legislación estatal, se dan casos de regulación dispar cuando no contradictoria¹⁴, que ha llegado a generar auténticos problemas de inseguridad jurídica¹⁵. En cualquier caso, de la LPH y de las normas sectoriales de las comunidades autónomas se extrae que la protección administrativa que el ordenamiento jurídico ofrece al patrimonio histórico se extiende a los bienes culturales subacuáticos al estar incluidos en el patrimonio arqueológico¹⁶.

Básicamente el estado ostenta la competencia exclusiva para defender el patrimonio histórico contra la exportación ilícita y la expoliación junto con la declaración de bienes de interés cultural de ciertos bienes adscritos a Pa-

¹⁴ Véase en este sentido los comentarios de RENART GARCÍA, Felipe, *El delito de daños al patrimonio cultural español*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 105; y de ROMA VALDÉS, Antonio, *La aplicación de los delitos contra el patrimonio cultural*, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 7.

¹⁵ Algunas comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias legislativas sobre la materia han elaborado normas sectoriales que se han desmarcado de la norma estatal de 1985 e incluso han impuesto sanciones distintas a las previstas en la legislación estatal. En la LPH ciertas infracciones se castigan con multas de hasta 60.101,21 euros, otras con multa 150.253,03 euros o hasta 601.012,01 euros. En la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano, por ejemplo, las infracciones leves se sancionan con multa de hasta 60.000 euros, las infracciones graves con multa de 60.001 euros a 150.000 euros y las infracciones muy graves se sancionan con multa de 150.001 euros a 1.300.000 euros.

¹⁶ Aunque en la LPH no se menciona específicamente el patrimonio cultural subacuático, se entiende incluido en el patrimonio histórico cuando al definir el patrimonio arqueológico en su artículo 40, se dice que “forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, *en el mar territorial o en la plataforma continental*” (énfasis añadido). De igual modo, en la definición de las zonas arqueológicas, en el artículo 15.5 cuando señala que es “el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o *bajo las aguas territoriales españolas*” (énfasis añadido).

rimonio Nacional o a la administración del estado; y conforme al artículo 149 de la Constitución a las comunidades autónomas les incumbe el resto de los ámbitos de conformidad con lo recogido en sus respectivos estatutos. Las comunidades autónomas que tienen competencia sobre el patrimonio cultural, la desarrollarán sobre el PCS en las playas, zona marítimo-terrestre, puertos y el espacio marino compuesto por el mar territorial y plataforma continental de su territorio autonómico. Lo cual no deja de plantear problemas, tanto de hecho como de derecho¹⁷.

Como ha sido ya advertido, forman parte del patrimonio cultural español tanto los objetos arqueológicos terrestres como los subacuáticos, en pie de igualdad, lo que no quiere decir que su régimen jurídico coincida exactamente, ya que el lugar en el que se encuentran (la tierra firme, el mar territorial y otros espacios marinos sometidos a soberanía o jurisdicción) no coincide, y ello requiere tomar en cuenta normas distintas y un enfoque particular en la exégesis de la normativa orientada a la debida protección de dichos objetos arqueológicos¹⁸.

En cuanto a la titularidad de los bienes que integran el patrimonio cultural subacuático situados en el mar territorial y en la plataforma continental, conforme al artículo 132 de la Constitución, son bienes de dominio público de titularidad estatal e integran el patrimonio arqueológico español conforme a la LPH. Sobre estos bienes las comunidades autónomas ejercen las competencias que hayan asumido sobre patrimonio cultural conforme a sus estatutos de autonomía y de acuerdo con su legislación sectorial pero su titularidad es estatal. Esta interpretación no ha sido seguida por algunas leyes autonómicas que consideran patrimonio arqueológico autonómico los bienes muebles e inmuebles que se encuentren en el mar territorial o en la plataforma continental¹⁹.

Existen una serie de figuras que otorgan protección jurídica a los bienes que integran el patrimonio cultural subacuático como por ejemplo la declara-

17 Véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina, *La protección jurídica del patrimonio cultural subacuático...*, ob. cit., pp. 64-80.

18 RUIZ MANTECA, Rafael, *El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático. Aspectos de derecho interno y de derecho internacional, público y privado*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2012, p. 572.

19 En este sentido ver el artículo 47 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2008); artículo 49 de la Ley 12/1998, de 21 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las Illes Balears (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1999).



ción de Bien de Interés Cultural (BIC) que requiere la tramitación y la resolución de un expediente administrativo por la administración competente²⁰. Algunas comunidades autónomas han establecido otros mecanismos de protección sin acudir a la declaración de BIC como son las zonas de servidumbre arqueológica de los artículos 48 y 49 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía; los denominados espacios de protección arqueológica que aparecen en el artículo 49 de la Ley 9/1993, de 20 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán; o los espacios de interés arqueológico del artículo 58 de la Ley 12/1998, de 21 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las Illes Balears.

2.3 La intervención penal en la protección del patrimonio histórico

La protección penal del patrimonio cultural se regula en el Capítulo II del Título XVI del Libro II del Código Penal Español (CP)²¹, complementada con un sistema de agravaciones sobre distintas figuras penales dispersas a lo largo del código penal, así como con la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando²². A ello debemos añadir que dadas las características de los tipos penales aplicables será necesario acudir a las normas sectoriales para completar parte de su contenido, y en este caso

²⁰ Véase por ejemplo la Resolución de 2 de noviembre de 2006, de la Dirección General de Patrimonio Cultural Valenciano y Museos, de la Conselleria de Cultura, Educación y Deporte, por la que se incoa expediente de ampliación de la declaración de bien de interés cultural con categoría de zona arqueológica a favor del yacimiento arqueológico terrestre y subacuático del Grau Vell, en el término municipal de Sagunto (Valencia) (BOE núm. 309 de 27 de diciembre de 2006); el Decreto 145/2015, de 18 de septiembre, del Consell, por el que se declara bien de interés cultural, con la categoría de zona arqueológica, el yacimiento arqueológico subacuático del pecio Bou Ferrer, sito en la costa frente al término municipal de Villajoyosa (BOE núm. 256, de 26 de octubre de 2015); o el Real Decreto 391/2010, de 26 de marzo, por el que se declara bien de interés cultural, con categoría de Zona Arqueológica, la zona arqueológica submarina Isla del Aire, situada en el municipio de Sant Lluís en Menorca (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2010).

²¹ En este capítulo se recogen los siguientes tipos delictivos: derribo o alteración de edificios singularmente protegidos (artículo 321), prevaricación administrativa en las resoluciones de derribo de edificios singularmente protegidos (artículo 322), delito doloso de daños y expolio en bienes culturales (artículo 323) y daños imprudentes en bienes culturales (artículo 324).

²² BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 1995.

concreto, la puesta en peligro de pérdida o la destrucción de todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, o la perturbación del cumplimiento de su función social, son referencias que aparecen en el artículo 4 de la LPH y que merecen ser tenidas en cuenta para integrar el sentido de la conducta.

Este sistema mixto presenta ciertos inconvenientes, pues la fórmula de los subtipos agravados implica la posibilidad de restar la importancia que merece el ataque al valor cultural²³. Con frecuencia se prima el valor económico en el caso de los delitos patrimoniales perdiendo protagonismo la significación cultural en su consideración de bien jurídico autónomo y diferenciado del patrimonial. Lo que nos conduce a apoyar la opción de que se recoja en un único título o capítulo todos los atentados al patrimonio cultural²⁴.

Observando las conductas recogidas en el artículo 76 de la LPH –que describe las infracciones administrativas contra los bienes culturales– podemos señalar que, en primer lugar, la actuación penal es accesoria respecto de la administrativa al subordinarse a ella, ya que la norma sectorial va a determinar algún elemento normativo del tipo (por ejemplo, en el artículo 321 del CP) y que, en segundo lugar, actúa complementando la actuación administrativa en orden a la protección jurídica del bien tutelado. La coincidencia entre el ilícito administrativo y penal determina al cabo que el derecho penal asuma el papel del derecho administrativo sancionador y conduce a lo que algún autor denomina la "administrativización del derecho penal" ²⁵.

Aun así, cabe proceder al análisis más preciso de esa intervención penal –en particular la relativa a la protección del PCS–, a la que dedicamos la sección siguiente.

²³ Como las modalidades cualificadas del hurto (artículo 235), del robo (artículo 241.4), de la estafa (artículo 250.1. 3ª), de la apropiación indebida (artículo 254.1) o la establecida en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de contrabando, cuyo artículo 2.1 e) penaliza la exportación ilegal de bienes que integren el patrimonio histórico español.

²⁴ Como hace el legislador italiano en su Código Penal con la reciente *Legge* de 9 de marzo de 2022 que ha creado el "Tittolo VIII bis Dei Delitti contro Il Patrimonio Culturale", en *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, núm. 68, de 22 de marzo de 2022. SALINERO ALONSO, Carmen. *La protección del patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997, pp. 199-206.

²⁵ FUENTES OSORIO, Juan Luis, "¿Delito medioambiental como delito de lesión?", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 1/2 (2010), p. 8.

3

Los daños y el expolio del patrimonio cultural subacuático

La conducta de expolio del patrimonio cultural subacuático se castiga penalmente en el artículo 323 del CP, cuyo texto es el siguiente:

1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o *subacuáticos*. Con la misma pena se castigarán los actos de *expolio* en estos últimos.
2. Si se hubieran causado daños de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante, podrá imponerse la pena superior en grado a la señalada en el apartado anterior.
3. En todos estos casos, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado" (énfasis añadido).

Los daños a los yacimientos subacuáticos y la figura delictiva del expolio se introducen en nuestro CP por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal²⁶. Ciertamente la incorporación expresa de la protección penal de los yacimientos arqueológicos subacuáticos refuerza los compromisos adquiridos por España con la Convención UNESCO de 2001, desarrollando su artículo 17 en el orden penal, si bien cabe advertir que, con anterioridad a la reforma, nuestra jurisprudencia ya incluía los yacimientos arqueológicos subacuáticos en el concepto

²⁶ Otero González considera que la expresa recogida como objeto de protección de los yacimientos terrestres y subacuáticos es superflua pues la alusión genérica a los yacimientos arqueológicos permitía interpretar sin ningún género de dudas que los subacuáticos estaban incluidos dentro de ese concepto, especialmente tras la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de la Convención de la Unesco de 2001. OTERO GONZÁLEZ, Pilar, "Protección Penal de los daños al patrimonio histórico (tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 19 (2015), p. 346.



de yacimiento arqueológico mediante la exégesis del concepto de patrimonio arqueológico del artículo 41 de la LPH²⁷ lo que perfectamente podía aplicarse al delito del artículo 323 del CP.

3.1 Aspectos procesales

Para que la jurisdicción penal española tenga competencia para conocer el delito, los daños han de cometerse dentro del territorio español de acuerdo con lo prescrito en el artículo 8.1 del código civil y el artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)²⁸ que considera territorio en sentido jurídico los espacios contemplados bajo el denominado derecho de pabellón sin perjuicio de lo que se pueda establecer en los tratados internacionales en los que España sea parte²⁹.

La instrucción de este delito corresponderá al Juzgado de Instrucción de la localidad donde se haya cometido el delito, ex artículo 87 LOPJ y artículo 15 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM). El enjuiciamiento le corresponde al Juzgado de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido conforme al artículo 14.3 de la LECRIM, que se sustanciará según las reglas del procedimiento abreviado. En las diligencias de investigación de entrada y registro tienen la consideración de domicilio de acuerdo al artículo 554 de la LECRIM los buques nacionales mercantes pero no otro tipo de embarcaciones³⁰. Finalmente indicar

²⁷ Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 535/2014, de 13 marzo (ECLI: ECLI:ES:TSJCL:2014:1176).

²⁸ Artículo 23.1 LOPJ “En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”.

²⁹ Recordemos que en lo relativo a la jurisdicción sobre buques extranjeros se debe tener en cuenta el artículo 12 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, que señala lo siguiente: “1. Salvo lo previsto para los buques de Estado, la jurisdicción civil y penal de los tribunales españoles se extenderá a todos los buques extranjeros mientras permanezcan en los puertos nacionales o demás aguas interiores marítimas. 2. A tal efecto, la autoridad judicial podrá ordenar la práctica a bordo de las diligencias que sean procedentes, así como la entrada y registro en el buque, incluidos sus camarotes, sin más requisito que la comunicación al cónsul del Estado del pabellón a la mayor brevedad posible. 3. La jurisdicción de los tribunales españoles existirá incluso después de que los buques extranjeros hayan abandonado las aguas interiores marítimas y se encuentren navegando por el mar territorial, así como cuando sean detenidos fuera de éste en el ejercicio del derecho de persecución”.

³⁰ La Sentencia número 94/2019 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de abril



que los recursos de apelación a las sentencias y autos del Juzgado de lo Penal se resuelven ante la Audiencia Provincial correspondiente.

3.2 El sujeto activo

Obviamente lo primero que se observa es que se trata de un delito común donde el empleo de la fórmula "el que" indica la presencia de un sujeto activo de carácter general al que no se le requiere ninguna condición específica y que, por lo tanto, la conducta puede ser cometida por cualquiera, aunque el expolio de bienes pertenecientes al patrimonio cultural subacuático requiera a veces, pero no siempre, de unos medios técnicos sofisticados y una estructura organizativa³¹.

En particular criticamos que el legislador, a diferencia de lo que ha hecho con los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente en el artículo 328 del CP, no haya contemplado la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos contenidos en el Capítulo II del Título XVI del Libro II³². Son frecuentes los supuestos donde las conductas delictivas benefician directa o indirectamente a las empresas que están implicadas y que, por tanto, entran dentro de los parámetros que nuestro artículo 31 bis del CP considera para

(ECLI:ES:APCA:2019:1495) mantiene un concepto restrictivo de buque mercante entendiéndose por buque mercante el que se dedica a actividades mercantiles, es decir, al comercio, transporte de mercancías o de personas, no pudiendo serlo los barcos supuestamente dedicados a la investigación (pero que enmascaran actividades de "caza-tesoros"). Tras la reforma de 2014 de la LECRIM –precisamente a raíz del asunto *Louisa* (Véase *supra* nota 5)– recordemos que para la entrada y registro no se precisa la autorización de su capitán o en defecto de ésta la del cónsul.

31 Se ofrece una catalogación de expoliadores entre los siguientes: *ocasionales* como pescadores o buceadores aficionados; *profesionales* tales como buzos que se dedican a localizar yacimientos operando con embarcaciones pequeñas perfectamente equipadas; *especializados* que consisten en empresas que disponen de embarcaciones y medios técnicos de alto nivel (actúan en varias fases como son la de información, documentación, realización de prospecciones, extracción y comercialización). GUASCH GALINDO, José Antonio, "Cómplices y culpables: manual del perfecto delincuente cultural", en *IV Encuentro Profesional sobre Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, 2016, p. 37.

32 La Convención del Consejo de Europa de 2017 (Convención de Nicosia) sobre los Delitos relacionados con Bienes Culturales (no ratificada por España a la fecha de conclusión de este trabajo) establece en su artículo 13 que cada Parte asegurará que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos establecidos en la Convención.

hacer responsables a las personas jurídicas³³. Sin embargo, al exigir nuestro sistema de catálogo de *numerus clausus*, le exonera en el caso del delito que se examina, quedando como posible recurso acudir a la exigencia de la responsabilidad civil *ex delicto*, bien por el artículo 120 del CP, bien contemplando la posibilidad de que la persona jurídica sea partícipe a título lucrativo conforme a lo prescrito en el artículo 122 del mismo cuerpo legal³⁴.

El tipo delictivo del artículo 323 del CP no cuenta con el complementario de prevaricación administrativa que sí se prevé en el artículo 322 (prevaricación administrativa especial en proyectos de demolición o alteración de edificios singularmente protegidos); y que permite añadir la pena de prisión de 6 meses a 2 años o la de multa de 12 a 24 meses a la prevista en el artículo 404 CP³⁵.

Causándose un daño al patrimonio cultural subacuático, los supuestos problemáticos en los que la autoridad o funcionario, a sabiendas de su injusticia, concediera permiso para las prospecciones en el yacimiento subacuático o no realizara las inspecciones debidas (siendo ambos comportamientos actos de cooperación necesaria), entendemos que debería ser solucionado acudiendo a un concurso ideal entre el delito de genérico de prevaricación administrativa del artículo 404³⁶ y el del artículo 323.

33 Véase el ejemplo de la Sentencia número 94/2019 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de abril (ECLI:ES:APCA:2019:1495) en la que estaba implicada la mercantil norteamericana *Sage Maritime Scientific Research*. En dicha sentencia no figura como responsable civil la empresa SAGE, filial española de la anterior. Ver PERIAGO MORANT, Juan José, "Crónica de jurisprudencia penal", *Patrimonio Cultural y Derecho*, 24 (2020), pp. 357-361.

34 Ver Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo número 256/2016, de 1 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1308); Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo número 845/2016, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:4768); o Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo número 2952/2017, de 15 de octubre de 2018, (ECLI:ES:TS:2018:4033).

35 La prevaricación cometida por autoridad o funcionario se castiga en el artículo 404 del código penal con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.

36 El Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997 admite la comisión por omisión en delito de prevaricación del artículo 404. Ver <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-30-06-1997--sobre-si-la-prevaricacion-de-los-funcionarios-publicos-puede-cometerse-por-omision>.



Señalar finalmente que cabe la participación de terceras personas y que la naturaleza comisiva permite tanto los supuestos de coautoría como los de autoría mediata (empleando por ejemplo a un inimputable).

3.3 El objeto del delito

Si bien no existe una definición precisa de PCS en nuestra legislación interna, desde el momento de la ratificación de la Convención UNESCO de 2001 –que forma parte de nuestro ordenamiento interno ex artículo 91.1 de la Constitución– cabe entender que el concepto allí dado es el concepto de PCS en el derecho español³⁷. El artículo 1.1(a) de la Convención establece que

"Por 'patrimonio cultural subacuático' se entiende todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años, tales como:

- (i) los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural;
- (ii) los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural; y
- (iii) los objetos de carácter prehistórico".

Si bien es cierto que tanto la LPH y legislación autonómica concordante ofrecerían implícitamente un concepto³⁸, como asimismo lo hace al *Libro Ver-*

³⁷ Lo cual no obsta a que nuestra legislación lo afine, precise o, incluso, amplie. A espera de la nueva ley que sustituirá a la actual LPH (en proceso de reforma, enmienda o total re-elaboración), el concepto de PCS de la Convención es perfectamente útil a nuestros efectos. Véase RUIZ MANTECA, Rafael. *El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático...*, ob. cit., p. 568.

³⁸ Conjugando el artículo 1.1 y 40.1 de la LPH, el PCS vendría constituido por los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo del mar territorial o la plataforma continental de España. Conforme al artículo 60 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, el buque es un bien mueble registrable, compuesto de partes integrantes y pertenencias. El problema como

de³⁹, nada hace indicar que la definición convencional desmerezca. El problema es la dispersión conceptual en la que participa también la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM), cuyo artículo 382.1 establece que:

"cualquiera que sea el momento en que se produjo su pérdida y el lugar en que se encuentren, los buques y embarcaciones de Estado españoles naufragados o hundidos, sus restos y los de sus equipos y carga, son bienes de dominio público estatal, inalienables, imprescriptibles e inembargables y gozan de inmunidad de jurisdicción".

Todos esos buques y embarcaciones de Estado españoles hundidos en cualquier lugar, si forman parte del PCS según las definiciones antes dadas, integrarán también parte de nuestro patrimonio, con todos los problemas jurisdiccionales que ello conlleva, entre otros –y fundamentalmente– la jurisdicción penal extraterritorial, de tan difícil acomodo en estos casos.

Si reducimos nuestro estudio al PCS al que le sería de aplicación la legislación penal española –esto es, el situado en las aguas interiores, el mar territorial y la zona contigua⁴⁰–, en el plano de los daños a los yacimientos arqueológicos

.....
señala Ruiz Manteca es si el buque, una vez hundido, mantiene esa consideración y en este sentido el autor recoge que los pronunciamientos generales han sido negativos, pues una vez hundido el buque pierde su aptitud para navegar y se produce su desnaturalización. Otra cuestión son sus restos que naturalmente si mantienen la condición de bien mueble (ibíd., p. 495).

39 Lo define así: "Aquel que, reuniendo las características del Patrimonio Histórico Arqueológico recogido en la legislación vigente, se encuentra en las aguas interiores y continentales españolas, incluidas las capas freáticas, y en las aguas marinas sobre las que España ejerce soberanía o jurisdicción, extendiendo esta consideración a aquel Patrimonio de iguales características sobre el que España pueda ejercer alguna reclamación o invocar algún derecho por medio de las leyes nacionales y el Derecho internacional". *Libro Verde...*, ob. cit., p. 14.

40 En este último caso, frente a la limitación impuesto por el artículo 303.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar de 1982 (CNUDM, *BOE* núm. 39 de 14 de febrero de 1997), el artículo 8 de la Convención UNESCO de 2001 va más allá al señalar que "[s]in perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 9 y 10 y con carácter adicional a lo dispuesto en los mismos y de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 303 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, los Estados Partes podrán reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático en su zona contigua. Al hacerlo, exigirán que se apliquen las Normas". Ello, acompañado de una práctica general que supera



cos subacuáticos no se ha de incurrir en el error de creer que todo aquello que es válido para la arqueología terrestre lo sea también para la subacuática⁴¹. De hecho, la legislación aplicable al mar difiere bastante de la legislación del territorio que sí que cuenta una regulación detallada de usos y actuaciones permitidas. La necesidad de establecer diferencias se evidenciaría, por ejemplo, en el concepto de hallazgo casual en yacimientos arqueológicos terrestres, contemplado en la LPH, y en el régimen de su premio del artículo 4 que no sería aconsejable trasladarlo, como manifiestan los expertos⁴², al caso de la extracción de restos arqueológicos subacuáticos, pues en este caso, los hallazgos no son tan casuales. Es sabido que las propias compañías caza-tesoros han financiado rastreos documentales, singularmente en el Archivo General de Indias, obteniendo información para ser utilizada no para defender nuestro patrimonio subacuático, sino más bien para planificar su expolio⁴³. Difícilmente estos supuestos cabe calificarlos como casuales ya que el hallazgo se encuentra preordenado.

El tipo penal del artículo 323 se dice que es un precepto subsidiario del establecido en el artículo 321 que castiga el derribo o alteración grave en los edificios "singularmente protegidos" (es decir aquellos que han recibido una catalogación, por lo que para la integración del elemento normativo tipo habrá que acudir a la normativa administrativa)⁴⁴. Señalamos que el artículo 321 protege específicamente los edificios (concepto restrictivo) y no los inmuebles en general. El precepto que examinamos solo exige que se trate de bienes de valor

las limitaciones de la CNUDM, hace que la legislación penal española se aplique hasta el límite exterior de nuestra zona contigua (24 mn). Los artículos 23.2 y 383 de la LNM corroboran esta aproximación. Sobre este aspecto, véase AZNAR, Mariano J., "The contiguous zone as an archaeological maritime zone", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 29 (2014), pp. 1-51.

⁴¹ Como señala el *Libro Verde*, los reglamentos de autorizaciones de las actividades arqueológicas apenas establecen diferencias entre una actividad arqueológica subacuática o terrestre, lo que supone deficiencias en la conservación de los restos arqueológicos. La complejidad de la protección física de los restos arqueológicos en un medio con continuos cambios y que a su vez deja al descubierto restos ocultos como esconde los restos visibles dificulta su vigilancia e inspección que requiere una adecuada coordinación con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

⁴² *Libro Verde...*, ob. cit., p. 58.

⁴³ *Ibíd.*, p. 37.

⁴⁴ En este supuesto entrarían determinadas villas marítimas romanas que han alcanzado la consideración de Bienes de Interés Cultural.



histórico, pero no exige su previa catalogación ni una declaración formal de que los bienes dañados, ostentando la condición de bienes de interés cultural, aunque no hayan sido incluidos en el inventario correspondiente, bastando el valor intrínseco de los bienes⁴⁵.

3.4 La conducta del artículo 323: la causación de daños y el expolio

A continuación, se procederá a deslindar las características principales de las dos conductas.

3.4.1 La causación de daños

La causación de daños implica un resultado lo que permitirá la modalidad comisiva por omisión y la tentativa. El legislador no ofreció en el tipo la definición de daños lo que ha planteado problemas en cuanto a la determinación de su alcance, en el sentido de que si se considera exclusivamente daño el perjuicio material del bien o si el concepto se extiende a su inutilización, aunque no exista deterioro material del bien. La referencia a causar daños comprende una gran variedad de actos o medios de ejecución del delito, como el acto de derribo o cualesquiera otros que consistan en una destrucción, inutilización, menoscabo o deterioro del bien o del yacimiento⁴⁶.

La fórmula empleada en el artículo 323 "causar daños" es idéntica a la contemplada en el artículo 263 del CP que regula el tipo básico de daños. La diferencia estriba en que en el tipo del artículo 323 prima el perjuicio sobre el valor funcional del bien inherente a su condición de cultural. Se ha considerado que el bien jurídico protegido en el delito de daños del 263 es de naturaleza patrimonial individual frente al del artículo 323 que protege un bien colec-

⁴⁵ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional 181/1998, de 17 de septiembre; Sentencia Sala II Tribunal Supremo número 273/2022, de 23 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1086); Sentencia Sala II Tribunal Supremo número 641/2019, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:4252); Sentencia Sala II Tribunal Supremo número 335/2020, de 19 de junio de 2020 (ECLI: ES:TS:2020:1927).

⁴⁶ RODRÍGUEZ MORO, Luis, "Algunas críticas e incongruencias en la regulación penal de los delitos sobre el patrimonio", *Revista Derecho Penal y Criminología*, 93 (2011), p. 56.



tivo⁴⁷. Esta interpretación es acorde al entendimiento de la cultura como un bien merecedor de ser protegido penalmente como prescribe el artículo 46 de nuestra Carta Magna.

La postura mayoritaria en la doctrina considera que el delito de daños del artículo 323 no requiere necesariamente un perjuicio patrimonial, siendo suficiente con la destrucción, deterioro o inutilización del bien afectado, lo cual puede llevarse a cabo por cualquier medio capaz de producir los daños. Tampoco es preciso en el tipo básico que el daño sea grave pues el propio artículo 323 contiene una cualificación prevista expresamente para los daños que son "especialmente graves". Lo importante, pues, es que las conductas afecten el valor histórico y cultural de los bienes o del yacimiento, esto es, a su funcionalidad cultural, lo que no solamente se consigue con conductas "materiales" como la destrucción o el menoscabo físico del bien. De ahí que el menoscabo material en los bienes culturales va tan ligado a la pérdida de su funcionalidad exclusivamente cultural, que no se dará uno sin la otra⁴⁸.

Desde el punto de vista de la imputación subjetiva, el delito del artículo 323 sólo cabe cometerse de forma dolosa dado que la modalidad imprudente se regula en el artículo 324. Nuestra jurisprudencia ya no requiere el ánimo de dañar como elemento subjetivo del tipo siendo suficiente el dolo de consecuencias necesarias⁴⁹. Puede ser complicado el caso de supuestos de error sobre el valor histórico del bien dañado, o incluso, sobre la prohibición de la conducta. En tales casos sería de aplicación lo prevenido en el artículo 14 del CP y correspondería al autor la prueba sobre el mismo. Por lo tanto, si el error de tipo es vencible, sería castigado conforme al artículo 324⁵⁰.

En las posibles conexiones de la conducta del artículo 323 con otras, como las contempladas en el artículo 289 (sustracciones de cosa propia a su utilidad

⁴⁷ MARTÍNEZ BUJAN, Carlos, "Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), *Derecho Penal Parte Especial*, 6ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 578.

⁴⁸ GUIASOLA LERMA, Cristina, *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 617.

⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 19 de octubre de 2017 (ECLI:ES:APCO:2017:1416); Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 17 de febrero de 2016 (ECLI:ES:APAL:2016:277); Sentencia Tribunal Supremo Sala II, de 29 de enero de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:507).

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 506.



social o cultural), es difícil encontrarse supuestos prácticos porque la res sobre la que recae el daño generalmente es de titularidad pública⁵¹. Puede sostenerse que en caso de concurso aparente de normas penales el artículo 323 desplazará al artículo 289 por aplicación del principio de especialidad⁵². Si los daños no son causados por el propietario sino por el titular de un derecho real o un legítimo poseedor entendemos de aplicación el artículo 323⁵³.

3.4.2 El expolio

Pese a que la técnica legislativa empleada para regular el expolio⁵⁴ no haya sido la más acertada, hay consenso en la doctrina en considerar positiva su inclusión en la reforma del código penal de 2015⁵⁵. La omisión de la justificación de la inclusión de la conducta de expolio por parte del legislador en el correspondiente Preámbulo de la norma mencionada ha generado distintas posturas en la doctrina sobre su entendimiento⁵⁶, especialmente respecto de

⁵¹ Sobre la posibilidad que el patrimonio subacuático sea objeto de propiedad privada ver RUIZ MANTECA, Rafael, ob. cit., pp. 497-501; AZNAR GÓMEZ, Mariano, ob. cit., 2004.

⁵² MARTÍNEZ BUJAN, Carlos, ob. cit., p. 579.

⁵³ En la conducta de sustracción de cosa a su utilidad social perpetrada por el tercero titular de un derecho real no es aplicable el tipo del 289 CP porque el principio de tipicidad así lo impide dado que la conducta referenciada solo es punible para el propietario. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Derecho Penal Parte Especial*, ob. cit., p. 497. Tampoco cabría aplicar el artículo 323 porque el tipo penal dice expresamente “causar daños” y la conducta de sustraer puede implicar esconder la cosa al cumplimiento de los deberes legales impuestos. Sin embargo, en el caso de que la sustracción a su utilidad social fuera su exportación se aplicaría el tipo de contrabando.

⁵⁴ La propia redacción demuestra las deficiencias de técnica legislativa. Por ejemplo, el legislador dice que “[c]on la misma pena se castigarán los actos de expolio en [los yacimientos subacuáticos]” pese a que de la redacción se entiende que se castiga también los actos de expolio en yacimientos arqueológicos terrestres. No se mencionan los paleontológicos, pero Roma Valdés también los considera incluidos en el concepto de yacimiento arqueológico. ROMA VALDÉS, Antonio, ob. cit., 2008, p. 74.

⁵⁵ OTERO GONZÁLEZ, Pilar, ob. cit., p. 346.; FARALDO CABANA, Patricia, “Del hurto de hallazgo al expolio de yacimientos arqueológicos. ¿Una oportunidad perdida?”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XL (2020), pp. 471-528.

⁵⁶ Cuando se ha producido la sustracción de objetos de un yacimiento las posturas han sido (1) castigar como daños del 323, (2) aplicar el hurto (CORTES BECHIARELLI, Emilio, *Tres estudios jurídicos sobre el patrimonio*



los apoderamientos acaecidos en los yacimientos arqueológicos, pero lo que es más grave es que no propicia una posición unánime en la jurisprudencia y ello se traduce al final en problemas de inseguridad jurídica⁵⁷.

El término expolio permite distintas acepciones⁵⁸. Se trata de una figura intermedia entre los delitos de daños y los de apoderamiento como una suerte de *tertium genus*⁵⁹. En lo que hay acuerdo es que la inclusión del expolio impide la impunidad de ciertas acciones dada la posibilidad de que un yacimiento arqueológico pueda ser objeto de deterioro o destrucción sin necesidad de que se produzca un daño estrictamente físico o material. No parece coherente penalógicamente considerar al expolio la conducta que engloba el daño más la apropiación de objetos porque la pena que se le asigna es la misma que la del daño sin apropiación como tampoco parece congruente que el expolio castigue solo los daños porque se trataría de una redundancia de lo expuesto en el primer inciso del artículo 323.1⁶⁰.

histórico, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005, p. 42), (3) considerar la apropiación indebida (RENART GARCÍA, Felipe, ob. cit., 2002, p. 359) o (4) considerar el concurso ideal entre el artículo 323 y el delito de hurto. Este criterio está siendo asumido en la jurisprudencia provincial: véase como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de julio de 2018 (ECLI ES:APZ:2018:1157).

⁵⁷ ROMA VALDÉS, Antonio, ob. cit., 2008, p. 74.

⁵⁸ TERREROS ANDREU, Carmen, “El expolio de Patrimonio Cultural: problemas de conceptualización jurídica”, *Revista Electrónica de Patrimonio Histórico*, núm. 14 (2014), pp. 59-97.

⁵⁹ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, “expoliar” significa “despojar algo o a alguien con violencia o con iniquidad”. El artículo 4 de la LPH entiende por expoliación toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, o perturbe el cumplimiento de su función social.

Sobre el concepto de expolio de la norma administrativa García Calderón apunta que el artículo 323 del CP, al incluir expresamente los actos de expolio en yacimientos arqueológicos dentro de este delito especial de daños, se aleja del concepto administrativo de la LPH, que se contrae a una simple situación de riesgo o puesta en peligro que no tiene cabida en el CP. GARCÍA CALDERÓN, Jesús María, “Expolio y Blanqueo de Capitales. El expolio invertido”, en *V Jornadas sobre prevención y represión del blanqueo de capitales*, Consejo General Abogacía Española, Palma de Mallorca, 2017, p.5.

⁶⁰ En este sentido se manifiestan los Fiscales de Medioambiente y Urbanismo en su VIII Reunión Anual de la red de fiscales de medioambiente y urbanismo proponía que los actos de sustracción de piezas arqueológicas habían de seguir siendo perseguidos como delitos agravados de hurto o apropiación indebida en concurso medial con el delito de daños del primer inciso del artículo 323 (si se trata de daños materiales de importancia) o con el delito de expolio, según los casos. Ver también GUIASOLA LERMA, Cristina y

El elemento diferenciador del expolio frente a otras figuras delictivas consiste en la descontextualización histórica⁶¹ que padece el yacimiento por las manipulaciones indebidas que producen la destrucción del entorno en el que se hallaban los objetos de lo que se deriva una pérdida de la función social y un perjuicio material irreparable⁶². Es interesante destacar que el expolio no es un delito de apoderamiento patrimonial como el hurto, el robo o la malversación pues se le añade un elemento que lo caracteriza: el daño causado por su separación del contexto arqueológico y que permite sancionar aquellas actuaciones dirigidas al apoderamiento que ponen en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los bienes encontrados en el yacimiento, o que perturban el cumplimiento de su función social⁶³. Considerando que las sustracciones se castigan conforme a los respectivos tipos cualificados, ha sido advertido que el expolio a efectos del artículo 323 son las conductas de realizar excavaciones ilegales o perpetrar actos vandálicos en los yacimientos⁶⁴.

Asumiendo una concepción significativa de la conducta⁶⁵, en el expolio ciertamente el expoliador presenta una vocación de arrebatarse el bien de su contexto arqueológico en el que se halla con ánimo de apropiárselo originando un perjuicio al patrimonio cultural por la separación del bien de su entorno, perjuicio que es aceptado y asumido por su autor y que no necesariamente ha

LÓPEZ GARCÍA, Antonio, "La tutela jurídico-penal de los bienes culturales: expolio de yacimientos y su articulación con delito de daños, sustracción, falsificación y contrabando de obras de arte", *Patrimonio Cultural y Derecho*, 23 (2019), p. 338.

61 La descontextualización tiene trascendencia en el proceso judicial. La imposibilidad de conocimiento de aspectos como la trazabilidad del bien al ser descontextualizado va a tener importantes efectos durante la práctica de la prueba. Cabe que los expertos –al deponer como peritos– puedan precisar la datación o las características, pero suelen encontrar dificultades para afirmar con rotundidad que determinada pieza pertenece a un yacimiento determinado.

62 VERCHER NOGUERA, Antonio, "El expolio de bienes de patrimonio histórico o la descontextualización penal del entorno arqueológico", *Diario La Ley*, 9151 (2018).

63 FARALDO CABANA, Patricia, ob. cit., p. 508-510.

64 MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 507.

65 Sobre la concepción significativa de la acción ver VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 219-294.



de estar conectado con el valor económico⁶⁶. Esta postura permitiría justificar el castigo de los que encuentran objetos en un yacimiento y que restituyen los bienes por temor a ser descubiertos⁶⁷.

En todo caso, como ya ha sido advertido en la doctrina, tal y como aparece la tipificación del expolio no ofrece soluciones a nuestro objeto de estudio siendo aconsejable de *lege ferenda* una penalidad separada entre lo dañado y lo sustraído⁶⁸. Las compañías cazatesoros desarrollan expolios en los yacimientos subacuáticos de pecios de incalculable valor, de los que se llega a tener conocimiento tras una labor de documentación y que conforme a nuestra legislación actual sólo pueden ser castigados como delito agravado de daños del tipo cualificado del artículo 323.2⁶⁹.

Viene al caso aquí la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de abril de 2019. En la sentencia dictada con la conformidad de los acusados –y, por lo tanto, sin entrar a debatir la calificación de los hechos en el expolio del asunto *Louisa*–, el tribunal estima como expolio tanto la conducta de sustracción juntamente como los daños causados por los autores,

"que se estaban dedicando, cada uno en un distinto papel dentro del grupo que formaban, a expoliar yacimientos arqueológicos, concretamente pecios cuyos naufragios estaban localizados en aguas del litoral de la provincia de Cádiz, y que en el curso de tal actividad extrajeron trozos de ánforas, balas y municiones de cañón, anclas

⁶⁶ No necesariamente ha de haber existido el arrebato y permite castigar los actos previos al mismo pero que ya han ocasionado remoción en las tierras o en los fondos marinos. En relación con propuestas de *lege ferenda* sobre el expolio, debería preverse el adelantamiento de la barrera punitiva castigándose como consumación (y equiparándose a la acción misma del expolio) las conductas que constituyen actos preparatorios, como es el portar detectores de metales necesarios para tal fin. OTERO GONZÁLEZ, Pilar, ob. cit., p. 350.

⁶⁷ La limitación que presenta esta posición es que partimos de una suposición, pues al no haberse manifestado expresamente nuestro legislador, no podemos afirmar taxativamente que esa era la línea de política criminal pretendida. Lo deseable sería que, en futuras reformas de normas penales, se perfeccione técnicamente el tipo y se aclarasen todas las dudas en torno al mismo.

⁶⁸ GARCÍA CALDERÓN, Jesús María, ob. cit., 2017, p. 7.

⁶⁹ Castigado con pena de 3 años y un día a 4 años y 6 meses o multa de 24 meses y un día a 36 meses.



romanas, etc., en actuaciones carentes de rigor científico, removiendo fondos sin ningún rigor científico y causando daños, por falta de tratamiento a los objetos metálicos que se extrajeron (...)»⁷⁰.

Y es aquí donde se pone de relevancia la importancia de la valoración del daño, elemento fundamental del tipo y, con ello, de la respuesta penal que debe darse al expolio del patrimonio cultural.

Por último, destacar que el expolio puede conectarse con otros importantes ilícitos penales⁷¹ como son el tráfico ilícito de bienes culturales⁷², constitutivo del delito de contrabando y con el blanqueamiento de capitales⁷³.

4

La penalidad del expolio y la cuestión de la valoración del daño como elemento de cualificación del tipo

La reforma del CP de 2015⁷⁴ parece haber mejorado la intervención penal en el delito de daños al patrimonio cultural con la supresión de las faltas⁷⁵. Actualmente, para castigar los daños intencionados no se requiere que se supere

⁷⁰ Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia provincial de Cádiz número 94/2019, de 5 de abril (ECLI:ECLI:ES:APCA:2019:1495).

⁷¹ BARDON, Agnes, "Traficantes de arte, traficantes de armas", *Tráfico ilícito de bienes culturales, 50 años de lucha*, UNESCO, París, 2020, pp. 5-9.

⁷² Ver PERIAGO MORANT, Juan J., "Puertos Francos: el arte que no verás", en GUIASOLA LERMA, Cristina (dir.) y PERIAGO MORANT, Juan J. (coord.), *Tutela de los bienes culturales. Una visión cosmopolita desde el derecho penal, internacional y la criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 461-506.

⁷³ SUAREZ-MANSILLA, Marta, "Nuevas medidas de lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Especial referencia al reglamento (UE) 2019/880", en GUIASOLA LERMA, Cristina y PERIAGO MORANT, Juan J., ob. cit., p. 618.

⁷⁴ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

⁷⁵ La antigua falta de daños del artículo 625 castigaba los daños intencionados de importe no superior a 400 euros.



ningún umbral económico y, por lo tanto, daños dolosos inferiores o superiores a 400 euros se castigarán por el artículo 323 CP⁷⁶.

4.1 De la penalidad del expolio

La penalidad básica en el expolio del patrimonio subacuático es de pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses. Hemos de decir que el anterior tipo del artículo 323 (que carecía del subtipo agravado del 323.2) castigaba la conducta de daños con la pena de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses. El tope mínimo de la pena del tipo básico era mayor que el actual y la multa no era alternativa, sino que era acumulativa a la pena de prisión correspondiente. Por lo tanto, se castigaba con la misma pena de prisión que el actual hurto agravado y añadía la multa.

Vemos que la pena que impone nuestro código penal a los delitos de hurto de cosas de valor cultural del artículo 235 es de pena de prisión de uno a tres años. Es decir, el tope mínimo de la pena de prisión en su extensión (un año) es mayor que el tope mínimo del previsto en el actual artículo 323.1 que es de 6 meses mientras que los topes máximos en la extensión de la pena de prisión en ambos delitos son iguales (tres años de prisión).

Una propuesta *de lege ferenda* sería la de re-introducir la pena cumulativa de prisión y multa para el supuesto de expolio donde haya conducta de apropiación más daños materiales al bien o al yacimiento, aunque los daños materiales al bien sean inapreciables. Ello permitiría castigar el plus de anti-juridicidad que acompaña a esta conducta frente a la de simples daños al bien según el concepto de expolio que se sostiene en este trabajo. Como pone de manifiesto Guisasola Lerma, "aunque solo fuera por razones de conveniencia económica nos convendría ser más tajantes con la respuesta legal a quienes atacan nuestro patrimonio cultural"⁷⁷.

⁷⁶ Ver ZÁRATE CONDE, Antonio, *Derecho Penal Parte Especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2018, p. 590.

En lo que concierne a los daños imprudentes solo los valorados económicamente en cifra superior a 400 euros son castigados atendiendo al artículo 324 del CP.

⁷⁷ GUIASOLA LERMA, Cristina, "Nuevas perspectivas en la regulación de los delitos contra los bienes culturales", en GUIASOLA LERMA, Cristina (dir.) y PERIAGO MORANT, Juan J. (coord.), *Tutela de los bienes culturales...*, ob. cit., p. 337.

4.2 La especial gravedad de los daños como elemento de cualificación del tipo

El numeral segundo del artículo 323 del CP implica una cualificación del tipo, que supone la posibilidad de imponer la penal del tipo básico en su mitad superior si se han causado daños de especial gravedad o cuando se hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante⁷⁸.

En caso de ser los daños especialmente graves podrá imponerse la pena superior en grado, que será la de 3 años y un día a 4 años y 6 meses o multa de veinticuatro meses y un día a treinta y seis meses. Este subtipo agravado, que tiene consecuencias sobre la pena y sobre la tipicidad, se introdujo con la reforma de 2015 del CP y debe ser aplicable a aquellos supuestos en que se constate el valor incalculable del daño⁷⁹. En todo caso, el daño "especialmente relevante" referido al "bien cultural" sucederá generalmente en los casos donde el bien esté calificado como Bien de Interés Cultural.

La gravedad se relaciona con la capacidad destructiva del medio empleado que desemboca en los resultados⁸⁰. Se ha advertido, en este sentido, que la gravedad de la conducta del uso de detectores de metales con la finalidad de apoderarse de piezas arqueológicas no estriba tanto en el valor material de las piezas obtenidas sino en la destrucción del yacimiento⁸¹. Se trata del llamado

78 Como consecuencias accesorias en este delito procede el comiso de los instrumentos, efectos y objetos del delito con la finalidad de conjurar la posibilidad de que puedan ser de nuevo utilizados para futuras acciones delictivas y la de prevenir un enriquecimiento ilícito cuando recae sobre los efectos del delito y que también hemos de tener presente posibilidad de la imposición de las costas al condenado. Sentencia de la Audiencia Provincial de Mérida número 166/2021, de 10 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APBA:2021:1481).

79 Ver GARCÍA CALDERÓN, Jesús María, "Problemas básicos en la persecución penal del expolio arqueológico", en GUIASOLA LERMA, Cristina (dir.) y PERIAGO MORANT, Juan J. (coord.), *Tutela de los bienes culturales...*, ob. cit., p. 245.

80 El ejemplo más visible se produce con la potente acción de las toberas de los buques "rescatadores de tesoros" que desaloja la arena del fondo del yacimiento subacuático y lo destruye, desapareciendo el contexto que posibilita el conocimiento científico de la zona y ocasionándose un daño irreversible a la investigación. Igual gravedad de resultado dañosa es la acción de los buceadores desaprensivos o los denominados "piteros" que con el uso fraudulento de detectores se apropian de objetos y los descontextualizan de su origen.

81 NÚÑEZ SÁNCHEZ, Ángel, "El expolio de yacimientos arqueológicos", *Tráfico ilícito de bienes culturales*, Ministerio de Cultura de Educación y Deporte Secretaría General Técnica, Madrid, 2006, p. 178.



daño indirecto que tiene que ver con la pérdida de información o conocimiento del lugar, y con su secuencia estratigráfica.

Finalmente, un mal endémico en este tipo de causas penales son los tiempos de resolución de la misma. Somos conscientes que en ocasiones existen circunstancias que dificultan la normal marcha del procedimiento por su complejidad y que pese a los ímprobos esfuerzos de nuestros jueces y tribunales acaban con sentencias tardías que acaban estimando la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 CP e incluso con carácter cualificado rebajando considerablemente la penalidad de los autores de estas conductas delictivas o incluso provocando el archivo de las actuaciones⁸².

La prescripción juega un importante papel en estos delitos ya que conforme al artículo 133 CP prescribirán a los cinco años. Este delito al ser un delito instantáneo se consuma en principio en el momento de su ejecución, pero si hay continuidad delictiva el tiempo de prescripción empieza desde que se realizó la última conducta.

4.3 La responsabilidad civil *ex delicto* y la reparación del daño

Este tema aparece en el apartado tercero del artículo 323 CP, advirtiendo que "[e]n todos estos casos [de daños a los yacimientos], los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado". Será necesario conectar este apartado tanto con el artículo 109.1 CP –que señala que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados– como con el artículo 110 del CP –que regula la responsabilidad civil del delito consistente en la restitución, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios materiales y morales–.

El apartado tercero del artículo 323 CP plantea así varias cuestiones. La primera es que no se obliga imperativamente a los jueces ordenar que se hagan a cargo del autor las tareas de restauración. La segunda es que la tarea de reparación del bien lo sea en la "medida de lo posible", lo cual plantea interesantes interrogantes por su indefinición puesto que en los yacimientos subacuáticos es complicado reparar su deterioro de manera íntegra "en la medida de lo po-

⁸² Ver Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de abril de 2019 o el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz Sección de Algeciras número 561/2021 de 7 de julio de 2021.

sible". Finalmente, hemos de preguntarnos si el legislador penal ha considerado los yacimientos como bienes, pues el artículo 323 aparentemente distingue entre bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental y yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos. La duda quedaría despejada acudiendo al artículo 44 de la LPH que cataloga los yacimientos examinados como bienes de dominio público.

De no ser posible la ordenación de la restauración mencionada en el apartado tercero del artículo 323, que es equivalente a la reparación del daño del artículo 110.2. CP, entonces se estudiará el acudir a otras vías como la restitución o la indemnización de daños y perjuicios.

En orden a satisfacer la responsabilidad civil mediante la restitución, ésta consistirá en la devolución de los objetos sustraídos en poder de lo expoliadores⁸³. En la restitución se plantea el problema de que puedan quedar afectados por la misma terceros de buena fe poseedores de los objetos⁸⁴.

En la indemnización de daños y perjuicios, la valoración económica en numerosas ocasiones es imposible dado que el daño es irreparable y no se puede cuantificar económicamente. En la valoración del daño no únicamente se pueden tener en cuenta parámetros estrictamente económicos pues existen aspectos que no son susceptibles de trasladarse a una cifra monetaria, estamos hablando de su significación en el orden histórico, científico o cultural⁸⁵. La valoración en sede judicial de los daños y perjuicios es cuanto menos problemática, partiendo de que el juez no es un especialista en esta cuestión y que requerirá del criterio del experto. Buena muestra de ello es la incomprensible –por no comprender el daño mismo– y ya mencionada Sentencia de la Audien-

⁸³ Ver Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante número 118/2008, de 18 de febrero de 2008 (ECLI:ES:APA:2008:172) relativa a la restitución de unas tres ánforas del pecio Bou-Ferrer.

⁸⁴ La cuestión se complica cuando los bienes han salido de nuestro país. Ver Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (*DOUE* de 28 de mayo de 2014) y en el plano internacional el Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995 (Instrumento de adhesión del Reino de España, *BOE* núm. 248, de 16 de octubre de 2002).

⁸⁵ El Tribunal Supremo distingue los daños producidos en el yacimiento y el valor de piezas expoliadas. Ver Sentencia Sala II del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1927). Véase asimismo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Mérida número 166/2021, de 10 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APBA:2021:1481).



cia Provincial de Cádiz de 5 de abril de 2019 del caso conocido como "Operación Bahía", en la que se acordó una indemnización, por el perjuicio al patrimonio arqueológico, de 3.000 euros a tanto alzado, señalando la sentencia que es de difícil cálculo y otorgada a favor de la Junta de Andalucía, que no se personó en el procedimiento⁸⁶. Para este cálculo irrisorio se tuvo en cuenta la valoración del daño que hicieron expertos de nuestro propio Museo Nacional de Arqueología Subacuática; y sus consecuencias negativas en la derivada internacional de este caso tuvieron que ser contrarrestadas por los agentes y abogados de España ante el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar⁸⁷.

La valoración pericial –debemos resaltar una vez más– tiene gran trascendencia práctica y no desarrollarla con verdaderos criterios técnicos conlleva, como hemos visto, situaciones indeseables⁸⁸. El problema es que cuesta encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la de las Audiencias Provinciales una serie de criterios valorativos establecidos fiables y adecuados para la cuantificación del daño al patrimonio arqueológico⁸⁹.

⁸⁶ Tal vez se perdió una oportunidad de obtener una mejor valoración de los daños si la Junta se hubiera mostrado como parte interesada en el mismo. PERIAGO MORANT, Juan José, ob. cit., 2020, p. 361. Otro ejemplo similar lo tenemos en la Sentencia la Audiencia Provincial de Álava número 21/2021, de 26 de febrero de 2021 y la Sentencia del Juzgado de Lo Penal Uno de Vitoria número 44/2020, de 8 de junio de 2020 (Caso Iruña-Veleia): ni durante la instrucción ni posteriormente en la vista oral se acreditó objetivamente el daño por las acusaciones ni se realizaron las ratificaciones de los informes que obraban en la causa en orden a la responsabilidad civil. Ver PERIAGO MORANT, Juan José, "Crónica de jurisprudencia penal 2020", *Patrimonio Cultural y Derecho. Hispanianostra* nº 25, Madrid, 2022, p. 545.

⁸⁷ Véase en la fase oral del asunto, la audiencia del 12 de octubre de 2012 (ITLOS/PV.12/C18/13/Rev.1, p. 13, en https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_18_merits/ITLOS_PV12_C18_13_Rev1.pdf?.

⁸⁸ Recomendamos en esta materia RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio y YAÑEZ, Ana, *¿Cuánto valen los platos rotos? Teoría y práctica de la valoración de bienes arqueológicos*, JAS Arqueología, Madrid, 2021.

⁸⁹ RUFINO RUS, Javier, "La pericial de daños al patrimonio histórico en el proceso penal", en *¿Cuánto valen los platos rotos? Teoría y práctica de la valoración de bienes arqueológicos*, ob. cit. p. 189.

5

Reflexión final

Decíamos al comienzo de esta contribución que tanto constitucionalmente como internacionalmente, España y sus poderes públicos están obligados a proteger el patrimonio cultural subacuático como parte integrante del patrimonio cultural español y "como parte integrante del patrimonio cultural de la humanidad y elemento de particular importancia en la historia de los pueblos, las naciones y sus relaciones mutuas en lo concerniente a su patrimonio común" (Preámbulo de la Convención UNESCO de 2001). Nuestro ordenamiento jurídico, muy particularmente nuestro ordenamiento penal al que expresamente se refiere el art. 46 de nuestra Constitución, ¿cumple cabalmente con tal propósito como lo exigen tanto ese precepto constitucional como el art. 17 de la Convención mencionada?

Ciertamente la técnica jurídica empleada por nuestro legislador ha mejorado la protección penal (y administrativa del PCS), así como adecuado las posibles sanciones. No obstante, telegráficamente, debemos recordar algunas carencias ya advertidas en esta contribución⁹⁰:

- (1) Debe comprenderse que, si bien forma parte del patrimonio cultural y no debe separarse su regulación general de dicho patrimonio, el PCS tiene unas características peculiares que requieren adecuar su protección a través de medidas penales y administrativas peculiares, esencialmente preventivas y mitigadoras del daño en ámbitos en los que muchas veces se supone la existencia de dicho patrimonio, pero se desconoce su localización y relevancia exactas;
- (2) Como ocurre con el patrimonio arqueológico en general, el daño al yacimiento –su destrucción, descontextualización y abandono– es más importante que las piezas individualizadas en sí, que pierden gran parte (si no todo) su valor fuera del contexto arqueológico en el que fueron halladas y de ahí la importancia de sancionar disuasoriamente la afectación al yacimiento;

⁹⁰ Esperamos que en la reforma de la LPH –presuntamente en curso mientras escribimos estas líneas– se avance al menos en el plano administrativo, forzando tal vez la revisión del plano penal, como tantos especialistas citados en este trabajo vienen reclamando.



- (3) Para ello es muy importante la correcta evaluación pericial y, aún más, la completa educación de nuestra administración, fuerzas de orden público, armada, jueces y fiscales, a la hora de enfrentarse en un proceso preventivo y/o sancionador relativo al PCS;
- (4) Debe comprenderse que este tipo de procesos se inician con actuaciones en espacios marinos sobre los cuales España ejerce soberanía o jurisdicción, y en los cuales se llevan a cabo multitud de actividades –lícitas e ilícitas– que pueden suponer un quebranto de nuestro patrimonio sumergido, de ahí que sea necesaria asimismo una acción coordinada de todas las administraciones implicadas y con competencias en esos espacios;
- (5) Debe señalarse, además, que tras los más graves y conocidos atentados al PCS aparece de forma decisiva la actividad sospechosa de las personas jurídicas en la búsqueda de beneficios propios; y que la configuración de nuestro actual sistema de justicia penal favorece la impunidad de sus actuaciones por la falta de previsión de su responsabilidad penal en los delitos contra el patrimonio histórico (pudiendo España plantearse la ratificación de la Convención de Nicosia, que prevé y regula estas situaciones); y
- (6) Finalmente, debería incidirse en las dificultades existentes para la ágil tramitación de los procedimientos penales derivadas de la necesaria cooperación entre autoridades y de órganos jurisdiccionales de diferentes Estados, entre otras cosas para facilitar la obtención de pruebas, para evitar –como ya ha ocurrido– que en ocasiones se archiven procedimientos penales por la prescripción del delito o se impongan penas muy reducidas por la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas recogida en el artículo 21.6 CP.

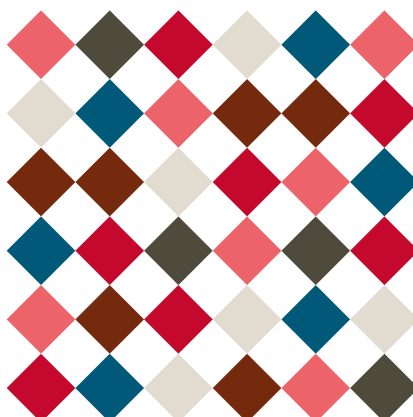


Los bienes culturales en caso de conflicto armado



Soledad Torrecuadrada García-Lozano

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones
Internacionales, Universidad Autónoma de Madrid





1

Introducción

Los conflictos armados provocan crisis humanitarias difíciles de olvidar. Ante estas imágenes de destrucción y horror, todo lo que no sea ayudar a las víctimas pasa a ser secundario. Entre esos aspectos secundarios se encuentra la protección y preservación de los bienes culturales en estos contextos, no por ello deja de ser relevante, pues como indicó Manuel Azaña cuando discutía con Juan Negrín acerca del traslado de las obras de arte que se encontraban en el Museo del Prado fuera de Madrid, como consecuencia de la grave amenaza de la pinacoteca por varias bombas incendiarias que hicieron blanco en ella y en sus alrededores en noviembre de 1936¹. El entonces Presidente de la República consideraba imprescindible su preservación por cuanto:

“[E]l Prado es más importante que la República y la Monarquía. Porque en el futuro podrá haber más repúblicas y monarquías en España, pero estas obras son insustituibles”².

- 1 Fue la primera evacuación de un gran museo en un contexto de conflicto armado. Desde entonces, se han perfeccionado los procedimientos para ello, especialmente con medidas preventivas y protocolos de evacuación ante distintas eventualidades, pero sin alterarse sustantivamente los planes que se aplicaron en aquel momento. En 2008 el entonces Ministerio de Cultura y Deportes publicó una guía a estos efectos que puede consultarse en: <https://www.culturaydeporte.gob.es/dam/jcr:8fa023e4-2dd0-4e8f-b45a-f1996b76bd92/gu%C3%ADa%20para%20un%20plan%20de%20protecci%C3%B3n%20de%20coleccion%20ante%20emergencias%20ministerio%20de%20cultura.pdf>.
- 2 https://historia.nationalgeographic.com.es/a/pinturas-museo-prado-exilio_16035. También en: <https://www.manuelazana.org/operacion-salvar-el-museo-del-prado/>. Sobre el traslado puede verse: https://www.um.es/documents/2918258/18876579/P%C3%B3ster_HyA_IES+Juan+Carlos+I.pdf/ad01afd4-8ca1-47e7-9033-f488c91dce47. En 2019 se celebraron los ochenta años de la evacuación con un congreso en el que se



Los bienes culturales hay que protegerlos en todo momento, puesto que son objeto de vandalismo³ o de actos de terrorismo que afectan a su conservación, es en el transcurso de los conflictos armados cuando se encuentran más expuestos⁴. La memoria así lo evidencia puesto que no solo se destruyen o deterioran como consecuencia del armamento enemigo, también son objeto de saqueos aprovechando la confusión que generan las hostilidades. Los supuestos de Iraq y Siria nos sirven para ilustrar esta afirmación⁵.

Por otra parte, si bien es cierto que la destrucción de patrimonio cultural producida en el siglo XX ha sido inmensa si la comparamos con la producida en siglos anteriores, debido al incremento exponencial de la capacidad destructora del armamento militar, no es novedosa. Así no podemos olvidar que fue durante la Guerra de la Liga Santa (siglo XVII), cuando el Partenón sufrió importantes daños aún hoy perceptibles como consecuencia de su utilización por parte de los otomanos como almacén de pólvora y armas, confiando en que no se dispararía contra este famoso edificio. El ataque produciría a los venecianos

profundizó en distintos aspectos de la evacuación. El programa puede verse en: <https://www.museodelprado.es/recurso/museo-guerra-y-posguerra-proteccion-del/7643d141-7319-44db-8e37-62f54aca644f>.

- 3 Existen múltiples ejemplos, algunos de los cuales pueden leerse en: <https://diario16.com/los-actos-vandalicos-monumentos-obras-arte-se-ceban-patrimonio-nacional/>.
- 4 Recordemos en este punto que, a 25 de julio de 2022, desde el inicio de los ataques a Ucrania, de acuerdo con la UNESCO, se han dañado 168 sitios culturales, 73 de ellos religiosos, 13 museos, 33 edificios históricos, 24 edificios dedicados a actividades culturales, 17 monumentos y 8 bibliotecas. Vid. <https://www.unesco.org/en/articles/damaged-cultural-sites-ukraine-verified-unesco?hub=66116>. A finales de marzo, el Ministerio de Cultura de Ucrania había hecho públicos algunos bienes culturales destruidos por el ejército ruso. Entre ellos, el Museo de Ivankin, cerca de Kiev, que contenía pinturas de María Prymachenko, pintora ucraniana naíf, premio nacional de Ucrania. Según unas fuentes se han destruido 20 obras, otras indican un número superior. También había sido destruida la iglesia de la Ascensión en Bobryk, en la región de Kiev, y se habían dañado el edificio de la sociedad filarmónica de Kharkiv así como su iglesia. El presidente Ucraniano se ha referido a la destrucción de la catedral de Jarkov, la iglesia de San Antonio y la de las mujeres portadoras de fragancias de la misma ciudad. Entre otras muchas (<https://es.aleteia.org/2022/03/14/ucrania-estas-iglesias-estan-en-ruinas-por-la-artilleria-y-bombas-rusas/>).
- 5 Entre la amplia bibliografía que han generado ambos casos, citaremos aquí LÁZARO FEO, A. L., *La protección jurídica internacional del patrimonio cultural en los conflictos armados. Estudio de los casos de Iraq (2003) y de Siria (2011)*, Tirant lo Blanch, 2022, especialmente su Parte IV ("La aplicación de la normativa internacional relativa a la protección de los bienes culturales en los conflictos armados: el caso del conflicto armado internacional de Iraq en 2003 vs. El caso del conflicto armado interno en Siria de 2011"), pp. 285 y ss.



una ventaja militar, puesto que el disparo de una batería de mortero produjo la explosión de la pólvora almacenada que no podría ser utilizada contra el enemigo. Con ello perdieron la vida unas trescientas personas que se habían refugiado en él, quedando el edificio casi reducido a escombros⁶.

La historia recuerda que la destrucción del patrimonio cultural se ha venido justificando como daño colateral de la contienda y el expolio en tanto que botín de guerra. Emmerich de Vattel (en 1758) consideraba que los bienes muebles formaban parte del botín de guerra cuya posesión adquiriría el conquistador o soberano vencedor, que podía distribuirlo entre las tropas participantes en la adquisición como considerase conveniente, mientras la situación en la que permanecían los últimos (bienes inmuebles) se resolvía bien en un Tratado de Paz, bien por sumisión o por destrucción⁷.

Se adquiere también conciencia de la especialidad de los bienes artísticos o culturales (entre otros), debido a que su utilización se presume alejada de los fines militares (lo que motiva una moderada protección) y, además, por definición, no aportan beneficios a considerar durante una contienda. En relación con estos bienes, el mismo Vattel afirma la ilicitud de su destrucción voluntaria, salvo que ese efecto fuera necesario para alcanzar beneficios militares o por necesidades de la guerra. Encontramos aquí por primera vez la distinción, que tardaría algún tiempo en consolidarse positivamente, entre los bienes objeto de protección y todos los demás, en función de las ventajas militares que pudiera proporcionar su destrucción al autor. El ejemplo de la destrucción del Partenón entraría dentro de la excepción, debido a su arriesgada utilización mixta: como almacén de pólvora y armas y como refugio de población civil.

A finales del siglo XVIII y XIX, la Revolución francesa y las guerras napoleónicas supusieron el inicio de la protección (nacional e internacional) de los monumentos y obras de arte nacional e internacionalmente, tanto en tiempos de paz como en los de guerra⁸. Entonces se consolida la opción expoliadora (siste-

6 <https://www.muyhistoria.es/h-moderna/articulo/el-bombardeo-veneciano-que-destruyo-el-partenon-de-atenas-281506426166> o https://historia.nationalgeographic.com.es/a/partenon_8141.

7 Vid. DE VATTEL, E., *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758, vol. 2, especialmente el Capítulo IX titulado "Du Droit de la Guerre à l'égard des choses qui appartiennent à l'ennemi", p.133 y ss. Puede leerse en: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k865729.image>.

8 Vid. O'KEEFE, R., *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2006, p.13.



máticamente practicada) en detrimento de la destrucción patrimonial practicada antes. Mucho se ha escrito sobre esta evolución, especialmente en España donde "los pretores napoleónicos se cobraron su botín de guerra en España en forma de cientos de pinturas de nuestros mejores maestros"⁹. Ello, a pesar de que, en un discurso pronunciado el 11 de abril de 1815, James Mackintosh recordaba que "en las guerras *modernas* los bienes culturales eran siempre respetados"¹⁰.

Junto con el botín de guerra, una de las consecuencias de los conflictos armados es el pillaje, prohibido en la Declaración de Bruselas de 1874, en la Convención II de la Conferencia de Paz de La Haya de 1899 o el Convenio IV de Ginebra de 1949. Sin embargo, hemos de esperar hasta la segunda mitad del siglo XX para encontrar un texto internacional positivo que establezca las normas mínimas aplicables a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. En las páginas que siguen responderé, a la luz del derecho actual, a tres preguntas: la primera, por qué se han de proteger los bienes culturales en los conflictos armados; la segunda, cómo se han de proteger; y, por último, las enseñanzas recientes en la materia como consecuencia de la situación de Ucrania en 2014 y 2022, para terminar con unas breves conclusiones.

2

Por qué se han de proteger los bienes culturales

Desde una perspectiva jurídica, la respuesta resulta muy fácil: los bienes culturales se han de proteger en el transcurso de los conflictos armados porque así lo establece el Derecho Internacional. En concreto, el Convenio de La Haya de 1954 para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado (en adelante, el Convenio o el Convenio de 1954) proclama (artículo 2)

⁹ Véase a modo de ejemplo, FERNÁNDEZ PARDO, F., *Dispersión y destrucción del patrimonio artístico español*, Fundación Universitaria Española, 2007. Ello sin olvidar el desprecio de Fernando VII de las obras que se exponen en Wellington Museum de Londres, vid. en este sentido, entre otras muchas fuentes: <https://www.museodelprado.es/aprende/enciclopedia/voz/equipaje-del-rey-jose-y-coleccion-del-duque-de/f2a3fe76-5fcc-40ed-a8da-0c27ca88e442>.

¹⁰ En NAHLIK, S. E., "Protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 120 (1967), p. 61 y ss. La frase del texto se encuentra en la p. 81. Traducción de la autora.



el compromiso de los Estados de salvaguardar y respetar los bienes culturales. Compromiso que alcanza tanto a "los bienes culturales situados en su propio territorio" (artículo 3) como a los que se encuentren en el territorio del enemigo (artículo 4), salvo en presencia de una necesidad militar imperativa (artículo 4.2)¹¹ o que se utilicen para fines militares (artículo 8.1.b).

Siendo muy relevante la existencia del Convenio, no deja de ser decepcionante el mantenimiento de la necesidad militar imperativa como límite a la obligación de respeto a los bienes culturales, que pervive desde que Alemania propusiera la incorporación de las "necesidades de la guerra", durante la Conferencia de Paz de La Haya de 1899, retomada por Estados Unidos y Reino Unido en el curso de la negociación del Convenio de 1954¹². Necesidad militar que justifica la suspensión de la protección especial de los bienes que se hayan ubicado en esta categoría que, recordemos, es la que implica mayor nivel de protección, bien es cierto que solo en "casos excepcionales de necesidad militar ineludible" (artículo 11.2), situación que carece de concreción en el texto convencional. En todo caso, será el Estado en cuyo territorio se encuentra el bien en cuestión el que determine la presencia de esa excepcionalidad, con lo que el adversario no estará obligado a respetar la inmunidad que aquella categorización le hubiere conferido al bien¹³.

Pese a estas limitaciones contenidas en el Convenio, lo cierto es que implica una obligación de respeto de los bienes culturales en el transcurso de los conflictos armados, fundamentada en distintos motivos (además de los indicados en el Preámbulo del Convenio) entre los que destaca su utilización como refugio

11 De acuerdo con la Corte Internacional de Justicia, los principios rectores del Derecho Humanitario, del que forma parte el Convenio de 1954 son: el principio de distinción entre combatientes y no combatientes y objetivos militares y no militares; el principio de proporcionalidad, en virtud del cual no se deben causar más daños de los estrictamente imprescindibles. Vid. En la Opinión consultiva de 8 de julio de 1996, en el asunto de la licitud de la amenaza o el uso de armas nucleares, parágrafos 78 y 92. Puede verse en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-BI.pdf>. Puede verse una explicación de estos principios en JOHANNOT-GRADIS, CH., "Protecting the past for the future: How does law protect tangible and intangible cultural heritage in armed conflict?", *International Review of the Red Cross*, nº 97 (2015), pp. 1253 y ss.

12 NAHLIK, S. E., "International Law and the Protection of Cultural Property in Armed Conflicts", *Hastings Law Journal*, 27, nº 5 (1976), pp. 1069 y ss. La idea del texto se encuentra en pp. 1084-1085.

13 En este caso, el Estado en cuyo territorio se encuentra el bien en cuestión solo tendrá que notificar los motivos de esa excepcional decisión al Comisario General de bienes culturales previsto en el Reglamento de aplicación del Convenio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.3 de este último texto, para lo que no se establece un tiempo determinado, solo se indica que se realizará "a la mayor brevedad".



de la población. En los conflictos armados la protección de la vida de las personas es prioritaria y los bienes inmuebles de naturaleza cultural o que albergan bienes culturales, como los museos o las catedrales, han servido también de refugio para la población (recordemos el caso del Partenón), su destrucción suele implicar pérdidas de vidas humanas. Además, hemos de observar la existencia del derecho humano a la cultura¹⁴, que encuentra fundamento, de acuerdo con la Relatora especial sobre el derecho a la cultura en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

"...(en particular en los artículos 13 a 15) como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en particular en las disposiciones relativas a la protección del derecho a la intimidad, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la libertad de opinión y expresión, a la reunión pacífica y a la libertad de asociación"¹⁵.

Por su parte, Luis Pérez-Prat se refiere al derecho al patrimonio cultural como una parte del derecho a participar en la vida cultural¹⁶, proclamado en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15.1.a)¹⁷. Por ello, la destrucción o el deterioro de los bienes culturales supone una vulneración de este derecho tanto en tiempo de paz como en el transcurso de un conflicto armado.

¹⁴ En este sentido puede verse: VRDOLJAK, A. F., "Human Rights and Illicit Trade in Cultural Objects", en BORELLI, S. y LENZERINI, F. (eds.), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, pp. 107 y ss. Cuatro años después, lo proclama el Consejo de Derechos Humanos en su 31 periodo de sesiones, en el documento titulado "Promoción del disfrute de los Derechos culturales de todos y respeto de la diversidad cultural" (Doc. A/HRC/31/L.17), de 21 de marzo de 2016, que puede verse en: https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_31_L17.pdf.

¹⁵ Informe de la Relatora especial sobre los derechos culturales (Doc. A/HRC/31/59), de 3 de febrero del mismo año, en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/017/00/PDF/G1601700.pdf?OpenElement>, parágrafo 21, p. 7.

¹⁶ PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. "Observaciones sobre el derecho al patrimonio cultural como derecho humano", *Periférica*, 15 (2014), <https://revistas.uca.es/index.php/periferica/article/view/2134>.

¹⁷ Encontramos el alcance de este precepto en la Observación General nº 21 del Comité de Naciones Unidas de Derechos económicos, sociales y culturales, distribuida el 21 de diciembre de 2009, que puede verse en: <https://www.refworld.org/es/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ed35beb2>.



En la medida en que los bienes culturales son la materialización de este derecho, su destrucción o expolio supone la vulneración de un derecho humano. S.P. Huntington ya había predicho en la última década del siglo veinte que las cuestiones identitarias (como patrimonio cultural, lenguaje y religión) desarrollarían un papel central en la política¹⁸ y en los conflictos de los años venideros. Si bien estos comportamientos no resultan novedosos, sí lo es la consideración de la destrucción y expolio de los bienes culturales como arma de guerra y más recientemente se ha calificado como un elemento relevante de la guerra híbrida. Así, de acuerdo con el Manual de la OTAN *Generar Integridad en las operaciones*:

"La cultura desempeña un papel esencial en los conflictos actuales, puesto que la identidad de un grupo suele estar conectada con símbolos que se reflejan en edificios, monumentos y artefactos. Dañar, destruir o saquear el patrimonio cultural socava la identidad, cohesión y resiliencia social, étnica o religiosa de una comunidad"¹⁹.

El caso de los talibanes y de otros grupos fundamentalistas islámicos nos sirve para ilustrar esta afirmación. En relación con los primeros, recordemos la voladura de los Budas de Bamiyán²⁰ y, con los segundos, la destrucción de los 333 mausoleos de Tombuctú (Patrimonio de la Humanidad)²¹ por el grupo Ansar al Dine, durante la revolución Tuareg de Mali²², por entenderlos ofensi-

¹⁸ HUNTINGTON, S. P., "The Clash of Civilizations?", *Foreign affairs*, vol. 72, nº 3 (Verano 1993), pp. 22 y ss, del mismo autor, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Simon and Schuster, Inc. Nueva York, 1996.

¹⁹ NATO White paper, NATO transformation Seminar 2015, Washington, DC, 24-26 march 2015, p. 5. http://www.act.nato.int/images/stories/events/2015/nts/NATO_NTS_2015_White_Paper_Final_Public_Version.pdf.

²⁰ Sobre los desastres de la guerra y la destrucción de la memoria cultural puede verse PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., "Las vicisitudes del patrimonio cultural: arte y derecho", en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2006, <https://www.ehu.eus/es/web/cursosderechointernacionalvitoria/-/las-vicisitudes-del-patrimonio-cultural-arte-y-derecho>.

²¹ <https://whc.unesco.org/es/list/119#top>.

²² Sobre este caso concreto puede verse VACAS FERNÁNDEZ, F., "La acción concertada de la Comunidad Internacional para la protección del patrimonio cultural en conflictos armados: Mali como paradigma", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32 (2016), pp. 189 y ss.



vos a Alá²³. En ambos (y otros muchos casos) se pretendía la destrucción de los valores de la población y el olvido de un pasado no musulmán²⁴, persiguiéndose con ello, como indica el Consejo de Seguridad, negar raíces históricas y diversidad cultural²⁵.

Por su parte, la OTAN ha acuñado el término de guerra híbrida para referirse a un tipo de amenaza que combina las actividades convencionales, irregulares y asimétricas en el tiempo y en el espacio. El foco se centra en las tácticas asimétricas e irregulares, incluyendo tácticas no militares que puedan desestabilizar a los adversarios, entre ellas, la destrucción de los bienes culturales²⁶. Con este efecto se persigue el propósito de afectar psicológicamente al enemigo, socavar la unidad o la identidad nacional. Claro que el objetivo de las guerras híbridas no es tanto conquistar (que también) sino influir en la voluntad y el ánimo de los ciudadanos y de aquellos que se encuentran al mando y poseen capacidad de decisión. Tengamos en cuenta que, de acuerdo con esta misma perspectiva, los bienes muebles o inmuebles que son culturalmente importantes para una sociedad suponen un aspecto vulnerable de esta sociedad por la repercusión que sobre el ánimo de la población puede tener²⁷. En nuestros días, las redes sociales y la múltiple difusión de la misma noticia, provoca la reiteración de las imágenes de destrucción o desaparición física del bien, en un recordatorio infinito de que ya no existe.

23 https://elpais.com/cultura/2012/07/01/actualidad/1341160895_086513.html, <https://es.unesco.org/creativity/story/tombuctu-mali>; y, más recientemente: https://elpais.com/elpais/2016/02/02/eps/1454409487_186712.html.

24 PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., "La protección internacional del patrimonio y las comunidades patrimoniales", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 19 (2015), pp. 121 y ss. La idea del texto se encuentra en la p. 132.

25 La Resolución 2347, de 24 de marzo de 2017 es monográfica sobre la protección del patrimonio cultural en conflictos armados, puede verse en: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/mandates_on_trafficking_in_cultural_property/resolution_2347/N1707909_S.pdf. En 2015 el mismo Consejo de Seguridad condenó la destrucción y expolio de bienes culturales por parte del Estado Islámico, el FAN y otros vinculados con AL-Qaeda, en la resolución 2199 (2015), de 12 de febrero. Puede leerse en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/040/32/PDF/N1504032.pdf?OpenElement>.

26 Vid. Supra nota nº 19.

27 En este aspecto hemos de tener en cuenta que cuanto más próximos sean los contendientes, mayor conocimiento de las vulnerabilidades del otro poseerán.



En consecuencia, en las guerras actuales se pretende diezmar al enemigo no solo físicamente sino también psicológicamente mediante la privación de sus referentes culturales. Si la desaparición del patrimonio cultural en un contexto de conflicto armado es intencionada pretende la destrucción de la identidad cultural como pueblo del grupo humano considerado (protegido en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos). Por tanto, es una herramienta de "limpieza étnica", pues desaparecidas las manifestaciones culturales físicas, se deja huérfano de referentes culturales a las nuevas generaciones, así lo establece la UNESCO²⁸. Esto nos conduce a un supuesto constitutivo de genocidio, por encajar dentro del alcance del artículo 6b del Estatuto de Roma, requiriéndose para ello el cumplimiento de los elementos del tipo, especialmente la intencionalidad, al ser "perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso"²⁹. En todo caso, de acuerdo con el documento de política general relativo al patrimonio cultural, realizado por la oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), el hecho de que los atentados contra el patrimonio cultural sucedan paralelamente en el tiempo con otras materializaciones de genocidio, permite evidenciar la intención específica de destrucción del grupo requerido para la existencia de este terrible crimen³⁰. Recordemos que el elemento intencional es la mayor dificultad que han de superar los tribunales a la hora de calificar los comportamientos en presencia como genocidio.

Asimismo, la destrucción y expolio del patrimonio cultural puede ser constitutivo de un crimen de guerra, pues se encuentra tipificado en el Estatuto de Roma, cuyo artículo 8 apartado 2.b.ix, establece como una materialización de este tipo:

"Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos,

²⁸ Considera crimen de "limpieza étnica" en: <https://www.unesco.org/es/articles/detengan-la-limpieza-cultural-mensaje-de-la-directora-general-en-iraq>.

²⁹ El artículo 6 del Estatuto de Roma contiene la misma definición de genocidio que la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, por lo que los términos indicados en el texto se encuentran en el artículo 2 de este último tratado internacional.

³⁰ La idea del texto puede leerse en el párrafo 78, pp. 33 y 34 del documento indicado, que puede leerse íntegramente en: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20210614-otp-policy-cultural-heritage-eng.pdf>.



los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares".

La condena de la CPI a Ahmad Al Faqi Mahdi encuentra fundamento precisamente en el precepto recién transcrito, calificando la destrucción de los mausoleos, imputable al acusado, de poseer una gravedad suficiente³¹. Por su parte, el apartado e.iv) del mismo artículo 8.2 incorpora idéntico contenido, añadiendo los edificios dedicados a la educación a esta formulación. Ciertamente es que el apartado 2.b) se refiere a los conflictos armados internacionales y el e) a los conflictos armados no internacionales³². La redacción de estos apartados recuerda el artículo 27 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre³³. En ambos casos, puede advertirse que la destrucción ha de ser intencional y estos bienes no han de ser objetivos militares cuya destrucción genere una ventaja militar ni pueden ser utilizados militarmente.

Lo primero que llama la atención en el precepto transcrito es la ausencia de los museos de la relación de inmuebles que incorpora, sin que ello pueda interpretarse como una exclusión, al ser edificios dedicados a las artes. No ocurre lo mismo con su contenido, cuya destrucción o apropiación se mantiene al margen del tipo considerado. La redacción del precepto transcrito se

31 La sentencia de 27 de septiembre de 2016 puede leerse en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_07244.PDF. Ver especialmente las páginas 29-35 respecto del artículo 8.2.b) xi. Se trata de una sentencia muy relevante en el tema que nos ocupa porque se trata de la primera que tiene como fundamento exclusivo de una condena ante un tribunal internacional penal la destrucción intencionada de bienes culturales en el contexto de un conflicto armado. La gravedad de los hechos se encuentra en los apartados 71-71, p. 39. Sobre la gravedad también se había pronunciado el TIPY en el asunto Fiscalía c. Dordevic (Sala de apelaciones) al establecer que la presencia de gravedad suficiente depende de la naturaleza y amplitud de los hechos considerados. Sentencia de 23 de febrero de 2011 de la Sala Preliminar II, parágrafo 1771, puede verse en: https://www.icty.org/x/cases/djordjevic/tjug/en/110223_djordjevic_judgt_en.pdf.

32 En el parágrafo cuarto de la Resolución 2347 de 2017, el Consejo de Seguridad ya advertía que: "... dirigir ataques ilícitos contra lugares y edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o fines benéficos o contra monumentos históricos PUEDE constituir crimen de guerra, en determinadas circunstancias y con arreglo al derecho internacional, y que los autores de estos ataques deben comparecer ante la Justicia".

33 "En los sitios y bombardeos se tomarán todas las medidas necesarias para favorecer, en cuanto sea posible, los edificios destinados al culto, a las artes, a las ciencias, a la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en donde estén asilados los enfermos y heridos, a condición de que no se destinen para fines militares".



aleja del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia (TIPY), que considera como vulneración de las Convenciones de Ginebra de 1949 la "destrucción o apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y llevadas a cabo en gran escala y en forma ilícita y arbitraria" (artículo 2.b), así como la violación de las leyes y usos de la guerra (artículo 3.d):

"La apropiación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la beneficencia y la educación o a las artes y las ciencias, monumentos históricos, u obras de arte y científicas, o los daños deliberados a éstos".

Por su parte, la jurisprudencia del TIPY ha considerado que la destrucción de bienes religiosos puede considerarse una manifestación del crimen de lesa humanidad, entendiendo que esta calificación se desprende del

"Tribunal militar internacional, el Informe de la CDI de 1991 y algunas jurisdicciones nacionales han considerado que la destrucción de edificios consagrados a la religión constituye sin error un acto de persecución en el sentido del crimen de lesa humanidad"³⁴.

De acuerdo con lo anterior, la Sala establece que la destrucción intencional de lugares religiosos albaneses en territorio de Kosovo, realizada con ánimo discriminatorio puede constituir un acto de persecución, con lo que encajaría en el tipo descrito en el artículo 5 h) del Estatuto que contiene las materializaciones del tipo de lesa humanidad³⁵. Por ello, en el asunto contra Milan Milutinovic "considera que la jurisprudencia del TIPY específicamente prohíbe la destrucción de lugares religiosos y monumentos culturales como persecución, un crimen de lesa humanidad"³⁶.

³⁴ El texto transcrito se encuentra en la Sentencia de 23 de febrero de 2011, de la Sala II de Primera Instancia del TIPY, Fiscalía c. Vlastimir Dordevic, Parágrafo 1771, p. 849. Puede leerse íntegramente en: https://www.icty.org/x/cases/djordjevic/tjug/en/110223_djordjevic_judgt_en.pdf. La traducción es de la autora.

³⁵ No era la primera vez que lo afirmaba, ya lo había indicado en la Sentencia de 17 de diciembre de 2004 de la Sala de apelaciones en el asunto Fiscalía c. Dario Kordic y Mario Cerkez, parágrafo 108, en: https://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf.

³⁶ Ver en la Sentencia de 25 de febrero de 2009, de la Sala de primera instancia, en el asunto Fiscalía c. Milan Milutinovic y otros, tomo 1, parágrafo 205. En <https://www.icty.org/x/cases/milutinovic/tjug/en/jud090226-e1of4.pdf>.



Entre el Estatuto de la CPI y del TIPY se aprecia una identidad y dos diferencias. La identidad se encuentra en la omisión de cualquier referencia al Convenio de 1954, así como al estatuto jurídico establecido en este texto convencional respecto del objeto de protección³⁷. Las diferencias se centran en: 1) la relación de bienes objeto de sanción; 2) alcance de la obligación. En cuanto a la primera, ambos textos convencionales se apartan de la relación de bienes que contiene el Convenio de 1954 haciendo suya la contenida en el artículo 27 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Cuarto Convenio de La Haya de 1907), aunque en el TIPY se incorporan las instituciones dedicadas a la educación y se excluyen los hospitales. Por lo que se refiere al alcance de la obligación, el Estatuto de la CPI contiene desde la perspectiva del ataque una obligación de comportamiento mientras la proclamada por el TIPY es de resultado. Con ello, el abanico de comportamientos amparados en el Estatuto de Roma sería mayor que el de 1993 (resolución 827, del Consejo de Seguridad). Sin embargo, en la práctica del TIPY amplió el alcance del precepto indicado, como se establece en el caso Jokic a "actos hostiles dirigidos contra monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos"³⁸. Interpretación extensiva que resulta insuficiente desde una perspectiva general, al dejar sin sanción los eventuales comportamientos destructores que puedan dirigirse a los bienes culturales que quedan al margen de los establecidos en el Estatuto de Roma.

La Convención de 1954 contiene una amplia relación de bienes objeto de protección, sean muebles o inmuebles, que tienen en común contar con una importancia para el patrimonio cultural del Estado o valor cultural intrínseco, en palabras de Vanessa Menéndez³⁹. Sin embargo, hay que tener en cuenta que es el Estado el que identifica los bienes con importancia para su patrimonio

³⁷ En este sentido se pronuncia RODRÍGUEZ MATÉS, R., "Valoración de la protección jurídico-internacional del patrimonio cultural en período de conflicto armado ante el 50º aniversario de la Convención de La Haya (1954-2004)", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 24 (2004), pp. 223 y ss. La idea del texto se encuentra en la p. 254.

³⁸ Fiscalía c. Jokic, TIPY (Sala de primera instancia I), Juicio y sentencia, 18 de marzo de 2004, parágrafo 50. Traducción propia. En esta Sentencia, el TIPY omite cualquier referencia al régimen jurídico-protector de los bienes culturales en el contexto de conflictos armados establecido en el Convenio de 1954.

³⁹ MENÉNDEZ, V., "Entre el mito y la legalidad: el delito de destrucción del patrimonio cultural en el Derecho Penal Internacional", pendiente de publicación. Cortesía de la autora.



cultural, lo que no evita la destrucción de las manifestaciones culturales de los grupos que el propio Estado desee erradicar.

En este punto, no podemos perder de vista el propósito de los textos a los que me he referido, si bien los Estatutos de la CPI y el TIPY establecen los comportamientos objeto de la competencia de ambos tribunales, la Convención de 1954 procura la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Como es sabido, los Estatutos de los tribunales indicados carecen de mecanismos de protección de los bienes culturales en tiempos de conflicto armado, poseyendo exclusivamente una vis represora pues se limita a establecer la responsabilidad penal de las personas que los han concebido o producido. Incluso desde esta perspectiva, presentan límites evidentes: en el caso del TIPY, al resultar exclusivamente aplicable a los actos producidos en el territorio de la antigua Yugoslavia durante el periodo considerado; en el de la CPI, debido al relativismo característico del Derecho internacional público, como se evidencia en la actual agresión rusa a Ucrania. En este último caso ni el agresor ni el agredido son partes en el Estatuto, tampoco podemos centrar nuestras esperanzas en la aplicación del artículo 13 b) de este texto, dado que el primero es miembro permanente del Consejo de Seguridad⁴⁰.

El último motivo que consideraremos aquí para proteger el patrimonio cultural en un contexto de conflicto armado es su repercusión en las tareas de reconciliación, una vez concluidas las hostilidades. El Consejo de Seguridad, en el preámbulo de la Resolución 2347 de 2017 antes citada, afirmaba:

"...la destrucción ilícita del patrimonio cultural, así como el saqueo y el contrabando de bienes culturales en caso de conflicto armado ... pueden alimentar y exacerbar los conflictos y obstaculizar la reconciliación nacional después de los conflictos, socavando así

⁴⁰ A pesar de lo cual y como consecuencia de la petición de cuarenta y un Estados (vid. AMBOS, K. en <https://almacenederecho.org/la-guerra-en-ucrania-y-la-corte-penal-internacional>), el Fiscal de la CPI dirigió el 1 de marzo de 2022 a la Sala de cuestiones preliminares II, con fundamento en el artículo 15.3 del Estatuto de Roma, su intención de iniciar una investigación sobre los hechos ocurridos en Ucrania. El argumento utilizado para ello fueron las dos declaraciones ucranianas de aceptación de la jurisdicción de la CPI sobre los crímenes cometidos en su territorio entre el 21 de noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2012. La segunda de ellas prorrogaba indefinidamente la declaración anterior. El texto referido puede verse en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2022_01687.PDF.



la seguridad, la estabilidad, la gobernanza y el desarrollo social, económico y cultural de los Estados afectados".

En el mismo sentido se pronunció la Directora General de la UNESCO, Audrey Azoulay, respecto de la agresión de Rusia a Ucrania y las evidentes repercusiones sobre el patrimonio cultural de este último Estado⁴¹. Consciente de que la destrucción, deterioro o desplazamiento del patrimonio cultural es susceptible de dañar la conciencia cultural nacional, en los primeros días del mes de marzo afirmó:

"Debemos salvaguardar este patrimonio cultural, como testimonio del pasado pero también como vector de paz para el futuro, que la comunidad internacional tiene el deber de proteger y preservar para las generaciones futuras. Para proteger el futuro, también las instituciones educativas deben ser consideradas santuarios"⁴².

En consecuencia, desde una perspectiva jurídica es evidente la existencia de motivos más que suficientes para proscribir la destrucción, deterioro y expolio de los bienes culturales en conflictos armados. Su existencia provoca responsabilidad criminal en la medida en que puede ser una materialización de los crímenes más graves (el genocidio, la lesa humanidad o el crimen de guerra) o acompañarlos, pero, además, potencialmente distorsiona la reconciliación por el daño causado sobre la memoria colectiva de aquellos que pueden quedarse sin referentes culturales como consecuencia de estos comportamientos.

3

¿Cómo proteger el patrimonio cultural en los conflictos armados?

El primer texto monográficamente dedicado a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado es el Convenio en 1954, cuyas disposiciones

⁴¹ <https://www.unesco.org/es/articles/ucrania-declaracion-de-la-unesco-tras-la-adopcion-de-la-resolucion-de-la-asamblea-general>.

⁴² Id. Nota anterior.

tienen presente el desastre del patrimonio cultural producido durante la Segunda Guerra Mundial. Es cierto que antes, en 1899 y 1907, las Convenciones de La Haya incorporaban disposiciones aisladas referentes a la protección de bienes culturales, como el artículo 27 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, que establecía, por una parte la toma de todas las medidas necesarias para evitar, siempre que fuera posible, sus ataques en determinados lugares, que son los que se refieren en el artículo 8 del Estatuto de Roma; y, por otra, la obligación del sitiado de señalar adecuadamente los inmuebles objeto de protección para que el agresor pueda sortearlos. Desde la generalización de la guerra aérea resultaba necesaria la identificación de estos edificios, por ello, no puede extrañarnos que la Convención IX de La Haya relativa al bombardeo por las fuerzas navales en tiempo de Guerra contuviera uno (artículo 5, párrafo segundo)⁴³, en el que encuentra una clara inspiración el incorporado en las Reglas de la guerra aérea de 1922⁴⁴, trece años más tarde, en el continente americano se establecería otro alejado tanto en diseño como en colores de los anteriores⁴⁵.

El Convenio de 1954 incorpora en su articulado un doble régimen de protección: general y especial. Los primeros son todos los que se indican en la definición de bienes culturales (artículo 1), que merecen una protección general establecida en los primeros artículos del texto convencional (artículos 2 a 7); los segundos son los que gozan de una "importancia muy grande" que son susceptibles de gozar de una protección especial. Para ello, deberán reunir unas

⁴³ El artículo referido establece que se señalarán los edificios "con signos visibles que consistirán en grandes tableros rectangulares, rígidos, divididos diagonalmente en dos triángulos, de color negro el de arriba y blanco el de abajo".

⁴⁴ El artículo 25 del texto indicado establecía que "los edificios destinados a los cultos, al arte, a las ciencias y a la beneficencia, los monumentos históricos, los barcos hospitales, los hospitales y otros lugares donde se recoge a los enfermos y a los heridos" se señalarían con "un gran panel rectangular protegido, siguiendo una diagonal, en dos triángulos, uno blanco y otro negro".

⁴⁵ Se trata del Convenio sobre la protección de las instituciones artísticas y científicas de los monumentos históricos (conocido como Pacto Roerich, en atención a su promotor, Nicolás Roerich), adoptado en Washington el 15 de abril de 1935, incorporaba en su artículo 3 la posible utilización de una "bandera distintiva (círculo rojo, con una triple esfera roja dentro del círculo, sobre un fondo blanco) conforme al modelo anexo a este tratado". En este tratado fueron parte todos los Estados del continente salvo Canadá. Vid el texto en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1935-roerich-pact-5tdm2y.htm>.



condiciones determinadas⁴⁶ y solicitar esa protección al Comité del escudo azul de la UNESCO que es el competente para decidir al respecto⁴⁷.

Para la obtención de esta protección especial es imprescindible la instancia del Estado parte en el Protocolo de 1999 en cuyo territorio se encuentra el bien. Este texto convencional prevé la posibilidad de que otros Estados parte o cualquier organización no gubernamental "con la competencia apropiada" podrán trasladar al Comité (que también puede actuar de oficio) la solicitud de invitación al Estado parte respecto de la inscripción de un determinado bien cultural en la lista. En todo caso, el Comité decidirá si procede o no y si el Estado invitado accede a la invitación recibida (artículo 11 del Protocolo), se iniciará el procedimiento que puede concluir con la concesión de la protección reforzada.

La protección general para ambas categorías (general y específica) implica la necesidad de proteger (Capítulo segundo), señalar los bienes culturales en los conflictos armados (artículo 10), a las que el Protocolo segundo añade la de inventariarlos (artículo 5). Parece lógico que, para la protección de bienes culturales muebles, tenemos que conocer al detalle cuáles son, especialmente si vamos a desplazarlos a lugares seguros (Capítulo tercero del Convenio), de ahí la relevancia de su inventario, también previendo el eventual pillaje aprovechando el contexto conflictual. En consecuencia, hay tareas protectoras que

⁴⁶ El Convenio de 1954 establecía un régimen especial de protección para los refugios en los que se encontraran bienes culturales de mayor importancia. Para que los refugios disfrutaran de esta protección especial debían reunir una serie de condiciones: alejados de "un gran centro industrial o cualquier objetivo militar importante considerado como punto sensible", que no fueran utilizados para fines militares. El protocolo segundo de 1999 al Convenio de 1954 establece la posibilidad de que un bien cultural -ya no solo los refugios- ser objeto de la protección reforzada, siempre que (artículo 10) "a) que sea un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad; b) que esté protegido por medidas nacionales adecuadas, jurídicas y administrativas, que reconozcan su valor cultural e histórico excepcional y garanticen su protección en el más alto grado; y c) que no sea utilizado con fines militares o para proteger instalaciones militares y que haya sido objeto de una declaración de la Parte que lo controla, en la que se confirme que no se utilizará para esos fines".

⁴⁷ Los refugios de bienes culturales indicados en la nota anterior no estarán sometidos a la decisión del Comité intergubernamental, sino que deberán inscribirse en el Registro internacional de bienes culturales bajo protección especial. El procedimiento para su inscripción en este registro se encuentra establecido en los artículos 12 y ss, del Reglamento para la aplicación de la Convención para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, que puede verse en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1954-hague-convention-rules-5tdm2z.htm>.



han de realizarse en tiempo de paz⁴⁸, como la preparación de la relación de bienes objeto de protección, puesto que en el transcurso de un conflicto armado resulta mucho más complicada; o la formación de los miembros de las Fuerzas armadas para que respeten, en lo posible, los bienes culturales, incluso a la población civil, con el propósito de evitar situaciones como las ocurridas en Siria, Iraq⁴⁹ o Libia⁵⁰.

Esto nos conduce a la necesidad de formar a las Fuerzas Armadas en el respeto de los bienes culturales. En este sentido, en las nuevas actuaciones militares occidentales, en palabras de I. Rodríguez Temiño y D. González Acuña:

"se les exige no solo legitimidad en sus intervenciones exteriores, sino también un cumplimiento cabal de la normativa internacional tanto en lo referente a los derechos humanos como en la protección del patrimonio cultural. Esta exigencia resulta tan vinculante que su negligente cumplimiento empaña el éxito bélico de la misión"⁵¹.

Por lo que resulta fundamental que la protección de los bienes culturales se incorpore en la formación de las Fuerzas Armadas de los Estados. Con este propósito la UNESCO publicó un Manual militar⁵² para que sirva de base para esta formación que permita a los principales protagonistas de los conflictos armados actuar responsablemente respecto de los bienes culturales. Por su parte, R. O'Keefe nos recuerda que esta formación no es novedosa puesto que,

48 El artículo 3 del Convenio de 1954 establece el compromiso de los Estados parte en él de: "preparar en tiempo de paz la salvaguardia de los bienes culturales situados en su propio territorio contra los efectos previsibles de un conflicto armado, adoptando las medidas que consideren apropiadas".

49 <https://funci.org/la-ocupacion-y-destruccion-cultural-de-iraq/>. Algunos de los objetos saqueados aparecieron en Estados Unidos. Además de que, en lugares de gran importancia histórica, para que circularan mejor los camiones y los tanques, pusieron el suelo de cemento.

50 Véase PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., "El tráfico ilícito de bienes culturales y el conflicto armado: la reacción de las Naciones Unidas", *Pasajes*, 61 (2020), pp. 43 y ss.

51 RODRÍGUEZ TEMIÑO, I. y GONZÁLEZ ACUÑA, D., "La protección del patrimonio cultural en conflictos armados. De las lecciones aprendidas al diseño estratégico", *Documento marco del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 7 de agosto de 2013. El texto transcrito se encuentra en la p. 24. Puede descargarse el trabajo en pdf desde: <https://www.ieee.es/temas/conflictos-armados/2013/DIEEEM15-2013.html>.

52 <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000246633>.



a comienzos del siglo XX, en el seno del ejército alemán se creó una unidad de protección del arte, con la finalidad de proteger bienes muebles e inmuebles⁵³, por no referirnos a los famosos *monuments men*⁵⁴ en la Segunda Guerra Mundial. P. G. Stone realiza afirmaciones relevantes a estos efectos, así, en primer lugar, ha de plantearse la protección de los bienes culturales:

"como algo que les beneficie a ellos y al éxito de su misión, y no como una engorrosa petición adicional de académicos y profesionales especializados que complique innecesariamente la misión militar"⁵⁵.

El mismo autor ha desarrollado en su obra el denominado "enfoque de cuatro niveles" con el que conseguir a largo plazo esa formación militar en la protección de los bienes culturales, que se viene aplicando por algunos ejércitos⁵⁶. Si bien la formación al personal militar es fundamental, no lo es menos la de la población civil, con el propósito de evitar comportamientos como las conocidas "antigüedades de sangre", en palabras de L. Pérez-Prat el expolio como "forma de subsistencia de poblaciones desfavorecidas"⁵⁷, el saqueo del Museo Nacional de Bagdad entre abril y mayo de 2003⁵⁸ o el comportamiento negligente por parte de las fuerzas armadas del Reino Unido ante los saqueos a la Universidad de Basora y su biblioteca central, entre otras⁵⁹. Estos comportamientos además

⁵³ O'KEEFE, R., *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2006, p. 41.

⁵⁴ EDSEL, R. M., *The Monuments Men: Allied Heroes, Nazi Thieves and the Greatest Treasure Hunt in History*, Arrow Book Ltd., Londres, 2010.

⁵⁵ STONE, P. G., "La protección de los bienes culturales durante los conflictos armados. Reacciones del siglo XXI ante viejos problemas", *Pasajes*, nº 61 (2020), pp. 21 y ss. La transcripción del texto se encuentra en pp. 25-26.

⁵⁶ Además de la obra indicada en la nota anterior, con carácter previo a ella, el autor ya había publicado "A four-tier approach to the protection of cultural property in the event of armed conflict", *Antiquity*, vol. 87, Issue 335 (2013), pp. 166 y ss.; y, "4 Tier Approach in the Protection of Cultural Property", *British Army Review* (2013-2014), pp. 40 y ss.

⁵⁷ PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., "El tráfico ilícito de bienes culturales y el conflicto armado: la reacción de las Naciones Unidas", ob. cit., pp. 43 y ss.

⁵⁸ Datos tomados de LÁZARO FEO, A.L., *La protección jurídica internacional del patrimonio cultural en los conflictos armados...*, ob. cit., p. 289 y ss.

⁵⁹ Id. Nota anterior.



de su propia naturaleza delictual implican el tráfico ilícito de bienes culturales con el que se obtienen importantes beneficios que se destinan a la adquisición de armamento igualmente ilícito⁶⁰.

Por tanto, la formación a la población civil sobre la relevancia de los bienes culturales y su conservación es fundamental para su protección. Esta medida puede encontrar resultados positivos en lugares en los que la población tiene sus necesidades básicas cubiertas, pero cuando nos encontramos ante personas que carecen del sustento mínimo para su supervivencia, no tiene por qué obtener el éxito deseado si no va complementado con actuaciones añadidas que sean susceptibles de desincentivarlos.

Otra modalidad que debería intentar prevenirse es la del expolio sistémico desarrollado por el régimen nazi en Alemania, con el que se pretendía financiar la adquisición de armamento militar⁶¹, además de adornar las paredes de edificios oficiales, crear el famoso museo del Führer. Sin embargo, para comportamientos de estas características no cabe confiar demasiado en la educación como mecanismo de prevención, pues quienes lo desarrollan entenderán que todo camino es lícito para alcanzar el propósito que los mandos han decidido perseguir⁶².

Por otra parte, cuando el terreno en el que se encuentran los bienes culturales está siendo bombardeado, no queda más remedio que proteger como se pueda los inmuebles⁶³ y trasladar los muebles con el propósito de alejarlos de su lugar habitual. Estos desplazamientos están previstos y regulados en el Convenio de 1954 (artículos 12 y 13) y deberán producirse siempre a instancia del Estado parte en cuyo territorio se encuentran los bienes objeto de protec-

60 PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., "El tráfico ilícito de bienes culturales y el conflicto armado: la reacción de las Naciones Unidas", ob. cit., p. 44.

61 MARTORELL, M., *El expolio nazi*, Galaxia Gutenberg S.L., Barcelona, 2020.

62 Hay que tener en cuenta que no solo se atenta contra los bienes culturales bombardeándolos sino también ordenando a los bomberos no apagar los incendios que hubieran podido producirse en ellos, como estableció el TIPY en la Sentencia de 27 de septiembre de 2006 de la Sala de cuestiones preliminares I, Fiscalía c. Momcilo Krajisnik, parágrafo 838, Puede verse en: <https://www.icty.org/x/cases/krajisnik/tjug/en/kra-jud060927e.pdf>.

63 En el caso de Ucrania, se procedió a tapiar "con andamios las vidrieras de las principales iglesias de la ciudad y envolviendo con tela, plástico, porexpan y cinta de aluminio las estatuas", vid. En https://www.elconfidencial.com/cultura/2022-03-05/patrimonio-cultural-ucrania-peligro_3385360/ protección que difícilmente impedirá la destrucción de los bienes en cuestión si es víctima de un misil.



ción⁶⁴. Sin embargo, no siempre es fácil trasladar los bienes culturales puesto que además de medios de transporte se requiere material protector para estos fines, que puede no resultar de fácil acceso en el territorio en cuestión. En el traslado de bienes culturales producido durante la Guerra Civil española no había material protector como actualmente y, en el transcurso del conflicto solo pudieron utilizarse cajas "viejas y grandes sobrantes de las exposiciones que se habían celebrado recientemente en el Palacio de Velázquez, en el Retiro"⁶⁵, incluso en las imágenes que se conservan se advierten cuadros cubiertos con mantas.

En el conflicto que asola Ucrania, distintos museos de Estados europeos han enviado camiones cargados con materiales que permitan asegurar el traslado de los bienes culturales muebles, así como proteger los inmuebles. El primero fue un camión francés a finales del mes de marzo⁶⁶ y, más recientemente (cuatro meses después de su inicio), se mandaron tres camiones desde España cargados "con doscientos metros cúbicos de cajas y doce mil quinientos kilos" de material, entre el que destaca el plástico de burbujas, "cajones de embalaje, palés, planchas de espuma de polietileno, esquineras para cuadros o botes de gel de sílice", junto con extintores o material informático para realizar los inventarios⁶⁷. Quizá resulte más económica la aportación económica pero las dificultades de encontrar los materiales precisos han provocado el envío de este material en el que han colaborado el Instituto de Patrimonio Cultural de

⁶⁴ Esto ocurrió con los cuadros del Museo del Prado durante la Guerra Civil, se inventariaron y se enviaron fuera de Madrid, a lugares que se consideraron seguros, como una mina de Talco en La Vajol, en el alto Ampurdán, que en la actualidad tiene menos de un centenar de habitantes (<https://www.investigart.com/2021/09/21/proteccion-salvaguarda-patrimonio-guerra-civil-espanola/>). También encontramos el caso de la corona de San Esteban (la Santa corona de oro de San Esteban) la corona de los reyes húngaros se custodió tras la II Guerra Mundial en el Depósito de la Reserva federal de Estados Unidos para evitar que cayeran en manos de la Unión Soviética, siendo devuelta a Hungría en 1978. https://elpais.com/diario/1978/01/07/internacional/252975604_850215.html.

⁶⁵ https://www.eldiario.es/cultura/camion-esperanza-patrimonio-llega-ucrania_1_8864215.html#:~:text=La%20iniciativa%20ha%20puesto%20en,repartiendo%20entre%20las%20instituciones%20ucranianas.

⁶⁶ *Ibíd.* Se trata de material donado por distintos museos, siendo el más generoso el de Burdeos seguido del Louvre.

⁶⁷ <https://elpais.com/cultura/2022-06-28/tres-camiones-espanoles-al-rescate-del-patrimonio-ucranio.html>.



España, la Asociación de Museólogos y Museógrafos de Andalucía y distintos museos, como el Guggenheim o el Prado⁶⁸.

En todo caso, la decisión de evacuar los bienes culturales no es fácil, se ha de decidir en un futuro incierto, puesto que si permanecen en los lugares habituales pueden desaparecer como consecuencia de los bombardeos, de los que no están exentos los transportes pese a su señalización. Además, los traslados pueden deteriorar las obras que se pretenden proteger fruto de accidentes o de que la falta de mantenimiento de las condiciones óptimas que requiere su conservación, aunque sea durante un breve periodo de tiempo, puedan deteriorarlas. Para evitar pérdidas o daños en estas delicadas operaciones, la UNESCO y el Centro Internacional de Estudios de Conservación y Restauración de los Bienes Culturales (ICCROM) han publicado un manual sobre *Evacuación de emergencia para colecciones patrimoniales*⁶⁹.

Por lo que se refiere a la señalización de los bienes culturales durante el conflicto armado, como se indicó antes, el Convenio, se aparta de los emblemas perfilados en textos internacionales anteriores, estableciendo uno propio⁷⁰. El escudo podrá utilizarse solo o en grupos de tres⁷¹. En la agresión de Rusia a Ucrania, de acuerdo con la información de la UNESCO, la señalización de los bienes culturales muebles en Ucrania comenzó en la primera semana de marzo⁷².

68 Id. Nota anterior.

69 Puede descargarse en: <https://www.iccrom.org/es/news/manual-de-evacuaci%C3%B3n-de-colecciones-patrimoniales-ya-disponible-en-portugu%C3%A9s>.

70 El artículo 16 de la Convención lo describe en los siguientes términos: “Escudo en punta, partido en aspa, de color azul ultramar y blanco (el escudo contiene un cuadrado azul ultramar, uno de cuyos vértices ocupa la parte inferior del escudo y un triángulo también azul ultramar en la parte superior; en los flancos se hallan sendos triángulos blancos limitados por las áreas azul ultramar y los bordes laterales del escudo)”.

71 De acuerdo con el artículo 17 del Convenio, el emblema repetido tres veces se ubicará en inmueble que gocen de una protección especial, los transportes de los bienes culturales, así como los refugios improvisados establecidos para su protección. Por su parte, si se encuentra aislado identifican a los bienes culturales que gozan de protección especial, las personas encargadas de las funciones de vigilancia, el personal encargado de protegerlos y figurarán en las tarjetas identificativas.

72 La UNESCO indicó que, en el caso de Ucrania, una vez comenzados los ataques se estaba procediendo a la señalización: <https://www.newtral.es/escudos-azules/20220405/>, <https://www.unesco.org/es/articulos/patrimonio-cultural-en-peligro-en-ucrania-unesco-refuerza-las-medidas-de-proteccion> o <https://news.un.org/es/story/2022/03/1505342#:~:text=La%20Organizaci%C3%B3n%20de%20las%20>



Hemos de tener en cuenta la existencia en el territorio del Estado víctima de la agresión de los siete bienes que se encuentran en la lista de patrimonio de la humanidad⁷³, dos de ellos en suelo de Crimea, actualmente bajo control ruso y tres son transfronterizos.

Los bienes que se encuentran en la lista de patrimonio de la humanidad carecen de una protección específica en el contexto de un conflicto armado distinto del que figura en el Convenio de 1954, dado que este último texto convencional es *lex specialis* en los períodos considerados. La Convención de 1972 para la protección del patrimonio mundial cultural y natural establece el procedimiento para identificar los lugares que poseen un "valor universal excepcional" que, en cuanto tal, pertenecen al patrimonio común de la humanidad. Por lo demás, solo menciona en una ocasión el término conflicto armado (artículo 11.4) y lo hace para establecer la competencia del Comité de patrimonio mundial de realizar la "Lista de patrimonio mundial en peligro", cuya protección exija grandes trabajos de conservación para los cuales se haya pedido ayuda en virtud del texto convencional de 1972. Lista en la que pueden inscribirse los bienes del patrimonio cultural y natural que se encuentren amenazados por peligros graves y precisos, entre otras razones, como consecuencia de un "conflicto armado que haya estallado o amenace estallar", una vez inscritos, podrán ser objeto de asistencia internacional para su recuperación. Pero, como decía antes, carece de una protección específica, más allá de ser considerados, por definición, titulares de una protección especial por su gran relevancia para la humanidad.

4

Enseñanzas recientes: Ucrania

Desde 2014 los conflictos entre Rusia y Ucrania nos han proporcionado importantes enseñanzas en lo que a la protección de bienes culturales se refiere. Desafortunadamente, la historia se repite y los mismos lugares que fueron bombardeados por el ejército del Tercer Reich lo han sido de nuevo

Naciones, incursi%C3%B3n%20militar%20rusa%20al%20pa%C3%ADs. También la Declaración de 2 de marzo de 2022, que puede verse en: <https://www.iesalc.unesco.org/en/2022/03/03/ukraine-unesco-statement-following-the-adoption-of-the-un-general-assembly-resolution/>.

⁷³ Pueden verse en: <https://whc.unesco.org/es/list/?iso=ua&search=&>.

ochenta años después, víctimas de los ataques aéreos, ahora de las tropas de la Federación rusa⁷⁴.

Una cuestión que se ha planteado en el conflicto en curso es la situación en la que quedan los bienes culturales prestados antes de iniciarse el conflicto. Aquí tenemos distintos supuestos: por una parte, el préstamo de obras de arte de España a los Museos del Kremlin. España había prestado ocho piezas de la Real Armería del Palacio Real de Madrid, propiedad de Patrimonio Nacional, junto con el retrato de Carlos V, obra del pintor Pantoja de la Cruz que pertenece al Museo del Prado a Rusia para su exposición en los Museos del Kremlin, en aplicación de una cesión para la exposición *El Duelo: del juicio por combate a un crimen noble*. Ante la cancelación de esta última se ha producido un largo y complicado viaje de regreso a su destino habitual, como consecuencia de la cancelación de rutas aéreas entre Rusia y Europa occidental, en respuesta a la agresión a Ucrania⁷⁵.

Por otra parte, existían obras prestadas por museos rusos a Estados declarados por Rusia como "hostiles" en respuesta a las medidas adoptadas por la Unión Europea frente a la agresión a Ucrania. Es el caso de las obras del Museo Hermitage para su exposición en Italia, cuya devolución ha sido solicitada por la Federación Rusa⁷⁶.

Aún está pendiente la solución del caso originado por la exposición *Crimea: oro del Mar negro*: préstamo de fondos por parte de cinco museos ucranianos, cuatro de ellos situados en Crimea, al museo arqueológico Allard Pierson de Ámsterdam en 2014. La exposición tuvo lugar entre los meses de febrero y agosto de 2014, finalizada la cual se planteó la cuestión de a quién devolver las piezas, una vez que Crimea dejó de encontrarse bajo la jurisdicción ucraniana. Al cerrarse la exposición, los museos de Crimea solicitaron sus obras y también lo hizo Ucrania. Tras un largo pleito el Tribunal de Apelaciones neerlandés,

⁷⁴ Me refiero, en concreto al "Babi Yar, una zona conmemorativa del lugar en el que se produjo la matanza de más de 33.000 judíos a cargo de los nazis entre los días 29 y 30 de septiembre de 1941". Puede verse la noticia en https://www.elconfidencial.com/cultura/2022-03-05/patrimonio-cultural-ucrania-peligro_3385360/. Ver la Declaración de la Unesco de 3 de marzo de 2022 en la que se condena el ataque a este Memorial del Holocausto, en: <https://www.iesalc.unesco.org/en/2022/03/03/ukraine-unesco-statement-following-the-adoption-of-the-un-general-assembly-resolution/>.

⁷⁵ Vid. Entre otros en: <https://elpais.com/cultura/2022-03-18/rusia-devuelve-un-retrato-de-carlos-v-del-prado-prestado-para-una-exposicion-en-los-museos-del-kremlin.html>.

⁷⁶ https://viajes.nationalgeographic.com.es/lifestyle/rusia-paraliza-prestamos-obras-arte-museos-europeos_17932.



aplicando la Convención de la Unesco de 1970, resolvió que las piezas debían entregarse a Ucrania, el Estado que las prestó⁷⁷. El tribunal de Países Bajos aplicó la Convención de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales que no parecía proceder en el caso que nos ocupa⁷⁸. Se trata de una cuestión aún pendiente de solución judicial definitiva⁷⁹.

En otros supuestos, es decir, si las obras objeto de préstamo pudieran retornar a museos que se encuentren al amparo de la misma jurisdicción que el momento en el que se acordó el préstamo, el comportamiento que garantiza de mejor manera la seguridad de esos bienes culturales es la permanencia en el lugar al que se prestaron para preservar su integridad. De modo que se reintegren a su lugar de origen cuando haya concluido la agresión.

Por lo demás, si Ucrania fuera finalmente ocupada por la Federación Rusa, podemos hacer un ejercicio de prospección teniendo en cuenta el comportamiento desarrollado en Crimea respecto de los bienes culturales existentes en aquel territorio. De acuerdo con el seguimiento realizado por la Unesco acerca de la situación en el territorio de la península:

"el traslado a gran escala de valiosos objetos culturales de los museos de Crimea a la capital rusa resulta alarmante, y recordamos a Rusia las obligaciones que le incumben con arreglo al derecho internacional relativo a los bienes culturales"⁸⁰.

Además, se han desarrollado obras ilegales en la Ciudad antigua del Quersone-so Táurico y su Chora, conjunto inscrito en la Lista de patrimonio de la humanidad, donde además se celebra el Festival Internacional Anual de Ópera y Ballet, con la consiguiente afectación negativa. También se indica que se planeaba construir una pista de hielo en lo que fue un antiguo cementerio musulmán, otro se ha destrui-

⁷⁷ <https://elpais.com/opinion/2022-03-18/la-destruccion-del-patrimonio-historico-de-ucrania.html>.

⁷⁸ https://en.unesco.org/sites/default/files/reptom_convencion_medidas_spaorof.pdf.

⁷⁹ Ver TORRES CAZORLA, M.I. "La disputa por los tesoros arqueológicos de Crimea: arte y controversias territoriales en el punto de mira", *Anuario Español de Derecho Internacional*, nº 38 (2002), pp. 252 y ss.

⁸⁰ Es el párrafo segundo del resumen ejecutivo titulado "Seguimiento por la UNESCO de la situación en la República Autónoma de Crimea (Ucrania)", distribuido el 4 de abril de 2014, que puede leerse en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000227294_spa.



do por la construcción de un gaseoducto...⁸¹. En consecuencia, su comportamiento dista de las obligaciones previstas en el Convenio de 1954 respecto del ocupante, especialmente resultan contrarias al Segundo Protocolo al Convenio, de 1999, que añade la prohibición o la adopción de las medidas que resulten necesarias para impedir "toda exportación y cualquier otro desplazamiento o transferencia de propiedad ilícitos de bienes culturales" (artículo 9.a). Aunque esta obligación no resulta exigible a la Federación Rusa por no ser parte en este texto convencional, puede desprenderse del Convenio de 1954, cuyo artículo 5 establece la obligación del ocupante de "asegurar la salvaguardia y conservación de los bienes culturales" del ocupado. Si bien no se indica expresamente que haya de procederse en el territorio en el que se encontraran, de una interpretación de acuerdo con las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, no puede desprenderse una opinión diferente.

La cooperación internacional es otra de las enseñanzas que evidencia la agresión de la Federación rusa a Ucrania. En el texto se ha indicado la cooperación interestatal, pero no podemos olvidar la de las Organizaciones internacionales. Es el caso de la UNESCO, que ha estado trabajando con las autoridades ucranianas y con el Instituto de las Naciones Unidas para la Formación y la Investigación, analizando las imágenes que se consiguen vía satélite de los lugares que se consideran prioritarios para la protección, se encuentran en riesgo o ya se han visto afectados por los ataques. Esta evaluación tiene como finalidad conocer la situación real de los bienes culturales ucranios. Junto con esta información, la UNESCO también se encuentra en contacto con gestores de sitios del Patrimonio Mundial, directores de museos y profesionales encargados del patrimonio inmueble y mueble para identificar sus necesidades urgentes y encararlas coordinando una respuesta de emergencia con socios internacionales⁸². No podemos olvidarnos de la Unión Europea, en cuyo seno existe el Centro europeo de competencias para el patrimonio cultural que ha creado una iniciativa tendente a salvar los monumentos ucranianos⁸³.

81 La información referida en el texto está tomada de "Seguimiento de la situación de la República Autónoma de Crimea (Ucrania)" distribuido el 10 de septiembre de 2021, pp. 8-9 y ss., puede leerse íntegramente en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378910_spa.

82 <https://news.un.org/es/story/2022/03/1505342>, también en: <https://www.unesco.org/fr/ukraine-war/actions-timeline>.

83 [https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/news/european-competence-centre-cultural-heritage-creates-initiative-save-ukraine-monuments-sum#:~:text=Le%20Centre%20europ%C3%A9en%20de%20comp%C3%A9tences%20pour%20le%20patrimoine%20culturel%20\(4CH,ukrainien%20pour%20les%20g%C3%A9n%C3%A9rations%20futures](https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/news/european-competence-centre-cultural-heritage-creates-initiative-save-ukraine-monuments-sum#:~:text=Le%20Centre%20europ%C3%A9en%20de%20comp%C3%A9tences%20pour%20le%20patrimoine%20culturel%20(4CH,ukrainien%20pour%20les%20g%C3%A9n%C3%A9rations%20futures).



5

Conclusiones

La protección de los bienes culturales es imprescindible en todo momento por cuanto se trata de una manifestación del derecho humano a la cultura o el derecho humano a disfrutar del patrimonio cultural. En los conflictos armados es aún más importante, si bien el Convenio de 1954 establece un régimen jurídico protector en este contexto, se perdió la ocasión de avanzar prohibiendo taxativamente su destrucción o deterioro por cuanto, *per se*, no puede suponer una ventaja militar. Ello, evidentemente salvo que se está empleando para fines militares, lo que por lo general solo puede comprobarse en un momento posterior.

Desde la perspectiva del derecho internacional penal, la destrucción de estos bienes puede calificarse como un delito pluriofensivo, al afectar tanto a las personas que pudieran encontrarse en ellos como a su sentido espiritual o cultural.

El conflicto de Ucrania ha puesto de relieve la importancia de la cooperación internacional por parte de museos e instituciones artísticas públicas y privadas que han facilitado la ayuda necesaria para proteger los bienes culturales. No podemos olvidar en este punto la cooperación de Estados y de Organizaciones Internacionales en este empeño, como la Unión Europea y la UNESCO.

Es evidente que la existencia de tratados internacionales, como el Convenio de 1954 no es suficiente para impedir la destrucción y deterioro de bienes culturales, tampoco su sanción penal, al ser objeto de la competencia de la CPI o, en el territorio de la antigua Yugoslavia, del TIPY. Junto a ellos habrá que adoptar una acción plural que consiga convencer a todos los agentes implicados en los conflictos armados de la relevancia de su conservación.

6

Bibliografía

- EDSEL, R. M., *The Monuments Men: Allied Heroes, Nazi Thieves and the Greatest Treasure Hunt in History*, Arrow Book Ltd., Londres, 2010.
- HUNTINGTON, S. P., "The Clash of Civilizations?", *Foreign affairs*, vol. 72, n° 3 (Verano 1993), pp. 22 y ss.



- , *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Simon and Schuster, Inc. Nueva York, 1996.
- JOHANNOT-GRADIS, CH., "Protecting the past for the future: How does law protect tangible and intangible cultural heritage in armed conflict?", *International Review of the Red Cross*, n° 97 (2015), pp. 1253 y ss.
- LÁZARO FEO, A.L., *La protección jurídica internacional del patrimonio cultural en los conflictos armados, Estudio de los casos de Iraq (2003) y de Siria (2011)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MARTORELL, M., *El expolio nazi*, Galaxia Gutenberg S.L., Barcelona, 2020.
- MENÉNDEZ, V., "Entre el mito y la legalidad: el delito de destrucción del patrimonio cultural en el Derecho Penal Internacional", pendiente de publicación. Cortesía de la autora.
- NAHLIK, S.E., "Protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 120 (1967), p. 61 y ss.
 - , "International Law and the Protection of Cultural Property in Armed Conflicts", *Hastings Law Journal*, 27, n° 5 (1976), pp. 1069 y ss.
- O'KEEFE, R., *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2006, p. 41.
 - , "The Protection of Cultural Property in Armed Conflict", *Cambridge Studies in International and Comparative Law* (2006), pp. 13 y ss.
- PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., "Las vicisitudes del patrimonio cultural: arte y derecho", en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2006, <https://www.ehu.eus/es/web/cursosderechointernacionalvitoria/-/las-vicisitudes-del-patrimonio-cultural-arte-y-derecho>.
 - , "Observaciones sobre el derecho al patrimonio cultural como derecho humano", *Periférica* (febrero 2015), <https://revistas.uca.es/index.php/periferica/article/view/2134>.
 - , "La protección internacional del patrimonio y las comunidades patrimoniales", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 19 (2015), pp. 121 y ss.
 - , "El tráfico ilícito de bienes culturales y el conflicto armado: la reacción de las Naciones Unidas", *Pasajes*, 61 (2020), pp. 43 y ss.



- RODRÍGUEZ MATÉS, R., "Valoración de la protección jurídico-internacional del patrimonio cultural en período de conflicto armado ante el 50º aniversario de la Convención de La Haya (1954-2004)", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 24 (2004), pp. 223 y ss.
- RODRÍGUEZ TEMIÑO, I. y GONZÁLEZ ACUÑA, D., "La protección del patrimonio cultural en conflictos armados. De las lecciones aprendidas al diseño estratégico", *Documento marco del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 7 de agosto de 2013.
- STONE, P.G., "A four-tier approach to the protection of cultural property in the event of armed conflict", *Antiquity*, vol. 87, Issue 335 (2013), pp. 166 y ss.
 - , "4 Tier Approach in the Protection of Cultural Property", *British Army Review* (2013-2014), pp. 40 y ss.
 - , "La protección de los bienes culturales durante los conflictos armados. Reacciones del siglo XXI ante viejos problemas", *Pasajes*, nº 61 (2020), pp. 21 y ss.
- TORRES CAZORLA, M.I., "La disputa por los tesoros arqueológicos de Crimea: arte y controversias territoriales en el punto de mira", *Anuario Español de Derecho Internacional*, nº 38 (2002), pp. 252 y ss.
- VACAS FERNÁNDEZ, F., "La acción concertada de la Comunidad Internacional para la protección del patrimonio cultural en conflictos armados: Mali como paradigma", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32 (2016), pp. 189 y ss.
- VATTEL, E., *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758, vol. 2, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k865729.image>.
- VRDOLJAK, A. F., "Human Rights and Illicit Trade in Cultural Objects", en BORELLI, S. y LENZERINI, F. (eds.), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, pp. 107 y ss.



El Códex Trujillo del Perú, ¿patrimonio español, peruano... o compartido?



Zara Ruiz Romero

Investigadora posdoctoral,
Universidad Pablo de Olavide





La pertenencia del patrimonio, así como el lugar en el que deberían resguardarse las obras de arte, resultan temas recurrentes hoy día. Desde las ya míticas reclamaciones por parte de Grecia al Museo Británico por los mármoles del Partenón, las peticiones de Egipto para recuperar la piedra Rosetta, hasta las actuales tendencias que llaman a la "descolonización" del museo, son diversos los casos que podríamos analizar al respecto.

Dada la temática del seminario y el proyecto en el que esta investigación se enmarca, centramos nuestra atención en un caso acaecido hace apenas unos años, cuando en 2017 sale a subasta en Madrid una serie de láminas pertenecientes al *Códex Trujillo*, obra realizada en el siglo XVIII. En la puja por la misma participó el Museo de Arte de Lima (conocido por sus siglas, MALI), interesado en trasladar a su colección una parte de la historia colonial del país. No obstante, finalmente las láminas se quedaron en tierras españolas, tras ser declaradas inexportables y mediar el ejercicio del derecho de tanteo, pasando a engrosar las colecciones del Museo de América, abriendo consigo un amplio debate en torno a la propiedad del patrimonio.

En este escrito, pasamos en primer lugar a presentar el objeto de la discordia, un valiosísimo código que al mismo tiempo que representa el afán por conocer tan propio de la mentalidad ilustrada, es un reflejo de la sociedad, la cultura o la cartografía del Trujillo peruano del siglo XVIII. En segunda instancia, nos proponemos recopilar, a través de la prensa, de qué manera se desarrolló la subasta y cuáles fueron las opiniones que enfrentaron a ambos países, Perú y España, interesados en la compra del código. Y finalizamos con un conjunto de reflexiones encaminadas a proponer soluciones o alternativas que podrían resultar más o menos viables de cara a este tipo de problemáticas, que sin duda seguirán ocurriendo en un futuro próximo.

Ya adelantamos que este caso va más allá de las habituales disputas en torno a obras propias de época colonial, pues el código fue mandado a realizar por un obispo de origen español en el marco de una coyuntura ilustrada muy específica. Es decir, no estamos tratando el traslado hacia España de una pieza de origen genuina e indudablemente peruano, como podría ser el caso

de una obra realizada por las culturas precolombinas. Así, además de abogar por el hecho de que la propiedad del código por parte de España resulta legal y legítima, quizás también se trate de pensar en una custodia compartida del patrimonio, con una reciprocidad desde ambas partes integrantes de la disputa, en un momento en que el mundo de la cultura se mueve a favor de la descolonización de los museos y sus colecciones.

1

Breve historia del *Códex Trujillo*

El llamado *Códex Trujillo*, *Códice Martínez Compañón*, o *Trujillo del Perú en el siglo XVIII* es una obra formada por un total de nueve volúmenes o tomos, realizada en las últimas décadas del siglo XVIII por el obispo español Baltasar Jaime Martínez de Compañón y Bujanda (1738-1797) [fig. 1]. Está compuesta por un conjunto de dibujos o acuarelas –sin texto que las acompañe, solo algunas anotaciones– que muestran aspectos de la sociedad, las ciudades y pueblos, la flora, la fauna, o la arqueología del obispado de Trujillo en las fechas señaladas. Según José Alcina Franch, la obra resulta “el mayor esfuerzo de recopilación documental que se haya intentado en cualquier época por describir y analizar la realidad natural y socio-cultural de una región, como era la del territorio de su diócesis”¹.

El tomo I se encarga de describir el territorio de la diócesis, con estadísticas, mapas de las provincias y ciudades, arquitecturas [fig. 2], además de retratos de sus obispos y otros funcionarios y personajes destacados de la época². Por su parte, el tomo II está dedicado a la etnografía y recoge informaciones acerca de los oficios, danzas [figs. 3 y 4], juegos o deportes, así como otro conjunto de retratos con españoles, indios o mestizos del

La presente investigación ha sido financiada por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Comercio y Universidades de la Junta de Andalucía. En el marco de un contrato de personal investigador doctor (PAIDI 2020).

- 1 ALCINA FRANCH, José, *Arqueólogos o anticuarios. Historia antigua de la Arqueología en la América española*, Ediciones del Serbal, Barcelona, 1995, p. 179.
- 2 MACERA, Pablo, “El tiempo del obispo Martínez Compañón”, en MACERA, Pablo, JIMÉNEZ BORJA, Arturo y FRANKE, Irma, *Trujillo del Perú. Baltasar Jaime Martínez de Compañón. Acuarelas. Siglo XVIII*, Fundación del Banco Continental, Lima, 1997, p. 44.

obispado³. Los tomos III-VIII se reservaron para la flora y fauna, los tres primeros a la botánica y los tres últimos a la zoología, dividiéndose en cuadrúpedos, reptiles, aves y animales marinos, incluyéndose algunas referencias a la pesca en el último de ellos⁴. Finalmente, el noveno tomo se dedicó a la arqueología, con obras antiguas que se encontraron en el Trujillo del siglo XVIII, con la presencia de lugares como la ciudad de Chan Chan, además de huacas [fig. 5], cerámicas (principalmente de la cultura chimú)⁵, momias, piezas de vestir, telas, instrumentos o joyas⁶.

| Figura 1 |

Baltasar Jaime Martínez de Compañón

Trujillo del Perú, tomo I (II/343), f. 56r. © Real Biblioteca, Patrimonio Nacional.



3 Ibid., p. 44.

4 Ibid., p. 45.

5 Ibid., p. 46.

6 REVERTE BERNAL, Concepción, "En vísperas de la independencia, dos ilustrados ligados al Virreinato del Perú: Baltasar Jaime Martínez de Compañón y Bujanda (1738-1797) y Juan Francisco de la Bodega y Quadra (1744-1794)", *Philologia Hispalensis*, 25 (2011), p. 151.

*Perfil dela Puerta Principal dela
Iglesia Cathedral, y su Altar mayor.
Explicacion.*

A. Puerta principal dela Iglesia....

*B. Puerta del Lado, o Nave de la Episto-
la.*

C. Torre del mismo lado.

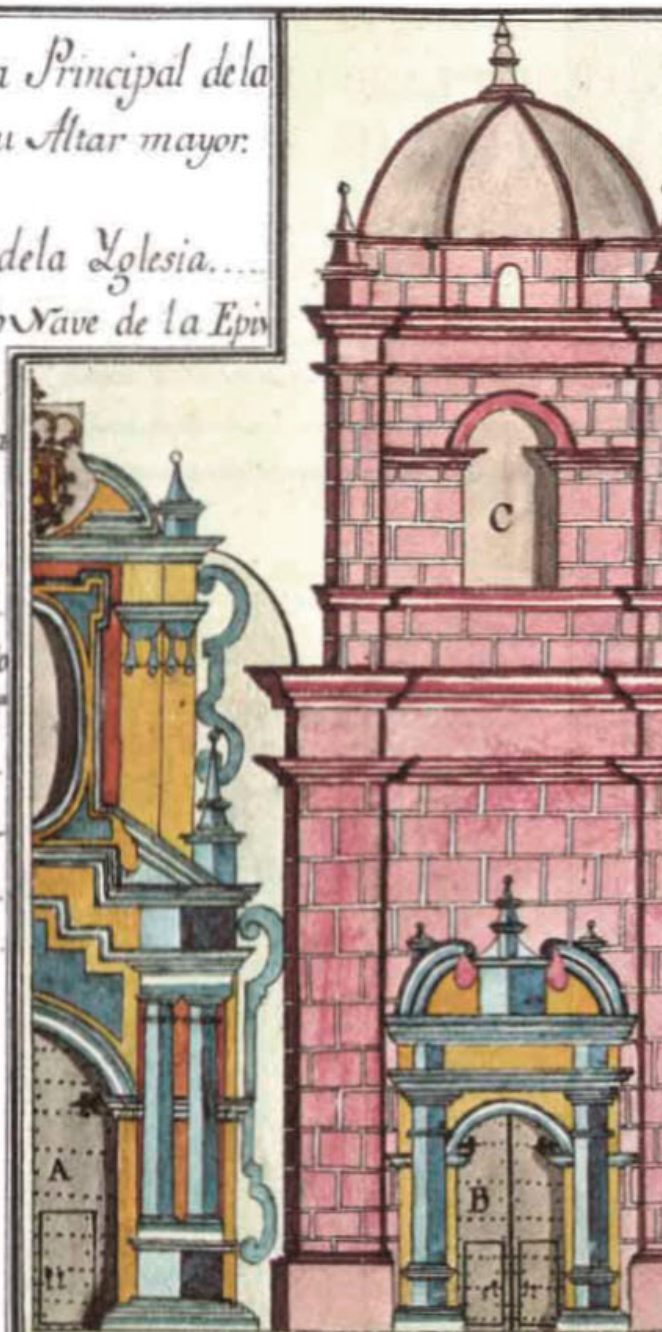
*D. Perfil del Altar
mayor.*

E. Nicho del Sacramento

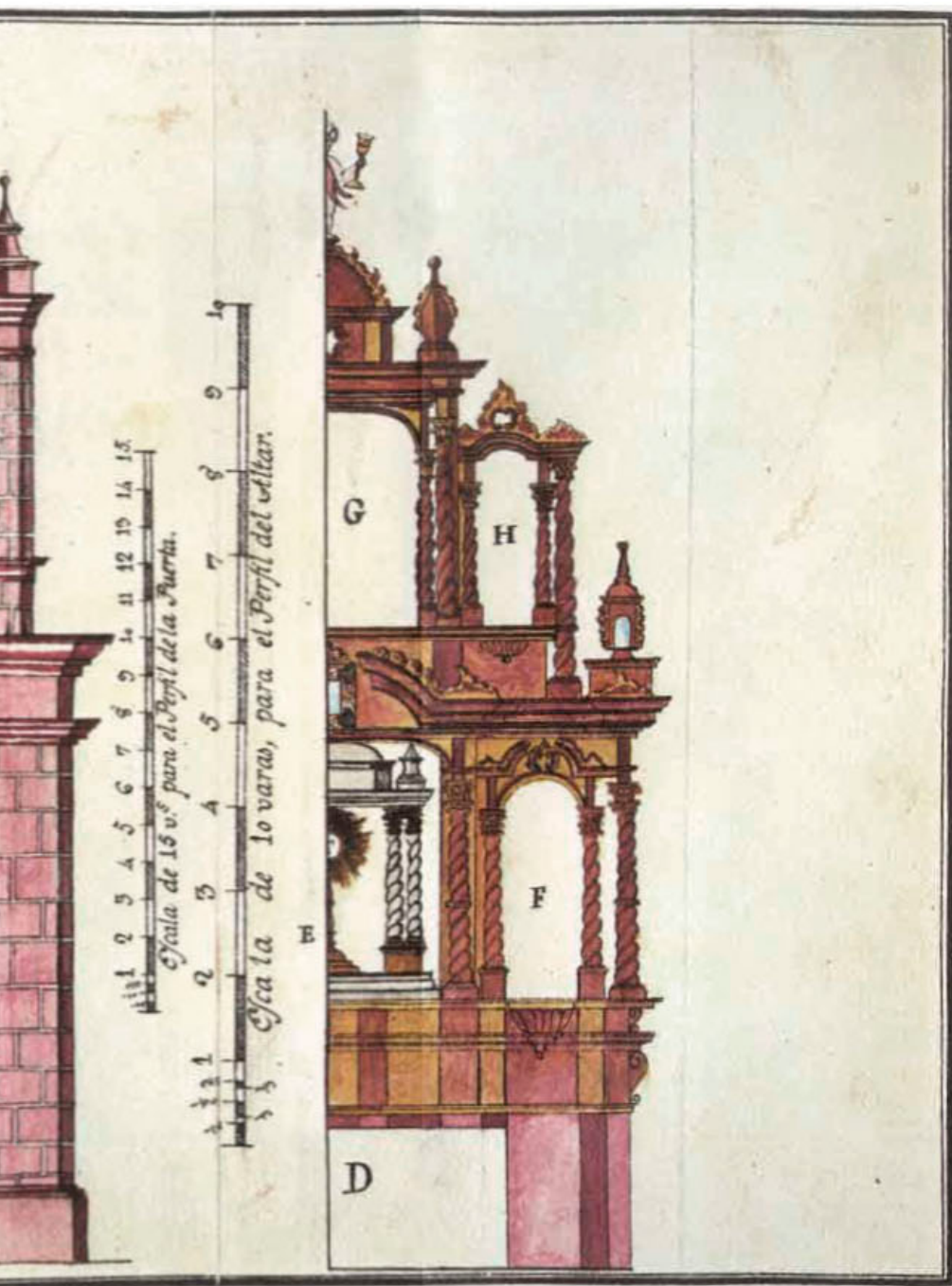
F. Yden de S. Juan Ev.^{to}

*G. Yden de la Pura
y limpia Concepci-
on.*

H. Yden de S. Rosa.



Perfil de la Puerta Principal de la Yglesia Catedral y su Altar mayor
 Trujillo del Perú, tomo I (II/343), f. 24r. © Real Biblioteca, Patrimonio Nacional.



Danza de Pájaros

Trujillo del Perú, tomo II (II/344), estampa 162. © Real Biblioteca, Patrimonio Nacional.



Danza de Pallas

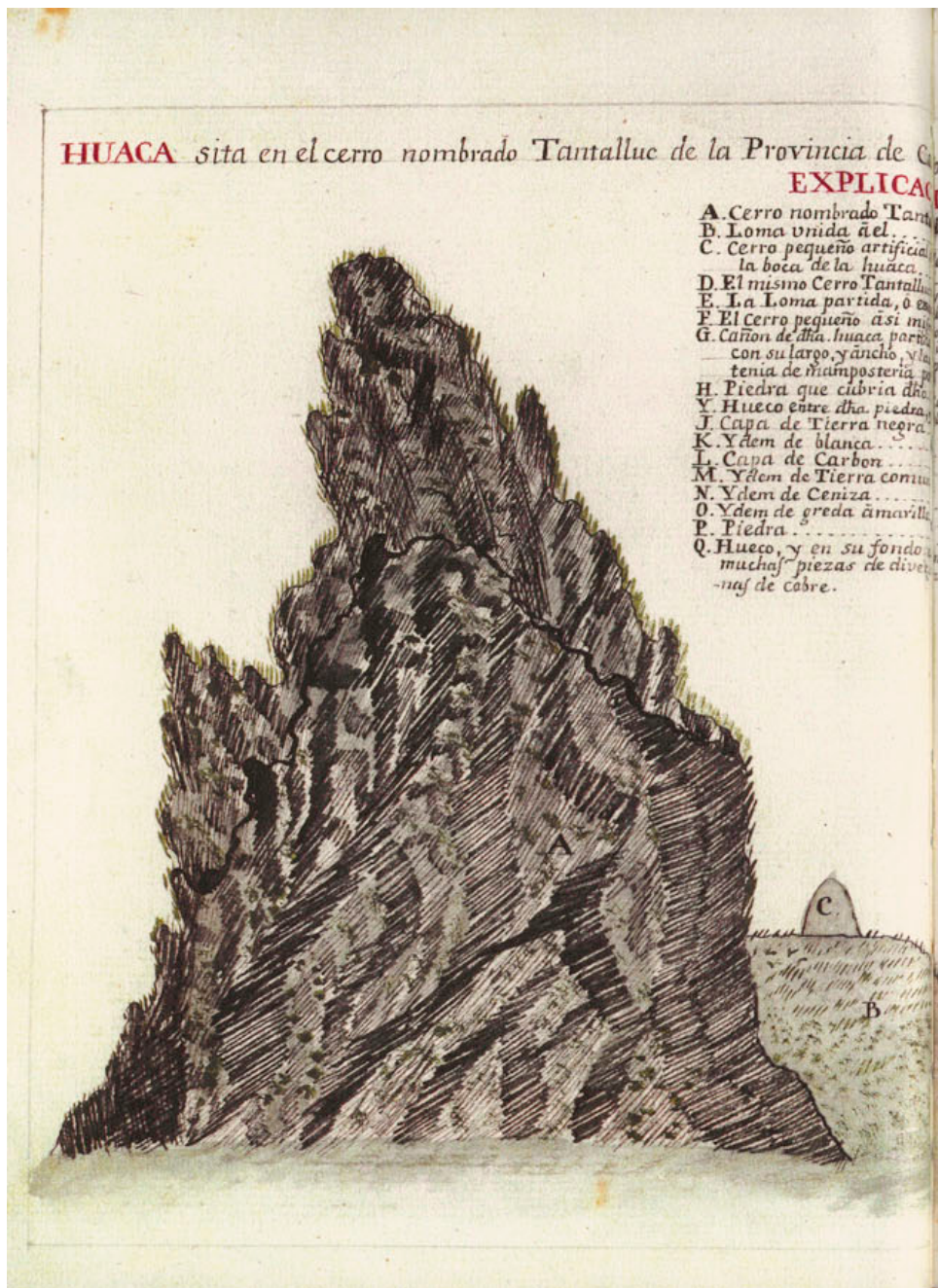
Trujillo del Perú, tomo II (II/344), estampa 149. © Real Biblioteca, Patrimonio Nacional.



HUACA sita en el cerro nombrado Tantalluc de la Provincia de C

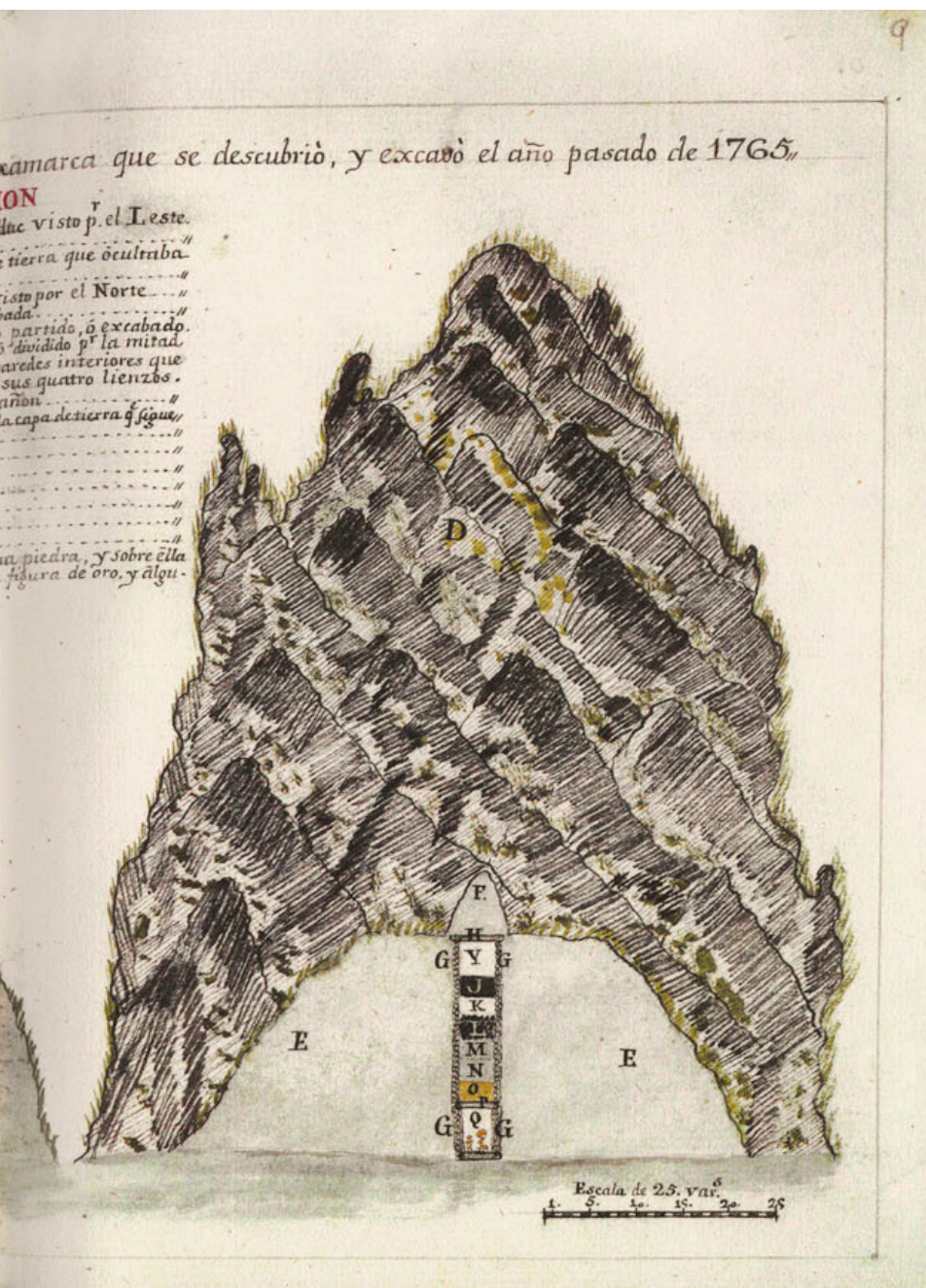
EXPLICAC

- A. Cerro nombrado Tantalluc
- B. Loma unida a el
- C. Cerro pequeño artificial en la boca de la huaca
- D. El mismo Cerro Tantalluc
- E. La Loma partida, o con
- F. El Cerro pequeño así mis
- G. Cañon de dha. huaca, por donde con su largo, y ancho, y la tenia de mamposteria
- H. Piedra que cubria dha.
- I. Hueco entre dha. piedra
- J. Capa de Tierra negra
- K. Ydem de blanca
- L. Capa de Carbon
- M. Ydem de Tierra con
- N. Ydem de Ceniza
- O. Ydem de greda amarilla
- P. Piedra
- Q. Hueco, y en su fondo muchas piezas de diversos de cobre.



Huaca sita en el cerro nombrado Tantalluc de la Provincia de Caxamarca
que se descubrió y excavó el año pasado de 1765

Trujillo del Perú, tomo IX (II/351), f. 9r. © Real Biblioteca, Patrimonio Nacional.



Con respecto al artífice de estos maravillosos documentos, el obispo Baltasar Jaime Martínez de Compañón⁷, sabemos que nació en Cabredo (Navarra) en 1737⁸ y pone rumbo a la ciudad de Lima en 1767. Ya en el Nuevo Mundo, va desempeñando diversos cargos en su condición de religioso e incluso participa como secretario en el Concilio limense de 1773, hasta que en 1779 comienza a regir la diócesis de Trujillo⁹. A finales del siglo XVIII, este obispado tenía una extensión de más de 150.000 km², de manera que ocupaba un vasto terreno, con costa, sierra y selva, al norte del país. Estaba además formado por una docena de provincias y más de 250.000 habitantes, de los cuales el 50% eran indios, el 10% españoles y los demás negros, pardos y mestizos¹⁰.

Una vez asentado en su nuevo cargo, entre 1780 y 1786 Martínez de Compañón realiza una visita pastoral para reconocer e inspeccionar su diócesis, los dos primeros años en la propia ciudad de Trujillo y, entre 1782 y 1785, se dedica a recorrer el resto del territorio¹¹. En este viaje, se ocupó en primer lugar de tareas propias de su oficio y responsabilidad, como controlar el funcionamiento de las

7 La bibliografía acerca del obispo es bastante prolífica, véase, entre otras: ARELLANO, Ignacio y MATA INDURÁIN, Carlos (eds.), *El obispo Martínez Compañón. Vida y obra de un navarro ilustrado en América*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2012; BERQUIST SOULE, Emily, *The bishop's utopia: envisioning improvement in colonial Peru*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2014; NAVARRO, J., PAZ VELÁZQUEZ, J., PUIG, E., SEMINARIO, M. A., RESTREPO, P., ROSALES, J. y RUMICHE, A. (eds.), *Vida y obra del Obispo Martínez de Compañón*, Facultad de Ciencias y Humanidades, Universidad de Piura, 1991; PAZOS, Antón M. y RESTREPO MANRIQUE, Daniel, "Acción de Martínez Compañón en Perú y Nueva Granada", en ARANA PÉREZ, Ignacio (ed.), *Los vascos y América. Ideas, hechos y hombres*, Fundación BBV-Espasa Calpé, Madrid, 1990, pp. 333-341; PÉREZ AYALA, José Manuel, *Baltasar Jaime Martínez de Compañón y Bujanda. Prelado español de Colombia y el Perú (1737-1797)*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1955; RESTREPO MANRIQUE, Daniel, *La Iglesia de Trujillo (Perú) bajo el episcopado de Baltasar Jaime Martínez de Compañón (1780-1790)*, Gobierno Vasco, Servicio Central de Publicaciones, Vitoria-Gasteiz, 1992.

8 Hay autores que retrasan su fecha de nacimiento a 1738. CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, Francisco Javier, "El obispo de Trujillo del Perú Martínez Compañón y su obra", *Temas de estética y arte*, XXVIII (2014), p. 170.

9 BALLESTEROS GAIBROIS, Manuel, "El obispo Martínez Compañón, el último ilustrado de América", *Hidalguía: la revista de genealogía, nobleza y armas*, 268-269 (1998), pp. 451-452.

10 MACERA, Pablo, "El tiempo del obispo Martínez Compañón...", ob. cit., p. 21; CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, Francisco Javier, "El obispo de Trujillo del Perú...", ob. cit., p. 175.

11 REVERTE BERNAL, Concepción, "En vísperas de la independencia...", ob. cit., pp. 147-162. Debe tenerse en cuenta que no existe unanimidad en la bibliografía consultada acerca de la fecha final del viaje, pues también se señala como tal el año 1786.

parroquias y el servicio divino¹², tratando igualmente de diseñar proyectos culturales y sociales que mejorasen la vida de los fieles¹³. Pero, además, mandó a confeccionar mapas, dibujos de escenas de la vida indígena, animales, plantas, cerámicas o huacas, realizando lo que Ballesteros Gaibrois calificó como una "expedición naturalista y descriptiva de usos y costumbres y actividades mecánicas de los habitantes del Norte del Perú"¹⁴. Para esta labor, contó con una serie de pintores cuyo nombre desconocemos en la actualidad, además de la colaboración de cartógrafos como José Clemente del Castillo¹⁵, formando un conjunto documental y visual de gran valía para el conocimiento del Trujillo del momento. De hecho, la propia visita fue precedida por el envío de un cuestionario a los religiosos ya asentados en el territorio con preguntas acerca del clima, la economía, la botánica, la arqueología o la propia práctica de la religión¹⁶.

Este esfuerzo debe entenderse como parte de una ideología ilustrada, relacionada con la Corona: la recopilación de noticias de rarezas, especies de la naturaleza y otras "curiosidades" para el incremento del Real Gabinete de Historia Natural, según se solicitaba en la Instrucción General de 1776 del rey Carlos III¹⁷, entre otras disposiciones. En la misma línea, también Martínez de Compañón fue el responsable del envío al Real Gabinete de Historia Natural de Madrid de 24 cajones de "especies de naturaleza y de arte" en 1789¹⁸, con un conjunto de obras que, al menos en parte, se encuentra actualmente en el Museo de América de

12 BALLESTEROS GAIBROIS, Manuel, "El obispo Martínez Compañón...", ob. cit., p. 456.

13 CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, Francisco Javier, "El obispo de Trujillo del Perú...", ob. cit., p. 176.

14 BALLESTEROS GAIBROIS, Manuel, "El obispo Martínez Compañón...", ob. cit., p. 450.

15 MACERA, Pablo, "El tiempo del obispo Martínez Compañón...", ob. cit., pp. 51-53; REVERTE BERNAL, Concepción, "En vísperas de la independencia...", ob. cit., pp. 150-151.

16 MACERA, Pablo, "El tiempo del obispo Martínez Compañón...", ob. cit., p. 22.

17 BALLESTEROS GAIBROIS, Manuel, "El obispo Martínez Compañón...", ob. cit., p. 453.

18 Véase FERNÁNDEZ VALLE, María de los Ángeles, "Y habiendo dado cuenta al rey de esta preciosa remesa... El envío de obras artísticas de Lima a Madrid por Baltasar Jaime Martínez de Compañón", en QUILES, Fernando, AMADOR, Pablo F. y FERNÁNDEZ, Martha (eds.), *Tornaviaje. Tránsito artístico entre los virreinos americanos y la metrópolis*, Andavira Editora, S. L., Santiago de Compostela; EnredArs, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2020, pp. 209-239; ZABÍA DE LA MATA, Ana, "La grandiosa remesa de 1879 del Obispo Martínez de Compañón desde Perú: Arte, Botánica, Zoología, Medicina, Nutrición y mucho más", en QUILES, Fernando, AMADOR, Pablo F. y FERNÁNDEZ, Martha (eds.), *Tornaviaje. Tránsito artístico...*, ob. cit., pp. 187-207.

Madrid¹⁹. No debemos olvidar que nuestro obispo es, al fin y al cabo, un hijo de su tiempo, embebido por la mentalidad ilustrada, contemporáneo de otros personajes también reconocidos de la época, como fueron los naturalistas Hipólito Ruiz y José Pavón (Expedición Botánica al Virreinato del Perú, 1777-1788) o José Celestino Mutis (Real Expedición Botánica del Nuevo Reino de Granada, 1783-1813).

Parece ser que, junto a diversos cajones con objetos para el Real Gabinete, los tomos del código llegaron a España en 1803, unos años después del final de la visita pastoral y tras la muerte del obispo²⁰. Tras su estancia en Perú, Martínez de Compañón había sido destinado a Colombia como arzobispo de Santa Fe de Bogotá y se llevó la obra consigo, arguyendo que debía finalizar la ordenación del tomo número IX. No obstante, murió en 1797 sin finalizar su propósito, y la historiografía indica que probablemente José Antonio de Lorendo se encargase de finalizarlo y enviarlo a España²¹.

A su llegada a nuestro país, la obra cayó en el olvido durante gran parte del siglo XIX, debido a un menor interés por este tipo de actuaciones, y también teniendo en cuenta las circunstancias convulsas que se vivieron en el territorio, por ejemplo, con la guerra de la Independencia frente a Francia. Habría que esperar hasta 1891, cuando con ocasión del Congreso Internacional de Americanistas, Marcos Jiménez de la Espada mencionó las láminas, indicando que pertenecían a un texto perdido²² y atribuyéndoles el título *Historia del Obispado de Trujillo en Perú*²³. En 1935 Manuel Ballesteros Gaibrios da a conocer la obra en un trabajo publicado en el *Journal de la Société des Americanistes*²⁴, en 1936 Jesús Domínguez Bordona publicó una selección de sus láminas junto a

19 ARIADNA MARTÍNEZ, Leticia, "Documentando colecciones arqueológicas. Dos casos de estudio en el Museo de América", *Anales del Museo de América*, 10 (2002), pp. 267-290; CABELLO CARRO, Paz, *Coleccionismo americano indígena en la España del siglo XVIII*, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1989.

20 ZABÍA DE LA MATA, Ana, "Nueva investigación sobre el Código Martínez Compañón en su 'Tornaviaje' a España", *Quiroga*, 15 (enero-junio 2019), pp. 82-94.

21 *Ibíd.*

22 BALLESTEROS GAIBROIS, Manuel, "El obispo Martínez Compañón...", *ob. cit.*, p. 464.

23 ALCINA FRANCH, José, *Arqueólogos o anticuarios...*, *ob. cit.*, p. 180.

24 BALLESTEROS GAIBROIS, Manuel, "Un manuscrito colonial del siglo XVIII, su interés etnográfico", *Journal de la Société des Americanistes*, t. 27, 1 (1935), pp. 145-174.



una breve reseña biográfica del obispo²⁵, mismo año en el que Ulloa realiza una presentación de la obra y los estudios efectuados hasta el momento²⁶, y en 1978 vio la luz una edición facsimilar²⁷. Desde entonces, dada la importancia de este documento, existe una prolífica bibliografía al respecto²⁸, que analiza aspectos relacionados con la música, la topografía, la creación de mapas, botánica, zoolo-gía, medicina... y, por supuesto, arte.

Es una obra que, en muchos sentidos, atraviesa fronteras, no solo con rela-ción a su temática, sino al hecho de que sus láminas se encuentran en distintos emplazamientos. El conjunto más completo, del que hemos hablado hasta ahora, con nueve volúmenes y algo más de 1400 dibujos, se encuentra en la biblioteca del Palacio Real de Madrid, y en formato digital se puede consultar en la bi-blioteca virtual Miguel de Cervantes²⁹. Además, es posible hallar láminas en el Banco Continental de Lima (actualmente Fundación BBVA Continental), institu-ción que adquirió en subasta pública en Sotheby's Nueva York dos volúmenes encuadernados, con 64 acuarelas costumbristas y 56 principalmente de aves³⁰.

25 FERNÁNDEZ VALLE, María de los Ángeles, “Y habiendo dado cuenta al rey de esta preciosa remesa...”, ob. cit., p. 210.

26 Además, indica que él mismo había hablado de la obra con anterioridad. CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, Francisco Javier, “El obispo de Trujillo del Perú...”, ob. cit., p. 168.

27 *La obra del obispo Martínez de Compañón sobre Trujillo del Perú en el siglo XVIII*, Ediciones Cultura Hispánica del Centro Iberoamericano de Cooperación, Madrid, 1978.

28 Además de la bibliografía señalada a lo largo del texto, véase: CABELLO CARRO, Paz, “Pervivencias funerarias prehispánicas en época colonial en el Trujillo del Perú. Nueva interpretación de los dibujos arqueológicos de Martínez Compañón”, *Anales del Museo de América*, 11 (2003), pp. 9-56; DOMÍNGUEZ BORDONA, Jesús, *Trujillo del Perú a fines del siglo XVIII. Dibujos y acuarelas que mandó hacer el obispo D. Baltasar Jaime Martínez de Compañón*, Talleres Gráficos de C. Bermejo y Talleres de Hauser y Menet, Madrid, 1936; OBEREM, Udo, “La obra del obispo don Baltasar Jaime Martínez de Compañón como fuente para la arqueología del Perú septentrional”, *Revista de Indias*, 52-53 (1953), pp. 233-275; ZABÍA DE LA MATA, Ana, “Ángel Gorostizaga: el olvidado descubridor del Códice Martínez de Compañón”, en AAVV., *150 años de profesión: de anticuarios a conservadores*, vol. 2, Ministerio de Cultura y Deporte, Madrid, 2019, pp. 310-322; ZABÍA DE LA MATA, Ana, “Precedentes del Códice Martínez Compañón (Trujillo del Perú en el siglo XVIII): El Mapa Topográfico general de la Diócesis de Trujillo de 1786”, *Anales del Museo de América*, XXVII (2019), pp. 131-158.

29 <https://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=Mart%C3%ADnez+Compañón>, consultada el 20 de septiembre de 2022.

30 Estas quedaron reflejadas en la publicación: MACERA, Pablo, JIMÉNEZ BORJA, Arturo, FRANKE, Irma, *Trujillo del Perú...*, ob. cit.



También la Biblioteca Nacional de Colombia posee un volumen con 130 láminas, del que se desconoce el modo de adquisición, aunque es curioso resaltar que en torno a 1930 fue robado y posteriormente recuperado, tras ofrecerse en venta al embajador de Perú en Colombia³¹.

2

Subasta y adquisición del *Códex Trujillo*

En junio de 2017 aparece en Subastas Alcalá una serie de 136 acuarelas correspondientes al *Códex Trujillo*. Su novedad reside –aparte de en el hecho de que no se conocía su existencia, al pertenecer presumiblemente a una colección privada³²– en que muchas de las láminas son inéditas, diferentes a las ya conocidas y referidas en el apartado anterior. Se trata de un "tomo misceláneo"³³, encuadernado a modo de libro, con el escudo real al principio, en la primera página, al igual que los tomos de la biblioteca del Palacio Real de Madrid.

El catálogo redactado para la ocasión contiene las láminas como el lote número 496 "CÓDEX TRUJILLO DEL PERÚ/MARTÍNEZ COMPAÑÓN. Escuela colonial, Trujillo del Perú, h. 1782-1785"³⁴, y aporta la siguiente información:

"El ejemplar que aquí presentamos consta de 136 acuarelas realizadas por artistas anónimos. La mayoría de las mismas serían probablemente algunas no seleccionadas –pues hay diferentes numeraciones e incluso hay dos dibujos repetidos– de una serie importante como la del Palacio Real, quizá; de hecho, bastantes de

³¹ RESTREPO MANRIQUE, Daniel, "Trujillo del Perú en la Biblioteca Nacional de Colombia", *Reales Sitios: Revista del Patrimonio Nacional*, 107 (1991), pp. 65-68.

³² TOLA, Raúl, "El Códex Trujillo es tan importante para Perú como las obras del Prado para los españoles", *El País*, 14/06/2017, https://elpais.com/cultura/2017/06/13/actualidad/1497376993_259300.html, consultada el 13 de octubre de 2022.

³³ *Catálogo, Alcalá Subastas, 7 y 8 de junio 2017*, Medium Graphics D. S. SL., Madrid, 2017, p. 162.

³⁴ *Ibid.*



esas láminas corresponden con las que se encuentran en algunos tomos de Madrid: personajes, planos, costumbres, trajes y bailes de los tomos I y II; aves del VII, peces y pesca del VIII, arqueología del IX. Aunque efectivamente hay unas pocas acuarelas inéditas. Consta al inicio de un frontis con el escudo real de España, época Carlos III-Carlos IV, y una galería de retratos inconclusa –que se inicia con las imágenes de dos eclesiásticos de alto rango que se han identificado como Fray Juan de Cabeza y Fray Francisco de Cabrera y Córdoba³⁵.

Además, el texto explica de manera resumida en qué consiste el *códice Trujillo del Perú*, quién fue su autor y dónde se encuentran en la actualidad el mayor número de obras, nombrando las colecciones de Madrid, Bogotá y Lima, e incluso dejando entrever que es posible que existan otros ejemplares en colecciones hasta ahora desconocidas, de particulares o en archivos eclesiásticos de Trujillo³⁶. No aporta información, sin embargo, acerca de la procedencia de la obra subastada, por lo que no nos es posible conocer si esta viajó hasta España para su venta o si, por el contrario, ya se encontraba en el país, un aspecto que tendría gran relevancia para la propia subasta en sí, y para las posibilidades de adquisición por parte de otros países y coleccionistas.

El catálogo indica que el precio de salida de la obra fueron 45.000 €, y tanto en esta obra como en la página web de la casas de subastas, observamos que la venta se celebró en Madrid los días 7 y 8 de junio de 2017. Según podemos entrever a través de las referencias de prensa citadas en esta investigación, en el momento de la venta del *códice*, el Museo de Arte de Lima pujó por la pieza por su precio de salida. No obstante, el museo peruano no pudo hacerse finalmente con la pieza, pues la subasta estuvo caracterizada por dos particularidades: de un lado, la obra había sido declarada inexportable y, por otro lado, el Estado español, por medio de un representante presente en la sala, ejerció su derecho de tanteo, basándose en una serie de argumentos que bien pueden resumirse en la siguiente frase:

³⁵ Ibíd.

³⁶ Ibíd. Sobre la posible presencia de láminas del *códice* en archivos de Trujillo, trata brevemente MACERA, Pablo, “El tiempo del obispo Martínez Compañón...”, ob. cit., p. 42.

"Esta pieza [es] una obra singular mediante la que se puede profundizar en el conocimiento de la labor científica de América impulsada por la corona española en América durante el siglo XVIII" ³⁷.

La primera de las medidas, declarar la obra como inexportable, se recoge en la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español, que en su artículo 5.3. establece la prohibición de salida de los bienes declarados de interés cultural y, además, la posibilidad de declarar inexportable cualquier bien "hasta que se incoe expediente para incluir el bien en alguna de las categorías de protección especial previstas en esta Ley". En este caso, la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español declaró la obra inexportable como medida cautelar en una sesión celebrada el 18 de mayo de 2017³⁸. De hecho, la condición de inexportabilidad del códice se comunicó a la casa de subastas con antelación, para que esta pudiera advertirlo ante posibles compradores extranjeros³⁹. E igualmente, durante la subasta se anunció esta casuística en dos ocasiones, al inicio de la sesión y justo antes de proceder a la venta del códice⁴⁰.

Por su parte, el ejercicio del derecho de tanteo otorga la adquisición preferente al Estado, que envía a un representante del Ministerio de Cultura a la subasta, quien en el momento en que se determina el precio del remate "manifestará el propósito de hacer uso de tal derecho, quedando en suspenso la adjudicación del bien"⁴¹. Posteriormente, por medio de una orden ministerial se formaliza este ejercicio, en este caso a través de la Orden ECD/777/2017 de

³⁷ "El Estado se queda con el Códex Trujillo para completar la colección del Museo de América", *ABC*, 12/06/2017, https://www.abc.es/cultura/arte/abci-estado-queda-codex-trujillo-para-completar-coleccion-museo-america-201706091658_noticia.html, consultada el 25 de septiembre de 2022.

³⁸ MARTÍNEZ LEIVA, Gloria, "La cultura del titular: El Códex Trujillo o España vs Perú", *Investigart*, 21/06/2017, <https://www.investigart.com/2017/06/12/la-cultura-del-titular-el-codex-trujillo-o-espana-vs-peru/>, consultada el 20 de septiembre de 2022.

³⁹ "El Estado se queda con el Códex Trujillo...", ob. cit.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ "Adquisición preferente de bienes culturales", *Ministerio de Cultura y Deporte*, <https://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/patrimonio/adquisicion-de-bienes-culturales/modos-de-adquisicion/adquisicion-preferente.html>, consultada el 5 de octubre de 2022.



14 de junio, en la que para el bien en cuestión se indica que "se abone a la sala subastadora el precio de remate de cuarenta y cinco mil euros (45.000 €) más los gastos inherentes, que debe justificar mediante certificado", y "que dicha obra se deposite y asigne al Museo de América, de titularidad estatal, que debe proceder a su inclusión en el inventario de patrimonio propiedad del estado que allí se custodia"⁴². De modo que el bien pasa a formar parte del museo madrileño, teniendo además en cuenta que según la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español, artículo 38-4, "la Administración del estado tendrá carácter preferente siempre que se trate de adquirir bienes muebles para un Museo, Archivo o Biblioteca de titularidad estatal".

A todo ello, el MALI sintió estas actuaciones como una vulneración a sus derechos a la hora de adquirir obras de arte de manera libre y equitativa, sobre todo con el ejercicio del derecho de tanteo, pues la condición de inexportabilidad era ya conocida y estaban dispuestos a dejar el código en España hasta conseguir el permiso de exportación (el cual, quizás, tampoco habría llegado nunca)⁴³. El conflicto saltó a los tabloides con titulares como: "El MALI lamenta que España se quede con acuarelas de Baltasar Martínez Compañón"⁴⁴, "España impide repatriación del 'Códex Trujillo' al Perú, valiosa pieza del Virreinato"⁴⁵, o "El Gobierno de España se apodera del 'Códex Trujillo del Perú', valioso documento histórico"⁴⁶. Natalia Majluf, por entonces directora del museo, realizó declaraciones en las que mostraba el malestar de su institución, al considerar

42 "Orden ECD/777/2017, de 14 de junio, por la que se ejercita el derecho de tanteo sobre el lote n.º 496, subastado por la casa Alcalá, en Madrid", *BOE* n.º 189, 9 de agosto de 2017, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-9526.

43 TOLA, Raúl, "El Códex Trujillo es tan importante para Perú...", ob. cit.

44 "El MALI lamenta que España se quede con acuarelas de Baltasar Martínez Compañón", *La República*, 27/05/2019, <https://larepublica.pe/cultural/884086-el-mali-lamenta-que-espana-se-queda-con-acuarelas-de-baltasar-martinez-companon/>, consultada el 12 de octubre de 2022.

45 "España impide repatriación del 'Códex Trujillo' al Perú, valiosa pieza del Virreinato", *La República*, 27/05/2019, <https://larepublica.pe/cultural/883885-espana-impide-repatriacion-del-codex-trujillo-al-peru-valiosa-pieza-del-virreinato/>, consultada el 12 de octubre de 2022.

46 FANGACIO ARAKAKI, Juan Carlos, "El Gobierno de España se apodera del 'Códex Trujillo del Perú', valioso documento histórico", *El Comercio*, 08/06/2017, <https://elcomercio.pe/luces/arte/gobierno-espana-apodera-codex-trujillo-peru-432724-noticia/?ref=ecr>, consultada el 12 de octubre de 2022.

que esta había ganado limpiamente la puja⁴⁷. La investigadora recalca además que la subasta suponía una oportunidad única para el museo de adquirir un importante documento de época colonial, pues "por la naturaleza misma de la situación colonial, hay todo un capítulo de la historia latinoamericana que no está representada en colecciones locales. Por eso ha sido tan duro ver que España retenga este tomo"⁴⁸.

La polémica se avivó con una campaña de recogida de firmas en la plataforma change.org⁴⁹, bajo el título "Por el derecho a preservar el patrimonio cultural de América Latina en América Latina". Esta petición fue lanzada por el Museo de Arte de Lima al Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación y al Ministro de Educación, Cultura y Deporte del gobierno de España, y contó con 1297 firmas. El resumen era el siguiente:

"La decisión del gobierno de España de ejercer su derecho de tanteo sobre una importante colección de acuarelas peruanas vulnera los derechos del Perú y del Museo de Arte de Lima de conservar objetos relacionados con su historia, legarlos a generaciones futuras y forjar una historia colectiva. Pedimos al gobierno español respetar los derechos culturales de los países de América Latina y proponemos crear una legislación clara, que permita a los países americanos tener la opción de competir libremente por obras que forman parte de su patrimonio cultural".

E incluso, la noticia de la subasta y el malestar generado por la misma, trascendió al plano puramente político. Sobre todo, porque la polémica coincidió en el tiempo con una visita a España del presidente peruano, Pedro Pablo Kuczynski, y el canciller Ricardo Luna. Estos se reunieron con el entonces presidente del gobierno de España, Mariano Rajoy, y surgieron una serie de titulares

⁴⁷ UGIDOS, Gonzalo, "El delirio vagabundo de un obispo navarro que enfrenta a Perú y España", *El Mundo*, 30/06/2017, <https://www.elmundo.es/cronica/2017/06/30/594d56dae5fdeac44f8b458e.html>, consultada el 13 de octubre de 2022.

⁴⁸ "Qué es el Códex Trujillo, el importante conjunto de acuarelas del siglo XVIII que Perú le disputa a España", *BBC*, 14/06/2017, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-40268829>, consultada el 5 de septiembre de 2022.

⁴⁹ Véase: <https://www.change.org/p/ministro-de-asuntos-exteriores-y-de-cooperación-de-españa-por-el-derecho-a-preservar-el-patrimonio-cultural-de-américa-latina-en-américa-latina?redirect=false>, consultada el 5 de octubre de 2022.



de prensa que sugerían la posibilidad de realizar un préstamo al país andino, siempre que la propiedad siguiese siendo española⁵⁰ y, además, no faltaron los tabloides que utilizaron el caso para enaltecer o criticar la labor de Rajoy con titulares como: "España estudia prestar a Perú las 136 láminas que se quedó tras la puja"⁵¹, o "Rajoy se salta la Ley de Patrimonio y cede al Perú un código inexportable"⁵².

Sensacionalismos o posturas políticas aparte, debemos tener en cuenta las posibles implicaciones que este préstamo conllevaría, pues de hecho podría ser una de las soluciones en este caso, sobre la que trataremos más adelante. Evidentemente, es perfectamente comprensible la frustración del país andino, que realmente deseaba poder disfrutar de las láminas entre sus colecciones. Pero, pensemos por un momento qué podría haber ocurrido si el gobierno español no hubiese ejercido ambos derechos: declarar el bien inexportable y adquirirlo de manera preferente. Estas podrían haber ido a parar a cualquier parte del mundo: Berlín, Londres, Nueva York..., e incluso podrían llegar a formar parte de una colección particular, al no existir restricciones en torno al lugar en el que podría resguardarse, y ante la posibilidad de enfrentarse a una subida del precio durante la subasta que quizá no habría podido asumirse por parte del museo peruano o del gobierno español.

Al respecto de lo anterior, podríamos "rizar el rizo" pensando en la dicotomía anunciada por John Henry Merryman en torno al nacionalismo y el internacionalismo cultural⁵³, sobre el que se nos ocurren tres escenarios diferentes. En primer lugar, no hay duda de que si –hipotéticamente hablando, por supuesto–

50 "Codex Trujillo: España prestará a Perú las 136 láminas coloniales en disputa", *Perú21*, 12/06/2017, <https://peru21.pe/mundo/codex-trujillo-espana-prestara-peru-136-laminas-coloniales-disputa-80667-noticia/>, consultada el 5 de septiembre de 2022; SÁNCHEZ, Víctor, "España prestará a Perú 136 láminas del 'Códex Trujillo' que le pertenecen por historia", *Ocio Latino*, 16/06/2017, <https://www.ociolatino.com/2017/06/espana-prestara-a-peru-136-laminas-del-codex-trujillo-que-le-pertenecen-por-historia.html>, consultada el 5 de septiembre de 2022.

51 GONZÁLEZ, Miguel, "España estudia prestar a Perú las 136 láminas que se quedó tras una puja", *El País*, 13/06/2017, https://elpais.com/cultura/2017/06/12/actualidad/1497270669_830597.html, consultada el 5 de septiembre de 2022.

52 RIAÑO, Peio H., "Rajoy se salta la Ley de Patrimonio y cede a Perú un código inexportable", *El Español*, 12/06/2017, https://www.elespanol.com/cultura/arte/20170612/223228211_0.html, consultada el 5 de septiembre de 2022.

53 MERRYMAN, John Henry, "Two Ways of Thinking about Cultural Property", *The American Journal of International Law*, 80-4 (1986), pp. 831-853.

el código hubiese terminado en otro gran museo extranjero, este defendería su derecho de adquisición aludiendo a la universalidad del patrimonio, y a la importancia de su preservación y disposición al público sobre cualquier otro aspecto. En segunda instancia, creo que tampoco tenemos duda de que, si el código hubiese terminado en el museo peruano, este habría enarbolado la bandera del nacionalismo cultural, aludiendo al origen del documento y a la temática sobre la que este trata. Pero, en tercer lugar, y ya sí tomando como referencia a la propia realidad, ¿puede España defender que está amparándose en el nacionalismo cultural para declarar inexportable la obra y adquirirla de manera preferente?

Todo ello depende del concepto de pertenencia, de la reflexión que realicemos acerca de la propiedad del patrimonio. El cual, como ya sabemos, no resulta fácil ni unilateral. Para España, el código es un reflejo de la política de la Corona en el siglo XVIII y del espíritu ilustrado que abundaba por entonces en el país; además de haber sido concebido por un personaje muy representativo para nuestra historia. En la postura española hay además un aspecto que no debemos pasar por alto, y es que el código es un documento realizado en Perú por iniciativa de un español enviado a Trujillo por parte de la Corona y la Iglesia como institución, por lo que es comprensible que el Ministerio de Cultura no quiera dejarlo escapar para formar parte de sus colecciones. Es decir, se trata de un documento realizado a instancias de un particular, que podríamos por ejemplo comparar con los cuadernos realizados por el explorador estadounidense Hiram Bingham con respecto a sus investigaciones en la ciudad de Machu Picchu, cuya pertenencia está siendo también objeto de debate entre la Universidad de Yale y Perú, una vez que los objetos obtenidos de sus pesquisas ya han sido devueltos al país andino.

Por su parte, para Perú, la obra subastada es representativa al tratar sobre su geografía, su historia y, al fin y al cabo, su idiosincrasia durante la Colonia. Según expuso Natalia Majluf, esta obra podría compararse en importancia a algunas piezas clave del Prado para España y, precisamente para el MALL, su consecución era “una oportunidad única para representar, aunque fuera de forma fragmentaria, ese capítulo de la historia local”⁵⁴; e incluso llegó a comparar su importancia con la obra de Guamán Poma de Ayala⁵⁵. En la misma línea, el

⁵⁴ TOLA, Raúl, “El Códex Trujillo es tan importante para Perú...”, ob. cit.

⁵⁵ “Códex Trujillo sería tan valioso para el Perú como obra de Guaman Poma de Ayala”, *Diario El Correo*, 22/06/2017, <https://diariocorreo.pe/cultura/codex-trujillo-seria-tan-valioso-para-el-peru-como-obra-de-guaman-poma-de-ayala-757576/?ref=dcr>, consultada el 13 de octubre de 2022.

investigador Fernando Villegas Torres establece que el código podría considerarse como un precedente del costumbrismo desarrollado posteriormente por autores como Francisco (Pancho) Fierro⁵⁶.

Quizás, lo más complicado en este sentido, es que ambos países tienen razón, ambos tienen argumentos para desear el bien en cuestión y para defender su posesión. Es lo que la lógica nos dicta en un caso como este, e incluso es lo que concluimos al recurrir a instrumentos internacionales como la Convención Unesco de 1970⁵⁷. Esta herramienta, aunque no es de aplicación en este caso, sí que nos permite reflexionar sobre su artículo cuarto, en el que establece que forman parte del patrimonio cultural de un Estado los bienes que pertenecen a una serie de categorías: a) "Bienes culturales debidos al genio individual o colectivo de nacionales de Estados de que se trate y bienes culturales importantes para ese mismo Estado y que hayan sido creados en su territorio por nacionales de otros países o por apátridas que residan en él"; o c) "Bienes culturales adquiridos por misiones arqueológicas, etnológicas o de ciencias naturales con el consentimiento de las autoridades competentes del país de origen de esos bienes". Vemos cómo el código podría pertenecer a Perú al resultar una obra creada en su territorio y que trata sobre el mismo; al tiempo que también es español, dado que en ese momento el actual Perú aún no tenía autonomía como nación y la obra se llevó a cabo en tiempos del Virreinato, por parte de un obispo español, con el pertinente consentimiento de una visita pastoral autorizada y bien vista por parte de las autoridades competentes.

El código es historia compartida. Y las cuestiones acerca del lugar en el que debe resguardarse deben ir más allá de la teoría de Merryman en cuanto a la división entre nacionalismo e internacionalismo cultural. Principalmente, al considerar que los bienes no tienen por qué pertenecer a una única nación. La casuística que podemos encontrarnos en torno a la propiedad de los bienes culturales es infinita. En este caso concreto, la obra es importante para ambas naciones, para Perú y para España. La diferencia más sustancial entre la postura de ambos países podríamos apuntarla en el hecho de que España ya posee

⁵⁶ VILLEGAS TORRES, Fernando, "'Códex Trujillo del Perú', eslabón perdido del costumbrismo peruano", .edu, 10/07/2017, <https://puntoedu.pucp.edu.pe/voces-pucp/codex-trujillo-del-peru-eslabon-perdido-del-costumbrismo-peruano/>, consultada el 13 de octubre de 2022.

⁵⁷ Unesco, *Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales*, 1970, http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, consultada el 13 de octubre de 2022.

una muestra muy representativa del código en la biblioteca del Palacio Real; mientras que, en Perú, la muestra se reduce a un centenar de acuarelas resguardadas en la actual Fundación BBVA Continental.

3

Alternativas a la polémica del *Códex Trujillo*

Las láminas subastadas en Madrid quedaron finalmente en manos españolas y han pasado a formar parte de las colecciones del Museo de América, institución de titularidad estatal. En nuestra última visita al museo (julio de 2022), el código no se encontraba aún entre las piezas de la exposición permanente –y desconocemos si tienen intención de exponerlo–. En la fecha en que nos encontramos rematando esta investigación (octubre de 2022), en la página web del museo, aparece el código en el apartado de “últimas adquisiciones”, con la signatura MAM2017/01/01⁵⁸. E, igualmente, está incluido en la base de datos online, en la que se ofrece una relación de imágenes del código, aunque pocos datos acerca del mismo y nada sobre su modo de adquisición.

Esto nos lleva a pensar en la información que los museos ofrecen al público sobre las piezas que contienen sus colecciones pues, aunque esta es cada vez más completa, no siempre contempla una explicación acerca de sus orígenes. Esta es una tendencia que también observamos en el propio catálogo realizado por la Casa Alcalá con motivo de la subasta, en el que no se mencionaba la procedencia del bien; es decir, el lugar en el que se había resguardado hasta el momento, pues ni siquiera era conocido por los investigadores. Lo cual, convierte al código en una suerte de “gato de Schrödinger”, al no poder conocer la historia que tiene tras de sí, más allá del momento en que fue concebido, y que podría sin duda convertirse en un problema en el caso de que hubiera abandonado un país como Perú –o incluso Colombia, donde el obispo pasó sus últimos días– en fechas recientes. Evidentemente, no es lo mismo que el código viajase a España en el siglo XVIII o las primeras décadas del XIX, a que lo haga en nuestros tiempos, cuando ya existen leyes patrimoniales estatales y todo un corpus normativo internacional auspiciado por entidades como la Unesco.

⁵⁸ “Últimas adquisiciones”, *Museo de América*, <https://www.culturaydeporte.gob.es/museodeamerica/coleccion/ultimas-adquisiciones.html>, consultada el 13 de diciembre de 2022.



Deberíamos abogar por una tendencia más aperturista, en la que se ofrezca toda la información disponible al respecto. Sin duda, conocer el origen del código con anterioridad a la subasta podría aportarnos datos interesantes que respondan a cuestiones vitales: ¿estaba ya el código en España?, ¿a qué colección perteneció? o ¿por qué no se conocía su existencia hasta el momento? Del mismo modo que aportar información sobre la adquisición en el propio museo enriquece a las colecciones, y ayudaría a generar un discurso más equitativo y justo, poniendo sobre la mesa cuestiones que el público estaría interesado en conocer, y que le llevaría a visitar los museos con un espíritu mucho más crítico, ante la pregunta: ¿por qué el código está en España?

Con estas reflexiones, no ponemos en duda las razones que llevaron al Ministerio de Cultura de nuestro país a adquirir el código. Más bien se trata de enriquecer los datos que de él se aportan una vez que ha sido redirigido a una institución, pues el público merece saber que el código se ha adquirido en una subasta y que se trata de un patrimonio vital para España y para Perú, por las razones que ya hemos esgrimido con anterioridad. Todo ello como parte de una tendencia que llama a "descolonizar" el museo, que no solo trata de devolver ciertas piezas, sino de generar discursos en las exposiciones que eviten las representaciones imperia listas y eurocéntricas. Al respecto, el Museo Británico, uno de los más polémicos en cuestiones de expolio, ha iniciado una actividad denominada "Contested objects", en la que generan una lista con los objetos que son objeto de disputa⁵⁹.

El museo como institución se enfrenta en la actualidad al reto de contextualizar sus objetos "desde las contribuciones teóricas y prácticas del poscolonialismo", asumiendo su papel como un instrumento para la educación y el conocimiento crítico⁶⁰. Pero ¿cómo podemos hacerlo cuando la obra en sí es fruto del colonialismo? Es decir, el propio *Códex Trujillo* fue realizado durante el Virreinato del Perú y es el vivo reflejo de la política de la Corona española, que pretendía conocer bien su territorio allende el mar, además de generar una colección para el Real Gabinete de Historia Natural. Pensamos que no se trata de negar la historia como tal, sino de contarla desde un sesgo lo más imparcial posible, en el que el reconocimiento acerca de la procedencia es importante.

59 "Descolonizar los museos", *Coco Rodrigo*, <https://cocorodrigo.com/2022/04/19/descolonizar-los-museos/>, consultada el 14 de octubre de 2022.

60 PINTO RIBEIRO, António, ¿Podemos descolonizar los museos?, p. 31, https://memoirs.ces.uc.pt/ficheiros/4_RESULTS_AND_IMPACT/4.1_PUBLICATIONS/2019/LIVROS/Museus_Espanhol_PintoRibeiro,%20Final.pdf, consultada el 14 de octubre de 2022.

España ha conseguido la custodia y pertenencia del bien en cuestión, pero pensar en alternativas que puedan resultar factibles y satisfactorias para ambos países interesados por el *Códex* se nos antoja un ejercicio necesario e importante. La propia Natalia Majluf anuncia al respecto su esperanza de "llegar a un acuerdo en este tipo de casos y generar una jurisprudencia más equitativa"⁶¹. Sobre todo, teniendo en cuenta que esta misma disputa podría llegar a repetirse casi indefinidamente, quebrantando las relaciones internacionales entre países, aumentando la brecha entre las naciones consideradas "de origen" y aquellas que normalmente son beneficiarias de las obras de arte que se ofertan en el mercado.

De hecho, el MALI ya vivió una situación similar en 2015, cuando intentó comprar en subasta en Barcelona una pintura con la imagen de Nuestra Señora del Monte Farelo, obra del cuzqueño Antonio Sarmiento, cuyo viaje hacia la Península se desconoce hasta el momento⁶². Al igual que en nuestro caso de estudio, el cuadro también fue declarado inexportable y comprado para formar parte de las colecciones del Museo de América⁶³, lo que nos lleva a preguntarnos: ¿va a ser esta siempre la tónica general?

3.1 El préstamo o la permuta

La primera alternativa que se nos ocurre es, sin duda, el préstamo. Este podría ser de carácter temporal, el cual sería perfectamente factible; o incluso indefinido o por un importante número de años, desde España hacia Perú y específicamente hacia el Museo de Arte de Lima. Con ello, las láminas estarían bien protegidas y cuidadas, y se pondrían a disposición de los peruanos y peruanas, pudiendo además complementar el discurso del museo que las recibe. En esta misma línea, podría también plantearse un préstamo a la inversa, y que fueran las láminas que se encuentran ahora mismo en Lima

⁶¹ FOWKS, Jacqueline y BONO, Ferran, "Perú reclama a España unas láminas coloniales que ganó en una puja", *El País*, 10/06/2017, https://elpais.com/cultura/2017/06/09/actualidad/1496987274_217950.html, consultada el 15 de septiembre de 2022.

⁶² Véase: BRUQUETAS GALÁN, Rocío, "De Camariñas a Cuzco: La imagen de Nuestra Señora del Monte Farelo, protectora de navegantes", en QUILES, Fernando, AMADOR, Pablo F. y FERNÁNDEZ, Martha (eds.), *Tornaviaje. Tránsito artístico...*, ob. cit., pp. 491-509.

⁶³ FOWKS, Jacqueline y BONO, Ferran, "Perú reclama a España unas láminas...", ob. cit.

las que se expongan en España, en un principio de reciprocidad que podría resultar muy positivo para la difusión y el estudio del patrimonio; sobre todo, teniendo en cuenta que no todas las láminas son iguales y nunca se han observado de manera completa.

Se trata esta de una práctica bastante extendida en el mundo del arte, pues es común que las piezas viajen de un museo a otro, enriqueciendo su difusión y favoreciendo la reunión de obras que quizás, en otras circunstancias, no podrían contemplarse en un mismo espacio. Tan solo por mencionar un ejemplo, en la exposición *Murillo y su estela en Sevilla*, organizada en la ciudad hispalense en 2017-2018, se reunieron obras de instituciones tan variopintas como el Museo Nacional del Prado, el Museo del Louvre, el Palazzo Pitti de Florencia o el Museum of Art de Rhode Island en Estados Unidos⁶⁴; consiguiendo, con ello, el regreso a Sevilla de piezas que abandonaron su lugar de procedencia principalmente durante el siglo XIX, en un contexto marcado por la guerra de la Independencia y por la ausencia de una normativa nacional protectora lo suficientemente fuerte⁶⁵.

Igualmente, hay ciertas obras que nunca abandonan sus museos de procedencia, debido a un frágil estado de conservación o al hecho de que se trata de piezas demasiado representativas. Respecto al primer caso, podríamos mencionar al *Penacho de Moctezuma*, obra reclamada por México que se encuentra en el Museo de Etnología de Viena y que, al parecer, podría sufrir daños irreparables durante un posible traslado⁶⁶. Por su parte, obras como *Las Meninas* o el *Guernica*, nunca abandonan sus instituciones, pues su ausencia comprometería "el discurso artístico y didáctico del centro"⁶⁷. E incluso hay países y museos que

64 Véase: NAVARRETE PRIETO, Benito (dir.), *Murillo y su estela en Sevilla*, Ayuntamiento de Sevilla, Instituto de la Cultura y las Artes de Sevilla (ICAS), Sevilla, 2017.

65 RUIZ ROMERO, Zara, "Arte en disputa: robo, expolio y venta de obras del barroco iberoamericano", en FERNÁNDEZ VALLE, María de los Ángeles, LÓPEZ CALDERÓN, Carme y RODRÍGUEZ MOYA, Inmaculada (eds.), *Pinceles y gubias del barroco iberoamericano*, Andavira, Santiago de Compostela; Enredars, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2019, pp. 447-466.

66 CORONA, Sonia, "El frágil penacho de Moctezuma", *El País*, 02/07/2014, https://elpais.com/cultura/2014/07/02/actualidad/1404309415_424762.html, consultada el 15 de septiembre de 2022.

67 ELEJABEITIA, Guillermo, "Cuadros que no se prestan", *El Norte de Castilla*, 15/06/2022, <https://www.elnortedecastilla.es/sociedad/201606/15/cuadros-prestan-20160615085119.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com>, consultada el 15 de septiembre de 2022.

se niegan a prestar ciertas obras, ante el miedo de que estas no regresen, como en el caso del busto de Nefertiti, insistentemente reclamado por parte de las autoridades egipcias⁶⁸.

En este caso, la idea del préstamo del *Códex Trujillo* ya se planteó en prensa. No obstante, se trata de una solución que no termina de convencer del todo al MALI, al considerar que la cuestión de la propiedad sigue sin resolverse, pues continuaría siendo patrimonio español⁶⁹. Del otro lado, sería también importante cuestionar las consecuencias que esta acción podría tener en la política de adquisiciones de los museos españoles, o incluso entre las obras que se encuentran en nuestras colecciones. Sobre todo, cuando ya hay polémicas abiertas en nuestro país, que aunque presentan una casuística diferente, también podrían resolverse por medio de un préstamo. Existe el temor a que la cesión de las acuarelas, o de cualquier otro objeto, pueda "abrir la caja de Pandora", generando un aluvión de peticiones en los mismos términos. No obstante, debemos tener en cuenta que, en un marco internacional, esa "caja" ya está abierta. Las reclamaciones patrimoniales son una realidad muy actual sobre la que prácticamente cada día podemos encontrar noticias en prensa, y que generan respuestas diversas en función del contexto en que se llevó a cabo la consecución de la pieza.

Del mismo modo, el préstamo indefinido tampoco resulta "rentable" para España, habida cuenta de que en su momento realizó un esfuerzo económico para adquirir una obra, que después no sería disfrutada por el conjunto de los españoles; y que además se adquirió con el objetivo de complementar las colecciones del Museo de América, que ya cuenta en su acervo con objetos enviados por el obispo Martínez de Compañón tras su estancia en Trujillo. Es decir, no estamos hablando de una obra que lleva tiempo en nuestras colecciones, sino de una compra reciente, que se llevó a cabo dentro de la más absoluta legalidad.

Precisamente para evitar esa merma patrimonial, se nos ocurre que se podría abogar, como otra posible alternativa, por una permuta, por el intercambio de bienes culturales entre ambos estados, entregando cada uno de ellos una obra de similar valor y que resulte importante y representativa para el país en cuestión. Aquí la dificultad residiría en señalar el bien que Perú podría dar a cambio a España, pues resulta especialmente complicado comparar el valor monetario, intelectual o cultural del patrimonio.

68 "El busto de Nefertiti no se mueve", *BBC News*, 20/12/2009, https://www.bbc.com/mundo/cultura_sociedad/2009/12/091220_busto_nefertiti_rg, consultada el 15 de septiembre de 2022.

69 TOLA, Raúl, "El *Códex Trujillo* es tan importante para Perú...", ob. cit.

La permuta entre dos estados es una acción que ya hemos observado en otras ocasiones. Tal como expone Luis Pérez-Prat Durbán, en 2010, España devolvió a México la primera bandera del país y dos enseñas gemelas del cura Hidalgo, a cambio de la bandera del batallón del rey Fernando que integró la expedición del general Barradas, entre otras piezas⁷⁰. Y, sin duda uno de los casos de permuta más conocidos, fue el que permitió el regreso a España de la *Dama de Elche* y la *Inmaculada Concepción de los Venerables*, obra de Murillo –entre otras piezas–, hasta el año 1941 en el Museo del Louvre. A cambio, nuestro país entregó a Francia obras como un *Retrato de la reina doña Mariana de Austria* de Velázquez, así como un *Retrato de Antonio de Covarrubias* realizado por el Greco⁷¹, ejemplificando cómo los procesos de ida y vuelta del patrimonio son en muchas ocasiones impredecibles.

3.2 La réplica facsímil

Otra posible solución para este litigio sería la entrega al país andino de una réplica facsímil del original, una disposición que rastreamos en prensa por parte del gobierno español, y que se enmarcaría "en la puesta en valor del patrimonio histórico común que mantienen ambos países y en la buena sintonía de colaboración que mantienen en diversos ámbitos"⁷². No obstante, hasta el momento no hemos encontrado ninguna noticia en la que se confirme definitivamente su realización y envío hacia el país andino.

La creación de reproducciones –más o menos fieles a la original–, desde luego no es nueva en cuestiones de patrimonio. Esta puede venir motivada ante una situación de emergencia (por ejemplo, un conflicto bélico), o por la destrucción fragmentaria o completa de un bien determinado. También puede suponer un modo alternativo de "recuperar" una pieza víctima del expolio, o de los numerosos viajes de ida y vuelta que el patrimonio experimenta a lo largo de los años. E, igualmente, una réplica puede llegar a tener un fin

⁷⁰ PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis y RAMOS PRIETO, Jesús, "El tráfico exterior de bienes culturales. Aspectos internacionales y tributarios de su régimen jurídico", en SÁNCHEZ ARISTI, Rafael (coord.), *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, Civitas, Navarra, 2015, pp. 232-233.

⁷¹ GRUAT, Cédric y MARTÍNEZ, Lucía, *El retorno de la Dama de Elche*, Alianza Editorial, Madrid, 2015.

⁷² FOWKS, Jacqueline y BONO, Ferran, "Perú reclama a España unas láminas...", ob. cit.

pedagógico-instructivo, con el objetivo de acercar el patrimonio hacia la sociedad; y puede suponer un modo de proteger al original de su uso y exposición. Sin olvidar, por supuesto, el hecho de que existen copias/réplicas de bienes culturales que hoy día tomamos por verdaderas y que gozan de un reconocido prestigio.

El miedo a confundir el original con la copia está tan extendido, que legislaciones de patrimonio como la española, de 1985, en su artículo 49.2, prohíbe la realización de réplicas exactas en los bienes culturales, al entenderse que estas podrían interpretarse como una "falsificación". Si bien, en el caso del patrimonio documental, cuando se trata de ediciones facsímiles, se valora el hecho de que la obra sea lo más parecida al original, que recoja con fidelidad los detalles, incluso imitando las condiciones del papel y los posibles daños que ya posea el bien. Eso sí, queda restringido el número de copias a realizar (suelen realizarse tiradas de pocos ejemplares), pues ya de por sí el facsímil tiene valor, dada la técnica necesaria para realizar una reproducción tan fiel a la realidad.

La edición facsímil de una obra ayuda a que el original quede más resguardado de su manipulación y pueda mantenerse de manera preventiva en unas condiciones adecuadas. Su existencia, asimismo, favorece la difusión del patrimonio, al acercar el contenido de cierta documentación a los investigadores, e incluso asegurándose de que la pérdida del original no conlleve también una pérdida de la información contenida en el documento. Es bastante común que se realicen ediciones de este tipo de libros de reconocida importancia, como puede ser el *Códice Calixtino* custodiado en el Archivo de la Catedral de Santiago de Compostela, y que precisamente protagonizó un sonado robo que tuvo afortunadamente un final feliz⁷³. Del mismo modo, en la era digital en la que hoy día nos vemos inmersos, también es común la existencia de colecciones de facsímiles digitales, como es el caso de la ofrecida por la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes⁷⁴.

Otras categorías patrimoniales como las obras arquitectónicas, escultóricas o pictóricas son también objeto de réplica. Este sería el caso del patio del castillo de Vélez Blanco (Almería), actualmente en el Museo Metropolitano de Nueva York, en cuyo lugar de origen se ha planteado la posibilidad de realizar

⁷³ SOLER, Xoán A., "El robo del Código cumple diez años", *La Voz de Galicia*, 10/07/2022, https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/galicia/2021/07/07/robo-codice-cumple-diez-anos/0003_202107G7P8991.htm, consultada el 13 de octubre de 2017.

⁷⁴ https://www.cervantesvirtual.com/portales/literatura/catalogo_facsimiles/, consultada el 13 de octubre de 2022.

una réplica diferenciada. Esta viene motivada por el mal estado de conservación en el que se quedó el lugar tras la retirada del patio original y, además, pretende completar el discurso del castillo, de cara a una restauración más exhaustiva que tendrá lugar en los próximos años, poniendo igualmente en relieve el hecho de que el nuevo patio es una réplica, y dejando constancia de que la diáspora del patrimonio supone un capítulo en su propia historia, al ser tristemente protagonista de la salida indiscriminada de bienes pertenecientes al patrimonio español en las primeras décadas del siglo XX⁷⁵.

Los propios museos recurren de manera bastante común a la réplica para completar su discurso, para mostrar una obra determinada, o incluso como un modo de proteger el original. Esto no solo ocurre en pequeñas instituciones, también en espacios de reconocido prestigio. El Victoria & Albert Museum de Londres es un ejemplo del culto a la copia, donde podemos encontrar reproducciones de la *Columna Trajana*, el *Pórtico de la Gloria* de la catedral de Santiago de Compostela, o el mismísimo *David* de Miguel Ángel. También el Museo de Historia Natural de Nueva York recurre a las reproducciones, incluso en sus obras más emblemáticas: los dinosaurios. Si vamos observando durante la visita, muchos de ellos son reproducciones de originales que se encuentran en otros lugares, pero cuya exposición y reunión en un único espacio resulta didáctica y enriquecedora.

E incluso hay ocasiones en las que los lugares de procedencia ven cómo su patrimonio se marcha hacia las capitales, hacia las ciudades más pobladas, dentro de su mismo país, para formar parte de los museos estatales. Con ello, son muchos los museos e instituciones que recurren a las réplicas para complementar su colección, y para reivindicar el hecho de que tal o cual pieza procedía de uno de sus yacimientos arqueológicos, espacios religiosos, etc. Un caso conocidísimo sería el de la *Dama de Elche*, cuyo original se encuentra en el Museo Arqueológico de Madrid y se ha realizado una copia para el Museo Arqueológico de Alicante⁷⁶. E incluso se utilizan las nuevas tecnologías con este fin, por ejemplo, con técnicas de impresión 3D y postprocesado, con las que un equipo de la Universidad de Alicante ha conseguido replicar a las esfinges de

⁷⁵ Véase: RUIZ ROMERO, Zara, "La reproducción de obras artístico-arquitectónicas tras su diáspora. El caso del castillo de Vélez Blanco (Almería)", en prensa.

⁷⁶ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Ascensión, "¿Copiar o no copiar? He ahí la cuestión (la restauración monumental en la época de la clonación genética)", en *Modelos, intercambios y recepción artística (de las rutas marítimas a la navegación en red)*. Palma de Mallorca, 20-23 de octubre de 2004, Vol. 2, Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 2008, p. 1103.

Agost, hoy día en el Museo del Louvre y en el Museo Arqueológico Nacional, y cuyo lugar de origen había quedado desprovisto de tal patrimonio⁷⁷.

Con lo cual, aunque somos conscientes de que una copia no puede sustituir al original en todas sus aristas, sí que consideramos positivo el hecho de que una réplica facsímil llegue al Museo de Arte de Lima. Así, al menos, se podrá cumplir el objetivo de completar el discurso de la institución, incluyendo un ejemplo de época colonial.

3.3 La devolución o repatriación

El acto de devolver el patrimonio a sus naciones de origen está bien en boga. Cabría hablar, por ejemplo, de la reciente decisión de Francia de devolver los bienes expoliados a Benín, en el marco de su pasado colonial⁷⁸. También tendríamos el caso de las más de cincuenta piezas recuperadas por Perú en Estados Unidos, Egipto, Australia, Brasil y Reino Unido⁷⁹. O el sonado ejemplo de la devolución de un importante conjunto de textiles paracas, que han regresado a Perú tras resguardarse en el Museo de las Culturas del Mundo de Gotemburgo⁸⁰.

Al abordar esta como otra posible solución al conflicto, deberíamos primero analizar el significado de los conceptos de devolución y repatriación, acudiendo para ello a la bibliografía, sin ánimo de entrar en cuestiones que resultan más propias de juristas. El término devolución está relacionado con el de restitución y en el marco de la Unesco se utiliza en dos supuestos: para

⁷⁷ "Patrimonio virtual de la Universidad de Alicante reproduce, por medio de 3D, las dos esfinges ibéricas originarias de Agost", *Actualidad Universitaria, Universidad de Alicante*, 22/12/2020, <https://web.ua.es/es/actualidad-universitaria/2020/diciembre2020/21-23/patrimonio-virtual-de-la-universidad-de-alicante-reproduce-por-medio-de-3d-las-dos-esfinges-ibericas-originarias-de-agost.html>, consultada el 2 de febrero de 2022.

⁷⁸ VAL, Eusebio, "Francia devuelve a Benín tesoros expoliados", *La Vanguardia*, 27/10/2021, <https://www.lavanguardia.com/cultura/202110277819346/francia-devuelve-benin-tesoros-expoliados.html>, consultada el 15 de septiembre de 2022.

⁷⁹ PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis y RAMOS PRIETO, Jesús, "El tráfico exterior de bienes culturales...", ob. cit., pp. 232-233.

⁸⁰ RUIZ ROMERO, Zara, *Arte prehispánico en disputa. Revalorización y protección del legado peruano*, Tesis doctoral, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, pp. 256-270, <http://hdl.handle.net/10433/6885>.

aquellos bienes que salen de su localización original en época colonial y en los casos de exportación ilegal⁸¹. Por su parte, la repatriación se refiere a aquellas reclamaciones realizadas para que el bien regrese al país de origen al que pertenecía con anterioridad⁸².

En el caso que hoy nos ocupa, *a priori* podría parecer más adecuado hablar de devolución, pues los bienes salieron de su lugar de procedencia en el marco del Virreinato del Perú. No obstante, no podría aplicarse en la amplitud de su concepto, pues el bien en cuestión fue realizado a instancias del gobierno del momento y precisamente a partir de la intervención de un español, el mencionado obispo de Trujillo, Baltasar Jaime Martínez de Compañón. La situación sin duda resulta complicada, habida cuenta de que no existe un marco jurídico en el que sustentar estos procesos de reclamación y restitución⁸³. Con lo cual, más bien podríamos hablar de la posibilidad de que este códice fuese "regalado" o "cedido" al Perú actual.

Esta sería una medida satisfactoria para Perú y para el Museo de Arte de Lima, en el sentido de que podrían disfrutar de un bien muypreciado para su patrimonio. Si bien, debemos tener en cuenta que desde el MALI en ningún momento hablan de querer recibir un "regalo" o un trato de favor, más bien lo contrario, pues participaron en la subasta con el objetivo de comprar el bien. Precisamente, lo que ahora se solicita por parte de un país como Perú es la posibilidad de concurrir a una subasta internacional en igualdad de condiciones que el país en el que esta se lleva a cabo⁸⁴. Quizás sí sea el momento de promover un cambio en la legislación, o en el modo en que este tipo de transacciones se llevan a cabo, sobre todo si el comprador es una institución que promueve la difusión pública y la buena conservación de los bienes.

En este orden de cosas, se nos ocurre una nueva cuestión: ¿podría España "revender" el códice al Museo de Arte de Lima? Partimos de la base de que esta es solo una cuestión hipotética, pues nuestro país tiene una política de adquisiciones muy clara, el códice se encuentra en un museo de carácter público,

81 SAN ROMÁN GUTIÉRREZ, Laura, "Tribunales competentes y ley aplicable a la restitución de obras de arte robadas", en SÁNCHEZ ARISTI, Rafael (coord.), *Derecho del Arte...*, ob. cit., p. 295.

82 Ibid., p. 294.

83 PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis y RAMOS PRIETO, Jesús, "El tráfico exterior de bienes culturales...", ob. cit., pp. 232-231.

84 TOLA, Raúl, "El Códex Trujillo es tan importante para Perú...", ob. cit.

y es también consciente de que la protección y conservación del patrimonio debe hallarse siempre en primera línea, al tiempo que el propio *Códex Trujillo* es un bien importante para nuestra historia. Pero, si se diera el caso..., no sería la primera vez que un museo vende sus bienes culturales, aunque normalmente en un contexto diferente, principalmente para lograr una mayor solvencia económica y poder así adquirir otros bienes. Ya lo hizo en 1939 el Museo de Arte Moderno de Nueva York, el MOMA, al vender por 18.000 dólares un Degas, con el objetivo de conseguir por el mismo precio *Las señoritas de Avignon*, de Picasso, hoy día una de las obras maestras de la institución⁸⁵.

La venta de patrimonio por parte de instituciones museísticas es además un tema candente en la actualidad, pues no son pocos los museos que se lo han planteado para poder hacer frente a la crisis originada por el Covid-19⁸⁶. Otra venta bien sonada, fue la de la estatua egipcia del sacerdote *Sekhemka*, subastada en Christie's en 2014, y con la que su institución –el Museum and Art Gallery de la ciudad de Northampton (Reino Unido)– pretendía conseguir fondos para realizar obras de ampliación. Esta pieza había sido previamente donada por el marqués de Northampton, al parecer con la expresa condición de que no fuese vendida. Con lo cual, su venta en subasta por 19,2 millones de euros levantó una sonada polémica, que terminó con una sanción a la parte vendedora, que se quedaría sin subvenciones estatales hasta el año 2019, además de tener que entregar parte de los beneficios obtenidos en la subasta a los herederos del marqués que donó la obra⁸⁷.

Estas son, por tanto, unas acciones que plantean una pregunta fundamental: ¿qué es más importante, el mantenimiento de las colecciones intactas, o el futuro del propio museo y de sus trabajadores? Una cuestión que, aunque en nuestro caso de estudio no se aplica, sí debe hacernos reflexionar sobre el hecho de que la compraventa de piezas entre museos podría llegar a ser una realidad muy factible.

⁸⁵ RAMOS, Rafael, “¿Es legítimo que los museos vendan sus obras para sobrevivir a la pandemia?”, *La Vanguardia*, 14/10/2022, <https://www.lavanguardia.com/cultura/20201014/484047880291/museos-venta-obras-sobrevivir-pandemia-debate-etico.html>, consultada el 14 de octubre de 2022.

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ RODRÍGUEZ, Conxa, “Castigo a dos museos ingleses por vender una estatua egipcia”, *El Mundo*, 02/08/2014, <https://www.elmundo.es/cultura/2014/08/02/53dcdb49ca47415e388b4581.html>, consultada el 14 de octubre de 2022.

4

¿A quién (o quiénes) pertenece el *Códex Trujillo*?

En definitiva, cabría hablar de un importante número de soluciones alternativas, todas ellas en clave hipotética, que en realidad no suponen sino una tormenta de ideas que podrían aplicarse en otros casos. En este estudio partimos de la base de que el *Códex Trujillo* se encuentra en España, en el Museo de América de Madrid, y difícilmente va a ser trasladado a otro lugar de manera perenne y definitiva, por las cuestiones patrimoniales ya mencionadas y por el hecho de que su adquisición se llevó a cabo en un marco legal y legítimo. No obstante, en estas reflexiones finales incidimos en nuestra consideración de que el código pertenece –al menos sentimental o culturalmente hablando– a ambos países, pues mientras que la realidad de la que trata es la peruana, la obra fue realizada en un contexto de dominación hispánica, por iniciativa de un obispo de origen español, como reflejo de la mentalidad ilustrada del momento.

Una de las alternativas que nos parecen más plausibles en este caso, que ya ha sido tratada en estas líneas, sería la del préstamo temporal, para facilitar así que desde Perú pueda disfrutarse de una obra de tamaño importancia. Sabemos que con esta solución la cuestión de la propiedad no satisfaría a la parte peruana, pero quizás ha llegado el momento de mirar más allá de la posesión en sí misma y pensar en las posibilidades de disfrutar de piezas como esta en nuestras exposiciones. Incluso, del mismo modo en que planteamos el préstamo de esta parte del código hacia Perú, podríamos hablar de que el código ya presente en Lima viaje también a España, en una suerte de reciprocidad temporal, con la que se enriquecería el estudio de la obra, considerando que las láminas presentes en cada lugar no son exactamente iguales entre sí.

Además de este préstamo, podríamos tratar la posibilidad de generar una custodia compartida del patrimonio o, incluso, quizás sea el momento de crear un patrimonio común iberoamericano⁸⁸, también condicionado por ese principio de reciprocidad anteriormente mencionado. Es decir, que la propiedad no sea exclusiva de un único país, sea cual sea el lugar en el que finalmente va a terminar resguardándose. Al fin y al cabo, no existe una única respuesta acerca del lugar en el que deberían estar las 136 acuarelas subastadas en Madrid el pasado año 2017. Es decir, quizás no resulte tan relevante cuestionar el dónde, sino el discurso que de él pueda ofrecerse. Este debe mostrar las virtudes y características del

88 GONZÁLEZ, Miguel, "España estudia prestar a Perú...", ob. cit.

códice; pero, además, contar su historia: quién lo realizó, en qué contexto, por qué es tan importante, o de qué manera se adquirió por parte de su museo actual. No podemos cambiar el pasado colonizador, ni tampoco el contexto en que esta obra se llevó a cabo, pero sí podemos cambiar nuestra percepción sobre ella y que la presencia del código en Madrid no suponga una ofensa para Perú.

Mientras nosotros reflexionamos –por supuesto sin ánimo de establecer una respuesta o solución única al problema– el *Códex Trujillo* se resguarda a buen recaudo en el Museo de América de Madrid. En Perú, concretamente en el Museo de Arte de Lima, en una colaboración con la Fundación BBVA Continental, han diseñado la muestra *El Perú ilustrado. Martínez Compañón y su legado. La colección BBVA Continental en el MALI*, en la que se exponen los dos tomos en propiedad de la fundación peruana, disponible desde el 29 de agosto de 2018⁸⁹. Esta exposición, además, se complementó con la publicación de las láminas en el Archivo Digital de Arte Peruano-ARCHI, donde podrán estar disponibles para todo el público que desee consultarlas⁹⁰.

Para finalizar, cabría mencionar la iniciativa emprendida por el artista uruguayo Martín Sastre, quien pidió a los ciudadanos que copiasen imágenes del código, como un modo de "recuperación" patrimonial. Esta acción se concibió como una obra colectiva titulada *Codex Nuestro (Que estás en España)*, y se llevó a cabo en el Museo de Arte Contemporáneo de Lima, así como en el propio MALI, derivándose esta en una exposición en la que se muestra el "nuevo Código"⁹¹. Al fin y al cabo, las posibilidades que nos permite el arte son infinitas.

89 "El Perú ilustrado. Martínez Compañón y su legado. La colección BBVA Continental en el MALI", MALI, <https://mali.pe/portfolio-item/el-peru-ilustrado-martinez-companon-y-su-legado-la-coleccion-bbva-continental-en-el-mali/>, consultada el 14 de octubre de 2022.

90 "Las acuarelas de Martínez Compañón llegan al MALI", BBVA, 30/08/2018, <https://www.bbva.com/es/acuarelas-martinez-companon-llegan-mali/>, consultada el 13 de octubre de 2022.

91 "Artista plantea 'recuperar' Código Trujillo", *El Universal*, 97/08/2017, <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/cultura/artes-visuales/2017/08/7/artista-plantea-recuperar-codex-trujillo-mediante-obra>, consultada el 13 de octubre de 2022.



El retorno de los bienes culturales



Luis Pérez-Prat Durbán

Catedrático de Derecho Internacional Público y
Relaciones Internacionales, Universidad Pablo de Olavide





1

Introducción

Si hay un debate vivo, encendido, cada vez más expandido, y que presenta múltiples facetas –políticas, económicas, legales, éticas, culturales, identitarias–, ese es el del retorno de los bienes culturales. Facetas políticas, porque afecta a la posición internacional de no pocos países que, por este motivo, mantienen controversias en ese plano, algunas tan perennes como la que enfrenta a Grecia con el Reino Unido por el retorno de los Mármoles del Partenón o Mármoles Elgin, otras tan llenas de implicaciones, como la promesa de devolución de bienes culturales africanos a sus países de origen que ha realizado el presidente francés Macron en 2017. Facetas económicas, porque un retorno masivo de bienes culturales, mucho más si fueran tan señalados como la estatua de Nefertiti o los mencionados Mármoles Elgin, afectaría a los flujos turísticos, con todo lo que ello lleva consigo, a la par que pondría en riesgo las colecciones de los museos universales, mientras que fortalecería las de los museos de los países de origen. Facetas legales, porque la cuestión del retorno de los bienes culturales apela a diversos marcos jurídicos y, en ocasiones, a la ausencia de normas. Facetas éticas, porque, en los casos de esa ausencia de normas jurídicas, se han formulado principios éticos, como los Principios de Washington de 1998, en esta ocasión para abordar el expolio de los bienes culturales provocado por el Holocausto nazi de los judíos; o porque el retorno de los bienes expoliados durante la colonización se ha incentivado en estos últimos tiempos con el fundamento de razones morales. Facetas culturales, por la consideración de tales bienes como culturales, patrimonio cultural o propiedad cultural, atendiendo a los diversos conceptos que se utilizan en la literatura y en la práctica jurídica. De esa naturaleza cultural derivan consecuencias en tanto que el bien cultural reclamado es bien de carácter público, aunque de propiedad pública o privada. Finalmente, facetas identitarias, porque en ocasiones, no siempre, tales bienes encarnan los valores propios que identifican a una comunidad política o cultural.



Y el debate es tan vivo y encendido porque proliferan tanto las reclamaciones de bienes culturales como las devoluciones exitosas tras variados procesos. A lo largo de estas páginas mencionaremos varios casos de reclamaciones pendientes y de restituciones exitosas. Respecto de las primeras, aparte de la canónica de los Mármoles del Partenón, que enfrenta a Grecia y al Reino Unido –y a la que dedicamos páginas concretas más adelante–, sirva como ejemplo de un caso pendiente el de la colección Baldin¹, entre Alemania y Rusia, expolio de la colección del Museo de Arte de Bremen, llevada a cabo por los soviéticos, en concreto el capitán Víctor Baldin, el 30 de julio de 1945. La colección consta de 362 dibujos de artistas como Alberto Durero, Rembrandt, Velázquez, Rubens o Van Gogh. En la actualidad se encuentra en el Hermitage de San Petersburgo. Las reclamaciones planteadas por Alemania no han sido oídas ni por el museo ruso ni por la propia Rusia. En el mismo sentido pueden recordarse otros casos de reclamaciones no atendidas, como el Penacho de Moctezuma, requerido a Austria por México², o el busto de Nefertiti, hipotética solicitud de Egipto a Alemania³.

Por el contrario, reclamaciones que han tenido éxito, en ocasiones auxiliadas por labores de intermediación –como en el caso de la esfinge de Bogazköy, entre Alemania y Turquía⁴–, no son tampoco escasas. La esfinge de Bogazköy fue encontrada en 1910 por una expedición del Instituto Arqueológico Alemán en el sitio de arqueológico del mismo nombre, en la actual Turquía. En realidad, junto con otros objetos, fueron encontradas dos esfinges, que fueron con posterioridad, en 1917, enviadas temporalmente a Berlín para su restauración. En el período de entreguerras se devolvió una esfinge, permaneciendo la otra

1 Véase <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/baldin-collection-2013-kunsthalle-bremen-germany-and-state-hermitage-museum-russia-1>.

2 Entre otros, véase MATOS MOCTEZUMA, Eduardo, “¿El llamado ‘penacho de Moctezuma’ pertenece a Austria o a México?”, *Arqueología mexicana*, vol. 20, núm. 117, (sept.-oct.), 2012, pp. 88-89; y SALINAS CÓRDOVA, Daniel, “El Penacho de Moctezuma suspendido entre Austria y México cinco siglos”, *Revista Este País*, 2020, pp. 1-5.

3 Sobre el particular, véase SIEHR, Kurt G., “The Beautiful One has come- to Return. The Return of the Bust of Nefertiti from Berlin to Cairo”, en MERRYMAN, John H. (ed.), *Imperialism, Art and Restitution*, Cambridge University Press, 2006, pp. 114-124; y BEARDEN, Lauren, “Repatriating the Bust of Nefertiti: A Critical Perspective on Cultural Ownership”, *The Kennesaw Journal of Undergraduate Research*, Vol. 2, Issue 1, May 2012, pp. 1-16.

4 Véase en <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/bogazkoy-sphinx-2013-turkey-and-germany>.



en el Museo de Pérgamo, en Berlín. Turquía presentó su reclamación en 1986, ante un comité de la UNESCO, el Comité para el fomento del retorno de los bienes culturales a sus países de origen que, aunque carece de poderes para zanjar controversias de ese tipo, puede realizar labores de buenos oficios, propiciando la negociación entre los países implicados, en este caso Turquía e inicialmente la República Democrática Alemana, luego Alemania. El acuerdo se logró décadas después, en 2011, entregándose ese mismo año la estatua a las autoridades turcas.

Al mencionar las facetas jurídicas de la reclamación de bienes culturales líneas arriba, se expresó la idea de la existencia de marcos jurídicos diversos. En efecto, los marcos normativos en que suceden los casos de restitución de bienes culturales –exitosos o no– son variados, dado que el campo de la restitución no es homogéneo, sino multiforme, porque las causas que provocan el desplazamiento territorial de un bien –y que subsiguientemente han generado normas jurídicas para resolver el conflicto–, son diferentes. En concreto, los marcos fundamentales son los siguientes: a) un bien cultural puede ser robado y trasladado de su país de origen a otro, o salir ilegalmente del primero –sin que medie robo, tal vez porque el propietario lo ha vendido en el mercado negro– en dirección al segundo. En este terreno, son clave 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 ilícita de bienes culturales⁵ y el Convenio de UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente⁶. Pero, en todo caso, la mencionada Convención de París de 1970, con su mecanismo interestatal de restitución de bienes culturales, funciona como decisivo parteaguas; b) un bien cultural puede ser expoliado durante un conflicto armado, como pillaje de guerra. El carácter ilícito de tal práctica ha encontrado respuesta en la normativa internacional, singularmente en la Convención de La Haya de 1954 sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado⁷. Aunque este tratado no contiene un mecanismo explícito de restitución; c) además, un bien cultural puede ser reclamado por sus antiguos propietarios, o sus herederos, que fueron desposeídos por los nazis con ocasión del Holo-

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

⁶ En BOE núm. 248, de 16 de octubre de 2002.

⁷ En BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1960.



causto. En este caso, no hay tratados internacionales que regulen la devolución, pero sí recomendaciones internacionales, normas internas y comisiones de reclamación establecidas en determinados países; d) por otra parte, se han acentuado las reclamaciones de bienes culturales expoliados durante la colonización. Tampoco en este caso hay tratados internacionales que den respuesta a estas reclamaciones, aunque sí ha habido posicionamientos de la comunidad internacional, fundamentalmente mediante resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) a partir de los años setenta. En este caso, el signo de los tiempos está cambiando radicalmente, pues comienzan a producirse devoluciones de bienes culturales a los países de origen por parte de los países que fueron potencias coloniales, aduciendo motivación ética.

1.1 El concepto de retorno y la terminología

Para referirse a la cuestión que nos ocupa, la práctica internacional y la doctrina especializada han recurrido, en muchas ocasiones indistintamente, a muy diversos términos para describir la petición que enarbola un sujeto –no siempre necesariamente un Estado– de que se le entregue un bien cultural que considera, por alguna razón de contenido político, jurídico, cultural, histórico o identitario, que le pertenece. Así, se habla de devolución de bienes culturales, de recuperación, de retorno, o de restitución. Salvo este último, los anteriores términos son más bien descriptivos de la acción de entrega del bien al reclamante y no contienen connotaciones ni valoraciones, ni hacen referencia a marco jurídico alguno, aunque sí pueden destilar algunas gotas de eticidad. Porque lo ético es *devolver* algo a su legítimo propietario, porque sólo este puede *recuperar* lo que es suyo, porque algo sólo puede *retornar* a su origen. Así, cuando se utilizan estos conceptos de devolución, recuperación y retorno, algo parece indicar que el actual poseedor, el reclamado, debería atender a la reclamación. Pero ninguno de ellos es un término de naturaleza jurídica.

Pero hay otro término al que se recurre con frecuencia que sí tiene connotaciones de carácter jurídico y es el de restitución. Ese concepto, en el ámbito del Derecho Internacional, apunta a las normas sobre responsabilidad internacional y, en concreto, a las modalidades de reparación por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. El Estado autor de un hecho ilícito, el Estado infractor de una obligación internacional, debe reparar al Estado lesionado por



la infracción y una de las modalidades es la *restitutio in integrum*. Esta es "la forma más completa de reparación, pues conduce a la recuperación del *statu quo ante*, al restablecimiento de la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito"⁸. Se trata de la restitución –en el caso que nos ocupa– de un bien cultural cuando su apropiación ha violado una obligación internacional, por ejemplo, la que desde 1954 prohíbe el pillaje de bienes culturales, según establece el art. 4.2 de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado⁹. No es esta acepción la única que se puede predicar del concepto de restitución, pero sí es útil a los efectos de nuestra exposición, como se verá más adelante¹⁰.

En todo caso, el uso del término restitución no se restringe a aquellos supuestos en los que se reclama la devolución de un bien cultural cuando su apropiación se produjo en el seno de un conflicto armado, o cuando ha sido robado o ha salido ilegalmente de un país, por citar otros dos casos en los que en la actualidad y desde los años setenta del siglo XX, existen obligaciones internacionales que compelen en cierta medida a la devolución de tales bienes al país del que salieron ilegalmente. En estos casos, la norma básica es la ya citada Convención de París de 1970 sobre medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales¹¹. Este tratado, en su art. 7.B.II, utiliza precisamente el término restituir para referirse a la obligación que le incumbe al Estado que debe decomisar y restituir, a petición del Estado de origen, los bienes que han sido robados o han salido del territorio de este. ¿Podría proyectarse el concepto restitución a otros contextos normativos internacionales? Piénsese en los bienes culturales expoliados por los nazis a los judíos durante el Holocausto, o en la apropiación de bienes culturales por las potencias coloniales.

⁸ Véase REMIRO BROTONS, Antonio et al., *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 773-774.

⁹ Véase en BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1960.

¹⁰ Para un análisis extenso del concepto de restitución de los bienes culturales, véase ZEIDLER, Kamil, *Restitution of Cultural Property: Hard Case, Theory of Argumentation, Philosophy of Law*, Gdańsk University Press - Wolters Kluwer, 2016.

¹¹ En BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1986.



1.2 Los actores

Cuando hablamos de retorno de los bienes culturales, el retorno, la recuperación o la devolución de tales bienes puede involucrar a una diversidad de actores. Estos, globalmente, pueden ser estatales o no estatales. En el primero de los casos, cuando atañe a dos Estados, la cuestión puede transmutarse en una controversia internacional, de carácter intergubernamental. De nuevo volvemos al caso de los Mármoles del Partenón, que enfrenta a Grecia con el Reino Unido. Y, sin embargo, este carácter intergubernamental ha sido negado por el Reino Unido, que entiende que afecta más bien al Museo Británico. Pero muy recientemente, del 27 al 29 de septiembre de 2021, el Comité intergubernamental para el fomento del retorno de los bienes culturales a sus países de origen, como dijimos un comité de la UNESCO, ha adoptado una decisión en la que, aparte de mostrar su insatisfacción por la no resolución de la cuestión, "urgía al Reino Unido a reconsiderar su posición y a entrar en un diálogo de buena fe con Grecia, enfatizando la naturaleza intergubernamental de la disputa". Volveré más adelante, con más detenimiento, sobre tal disputa.

También es de carácter intergubernamental la reclamación que realiza Egipto a Francia a cuenta del retorno del obelisco de la Plaza de la Concordia, de París. Aunque este fuera un regalo del virrey otomano de Egipto, Mohamed Alí, a la monarquía francesa en 1830, Zahi Hawas, el que fuera Director General de Antigüedades de la República Árabe de Egipto de 2002 a 2011, incluía el obelisco en una lista de cinco bienes expoliados a Egipto y a reclamar por su país. Los otros son, la Piedra Rosetta y parte de la barba de la Esfinge de Giza, que están en el Museo Británico; el Zodiaco de Dendera en el Louvre; y la estatua de Hatshepsut, en el Metropolitan de Nueva York. En estos últimos casos, ya las controversias no tendrían carácter intergubernamental, pues las reclamaciones de restitución se dirigirían a los museos. En cuanto al obelisco de la Plaza de la Concordia, se ha sostenido¹² que una de las razones, a añadir a la del expolio, que podría aducirse para exigir su devolución sería la de su mal estado de conservación, sobre todo si se le compara con su gemelo, que todavía se encuentra en el templo de Luxor. Esta misma argumentación ha servido también para plantear indirectamente a España la posible restitución del templo de Debod. De nuevo ha sido Zahi Hawas el que, conjuntamente con la ministra de Turismo y Arquitectura de Egipto, Ra-

¹² Lo ha hecho Jacinto Antón en "Desfallece el obelisco del faraón", El País de 18 de marzo de 2014, que puede consultarse en https://elpais.com/cultura/2014/03/17/actualidad/1395088044_371051.html.

nia Al-Mashat, envió una carta al alcalde de Madrid en 2020, solicitando que se cubriese el templo para protegerlo de la lluvia y que, en caso contrario, lo devolviese a Egipto, si no lo valora lo suficiente como para protegerlo¹³.

También sería intergubernamental la reclamación de México a Austria a cuenta de la devolución del conocido como Penacho de Moctezuma. Este es una pieza grande de plumaje de colores con sesenta y ocho objetos de oro. Se encontraba en el Museo de Etnología de Viena a finales del siglo XX. Formó parte de 158 piezas de oro que, en hipótesis, regaló Moctezuma a Hernán Cortés, y de ahí pasó a Fernando, conde del Tirol y sobrino del emperador Carlos V. En las crónicas de la conquista de México no hay una referencia expresa al Penacho, aunque pueda encontrarse implícitamente mencionado en la obra de Bernal Díaz del Castillo, en su *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España*, y cito: "e acabado este parlamento, tenía apercebido el gran Montezuma muy ricas joyas de oro e de muchas hechuras, que dio a nuestro capitán, e asimismo a cada uno de nuestros capitanes dio cositas de oro y tres cargas de mantas de labores ricas de plumas"¹⁴. La reclamación mexicana siempre ha sido rechazada por Austria, incluso una petición de préstamo que, en 2020, la esposa del presidente López Obrador –Beatriz Gutiérrez Müller– presentó por carta al presidente austriaco. Para fundamentar la negativa se adujo el riesgo de deterioro por el traslado, dado el precario estado de conservación del Penacho. Razón que, es curioso, y así se había hecho eco de ello en un video la propia Beatriz Gutiérrez Müller¹⁵, aparecía en los mismos términos en la obra de Fernando del Paso sobre el imperio mexicano de Maximiliano de Austria, *Noticia del Imperio*: "A propósito, parece que Maximiliano está muy triste porque Francisco José, si bien accedió a devolver a México algunas joyas prehispánicas, se negó a entregar el penacho de Moctezuma, aduciendo que no estaba en condiciones de soportar un largo viaje y podría llegar deshecho"¹⁶.

Estas reclamaciones de bienes culturales de carácter intergubernamental plantean, por lo tanto, controversias internacionales que están sometidas, en

13 Véase la noticia en https://www.elespanol.com/cultura/patrimonio/20200210/madrid-no-devolvera-egipto-templo-debod-conservacion/466454064_0.html.

14 Véase DÍAZ DEL CASTILLO, Bernal, *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España*.

15 Véase en <https://www.infobae.com/america/mexico/2021/01/06/beatriz-gutierrez-muller-lamento-la-negativa-de-austria-a-devolver-penacho-de-moctezuma-mas-de-100-anos-que-dicen-lo-mismo/>.

16 Véase en PASO, Fernando del, *Noticia del Imperio*, Fondo de Cultura Económica, México, 2012, p. 421.



cuanto a su solución, al principio de arreglo pacífico de las controversias y, en cuanto a las normas aplicables, a los distintos marcos jurídicos generados por la cooperación internacional, a los que luego haremos referencia. Es el marco de las relaciones internacionales y de su ordenamiento regulador, el Derecho internacional, el llamado a reglamentar en esos casos la cuestión del retorno de los bienes culturales, aunque haya que prestar una especial atención a las fechas de entrada en vigor de las respectivas normas internacionales, dado el tráfico permanente de bienes culturales, producido en cualquier época y removido por diversas causas: expolio con ocasión de un conflicto armado, robo, salida ilegal de un bien cultural de un país, etc.

Pero hay muchas reclamaciones de devolución de los bienes culturales que carecen de este carácter intergubernamental que hemos visto en los ejemplos referidos antes. En estos casos quedan implicados actores no estatales, de muy diverso tipo, desde museos, universidades, instituciones culturales a los particulares. Y también Estados, siempre que estos sean sólo una de las partes en la controversia. Piénsese, por ejemplo, en las reclamaciones de devolución de los bienes expoliados por los nazis a los judíos con ocasión del Holocausto. Con carácter general, en su litigiosidad, una de las partes, por lo general el reclamante, suele ser un particular. Es el caso del proceso que enfrentó a María Altmann contra Austria por la posesión de seis cuadros de Gustav Klimt, entre los que figuraba el retrato de Adele Bloch-Bauer I (1907) y fallado en 2006 a favor de la demandante; o el más reciente que enfrenta a la familia Cassirer con España y la Fundación Thyssen-Bornemisza por la propiedad del cuadro de Camille Pissarro, *Rue Saint-Honoré por la tarde. Efecto de la lluvia*. Sobre este caso volveré también más adelante.

También es no gubernamental la controversia, ya zanjada, en el asunto de la colección de Machu Picchu, que enfrentara a Perú con la Universidad de Yale¹⁷. Entre 1911 y 1915, Hiram Bingham III, un explorador y profesor de Historia de la Universidad de Yale, condujo tres expediciones arqueológicas al sitio de Machu Picchu, con el apoyo, además del de su universidad, de la National Geographic

¹⁷ Véanse SWANSON, Stephanie. "Repatriating Cultural Property: The Dispute between Yale and Peru over the Treasures of Machu Picchu", *San Diego International Law Journal*, 10 (2008-2009), pp. 469-494; LISTING, Rosemary, "The Treasure Quest: Peru, Machu Picchu and the Yale Peruvian Expedition of 1911-1916", *Art Antiquity and Law* (2011), pp. 67-78; y CHECHI, Alessandro, AUFSEESSER, Liora y RENOLD, Marc-André, "Case Machu Picchu Collection – Peru and Yale University," *Platform ArThemis* (<http://unige.ch/art-adr>), Art-Law Centre, University of Geneva.



Society, y con la autorización de Perú. Entre 1912 y 1916, Bingham envió a Estados Unidos hasta cuatro mil artefactos, incluyendo momias, huesos, joyería, cerámica, etc. Los objetos han estado en posesión del Museo de Historia Natural Peabody de la Universidad de Yale. Ya desde 1918, el gobierno peruano comenzó a solicitar la devolución de los bienes culturales provenientes de Machu Pichu en las colecciones de la Universidad de Yale, obteniendo el retorno de algunos, los menos relevantes. Pero fue el 23 de noviembre de 2010, tras diversas vicisitudes y acuerdos, cuando se llegó a un Memorando de entendimiento entre el Perú y la Universidad de Yale que determinó la devolución de todos los objetos al país andino y se hizo, tras diversos procedimientos judiciales en Estados Unidos, por razones de equidad y, evidentemente, también por evitar el daño reputacional que podía acarrear a la Universidad de Yale la continuidad de la controversia.

Otro caso de devolución que enfrentó a un actor no gubernamental con un Estado y que se resolvió también sobre bases éticas fue el de los Mantos Paracas de Gotemburgo. Estos objetos pertenecen a la cultura Paracas, la primera gran civilización de la costa peruana, desarrollada entre el 700 y el 200 a. C. De esta cultura son características, entre otros objetos, piezas textiles, por lo general mantos, compuestas de paños cuadrados cosidos entre sí para conformar una sola unidad. En el centro de cada uno de los paños se incluían curiosos personajes, bordados con hilos de todos los colores, creándose así composiciones sumamente elaboradas. Estos mantos fueron muy apreciados entre los coleccionistas en los años veinte del siglo pasado y objetivo del expolio y la huaquería. Un grupo de ellos fue adquirido por un funcionario sueco del consulado de su país en Lima. Cuando regresó a Suecia los llevó consigo y donó su colección a la ciudad de Gotemburgo, que los depositó, para su exhibición en el Museo Culturales del Mundo. Allí estuvieron desde 1935. Perú inició en 2009 las gestiones para su retorno, firmándose un memorando de entendimiento entre la ciudad de Gotemburgo y el país andino en 2014, que implicaba un acuerdo de devolución de los mantos paracas. Desde esa fecha han ido enviándose a Perú.

1.3 Las tensiones inherentes a las reclamaciones de restitución de bienes culturales

Aunque las controversias sobre restitución de bienes culturales no sean siempre, ni mucho menos, de carácter intergubernamental, esto es, interestatal, las tensiones inherentes a las mismas sí que pueden en muchas ocasiones darse



entre actores estatales. Dada una de ellas, pongamos por caso la paradigmática de los Mármoles del Partenón, y descontada la hipotética solución jurídica que pudiera dar una instancia jurisdiccional a la pregunta de si deben devolverse a Grecia los citados mármoles, ¿por qué tendría que devolverlos el Reino Unido? La tensión puede ser superada acudiendo a motivaciones de diversa índole, caso de que éstas sean atendidas por el país detentador del bien. Porque pertenecen en origen a la cultura griega y se insertarían más armoniosamente en el Museo de la Acrópolis que en el Museo Británico. O no deberían devolverse porque se encuentran mejor conservadas en el Museo Británico y no podrían ser nuevamente integradas en el Partenón por razones puras de conservación.

En este hilo de argumentaciones, no estaría de más que recordáramos el debate formulado por John Henry Merryman en 1986, perfectamente aplicable al caso. Merryman acuñó, en un artículo seminal publicado dicho año en el *American Journal of International Law*¹⁸, los términos internacionalismo cultural y nacionalismo cultural, como formas de pensar sobre el patrimonio cultural, proyectables, entre otras, a la cuestión de la repatriación o al retorno de los bienes culturales. Pensar en términos de nacionalismo cultural significa poner al Estado en el centro de gravedad de la gestión de los bienes culturales. Implica, en el tema que nos ocupa, dar por válidas –al menos políticamente– las reclamaciones de bienes culturales que formulan los países de origen de los bienes. En cambio, pensar el patrimonio cultural en términos de internacionalismo cultural implica no dar relevancia ni a la propiedad del bien, ni a la pertenencia a un patrimonio nacional de origen, sino enfatizar otros factores, como la conservación adecuada de los bienes, su accesibilidad al gran público y a los investigadores. Se defiende que los bienes pertenecen a la humanidad, que deben ser preservados para las generaciones futuras. No debe ocultarse que el internacionalismo cultural, tal y como es concebido por Merryman, supone una defensa a ultranza del *statu quo*, de la no devolución de bienes culturales que, en gran medida, siendo reclamados por sus países de origen, se encuentran en los países occidentales, en sus principales museos.

De ahí que esta tesis del internacionalismo cultural aflore en un documento curioso, en una declaración firmada en 2002 por diecisiete directores de los museos más importantes del mundo. En efecto, en diciembre de ese año,

¹⁸ Cfr. MERRYMAN, John H., "Two Ways of Thinking about Cultural Property", *American Journal of International Law*, vol. 80, nº 4, (Oct. 1986), pp. 831-853.

los directores de esos museos –¿los museos universales?, por la intención de representar la universalidad de las culturas del mundo– adoptaron la *Declaración sobre la importancia y el valor universal de los museos*¹⁹, un pronunciamiento defensivo contra la oleada de demandas de restitución de bienes exhibidos en dichos museos. Entre los firmantes estaban los directores del Louvre, el Paul Getty, el Metropolitan y el MOMA de Nueva York, El Prado, el Thyssen-Bornemisza, el Hermitage y los Museos del Estado de Berlín. Nada sorprendente era la ausencia del Museo Británico, centro de la controversia sobre los Mármoles del Partenón pues, de haber firmado, su presencia contaminaría en gran medida la declaración. En cierto sentido, ésta no dejaba de ser una declaración de solidaridad con el Museo Británico de los otros firmantes, aunque algunos de ellos también tuviesen su propia agenda de reclamaciones de devolución de bienes culturales pendiente.

La declaración inicia su alegato condenando el tráfico ilegal de bienes culturales para establecer un principio básico: que los objetos culturales adquiridos en otros tiempos deben ser vistos a una diferente luz, la de los valores y sensibilidades de la época de la adquisición, que no son comparables con los actuales. Para los museos firmantes, los objetos culturales han pasado a ser parte de sus colecciones y, por ello, del patrimonio cultural de los países donde aquellos se encuentran. Obsérvese que, con esta indicación se hace un cierto guiño al nacionalismo cultural, invirtiendo con esta apropiación cultural los términos de la cuestión: los países que obtuvieron los bienes para sus museos trayéndolos de alguna u otra forma de los países de origen, proclaman la pertenencia de tales bienes, por el paso del tiempo, a sus patrimonios culturales nacionales. Y, aunque el valor del contexto original de tales bienes se encuentre al alza, los museos en su declaración manifiestan que sus colecciones suministran un contexto válido para tales objetos, desplazados hace ya tiempo de su lugar de origen. En este sentido, lo que se defiende es, por ejemplo, que la estatua de Nefertiti encuentra un lugar adecuado y válido para su exhibición al lado de los demás objetos que integran el Neues Museum de Berlín. Otro argumento que añade la Declaración es el de la puesta a disposición de los objetos culturales depositados en los museos firmantes de un público internacional. Es una de las líneas estructurales de la posición del internacionalismo cultural. La mayor capacidad de disponibilidad de los bienes culturales a favor del público

19 Véase en <https://ia801608.us.archive.org/11/items/cmapr4492/20030000%20Information%20Declaration%20on%20the%20Importance%20and%20Value%20of%20Universal%20Museums.pdf>.



internacional que frecuenta esos museos se convierte en una razón para negar una hipotética reclamación de devolución de tales bienes a sus países de origen, perpetuando así el *statu quo*.

Frente a las reclamaciones de devolución de los bienes, que –como menciona la Declaración– es una cuestión importante de la agenda cultural de los últimos tiempos, los Museos firmantes pretenden juzgarlas individualmente, con lo que de esta manera están advirtiendo contra una solución global, al estilo de la defendida por el presidente Macron para los bienes culturales situados en Francia y expoliados durante la colonización en África por este país europeo, decisión tomada sobre la base del informe elaborado por Felwine Sarr y Bénédicte Savoy²⁰, al que nos referiremos más adelante. A contrario, los Museos firmantes pretenden individualizar las reclamaciones, como una forma de afrontar las oleadas de petición de devolución de bienes culturales. Eso sí, a renglón seguido advierten de que los museos sirven a los ciudadanos de todas las naciones, con lo que vuelven a sustentar las tesis del internacionalismo cultural, dando relevancia no al lugar en el que se encuentren los bienes reclamados sino a que sean de libre acceso para el público internacional, sobre la base interesada de que ese libre acceso se da en los museos universales, categoría a la que las instituciones de los firmantes dicen pertenecer.

2

Un caso paradigmático: los Mármoles del Partenón

Si hay un caso que ejemplifique todas las peculiaridades y vicisitudes del devenir de una reclamación internacional de restitución de bienes culturales es el de los Mármoles del Partenón o Mármoles Elgin, por Lord Elgin, el diplomático británico que se hizo con la colección de frisos y metopas que, en la actualidad, están en gran parte en el Museo Británico.

Del total de piezas de los Mármoles del Partenón que quedan, más de la mitad de las que se conservan se exhiben en el Museo Británico, pues una parte importante se ha perdido o destruido a lo largo de la historia. En el Museo Británico se encuentran 15 metopas, 17 figuras del frontón y 75 metros del friso

²⁰ Vid. SARR, Felwine y SAVOY, Bénédicte, *Restituer le patrimoine africain*, Editions Philippe Rey, Seuil, 2018.

original²¹. Otro tercio de los frisos y metopas se encuentra en el Museo de la Acrópolis, en Atenas, y piezas sueltas están en el Museo del Louvre, en los Museos Vaticanos y en los museos de Copenhague, Palermo y Viena.

Que queden tantos no deja de sorprender, dado los daños causados al Partenón en diversos momentos, entre otros, en 1687 cuando los venecianos –que asediaban a los otomanos en Atenas– alcanzaron el templo con el fuego de su artillería, haciendo que explotara el arsenal allí situado. Descontado queda el pillaje que ha debido afectar por siglos al edificio.

En 1800 entra en escena Lord Elgin, nombrado embajador del Reino Unido en Constantinopla en una época que coincide con el despertar del interés europeo por la cultura griega. Lord Elgin aprovechó su estadía en tierras del Imperio otomano para la obtención de las piezas que, cumpliendo un programa establecido por el diplomático, se removieron a partir de 1801, enviándolas a Londres, a la colección particular del susodicho mediante sucesivos fletes que partieron de El Pireo. Avatares de la vida personal de Lord Elgin –su apresamiento en Francia en el viaje de vuelta, el divorcio, la quiebra de su fortuna– dieron al traste con su intención de continuar con su colección privada de objetos artísticos. En 1816 la vendió al Parlamento británico, que la adquirió para colocarla en el Museo Británico.

Por lo tanto, debe colegirse que el derecho de los propietarios actuales no sería mejor que el de Lord Elgin, que aquél depende de éste, que si a Lord Elgin le pertenecieron legítimamente los mármoles, si los adquirió conforme a derecho, pudo transferir sin tacha su propiedad al Parlamento británico. Entonces, ¿cómo llegaron a las manos de Lord Elgin los mármoles del Partenón? Para determinar la validez del título de adquisición de Lord Elgin deben examinarse tres cuestiones conectadas entre sí: primero, si las autoridades otomanas tenían autoridad para transferir la propiedad de los frisos y metopas a Lord Elgin; segundo, si autorizaron tal transferencia; y, tercero, si Lord Elgin se atuvo a la autorización o se excedió de la misma en su actividad de remoción de piezas en la Acrópolis.

Sobre la primera cuestión, en 1801, cuando tuvo lugar la autorización de la presencia de Lord Elgin en la Acrópolis, que era un arsenal, un establecimiento militar, no hay duda de que, bajo las normas del Derecho Internacional de la época, las autoridades otomanas eran el gobierno reconocido internacional-

21 Véase <https://www.britishmuseum.org/about-us/british-museum-story/contested-objects-collection/parthenon-sculptures>.



mente sobre Grecia y tenían la autoridad legal sobre el Partenón y la Acrópolis, que eran propiedad pública.

En cuanto al segundo aspecto, Lord Elgin obtuvo en Constantinopla de las autoridades otomanas un permiso, un documento llamado *firman*, dirigido a las autoridades locales de Atenas. Según los términos de ese documento, del que sólo se conserva una copia en italiano, se permitía a Lord Elgin: a) entrar libremente en el interior de la ciudadela para dibujar y hacer modelos escultóricos de los templos allí situados; b) excavar para descubrir edificios y restos antiguos; y, c) libertad para obtener esculturas e inscripciones que no interfirieran con los muros de la ciudadela. El lenguaje del documento es ambiguo y se ha sostenido que la última de las referencias, la relativa a la remoción de restos y esculturas, parece incidental, porque el objeto esencial del programa autorizado para el diplomático británico era que pudiera dibujar y sacar modelos.

Dicho esto, la tercera cuestión es muy disputada y en ella se encuentra una de las bases de la controversia y el fundamento de la reclamación de restitución de Grecia. Se ha sostenido, por los partidarios de las tesis británicas que el *firman* otorgado a Lord Elgin permitía la remoción de los mármoles y además que las autoridades otomanas ratificaron la validez de los actos que hubieran sobrepasado la autorización, puesto que con sólo órdenes escritas podían salir los buques del puerto de El Pireo, y así se hizo. Por otra parte, las tesis griegas sostienen que la autorización no amparaba el desgajamiento y la remoción y acopio de los mármoles y que la concesión de la autorización para el embarque probablemente se obtuvo por los numerosos regalos que Lord Elgin entregó tanto en Constantinopla como en Atenas a los oficiales otomanos.

¿Cabe sostener que los mármoles deberían ser devueltos sobre la base de la existencia de una obligación derivada del Derecho de la descolonización? Para ello, habría que afirmar que el Imperio otomano era la potencia colonial en Grecia, lo que no deja de ser problemático, no es una calificación aceptada pacíficamente en la doctrina²². Y además, solventada esta dificultad, sostener que dispuso de los mármoles otorgándoselos a Lord Elgin. Todo ello defendiendo que existe esa obligación de devolución de los bienes culturales expoliados durante la colonización, y que se trata de una obligación jurídica, aspecto que trataremos más adelante, aunque anticipemos la negativa como respuesta más plausible.

²² Véase TÜRESAY, Özgür, "L'Empire ottoman sous le prisme des études postcoloniales. À propos d'un tournant historiographique récent", *Revue de l'histoire moderne et contemporaine*, 60 (2013), pp. 127-145.



Las reclamaciones de devolución de los mármoles del Partenón han sido esgrimidas por Grecia en diversas estancias y a través de campañas internacionales. En la UNESCO, el asunto ha pasado por el Comité intergubernamental para fomentar el retorno de los bienes culturales a sus países de origen o su restitución en caso de apropiación ilícita. El asunto fue colocado en el orden del día del Comité en 1984 y ha dado lugar a dieciséis recomendaciones y a unas cuantas decisiones. La última de ellas, la Decisión 22.COM 6²³, adoptada en la vigésimo segunda sesión del Comité, celebrada en París del 27 al 29 de septiembre de 2021, es especialmente significativa. Comienza por calificar la demanda de Grecia como legítima y justificada a la par que "reconnaisant que l'affaire a un caractère intergouvernemental et, par conséquent, que l'obligation de retour des sculptures du Parthénon incombe entièrement au gouvernement du Royaume-Uni". Particularmente interesante es la afirmación de la obligación de retorno que incumbe al Reino Unido. Además, el Comité se declara preocupado porque la cuestión de los Mármoles quede en suspenso y porque el Reino Unido no haya atendido sus recomendaciones. Finalmente, el Comité "exprime sa ferme conviction que les États impliqués dans des affaires de retour ou de restitution portées devant le Comité devraient recourir aux procédures de médiation et de conciliation de l'UNESCO en vue de leur résolution", a lo que se ha negado el Reino Unido. El Comité entiende, por último, que el Reino Unido debe reconsiderar su posición y comprometerse en un diálogo de buena fe con Grecia. Concluamos que esta última decisión del Comité no aparenta neutralidad entre las dos partes en la controversia, sino que muestra una posición algo sesgada a favor de las tesis griegas, aunque el Comité, como ya es sabido, no tenga capacidad para decidir perentoriamente que el Reino Unido debe entregar los mármoles a Grecia.

Otro de los escenarios que se han barajado como posible destino de resolución de la controversia de los Mármoles del Partenón es la Corte Internacional de Justicia, a la que Grecia ha amagado con acudir en 2015²⁴. De hecho, abogados como Amal Clooney o Norman Palmer defendieron que Grecia tenía bases suficientes para acudir a ese tribunal o al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, en cuanto a la Corte Internacional de Justicia, aparte de que el Ministro de Asuntos Exteriores griego desechó la idea, la declaración de

23 Véase en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379856_fre.

24 Véase en <http://www.greece.org/blogs/marbles/?p=1118>.



sometimiento del Reino Unido a la jurisdicción de la Corte²⁵ excluye de dicho sometimiento las controversias anteriores a 1987.

Recientemente se ha sabido, por fuentes periodísticas -The New York Times, en noticia publicada por Alex Marshall el 27 de enero de 2023- que desde noviembre de 2021 se han venido celebrando en Londres conversaciones secretas entre Grecia -en concreto su primer ministro Kyriakos Mitsotakis- y el Reino Unido -por quien ha intervenido George Osborne- tendentes a negociar la devolución de los Mármoles. Parece haber avanzado mucho el proceso negociador aunque en esta fecha -finales de enero de 2023- todavía no se ha publicitado el logro de un acuerdo. Las fuentes griegas y británicas difieren sobre el contenido de un acuerdo que parece que se ha alcanzado al noventa por ciento. Para los griegos, se trataría de un préstamo por veinte años de todos los frisos y, transcurrida esa fecha, la parte helénica pretendería la devolución del resto de las esculturas y la permanencia de todo ello en Atenas. Según fuentes británicas, la devolución de parte de los frisos sería provisional y por mucho menos tiempo, transcurrido el cual, volvería todo al Museo Británico. Como puede derivarse de lo dicho, el acuerdo no parece ni siquiera ahora fácil de alcanzar.

3

La comunidad internacional y la restitución de los bienes culturales

La comunidad internacional se ha interesado y preocupado por la restitución de los bienes culturales desde diversas atalayas y prueba de ello es el esfuerzo normativo, por lo general indirecto, que ha tocado tangencialmente esta cuestión. Tangencialmente, porque el objetivo esencial de los convenios internacionales ha sido otro: la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado o el combate contra el tráfico ilegal de bienes culturales. Y eso, en aquellos casos en los que se ha generado una respuesta normativa. Dos son los tratados que han sido celebrados y que podrían, pero sólo lo hace uno de ellos, referirse a la restitución. El primero es la Convención de La Haya de 1954 sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, que prohíbe el pillaje en el art. 4.2, pero que no menciona en ningún caso la obligación de restitución de

²⁵ Véase en <https://www.icj-cij.org/en/declarations/gb>.



lo expoliado. El otro tratado, 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 culturales²⁶, sí que menciona en su art. 7 la obligación de restitución, refiriéndose a "las medidas apropiadas para decomisar y restituir a petición del Estado de origen...todo bien cultural robado e importado después de la entrada en vigor de la Convención". En otros ámbitos, como la respuesta al Holocausto y sus consecuencias sobre los bienes culturales expoliados por los nazis a los judíos, o la devolución de los bienes culturales obtenidos con motivo del colonialismo, la cooperación internacional no ha cristalizado en tratados internacionales, aunque sí hay determinados posicionamientos, a los que más adelante prestaremos atención. Pero debe señalarse, desde este momento, que la clave para determinar si existe una obligación de restitución de bienes culturales será el marco jurídico concreto en el que se sitúe la reclamación de devolución. También tendremos que pronunciarnos sobre si, además de los marcos jurídicos establecidos por los mencionados tratados, existen otros que puedan concretar la existencia y el contenido de la obligación de restitución de los bienes culturales, sea como una costumbre internacional que se aplique específicamente al campo de los bienes culturales, sea la consecuencia genérica, también consuetudinaria, de la comisión de un hecho ilícito que consista en apropiarse ilegalmente de un bien cultural.

Aparte de los marcos jurídicos, organizaciones internacionales han incurrido en la cuestión de la restitución de los bienes culturales con diferentes impactos. En primer lugar, la UNESCO, que está implicada en la lucha contra el tráfico ilegal de bienes culturales y, por consiguiente, en la restitución de los bienes que hayan sido robados, al amparo de tratados como la mencionada Convención de París de 1970. Pero lo más notable de este entorno institucional es la existencia del Comité de la UNESCO para el fomento del retorno de los bienes culturales a sus países de origen o su restitución en caso de apropiación ilícita. El Comité intergubernamental para el Retorno y la Restitución, como se le conoce en la UNESCO, fue creado en 1978, por resolución -20 C4/7.6/5- de la vigésima sesión de la Conferencia General de esta organización internacional. Este Comité, de carácter intergubernamental, está integrado por veintidós Estados y es responsable, según su mandato, de buscar los medios apropiados para facilitar las negociaciones bilaterales para la restitución o devolución de los bienes

²⁶ España es parte en la Convención de París de 1970, que se encuentra publicada en el BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1986.



culturales a los países de origen; o promover la cooperación multilateral y bilateral para la restitución y el retorno de los bienes culturales a sus países de origen. En ningún caso el Comité tiene poder jurídico para decidir sobre las controversias sobre bienes culturales entre los Estados. Aunque, para los casos en que las negociaciones entre esos países fracasen, el Comité puede ofrecer a las partes en la controversia un procedimiento de mediación o de conciliación.

Varios casos se han resuelto por iniciativa o intermediación del Comité. Entre ellos, en 1983, Italia devolvió a Ecuador 12.000 objetos precolombinos, tras la resolución de un proceso que duró siete años y que contó con el apoyo del Comité²⁷. En 1986 se resolvió por mediación un caso entre Estados Unidos y Jordania por el que se le devolvió a esta última el panel de piedra de Tyche con el Zodiaco²⁸. O, en 2011, bajo los auspicios del Comité, se celebró un acuerdo bilateral entre Alemania y Turquía por el que la primera devolvió al país anatolio la Esfinge de Bogazköy. Se encontraba en el Museo de Pérgamo de Berlín, a donde había llegado a principios del siglo XX tras excavaciones en Hattusas, la capital hitita, situada en la actual Turquía. Llegó a Berlín para ser restaurada tras ser descubierta en 1910 y enviada en 1917 con tal finalidad. En realidad, se enviaron dos esfinges, y una fue devuelta en el período de entreguerras, pero la otra no. En 1986 Turquía presentó una reclamación al Comité. El acuerdo se alcanzó en 2011 y en julio de ese año la esfinge que faltaba llegó a Estambul²⁹.

Además de la UNESCO, las Naciones Unidas también han incursionado, a través de sus órganos en la cuestión del retorno de los bienes culturales. En primer lugar, y aunque pareciera extraño, el Consejo de Seguridad, que ha adoptado algunas resoluciones que tocan esa cuestión. Lo hace en la res. 2347 (2017), respecto del tráfico ilegal de bienes culturales provocado por el Estado Islámico tras su presencia en Siria e Irak, en este caso exhortando a los Estados miembros a cooperar en la restitución o repatriación de los bienes cuando proceda. Lo hizo con anterioridad en la res. 2199 (2015), en el mismo contexto de la anterior, un acto contra el terrorismo internacional y su aprovechamiento del tráfico ilegal de bienes culturales. Y mucho antes de esa fecha, conviene también recordar que el Consejo de Seguri-

²⁷ Véase en <https://en.unesco.org/news/italy-ecuador>.

²⁸ Véase en <https://en.unesco.org/news/united-states-america-jordan>.

²⁹ Véase en <https://en.unesco.org/news/germany-turkey>; y también <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/bogazkoy-sphinx-2013-turkey-and-germany/case-note-2013-bogazkoy-sphinx-2013-turkey-and-germany>.

dad estuvo implicado en la operación de retorno masivo de los bienes culturales pertenecientes al Museo Nacional de Kuwait, que habían sido expoliados por Irak y trasladados a Bagdad con ocasión de su invasión del país asiático en 1990. Esa operación de retorno, la United Nations Return of Property Unit (UNROP), decidida por el Consejo de Seguridad, implicó la devolución de más de 2500 objetos culturales al citado Museo Nacional de Kuwait y al Dar-Al-Athar Al-Islamiyya.

Más impacto, probablemente, que la actuación del Consejo de Seguridad ha tenido la actividad de la Asamblea General en este terreno adoptando una larga ristra de resoluciones, desde la res. 3187 (XXVIII), de 18 de diciembre de 1973, relativa a la restitución de obras de arte a los países víctimas de la expropiación, en la que se tomaba aliento de la res. 1514 (XV), la Carta Magna de la descolonización. Esta res. 3187 (XXVIII) deploraba "los traspasos en masa y casi gratuitos de objetos de valor artístico de unos países a otros, con frecuencia efectuados merced a la ocupación colonial o extranjera", para, a continuación, mostrarse convencida de que "la restitución en especie permitiría una justa reparación de los graves perjuicios sufridos por el país víctima de estos traspasos", por lo que afirmó que "la restitución pronta y gratuita a un país de sus objetos de valor artístico, monumentos, piezas de museo, manuscritos y documentos, por otro país, en la medida en que constituya una reparación del perjuicio causado, ha de fortalecer la cooperación internacional", a la par que "reconoce las obligaciones especiales que al respecto incumben a los países que sólo tuvieron acceso a estos valores gracias a una ocupación colonial o extranjera". La retórica de esta resolución, propia del Derecho de la descolonización y de la época en la que se adoptó plantea si, en efecto, existían (y existen) obligaciones de devolución de los bienes culturales por parte de esos países, antiguas potencias coloniales. Tales obligaciones no pueden derivar *prima facie* de la resolución 3187 (XXVIII) AGNU, tanto por la naturaleza esencialmente recomendatoria del acto como porque no se trata de la declaración de una norma de carácter consuetudinario, al menos en aquel entonces. En efecto, en los años setenta, e inclusive décadas después ni se desarrollaba una práctica generalizada de restitución de bienes culturales a los llamados países de origen, ni mucho menos podía haberse desarrollado una *opinio iuris* acerca de la obligatoriedad de la restitución de los mencionados bienes.

Para lo que sí sirvió la mencionada res. 3187 (XXVIII) AGNU es, como afirma Ana Filipa Vrdoljak³⁰, para inspirar en la UNESCO la creación del ya citado Co-

30 Véase Ana Filipa Vrdoljak, *International Law, Museums and the Return of Cultural Objects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 212-217.



mité intergubernamental para el fomento del retorno de los bienes culturales a sus países de origen o su restitución en caso de apropiación ilícita. Lo que sí puede afirmarse es que en el mandato del Comité, tal y como hemos mencionado líneas arriba, no hay rastro alguno de una hipotética obligación de restitución de los bienes culturales a los países de origen, a cuyo servicio estuviese dicho órgano.

A partir de la res. 3187 (XXVIII), la AGNU ha ido adoptando, casi en cada una de sus sesiones, un hilo de resoluciones sobre la misma temática, aunque lo que ha ido cambiando ha sido la filosofía inspiradora de tales actos. El título común que acoge las citadas resoluciones es el de "Devolución o restitución de bienes culturales a sus países de origen", que parece prometer para la causa del retorno de tales bienes más de lo que da si nos atenemos a su contenido. La última de las resoluciones adoptadas es la res. 76/16, de 8 de diciembre de 2021. Es una resolución prolija con 29 considerandos y 41 numerales en los que se encomia el papel de la UNESCO y se reafirman las normas internacionales vigentes, pero no se incursiona en ámbitos como el Holocausto o el retorno de los bienes culturales expoliados durante la etapa colonial. Se ha perdido la retórica descolonizadora que caracterizaba las primeras resoluciones adoptadas por la AGNU sobre esta cuestión. Más allá de las normas vigentes, y al referirse a estas la resolución se ciñe a las de carácter convencional, no hay mención alguna a hipotéticas normas de carácter consuetudinario que impongan a las potencias coloniales restituir los bienes culturales a sus países de origen. El consenso plasmado en la AGNU en estas resoluciones no alcanza en esa dirección ni a expresar principios y posiciones de carácter ético.

En cambio, esto sí sucede en otros contextos internacionales, pues diversos foros internacionales de expertos sobre devolución de bienes culturales han adoptado diferentes declaraciones y recomendaciones. El primero se celebró en Seúl, en julio de 2011 y luego se repitió, en la misma localización, en octubre de 2012. Posteriormente, otra reunión tuvo lugar en Olimpia (Grecia), en octubre de 2013, la cuarta sucedió en Dunhuang (China), en septiembre de 2014, y la última se celebró en Nevshir (Turquía), en octubre de 2015. En la reunión de Seúl de octubre de 2012 se recomendaba que, para los casos no cubiertos por normas internacionales, los Estados discutieran los casos de retorno de los bienes culturales "buscando una solución equitativa, teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes y específicas, tales como la integridad del contexto cultural, la importancia del objeto para los Estados implicados, el carácter ético de su remoción, el tratamiento del objeto por los poseedores y el compromiso del Estado de origen con la seguridad y el cuidado de los

objetos". Para esos casos sin normas internacionales se recomendaba por los expertos que los Estados y otras entidades concernidas adoptaran Declaraciones de Principios. En el mismo sentido se pronunciaba la Recomendación de la Antigua Olimpia, de 2013. Este camino de las declaraciones de principios ha sido precisamente el seguido por la comunidad internacional para la adopción de estándares de conducta con que afrontar el expolio de objetos culturales provocado a los judíos por el Holocausto nazi y su retorno a sus legítimos propietarios o sus herederos.

4

El Derecho Internacional y la restitución de bienes culturales

La restitución que se regula en el Derecho Internacional vigente es, en gran medida, de carácter interestatal y se produce por la pretensión de un Estado que entiende que otro Estado tiene la obligación de devolverle un bien cultural. Resulta, clave, por lo tanto, la existencia de esa obligación, que es de carácter jurídico y que puede nacer de diversas fuentes. Unas derivan de la cooperación internacional, que las ha creado en el seno de tratados internacionales, directa o indirectamente. Otras, traen causa de la responsabilidad internacional por infracción de obligaciones que primariamente no apuntan a la exigencia de devolución, sino que esta se deriva de una modalidad de reparación del hecho ilícito en que ha incurrido el Estado al que se le exige con posterioridad que lo repare, siendo esta modalidad la *restitutio in integrum*. En efecto, como se deriva del proyecto de arts. sobre responsabilidad del Estado por la comisión de hechos ilícitos internacionales, del que tomó nota la AGNU en 2001, el art. 35, que regula la restitución, determina lo que sigue: "El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución: a) No sea materialmente imposible; b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización". En el caso que nos ocupa, se deriva que si un Estado se ha apropiado ilícitamente de un bien cultural de otro Estado, debería devolverlo prima facie, por encima de la alternativa de indemnizar al Estado lesionado. Claro está que la determinación de la modalidad de la reparación y la concreción de la misma está sujeta al acuerdo entre el Estado que posee el bien y el que lo reclama; a falta de acuerdo, nacerá entre ellos una controversia internacional a cuenta de la restitución



del bien cultural. Pero el proyecto de artículos sobre responsabilidad parece indicar con nitidez la obligación de devolución del bien cultural que incumbe al Estado que se ha apropiado del bien. ¿Es la preeminencia de la *restitutio in integrum* sobre otras modalidades de reparación una obligación de carácter consuetudinario? Todo parece indicarlo.

Como es sabido, la calidad de norma secundaria de la regulación de la responsabilidad exige que exista una norma primaria cuya violación desencadena el funcionamiento de aquella. Estas normas primarias apuntan a diversos marcos jurídicos, algunos de ellos producto de la cooperación internacional que, aunque no regula directamente la restitución de los bienes culturales, sí incide indirectamente sobre ello. Mencionaremos dos marcos en particular, uno, respecto del que no hay duda alguna, otro, cuya construcción jurídica puede ser discutida.

4.1 Conflicto armado y restitución

El primero de esos marcos jurídicos es el del conflicto armado y de la regulación de la protección de los bienes culturales por él afectados: los bienes expoliados y objeto de pillaje. Porque este está prohibido, al menos por la Convención de La Haya de 1954 sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, según su art. 4.3. Si el pillaje está prohibido, y se entiende además que se trata de una norma de carácter consuetudinario, el Estado responsable internacionalmente de tal conducta estará obligado a devolver al Estado expoliado el bien cultural del que se haya apropiado mediante pillaje.

Para ilustrar el primero de estos marcos, el de la posible restitución de los bienes culturales expoliados con ocasión de un conflicto armado, sirva como caso el de los Bronces de Benín. En 1897, un pequeño grupo de británicos, comandados por el vicecónsul James Philips, se dirigió hacia Benin, zona de la actual Nigeria, para visitar a su rey, que estaba poniendo trabas al comercio británico. Informaron de la intención de realizar la visita, aunque se les pidió que esperaran, pero no lo hicieron y –por un malentendido, pues iban armados– fueron emboscados por guerreros de Benin y asesinados todos menos dos europeos. A resultados del incidente y en respuesta al mismo, el Reino Unido organizó una expedición de castigo, que fue dirigida por el almirante Rawson, que asesinó a habitantes del reino, quemó y arrasó la capital de Benin, haciendo acopio de alrededor de 3000 obras de arte de su palacio real y de su templo. El Foreign Office decidió que la venta de tales objetos serviría para pagar los costes de



la expedición. El Museo Británico obtuvo 700 piezas, y otras se diseminaron por museos de Viena (167) y Berlín (580), que adquirieron bronce y piedras artísticas. Otros acabaron en colecciones de Estados Unidos, comprados en el mercado europeo.

Nigeria ha solicitado desde su independencia la devolución de estos objetos, de los Bronces de Benín. En 2007 conformó el Grupo de Diálogo de Benin con algunos de los museos que detentaban los bronce. Recientemente, Alemania y los museos integrados en dicho Grupo de Diálogo de Benin, en un comunicado de 30 de abril de 2021, manifestaron su voluntad de comenzar a restituir a Nigeria los Bronces a partir de 2022, "por ser una responsabilidad histórica y moral de sacar a la luz y abordar el pasado colonial de Alemania". Y más recientemente todavía, en agosto de 2022, el Museo Horniman de Londres, poseedor de 72 objetos expoliados de Benin en 1897 por los británicos, ha decidido transferirlos al gobierno nigeriano, siguiendo una decisión del Horniman's Board of Trustees. Eve Solomon, Chair del Trustees, ha declarado que "the evidence is very clear that these objects were acquired thorough force, and external consultation supported our view that is both moral and appropriate to return their ownership to Nigeria"³¹. Obsérvese que en la justificación de ambas decisiones, la alemana y la británica, no se alude a la existencia de obligaciones jurídicas de restitución de los Bronces, sino a fundamentos morales. Y, en realidad, no puede aducirse que en 1897 existiese una obligación vigente en esa época que prohibiese el pillaje de bienes culturales, por lo que tampoco podría aducirse la existencia de una obligación secundaria de restitución de los bienes expoliados al Estado despojado. El art. 56 del Reglamento de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre³² prohíbe la ocupación, destrucción y deterioro intencional de obras artísticas, de lo que podría deducirse indirectamente la prohibición del pillaje de tales bienes culturales. El carácter no retroactivo de esta norma impide su invocación al expolio de Benin City, apenas diez años antes.

Sin embargo, podría argumentarse que, en realidad, el fundamento auténtico y, en este caso de carácter jurídico, que sostendría la obligación de restitución de los bienes culturales en contextos como el del incidente de Benin no está, o al menos no está sólo en el caso de un conflicto armado, sino en su

³¹ Véase en <https://www.karunanews.org/story/8749/london-museum-to-return-ownership-of-12-benin-bronzes-in-long-awaited-repatriation>.

³² Véase en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm>.



naturaleza de expolio colonial, su manifestación de acto de colonialismo prohibido cuyas consecuencias, en virtud del Derecho de la descolonización, deben erradicarse. Y una de esas consecuencias sería la apropiación de los objetos culturales de Benin. Tal argumentación salvaría el problema de la irretroactividad de las normas internacionales, pues la eliminación de las consecuencias del colonialismo tiene que apuntar de forma ineluctable al pasado. Si esta lectura, derivada de la lucha contra el colonialismo sostenida sobre todo en los años setenta por la AGNU –recuérdese lo dicho de su resolución 3187 (XXVIII)–, podría haberse defendido en aquella década, ¿no parece haber surgido en la actualidad aunque con un componente de responsabilidad histórica y moral? Es el espíritu que late en el movimiento de restitución de bienes culturales que se ha originado en algunos países occidentales como Francia o Alemania en estos últimos tiempos. Pero, ¿basta para afirmar la existencia de una obligación jurídica de restitución de los bienes culturales que fueron expoliados por el colonizador? Quizás todavía se necesite una práctica más generalizada de restituciones y, sobre todo, una convicción jurídica y no meramente moral de la necesidad de la restitución de tales bienes culturales a sus países de origen. Diremos que la norma está *in status nascendi*.

Otro caso similar al de los Bronces de Benin es el del pillaje de Maqdala. En 1868, el gobierno británico declaró la guerra a Teodoro II, rey cristiano copto de Etiopía, que tenía su ciudadela en Maqdala, y que tenía relaciones de amistad con los británicos, con los que buscaba una alianza para hacer frente a sus vecinos musulmanes. Al no obtener respuesta a sus peticiones de alianza, Teodoro II tomó rehenes, entre ellos el cónsul británico y varios misioneros, manteniendo que los liberaría cuando obtuviese una respuesta a su petición por parte del gobierno británico. Pero lo que organizó este fue una expedición de castigo, que había llegado a ser exigida en las elecciones por Benjamin Disraeli. Como dato significativo, dicha expedición contó con un experto del Museo Británico, Richard Holmes, para ayudar a identificar los objetos artísticos de los que se iba a apropiar la expedición. Esta, conducida por el teniente general Napier, atacó a los soldados etíopes, con escasas pérdidas. El rey solicitó un tratado de paz, tras liberar a los rehenes, pero fue rehusada la rendición por los británicos y asaltada la ciudadela. Teodoro II se suicidó. El expolio de bienes artísticos que entonces llevaron a cabo los británicos fue ejemplar, un caso paradigmático. Se tomaron calices de oro, cruces, iconos y pinturas, coronas de oro y plata, escudos y armas del siglo XV y numerosos y valiosos manuscritos. Con ellos se cargaron quince elefantes y doscientas mulas. El tesoro acabó en el Museo Británico, aunque diversas piezas fueron vendidas a coleccionistas y museos



de Europa y de Estados Unidos. No se ha suscitado al respecto del tesoro de Maqdala ninguna oleada de declaraciones manifestando la voluntad de devolver piezas del mismo a Etiopía. El gobierno etíope solicitó en 2007 la restitución de los tesoros de Maqdala. Obtuvo la negativa por respuesta, aunque en 2018 el Victoria and Albert Museum decidió devolver varios objetos, aunque como un préstamo a largo plazo³³. Sin embargo, algunos casos de restitución sí ha habido. En concreto, en septiembre de 2021, una fundación³⁴ –la Scheherazade Foundation, británica– adquirió algunos de ellos –una biblia, un escudo– con la intención de restituirlos a Etiopía, entregándoselos al embajador de este país. Pero el movimiento de devolución no es semejante al de los Bronces de Benin, aunque el expolio fuera de características similares: un conflicto armado desencadenado en un marco colonial, con una expedición de castigo que expolió numerosas piezas y objetos artísticos a un poder local.

Otro caso de expolio derivado de un conflicto armado, este más reciente, y con una solución diferente a los anteriores, se produjo en las postrimerías o recién acabada la Segunda Guerra Mundial. El teniente del ejército de los Estados Unidos, Joe T. Meador, se apropió de valiosos objetos artísticos que se encontraban depositados en Quedlinburg (Alemania). Entre los objetos expoliados, un libro del Evangelio iluminado del siglo IX –el Samuhel Evangeliar–, otro libro de lecturas para el Evangelio, de 1513, además de relicarios, un peine litúrgico de marfil y otros objetos. Joe Meador conservó durante toda su vida tales objetos. A su muerte, sus hermanos y herederos Jane y Jack, tras procesos planteados por la Iglesia alemana en Estados Unidos, llegaron a un acuerdo extrajudicial privado en 1990 para la devolución de los objetos. Parece que se pagaron unos 2,75 millones de \$ por el retorno de estos objetos artísticos a Quedlinburg, donde estaban ya recuperados en 1993³⁵. El caso, por lo tanto, es de carácter no gubernamental, desarrollado entre particulares, los herederos de Joe T. Meador –el expoliador– y la Iglesia católica alemana, sin perjuicio de que la condición de soldado de Joe Meador podría haber suscitado la responsabilidad internacional de los Estados Unidos por el acto de pillaje de uno de sus soldados.

33 <https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/apr/09/maqdala-treasures-history-ethiopia-v-a-british-war>.

34 <https://www.smithsonianmag.com/smart-news/british-foundation-returns-maqdala-treasures-looted-ethiopia-180978622/>.

35 Véase <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/quedlinburg-treasures-2013-quedlinburg-church-and-meador-heirs>.



Pues bien, en el caso del conflicto armado, del que hemos visto estos tres ejemplos, la obligación de restitución de bienes culturales no puede ser admitida más que en la medida en que el expolio, la toma del bien, esté prohibida por el Derecho Internacional en el momento en que se produjo el acto de apropiación. Es decir, en la terminología de la teoría del derecho, debemos examinar si existe una obligación primaria –la prohibición del pillaje– que desencadene la existencia de una obligación secundaria –la de restituir el bien–. En las relaciones internacionales jurificadas esta obligación primaria no ha existido hasta el siglo XX. El Reglamento anejo a la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, de La Haya (1899), en su art. 47, contiene una prohibición formal del pillaje. Pero esta regla, esta prohibición, solo valía para los Estados partes en la Convención, en caso de guerra entre dos o más de ellos. En la actualidad son 51 los Estados partes –lo son España, Estados Unidos, Rusia y Ucrania, entre otros–. En efecto, la prohibición no tiene, en la época de la adopción de la regla –de la Convención de La Haya de 1897–, alcance general, no es una costumbre internacional. La prohibición del pillaje era una regla de carácter convencional en aquel entonces. Y, además, no tiene carácter retroactivo, sólo se aplica tras la entrada en vigor de la citada convención. Por lo tanto, la reclamación de los Estados expoliados en sus bienes culturales con anterioridad al siglo XX no tendría por esta vía validez jurídica.

Es en el siglo XX, a partir de esta y otras convenciones, cuando la prohibición del pillaje de bienes culturales se convierte en una regla de carácter consuetudinario, en una norma de Derecho Internacional general. A ello contribuye fundamentalmente la ya mencionada Convención de La Haya de 1954 sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado que, como hemos dicho antes, prohíbe el pillaje en su art. 4.3.

Ahora bien, ¿cómo se regula la obligación secundaria de restituir el bien expoliado en el marco de un conflicto armado? La Convención de La Haya no la regula, no establece específicamente la obligación de devolver el resultado del pillaje de bienes culturales que declara ilegal en su art. 4.3. Ninguna de las convenciones de La Haya menciona esta obligación, ninguna contiene un mecanismo especial para establecer el derecho del Estado expoliado a obtener la restitución del bien cultural expoliado. El mecanismo genérico, como ya hemos advertido previamente, sería el de la responsabilidad internacional del Estado. En efecto, el Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, del que toma nota la AGNU en su resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, establece en su art. 35, como modalidad de reparación de un hecho ilícito, que sería el del pillaje del bien cultural, la restitución, entendida

como el restablecimiento de la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, por lo tanto, la devolución del bien cultural al país expoliado.

En la práctica internacional, la restitución de bienes culturales se ha producido en ocasiones mediante tratado, los tratados de paz. Allí, la obligación de restituir no surge de manera contenciosa, como lo haría en el marco de la exigencia de responsabilidad internacional, sino a resultas de negociaciones recíprocas; el tratado de paz determinará las modalidades de restitución. Por ejemplo, en los tratados de Versalles de 1919 y el Tratado de Saint-Germain en-Laye (arts. 245-247).

Una situación a la inversa afecta al conocido como Tesoro de Príamo. Se trata de un conjunto de objetos descubiertos por el arqueólogo alemán Heinrich Schielemann en 1873, en una colonia llamada Hissarlick, situada en el noroeste de Anatolia, lugar donde el citado arqueólogo descubrió las ruinas superpuestas de una serie de ciudades antiguas, aseverando que uno de los estratos podía ser el de la antigua Troya de Homero. Sin avisar a las autoridades otomanas, Schielemann llevó el tesoro a Grecia; allí fue reclamado por el Imperio otomano, pero los tribunales griegos decidieron que Schielemann debía pagar al Museo de Estambul una cantidad (10.000 francos de oro, aunque acabó pagando 40.000 y cedió algunas piezas), pero podía quedarse con el tesoro. En 1879 lo donó a Alemania y quedó situado en el Museo de Etnología de Berlín. Con la toma de Berlín por los soviéticos, en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, el tesoro desapareció por décadas, volviendo a aflorar en 1993, cuando se confirmó que se encontraba en el Museo Pushkin de Moscú, a donde había sido trasladado como botín de guerra. La ley de la Federación Rusa de 5 de febrero de 1997, por la que se apropia de los bienes culturales alemanes que habían sido transferidos con ocasión de la Segunda Guerra Mundial invoca el "derecho a la restitución de los bienes culturales compensatoria", en pago por las atrocidades cometidas por los nazis en la URSS. Es ahí donde puede contemplarse una restitución a la inversa, la apropiación de bienes culturales como medida compensatoria por crímenes de guerra.

4.2 Robo, salida ilegal y restitución

Otra de las causas por las que los bienes culturales atraviesan las fronteras de sus países de origen y pueden ser, una vez reconocidos, reclamados con posterioridad por sus legítimos dueños –particulares y/o Estados–, es que alguien los empuje a la salida ilegal del territorio de dicho Estado, lo que incluye



los casos de robo, pero también la extracción del bien tras una excavación ilegal o la venta consentida por su propietario y posterior paso transfronterizo del bien. El mercado negro del mundo del arte es uno de los trááficos ilícitos más importantes del mundo. Contra ese fenómeno ha luchado con denuedo la comunidad internacional, particularmente la UNESCO, y también UNIDROIT, e inclusive la UE. Fruto de ese esfuerzo es la, reiteradas veces mencionada, Convención de París de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales. Tras definir en su artículo 1 a qué bienes culturales se aplica –utilizando un sistema de lista–, esta convención prohíbe en su art. 3 el tráfico ilegal de la siguiente manera: "Son ilícitas la importación, la exportación y la transferencia de propiedad de los bienes culturales que se efectúen infringiendo las disposiciones adoptadas por los Estados Parte en virtud de la presente Convención". Esto es, el límite de la legalidad lo marca cada Estado, atendiendo a su propia normativa, por lo que queda claramente englobado en los supuestos de tráfico prohibido cualquier salida ilegal de un bien cultural del territorio de un Estado en contravención a la legislación interna del Estado. Se trata de una norma protectora que, como diría John H. Merryman, supura nacionalismo cultural.

Ahora bien, dado el carácter no retroactivo de la Convención de París de 1970, que entró en vigor el 24 de abril de 1972, sus disposiciones no son aplicables a trááficos ilegales anteriores a tal fecha ni, por supuesto, a Estados que no sean partes en la misma. En la actualidad lo son 142 países. Por lo tanto, esta fecha de 1972 funge como parteaguas para la reclamación de bienes culturales que hayan salido antes o después de la misma. No sería aplicable de ninguna forma a los Mármoles del Partenón, a la estatua de Nefertiti o al Penacho de Moctezuma.

Tampoco lo sería al caso del Tesoro lidio³⁶. En los años sesenta, buscadores de tesoros excavaron ilegalmente en la localidad de Güre, en Turquía, y desenterraron una colección de piezas del siglo VI a. C. luego conocidas como el Tesoro lidio. Consistían en dos esfinges de mármol, pinturas de tumbas, piezas de joyería y objetos de oro y plata. Mientras que la policía recuperó unas cuantas piezas, los expoliadores vendieron la mayoría a un marchante de Izmir que, a su vez, las vendió a uno de Nueva York, John Klejman. A éste le compró la colección entre 1966 y 1970 el Museo Metropolitano de Nueva York, que exhibió

³⁶ Véase en <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/lydian-hoard-2013-turkey-and-metropolitan-museum-of-art-1#section-6>.

algunas de ellas. En 1986 presentó Turquía una demanda formal de restitución al Museo, siendo rechazada, pero, tras un breve paso por los tribunales, se alcanzó un acuerdo en 1993 entre los dos actores para el retorno del Tesoro lidio. La solución satisfactoria aconteció sin que mediase la aplicación de la Convención de París de 1970, toda vez que las piezas habían salido de Turquía antes de la entrada en vigor de la Convención. Turquía la ratificó el 21 de abril de 1981. Otro asunto resuelto, también sin posible aplicación de la Convención, es el ya mencionado de la Esfinge de Bogazkoy, entre Turquía y Alemania. En este caso, y a diferencia del Tesoro lidio, se trataba de una controversia intergubernamental, entre países.

En cambio, un caso irresuelto todavía, aunque también anterior a la entrada en vigor de la Convención de París de 1970, es el de la estatua de bronce de la Juventud Victoriosa³⁷, que fue encontrada en sus redes por un pescador de Fano, en el puerto de esa localidad italiana en el Adriático en 1964-65. La estatua fue vendida a un marchante de arte, Giacomo Barbetti, que la tuvo en principio oculta y luego la trasladó a Gubbio, donde la pudieron ver diversos potenciales compradores. Cambió en varias ocasiones de manos y en 1972 vuelve a aparecer en Múnich, en las manos de un marchante, Herzer Heinz, quien la vende en 1974 a Artemis, una corporación luxemburguesa. Esta, a su vez, la vende al Getty Trust en 1977, y el Museo J. Paul Getty la exhibe a partir de 1978. De la última venta fueron informadas las autoridades italianas por INTERPOL. No es hasta 1989 cuando el ministerio de patrimonio cultural italiano solicita la restitución del bronce al Museo J. Paul Getty, sin éxito. En 2007, el ministerio y el museo llegan a un acuerdo de retorno de hasta 40 objetos culturales, pero dejan pendiente la devolución de la Juventud Victoriosa hasta que se resolviese la cuestión legal que debía dictaminar un tribunal de Pésaro concerniente a la exportación ilegal de la estatua. En 2009 el fiscal solicitó la confiscación de la estatua por haber sido exportada en contravención de las leyes italianas. El proceso ante los tribunales italianos culminó con la decisión de 2 de junio de 2019, en la que la Corte de Casación rechazaba la apelación del museo estadounidense y confirmaba que la estatua debía ser confiscada. Este éxito judicial ha servido para que Italia renovara al Museo J. Paul Getty sus peticiones de restitución del bronce de la Juventud Victoriosa.

Para la devolución de los bienes culturales que han salido ilegalmente de un Estado, y cuya salida se ha producido con posterioridad a la entrada en vigor de

37 Véase en <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/victorious-youth-2013-italy-v-j-paul-getty-museum>.



la Convención de París de 1970, ésta establece un mecanismo de restitución en sus artículos 7 y 13. En virtud del art. 7, los Estados partes se comprometen "a tomar medidas apropiadas para decomisar y restituir, a petición del Estado de origen, parte en la Convención, todo bien cultural robado e importado después de la entrada en vigor de la presente Convención en los dos Estados interesados, a condición de que el Estado requirente abone una indemnización equitativa a la persona que lo adquirió de buena fe o que sea poseedora legal de esos bienes. Las peticiones de comiso y restitución deberán dirigirse al Estado requerido por vía diplomática. El Estado requirente deberá facilitar, a su costa, todos los medios de prueba necesarios para justificar su petición de decomiso y restitución. Los Estados Partes se abstendrán de imponer derechos de aduana, u otros gravámenes, sobre los bienes culturales restituidos con arreglo al presente artículo. Todos los gastos correspondientes a la restitución del o de los bienes culturales en cuestión, correrá a cargo del Estado requirente". Por lo tanto, se deriva con claridad de la Convención de París de 1970 la obligación que incumbe a un Estado parte de restituir al Estado de origen todo bien cultural robado e importado. Y el camino que se marca para solicitar la restitución es el de la reclamación por vía diplomática.

Eso sí, el Estado reclamante deberá probar justificadamente su reclamación, lo que incluye que el bien haya salido de su territorio, como se dijo, con posterioridad al 24 de abril de 1972. Ilustra esta cuestión el caso de la Escultura de la Dama Loro³⁸, entre Canadá e India. Se trata de una escultura de arenisca de ochocientos años de antigüedad, procedente del templo de Khajuraho en la India. Fue incautada en 2011 en Canadá por el Departamento de Patrimonio, en Edmonton (Alberta), por carecer de documentación. La India, que carecía de noticia sobre la estatua, fue advertida por las autoridades canadienses que se demoraron en hacerlo unos 3 años. De ahí que no fue hasta 2014 cuando el país asiático comprobó que se trataba de un robo en la zona de Khajuraho y, subsiguientemente presentó una reclamación de restitución. De acuerdo con las disposiciones de la Convención de París de 1970, Canadá devolvió la Dama Loro en 2015.

Otro caso en el que la solución final ha sido exitosa, pero en el que no se ha producido la restitución del bien cultural sino que ha quedado en préstamo por 25 años en el país reclamado, en esta ocasión Francia, ha sido el de las tres esculturas Nok y Sokoto, de Nigeria³⁹. Estas esculturas fueron adquiridas

³⁸ Véase en <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/parrot-lady-sculpture-2013-canada-and-india>.

³⁹ Véase la información del caso en <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/three-nok-and-sokoto-sculptures-2013-nigeria-and-france>.

en 1998 por el gobierno francés a un marchante radicado en Bruselas, Samir Borro, aunque se trataba de una adquisición condicional, que debía contar con la aprobación del gobierno de Nigeria. Éste, una junta militar, no la dio inicialmente. Sólo se obtuvo en 2000, con un acuerdo de las nuevas autoridades civiles nigerianas con Francia, a pesar de la objeción de la Comisión Nacional de Museos y Monumentos de Nigeria, que entendía que las esculturas habían salido ilegalmente del país. Las esculturas fueron depositadas y exhibidas en el Museo del Louvre. Pero las críticas en instituciones y asociaciones civiles de Nigeria no se hicieron esperar. Inclusive el ICOM incluyó en su Lista Roja de objetos arqueológicos africanos en riesgo la categoría de "Nok terracotta from the Bauchi Plateau and the Katsina and Sokoto regions". Por todo ello, en 2002 se llegó a un nuevo acuerdo entre Nigeria y Francia que oficializó la restitución de las piezas, reconoció la propiedad nigeriana de las esculturas, aunque las dejó en préstamo por 25 años en París.

El otro artículo de la Convención de París de 1970 que hace referencia a los procedimientos de restitución es el art. 13. En su virtud, los Estados partes se obligan, con arreglo a lo dispuesto en su legislación: "b) A hacer que sus servicios competentes colaboren para efectuar lo antes posible la restitución, a quien corresponda en derecho, de los bienes culturales exportados ilícitamente; c) A admitir una acción reivindicatoria de los bienes culturales perdidos o robados, ejercitada por sus propietarios legítimos o en nombre de los mismos; d) A reconocer, además, el derecho imprescriptible de cada Estado Parte en la presente Convención de clasificar y declarar inalienables determinados bienes culturales, de manera que no puedan ser exportados, y a facilitar su recuperación por el Estado interesado si lo hubieren sido". Por esta vía, se entiende que los particulares pueden acudir a los tribunales del Estado donde se encuentra el bien para, conforme a la legislación de ese país, obtener la restitución de los bienes que hayan sido exportados ilegalmente. No son pocos, sino probablemente más abundantes, los casos de reclamaciones en los que una o las dos partes son particulares.

Un caso exitoso y que no pasó por instancia judicial, sino que se resolvió por acuerdo entre las partes, el Metropolitan de Nueva York e Italia, es el de la Crátera de Eufronio⁴⁰. Esta, se dijo, según fuentes del museo, en concreto su director, Thomas Hoving, que había sido comprada en noviembre de 1972 a un

⁴⁰ Véase en <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/euphronios-krater-and-other-archaeological-objects-2013-italy-and-metropolitan-museum-of-art>.



coleccionista inglés. No quiso dar más datos sobre los anteriores poseedores de la crátera, provocándose sospechas acentuadas sobre el origen ilícito del bien. Aunque el New York Times publicó informaciones que aseveraban la ilicitud de la exportación del bien, Italia no pudo presentar una reclamación sobre la base de la Convención de París de 1970 porque ni pudo probar el origen de la crátera ni la mala fe del adquirente. Investigaciones de la policía italiana en 1995 descubren documentos que acaban probando la excavación ilícita de la crátera en 1971 en una necrópolis al norte de Roma y su ulterior exportación ilegal, descubriéndose que se trataba del marchante Robert Hecht, quien había vendido la crátera al MET. A la luz de estas informaciones, en 2006, el ministerio de cultura italiano y el MET llegaron a un acuerdo de restitución de la Crátera de Eufronio, que llegó definitivamente a Roma en 2008.

Por el contrario, un caso que todavía no ha acabado con la restitución del bien cultural, a pesar de los intentos del gobierno del país donde se encuentra –Estados Unidos–, es el de la Máscara Ka Nefer Nefer⁴¹, una máscara de una noble dama egipcia que fue excavada en el país africano en 1952, registrada como bien cultural egipcio en 1953 y enviada a El Cairo en 1966 en una caja. Durante un inventario realizado en 1973 se descubrió que faltaba la máscara. En 1998, el Museo de Arte de San Luis adquirió la máscara al Phoenix Ancient Art, un marchante neoyorkino. En 2006 se produjo la reclamación de restitución por parte de Egipto y cinco años después el gobierno de los Estados Unidos presentó una demanda sobre la base de que la máscara fue robada o importada clandestinamente a los Estados Unidos. Pero el tribunal de distrito en 2012, y la corte de apelación en 2014 argumentaron que no había evidencias de que la máscara hubiese sido robada. Por lo tanto, permanece en poder del Museo del Arte de San Luis.

Junto a la Convención de París de 1970, otro tratado internacional que ha regulado la cuestión de las restituciones de bienes culturales es el Convenio UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, firmado en Roma el 24 de junio de 1995⁴². Este tratado, mucho más exigente que la Convención de París de 1970, cuenta sólo con 54 Estados parte. Faltan como comprometidos los grandes Estados de mercado, como Estados Unidos, Alemania, el Reino Unido, Japón –Francia o Rusia son sólo firmantes–, que han sido ahuyentados por la posibilidad de restituciones o devoluciones puesta en las

⁴¹ Véase en <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/ka-nefer-nefer-mask-2013-united-states-v-mask-of-ka-nefer-nefer#section-6>.

⁴² EN BOE núm. 248, de 16 de octubre de 2002.



manos de los países de origen por el articulado del Convenio. El Convenio, que no es retroactivo, se aplica a los bienes culturales definidos –de manera similar a como lo hace la Convención de París de 1970– en el art. 2 y en el anexo del Convenio. Éste opera una diferenciación terminológica –y también de marco jurídico– entre la restitución de bienes culturales robados (art. 1.a) y la "devolución de bienes culturales desplazados del territorio de un Estado Contratante en contravención de las normas de su derecho que regulan la exportación de los bienes culturales con el fin de proteger su patrimonio cultural" (art. 1.b). La principal diferencia entre los dos regímenes jurídicos atiende a los legitimados para reclamar el bien, su restitución o su devolución: en cuanto a la restitución, están legitimados para reclamarla un Estado parte o un particular –persona física o jurídica que sean los propietarios del bien robado–; en cuanto a la devolución, sólo el Estado parte de cuyo territorio ha sido ilícitamente exportado el bien cultural. Las reclamaciones pueden ir en ambos casos por la vía judicial, aunque también el Estado, en los supuestos de devolución de bienes exportados ilegalmente, puede solicitar la devolución del bien a otra autoridad del Estado. En este sentido, se presentan diferencias con la Convención de París de 1970. Según este tratado, como dijimos, los legitimados para reclamar la restitución son los Estados, por la vía de la reclamación diplomática (art. 7 Convención de París de 1970), mientras que los particulares pueden litigar ante los tribunales del Estado donde se encuentra el bien en el caso en que la legislación de este Estado así lo acepte (art. 13).

También hay diferencias entre los dos tratados en lo tocante a las consecuencias que para el poseedor del bien se derivan de su restitución: mientras que la Convención de París de 1970 establece en su art. 7.b.2 como obligación del Estado que logra la restitución que abone una indemnización equitativa a la persona que lo adquirió de buena fe o que sea poseedora legal de esos bienes", en el caso del Convenio UNIDROIT de 1995 la regulación es diferente si se trata de un robo o de una exportación ilegal. En el primero de los casos, el del bien cultural robado, el poseedor tendrá derecho al pago de una compensación justa y razonable "siempre que el poseedor no supiera ni hubiera debido razonablemente saber que el bien era robado y siempre que pueda probar que actuó con la diligencia debida cuando adquirió dicho bien" (art. 4.1). En el caso de los objetos culturales exportados ilícitamente, el poseedor "tendrá derecho, en el momento de su devolución, al pago por el Estado requirente de una indemnización justa y razonable, siempre que el poseedor no supiera ni hubiera debido razonablemente saber en el momento de la adquisición que el bien había sido exportado ilegalmente" (art. 6.1).



En el ámbito europeo encontramos la antecesora directa del Convenio UNIDROIT de 1995. Se trata de la Directiva 93/7/CEE, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro⁴³. Muy pocos casos de restitución de bienes culturales se han dado al amparo de esta legislación. Dos razones abundaban en esta dirección: en primer lugar, el plazo de un año de prescripción como limitación para entablar la acción de restitución, evidentemente un tiempo escaso. En efecto, el art. 7 de la Directiva establece que "Los Estados miembros dispondrán en su legislación que la acción de restitución prevista en la presente Directiva prescriba en un plazo de un año a partir de la fecha en que el Estado miembro requirente haya tenido conocimiento del lugar en el que se encontraba el bien cultural y de la identidad del poseedor o del tenedor del mismo". Y, en segundo lugar, el umbral financiero exigido para reclamar algunos bienes culturales. Este y otros aspectos se van a cambiar en la directiva que reforma y deroga en 2014 la Directiva 93/7/CEE. Se trata de la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 1024/2012 (refundición)⁴⁴. Se ha establecido una extensión del alcance de la Directiva a todos los bienes culturales clasificados o definidos como tesoros nacionales en la legislación nacional; se ha incrementado el plazo de prescripción de la acción de restitución de uno a tres años; y se ha establecido que la carga de la prueba de la debida diligencia recae en el poseedor a efectos de compensación.

Con posterioridad, algún caso de restitución se ha dado. Uno de ellos se ha concretado en la devolución en 2020 por el Reino Unido a Grecia de varios iconos que habían sido robados en 2005 del Monasterio de la Dormición de la Virgen Visokos, en el noroeste de Grecia, en el Epiro. Los iconos habían sido descubiertos por un arqueólogo griego a la venta en Londres en una galería. La Policía londinense, advertida por los servicios responsables, con la colaboración de la embajada griega, ordenó su inmovilización hasta completar la investiga-

⁴³ En DOCE núm. 74, de 27 de marzo de 1993. Esta directiva fue traspuesta al ordenamiento español en virtud de la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, publicada en el BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 1994.

⁴⁴ En DOUE L 159, de 28 de mayo de 2014. Esta directiva ha sido traspuesta al ordenamiento español por la Ley 1/2017 de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, publicada en el BOE núm. 93, de 19 de abril de 2017.



ción que identifique los iconos como los robados en el Epiro. Posteriormente, una vez identificados, el Reino Unido procedió a su restitución a Grecia⁴⁵.

4.3 Colonialismo y restitución

El tercero de los marcos relativos a la restitución de bienes culturales es el que provoca la respuesta al expolio de tales bienes provocada por el colonialismo. Un caso que bien podría ilustrar estos episodios es el de la Piedra Rosetta. Pertenecía a un templo destruido y había yacido durante siglos en algún lugar entre el lodo en el delta del Nilo. De allí fue extraída para ser usada como material de construcción para un fuerte egipcio. En 1799, soldados franceses, miembros de la fuerza de invasión de Napoleón, la encontraron y la enviaron a El Cairo para que fuera examinada por expertos franceses. Tras la batalla de la bahía de Abukir, en la que Nelson derrotó al ejército francés, el subsiguiente tratado de paz otorgó al Reino Unido los objetos expoliados, razón por la que la piedra Rosetta acabó en el Museo Británico. El hecho del expolio, y la consiguiente reclamación de restitución, ha sido formulado, como ya hemos anticipado, por Zahi Hawass.

Otro caso que se produce en el contexto colonial es el del busto de Nefertiti. En este caso, el expolio es más sutil y tuvo lugar en el marco de una expedición arqueológica encabezada por el alemán Ludwig Borchardt, que estaba excavando en 1912 en el taller del escultor Thutmose en Amarna. La expedición, subvencionada por un hombre de negocios alemán, se realizaba bajo el sistema de compartir los hallazgos entre el país y los expedicionarios arqueólogos. De esta suerte, los representantes del país escogen primero y, además, cuentan con el derecho de compra sobre las piezas que hayan correspondido al excavador. Pues bien, el Reino Unido era el que controlaba entonces Egipto, aunque sorprendentemente fue un francés enviado al reparto. Por su parte, Borchardt escamoteó el busto de Nefertiti a la vista del representante del país, colocándolo tapado entre las piezas sin importancia. De ahí que no hubiera posibilidad de que el busto fuese elegido y de que se exportase a Alemania sin el acuerdo expreso de nadie, ni del Reino Unido ni de, por supuesto, Egipto. En 1920 Borchardt donó el busto de Nefertiti al Museo egipcio de Berlín. Las demandas de restitución formuladas por Egipto fueron siempre rechazadas. Este es otro de los

⁴⁵ La noticia en <https://greekcitytimes.com/2020/08/05/uk-stolen-icons-greece/>.



supuestos de expolio que argumenta Zahi Hawas y cuya restitución reclama a Alemania.

La pretensión de devolución de los bienes culturales a sus países de origen, expoliados con ocasión del colonialismo, emana de los nuevos Estados surgidos de la descolonización en los años sesenta y setenta. Con el tiempo se ha ido recrudeciendo y se ha ido dirigiendo a los diversos actores poseedores de tales bienes, desde los Estados, antiguas potencias coloniales, a los museos occidentales donde se localizan las piezas, socavando la legitimidad de su posesión, por el vicio de origen que contamina el acto inicial de apropiación. Tales reclamaciones no han cristalizado en normas jurídicas producto de la cooperación internacional. Ninguno de los tratados internacionales ha endosado mención alguna a la necesidad de restituir los bienes expoliados durante el colonialismo. No hay rastro de ello en convenios ajenos a esa cuestión como la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, o en otros que tal vez sí hubieran podido incluir una norma que apuntara a tal obligación de restituir, como la Convención de París de 1970, que aborda el tráfico ilegal de bienes culturales. Aparte del carácter no retroactivo de estas convenciones, no ha habido, no ha podido haber el consenso necesario para la creación de una obligación de restitución por las potencias coloniales de los bienes culturales expoliados a los países de origen durante la etapa colonial.

Eso sí, en los años álgidos del Nuevo Orden Económico Internacional, aprovechando las mayorías favorables a los nuevos Estados surgidos de la descolonización, como antes se ha mencionado, la AGNU adoptó varias resoluciones en los años setenta que sustentaban las tesis de una pronta restitución de los bienes culturales expoliados a los países descolonizados. La retórica de esas resoluciones, entre las que figuraban las res. AGNU 3187 (XXVIII) y 3391 (XXX), era elevada, anunciando que las potencias coloniales "deben restituir los bienes culturales de los que se hayan indebidamente apropiado". La primera de las resoluciones, la 3187 (XXVIII), de 18 de diciembre de 1973, titulada "Restitución de obras de arte a los países víctimas de expropiación", se colocaba en el preámbulo en el contexto de la res. 1514 (XV), la Carta Magna de la descolonización, y deploraba "los traspaños en masa y casi gratuitos de objetos de valor artístico de unos países a otros, con frecuencia efectuados merced a la ocupación colonial o extranjera". Además, se mostraba "convencida de que la restitución en especie permitiría una justa reparación de los graves perjuicios sufridos por el país víctima de esos traspaños". Pero en su articulado, más morigerado, a lo más que llegaba la resolución, en su numeral 2, es a reconocer "las obligaciones especiales que al respecto incumben a los países que sólo tuvieron acceso a estos valores gracias a una ocupación

colonial o extranjera". Enigmático reconocimiento, que no parecía concretar de qué obligación se trataba. Aunque en el numeral anterior, la resolución afirmaba que "la restitución pronta y gratuita a un país de sus objetos de valor artístico, monumentos, piezas de museo, manuscritos y documentos, por otro país, en la medida en que constituye una justa reparación del perjuicio causado, ha de fortalecer la cooperación internacional". ¿Podría entenderse, por tanto, que la obligación especial a la que se refiere el numeral 2 es la de restitución pronta y gratuita de los bienes culturales al país expoliado por la potencia colonial? No puede entenderse de otra manera, aunque se haya escogido una forma indirecta de expresarlo. Por otra parte, la resolución también instaba a todos los Estados interesados a que prohibieran la expropiación de obras de arte de los territorios que aún se encontraban bajo dominio colonial o extranjero (numeral 3).

El 19 de noviembre de 1975, la AGNU adoptó una nueva resolución, la 3391 (XXX), también titulada "Restitución de las obras de arte a los países víctimas de expropiación". En ella se recogían palabra por palabra los numerales 1, 2 y 3 que aparecían en la resolución anterior y se añadían algunos otros, siendo el más contundente el sexto, que instaba "a los Estados interesados que todavía no lo hayan hecho a que procedan a la restitución de los objetos de valor artístico, monumentos, piezas de museo, manuscritos y documentos a sus países de origen, restitución que ha de fortalecer la comprensión y la cooperación internacionales".

Los instrumentos anteriores, por su propia naturaleza de actos de carácter recomendatorio, y porque no eran entonces expresión de una práctica generalizada de restitución de bienes culturales por las potencias coloniales a los países víctimas del colonialismo, no acabaron por generar una obligación de restitución de tales bienes. Tampoco puede sostenerse que las resoluciones, en lo que hace a las obligaciones de restitución, sean expresión de una *opinio iuris* adecuada para lanzar el efecto generador de una costumbre internacional. Si analizamos las posiciones de voto de los países que concurrieron a la adopción de las resoluciones, nos encontramos con que en el bando de la abstención militaron los países que detentaban y a los que se les reclamaba la restitución de los bienes culturales: tales como Bélgica, Francia, Alemania, Italia, España, Reino Unido, Estados Unidos. Con tales mimbres, y aunque la mayoría de países que sacó adelante las resoluciones, entre los que se encontraban los nuevos Estados surgidos de la descolonización, por tanto los que podían reclamar los bienes, sí podían participar de la convicción de la obligatoriedad de la restitución de tales bienes, el disenso entre unos y otro impedía una generación de una *opinio iuris* del consenso.



Y no pueden interpretarse las citadas obligaciones especiales como referencian a obligaciones generadas por vía convencional. En la res. AGNU 3391 (XXX) se invitaba a los Estados miembros de Naciones Unidas a que ratificaran 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 ilícita de bienes culturales. Pero tal convención, que había entrado en vigor pocos años antes, el 24 de abril de 1972, no tenía carácter retroactivo, por lo que no podía esgrimirse su procedimiento de restitución para aquellos bienes que salieron de los territorios coloniales durante la época del colonialismo.

Por lo tanto, la obligación u obligaciones especiales a que se refieren las resoluciones de la AGNU no han podido ser demostradas como existentes e indicativas de una obligación concreta de restituir los bienes culturales a sus países de origen, en los casos en que estos salieron antes de 1970.

Además, las resoluciones que ha seguido adoptando la AGNU sobre el particular cambiaron radicalmente el paso y el tono. Ya la res. AGNU 31/40, de 30 de noviembre de 1976, comienza por disminuir la intensidad de su mensaje, al escoger como título la "Protección y restitución de las obras de arte como parte de la preservación y posterior desarrollo de los valores culturales". En su contenido ya no se hace mención a las obligaciones especiales a las que se referían las resoluciones anteriores, ni se incitaba a los Estados a que procediesen a una pronta y gratuita restitución de los bienes culturales expropiados. La resolución giraba más bien hacia el ámbito ocupado por la citada Convención de París de 1970, alentando de nuevo su ratificación y haciendo un llamamiento a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para impedir, en sus territorios, cualquier tráfico ilícito de obras de arte provenientes de otros países, especialmente de territorios que estuvieron bajo dominación colonial o dominación extranjera u ocupación (numeral 2). Es notable el numeral 3, cuando la resolución "afirma que la restitución a un país de sus objetos de arte, monumentos, piezas de museo, manuscritos, documentos y cualquier otro tesoro cultural o artístico constituye un paso adelante hacia el fortalecimiento de la cooperación internacional y la preservación y desarrollo futuro de los valores culturales". De lo que se colige que la restitución de bienes culturales pasa de ser concebida como una obligación especial, como apuntaban las resoluciones anteriores, a quedar encuadrada en la cooperación internacional, por lo tanto, sin naturaleza obligacional, sino a expensas del acuerdo entre potencia colonial y país de origen.

Las siguientes resoluciones sobre el tema confirman esa línea seguida por la res. AGNU 31/40, aunque la adoptada a renglón seguido, la res. AGNU 32/18, recupe-



re el título "Restitución de obras de arte a los países víctimas de la expropiación". Sin embargo, en cuanto al contenido, es similar a la anterior. Siguiendo este hilo de resoluciones, la última adoptada es la res. AGNU 76/16, de 8 de diciembre de 2021, relativa a la "Devolución o restitución de bienes culturales a sus países de origen". El clima ha cambiado totalmente y la factura de la resolución también: se ha convertido en un larguísimo texto con treinta considerandos y cuarenta y un numerales en su articulado, centrado fundamentalmente en el combate al tráfico ilegal de bienes culturales, una respuesta a la destrucción intencionada de patrimonio cultural y a la financiación del terrorismo con la venta de esos bienes. Pero hay escasísimas referencias a la restitución de bienes culturales a sus países de origen: una exhortación al sistema de Naciones Unidas y a la UNESCO para "seguir tratando de resolver la cuestión de la devolución o restitución de bienes culturales a sus países de origen, y a que presten un apoyo adecuado con tal fin" (numeral 6); una referencia a los convenios sobre protección de bienes culturales (Convenio de París de 1970, Convenio UNIDROIT de 1995, Convención de La Haya de 1954 y sus dos protocolos, entre otros), porque invita la resolución a los Estados miembros a que consideren la posibilidad de hacerse partes en ellos, "que se refieren específicamente a la devolución y restitución de bienes culturales a sus países de origen" (numeral 7). Esta última apostilla, salvo mejor opinión, es más que dudosa, porque los citados convenios abordan la restitución en los casos de robo o de salida ilegal de un bien cultural de un país, lo que puede aplicarse a la restitución a los países de origen, pero no en el caso de salida debida al colonialismo, pues dicha salida sucedió tiempo antes de que entraran en vigor estos convenios, que no son retroactivos.

También la resolución, en el terreno de la devolución de los bienes culturales, hace un recordatorio, en el numeral 8, de las declaraciones y recomendaciones de los foros internacionales, a los que nos referimos líneas arriba. Y menciona en varias ocasiones la labor del Comité Intergubernamental para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita (numerales 11 y 29). En el mismo sentido reconoce la importancia de un Fondo vinculado a la devolución de los bienes culturales: el Fondo Internacional para el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita (numeral 36). Pero lo más notable de la resolución, en comparación con las adoptadas en 1973 y 75, es la nula referencia tanto a las obligaciones especiales que incumben a los países detentadores de los bienes expoliados durante la colonización como, en general, a la necesidad de una entrega pronta y gratuita de tales bienes a los países expoliados. Esta cuestión ha quedado embebida en la



cooperación internacional, al mismo tiempo que la mención al colonialismo ha desaparecido para subsumirse en la etiqueta más neutral de países de origen.

A pesar de que no haya visos, en principio, de la afirmación internacional de una obligación internacional, de contenido jurídico, de restitución de los bienes culturales a sus países de origen, en los casos en que los bienes salieron de los territorios coloniales debido al colonialismo, el panorama internacional ha ido cambiando notablemente en los últimos tiempos, debido a diversos factores. Ese cambio ha cristalizado en una oleada de restituciones, o de promesas de ello, respecto de bienes culturales desplazados en la época colonial. El primer factor, probablemente el más contundente, ha tenido lugar en Francia y ha sido debido al considerable impacto causado por el informe elaborado por el escritor senegalés Felwine Sarr y la historiadora del arte francesa Bénédicte Savoy (Informe Sarr-Savoy), elaborado a petición del presidente Macron, y que trata sobre las restituciones temporales o definitivas, a los países de origen, del patrimonio africano llevado a las instituciones culturales francesas durante el período de la colonización. En realidad, el desencadenante de ese informe fueron unas declaraciones del presidente Macron el 28 de noviembre de 2017 en la universidad Ouaga de Uagadugú (Burkina Faso), en la que expresó, lo que sigue: "Je veux que d'ici cinq ans les conditions soient réunies pour des restitutions temporaire ou définitives du patrimoine africain en Afrique"⁴⁶. A partir de esa intervención encargó el informe.

El Informe Sarr-Savoy recomienda la vuelta definitiva e incondicional de elementos del patrimonio al continente africano, lo que constituye para los autores "el camino hacia el establecimiento de nuevas relaciones culturales basadas en una ética relacional". Este es el concepto clave, el motor de la restitución de bienes culturales en esta época, tanto en el caso francés como en otros a los que luego aludiremos: la ética. En el Informe se mencionan algunas formas históricas de expolio, entre las que se mencionan el botín de guerra y las misiones de exploración y raid científicos. Respecto del botín de guerra, –entre los que destacan los objetos y manuscritos expoliados en el saqueo en 1890 del palacio real de Segou, la antigua capital del imperio toucouleur en el actual Mali; o, en 1892, en la villa real de Abomey, en Benín– el Informe preconiza acoger fundamentalmente las demandas de restitución concernientes a objetos expoliados en contextos militares, a pesar del estatuto jurídico particular de los trofeos

⁴⁶ Véase en <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/12/18/restitution-des-biens-culturels-une-promesse-tenue-pour-une-nouvelle-page-des-relations-entre-lafrique-et-la-france>.

militares antes de la adopción en 1899 de la primera Convención de La Haya, líneas arriba mencionada, que codifica el derecho de la guerra.

Y en cuanto a las misiones científicas, el Informe recomienda acoger favorablemente las demandas de restitución de objetos recogidos por ellas en África a menos que existan testimonios explícitos del pleno consentimiento de los propietarios o guardianes de los objetos en el momento en que se separaron de ellos. En cuanto a los objetos obtenidos tras la descolonización, se preconiza la devolución de los obtenidos como resultado de un tráfico ilícito. El Informe llega a concretar criterios para la restitución y un verdadero cronograma con un programa de restituciones por etapas, habiéndose planteado la primera de noviembre de 2018 a noviembre de 2019, aunque luego no haya tenido lugar.

Las consecuencias del Informe Sarr-Savoy no han sido sólo para Francia. Esta ha comenzado a devolver bienes culturales a los países de la África francófona. Y lo ha hecho con Benin, en una ceremonia en París el 9 de noviembre de 2021, en la que han intervenido los presidentes de los dos países y que ha supuesto la entrega al país africano de 26 objetos perteneciente al tesoro expoliado en Abomey ciento treinta años antes. No ha dejado de ser polémico el listado de bienes entregados, porque las autoridades de Benin reclamaban también la entrega de otros, como la escultura dedicada al dios Gou⁴⁷. Otros países han entrado en procesos de devolución de obras de arte a países africanos. Entre ellos, Bélgica, que ha elaborado un inventario de objetos artísticos expoliados al Congo durante la colonización belga. Tras la elaboración de ese inventario, el parlamento belga tiene que adoptar una ley para que sea posible rendir alienables los bienes del período colonial⁴⁸.

Las devoluciones no han acabado ahí. También especialmente notable ha sido la firma de un acuerdo entre Alemania y Nigeria, el 1 de julio de 2022, para la restitución por parte del país europeo de los "bronces de Benín" que se encuentran en diversos museos alemanes. Más de mil cien objetos procedentes del expolio en Benin City por las tropas británicas a finales del siglo XIX serán transferidos a Nigeria⁴⁹.

⁴⁷ Véase la noticia en <https://www.afrique-sur7.ci/482684-restitution-tresors-abomey-macron-talon>.

⁴⁸ Véase la noticia en https://www.lemonde.fr/afrique/article/2022/02/17/restitution-d-art-africain-la-belgique-remet-a-la-rdc-un-inventaire-complet-de-ses-collections_6114100_3212.html.

⁴⁹ Véase la noticia en <https://www.theartnewspaper.com/2022/07/04/the-benin-bronzes-are-returning-home-germany-and-nigeria-sign-historic-restitution-agreement>.



Y no sólo han sido Estados los que han tomado la iniciativa de las restituciones de objetos de arte coloniales. También algún museo, como el Horniman, de Londres, que ha anunciado la devolución de 72 objetos expoliados en Benin City a Nigeria⁵⁰.

Todo este movimiento de restituciones de objetos culturales expoliados por el colonizador europeo, aunque involucra a unos cuantos países, no parece que sean suficientes todavía para generar una práctica que devenga en norma. No sólo no hay práctica bastante, sino que la intención de los países no puede traducirse en una *opinio juris* de la obligatoriedad de esas restituciones. La fundamentación de los actos de restitución no se encuentra apoyada en una convicción jurídica, sino que los Estados se sienten movidos por una obligación de naturaleza ética, la de devolver bienes que fueron expoliados durante el colonialismo, aunque tal pillaje no fuera prohibido en aquel entonces por el derecho internacional vigente. Nada impide pensar que estos actos de restitución sean el embrión de una incipiente práctica, de una norma consuetudinaria en gestación, pero en la actualidad está en mantillas. Aunque, eso sí, el panorama internacional ha cambiado radicalmente en este contexto de la restitución de los bienes culturales expoliados por las potencias coloniales, incrementándose las reclamaciones de devolución por los países africanos, entre otros.

4.4 Holocausto y bienes culturales

Un contexto aparte en el debate sobre la devolución de bienes culturales es el que afecta a aquellos objetos artísticos que, entre 1933 y 1945, fueron expoliados en Alemania y en toda la Europa ocupada por el régimen nazi a sus propietarios, judíos, en el marco del Holocausto. Aunque es difícil llevar a cabo una cuantificación de los bienes expoliados que todavía no han emergido, diversas estimaciones la sitúan en una generosa franja que va de los cien mil a los doscientos mil objetos.

Los casos de devolución van goteando, bien por la acción de los tribunales, por las de las comisiones de reclamación establecidas por determinados países –como el Reino Unido o los Países Bajos–, o por la decisión adoptada por sus poseedores, cuando optan por devolverlos a sus legítimos propietarios, normalmente a los herederos.

⁵⁰ Véase la noticia en <https://www.bbc.com/afrique/region-62457839>.



La dificultad de la restitución del arte expoliado por los nazis se explica por diversas causas, una de las cuales es la ausencia de normas internacionales vinculantes, de un tratado internacional que aborde con vocación de universalidad todos los complejos aspectos que se reúnen en una hipotética disputa entre el posible reclamante y el poseedor actual del bien expoliado, que uniformice una respuesta jurídica plausible y que intente dar una solución justa y adecuada.

Porque continúan apareciendo objetos de arte expoliados, y un buen ejemplo de ello puede ser el cuadro *Mujer sentada* de Henri Matisse, que formaba parte de la colección de Cornelius Gurlitt, el coleccionista que se mantuvo en el anonimato durante mucho tiempo, conservando un conjunto de obras que había atesorado su padre, el marchante Hildebrandt Gurlitt, uno de los pocos que tuvo autorización del régimen nazi para negociar con obras del llamado "arte degenerado". Cuando se localiza su colección, se encuentran con unas mil cuatrocientas obras de arte que fueron decomisadas. En 2015 el Ministerio de Cultura alemán decidió la devolución de este cuadro de Matisse a sus legítimos propietarios. En su momento, en 1941, había sido arrebatado al coleccionista judío Paul Rosenberg.

Por otro lado, está el caso de la reclamación por Claude Cassirer del cuadro de Camille Pissarro *Rue Saint-Honoré, por la tarde, efecto de la lluvia*, que se expone en el Museo Thyssen-Bornemisza. Se trata de una demanda de restitución de un bien expoliado a Lilly Cassirer, la abuela del demandante, que lo vendió forzosamente en 1939 para poder salir de la Alemania nazi. Esta venta se consideró que entraba en los supuestos que contemplaba la normativa alemana de la posguerra de reparación a las víctimas judías de expolio. Por ello Lilly Cassirer obtuvo la indemnización prevista por el gobierno alemán, pero no pudo recuperar el cuadro. Muchos años después, habiendo fallecido Lilly, su nieto localizó el cuadro en el mencionado museo madrileño y solicitó su restitución a las autoridades españolas. Tras negarse estas a la entrega, fueron demandadas en los tribunales californianos en 2000. El litigio se sigue prolongando hasta ahora en 2022. En la primera decisión, sentencia del tribunal de distrito en 2015, se estableció que el cuadro debía permanecer en España al haberlo usucapido la Fundación Thyssen-Bornemisza por el transcurso del tiempo previsto en el Código civil español. En 2017, la Corte de apelación a la que acudió el biznieto de Lilly Cassirer, dado que había fallecido Claude Cassirer, consideró que la Fundación había actuado como "encubridor", lo que según el art 1956 del Código civil, suponía que no había podido usucapir el bien hasta que no hubiera prescrito el delito. El asunto volvió al tribunal de distrito, que



falló el 30 de abril de 2019, considerando a la Fundación Thyssen Bornemisza la propietaria legítima del cuadro. O, mejor dicho, la propietaria legal, porque en las conclusiones, el juez de distrito, el Honorable John F. Walter ha añadido una observación muy peculiar y digna de atención. Ha recordado que en diciembre de 1998, cuarenta y cuatro países, incluida España, aceptaron los Principios de Washington sobre arte confiscado a los nazis, principios no vinculantes que apelan a la conciencia moral de los países participantes y que sostenían lo siguiente: "si los propietarios anteriores a la guerra de arte confiscado por los nazis y no restituido, o sus herederos, pueden ser identificados, deben darse los pasos expeditivos para llegar a una solución justa y adecuada, reconociendo que ésta puede variar de acuerdo con los hechos y circunstancias que rodean a un caso particular".

De igual modo, en 2009, cuarenta y seis países –incluida España– suscribieron la Declaración de Terezín, que reitera que los Principios de Washington "están basados sobre el principio moral de que el arte y la propiedad cultural confiscados por los nazis a las víctimas del Holocausto debe serles devueltos o a sus herederos, en una forma consistente con las leyes nacionales así como con las obligaciones internacionales, en orden a lograr soluciones justas y adecuadas".

Pues bien, recordando esto, el juez estadounidense acaba por sostener que el rechazo de la Fundación Thyssen-Bornemisza a devolver el cuadro es inconsistente con los mencionados Principios de Washington y con la Declaración de Terezín y, añade que "sin embargo, la Corte no tiene otra alternativa que aplicar el derecho español y no puede forzar al Reino de España y a la Fundación Thyssen a cumplir con sus compromisos morales".

Como dijimos⁵¹, en este tema no hay obligaciones internacionales de carácter jurídico y los actos adoptados por la comunidad internacional no pasan de ser recomendaciones que, eso sí, pueden reflejar obligaciones de naturaleza moral. Pero se dirigen más a la búsqueda de una solución justa y equitativa que a la configuración de una obligación moral de restitución automática del bien expoliado. Y, en todo caso, el juego del derecho interno del Estado donde se localiza el bien es clave. Y este es precisamente el caso de la reclamación de la familia Cassirer, porque los fallos anteriores al último adoptado por el Tribunal Supremo de los

⁵¹ Sobre el marco normativo aplicable a este tema del Holocausto y los bienes culturales, véase PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis "Holocausto, bienes culturales y la acción normativa de la comunidad internacional", en PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis y FERNÁNDEZ ARRIBAS, Gloria, *Holocausto y bienes culturales*, Universidad de Huelva, 2019, pp. 17-43.



Estados Unidos, en sentencia de 21 de abril de 2022, basaban la solución del caso en la aplicación del derecho español. Esta situación se ha revertido con la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, que devuelve el asunto a los tribunales californianos para que apliquen el derecho de California.

5

Conclusiones

Hemos abordado con carácter general la restitución de bienes culturales, una temática que en la actualidad muestra un dinamismo considerable, con un importante número de reclamaciones de retorno de dichos bienes y con no pocos casos en los que estas se aceptan y tiene lugar la devolución. E incluso con cambios en la política al respecto de determinados países, como sucede con la Francia de Macron. Podría anticiparse un cambio de paradigma que, apoyado en razones éticas más que en jurídicas, favorece la restitución de los bienes culturales, aunque ¿hay que precisar esta afirmación, acantonándola a la categoría de bienes expoliados durante la colonización? En principio debe afirmarse que esto es así. Pero tal pareciera, en ocasiones, que la fuerza del argumento ético salta los límites de ese escenario, en el que sí es verdad que se está desplegando con fuerza, el escenario que lleva a restañar los efectos perversos del colonialismo, para situarse en otro contexto. Este hálito puede palpase en los últimos desarrollos del caso de los Mármoles del Partenón y en la insistencia en la UNESCO del Comité intergubernamental para fomentar el retorno de los bienes culturales a sus países de origen o su restitución en caso de apropiación ilícita en defender la legitimidad de la reclamación griega.

Resulta clave en esta materia, por lo tanto, discernir el marco jurídico en que se sitúa una concreta reclamación de un bien cultural. Porque la respuesta jurídica no es la misma. Hay supuestos en los que se prohíbe el expolio, pero no se articulan disposiciones jurídicas concretas para regular la restitución de los bienes expoliados, como vimos que sucede en el caso de la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, servido entre otras normas, por la Convención de La Haya de 1954 sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado. En estos casos, la obligación de restituir, que la hay, queda enmarcada en las normas generales sobre responsabilidad internacional de los Estados. El que comete pillaje de un bien cultural está obligado a restituirlo.



Hay otros ámbitos en los que existe tanto la prohibición del expolio como la regulación de la restitución del bien expoliado: esto ocurre para el tráfico ilegal de bienes culturales, ámbito en el que nos encontramos normas internacionales, como la Convención de París de 1970 o el Convenio UNIDROIT de 1995, o normas europeas como la Directiva 93/7/CEE y su reforma con la Directiva 2014/60/UE. Se prohíbe el tráfico ilícito de los bienes culturales, sea por robo o por salida ilegal del territorio del Estado, y se establece un mecanismo diplomático de restitución diplomática entre Estados o la posibilidad de que las legislaciones internas admitan a los particulares en procesos de restitución ante los tribunales internos (Convención de París de 1970); o las acciones de particulares o Estado ante los tribunales internos para la restitución por robo o la devolución del bien por su salida ilegal (Convenio UNIDROIT de 1995).

Luego hay ámbitos en los que priman los estándares éticos emanados de la comunidad internacional, sin que se haya alcanzado el consenso necesario para elaborar un tratado internacional, como ocurre con la respuesta al expolio de los bienes culturales de los judíos debido a los nazis con ocasión del Holocausto. Las acciones de restitución se fían a la acción de los tribunales internos y/o de las comisiones de reclamación instauradas por algunos países. Eso sí, reclamaciones activadas por particulares, por lo general herederos de los judíos expoliados por los nazis. No hay reclamaciones interestatales. En este ámbito, las normas éticas emanan de declaraciones de Estados como los Principios de Washington de 1998 sobre arte confiscado por los nazis y la Declaración de Tezín de 2009.

Y, finalmente, un último ámbito, el de los bienes expoliados durante la era colonial, en el que aunque no existen tratados internacionales –por el disenso evidente entre los actores internacionales–, ni principios éticos elaborados y codificados –por la misma razón que lo anterior–, y, aunque sí hubo una época de activismo militante propiciado por la AGNU y sus resoluciones durante unos escasos años en los setenta –que aproximaban la posición internacional a una nascente obligación de retorno de los bienes culturales–, sí que el signo actual de los tiempos parece cambiar hacia una exigencia ética de devolución de esos bienes a sus países de origen, seguida de una práctica internacional en ese sentido, todavía no muy profusa, pero contundente.

De los ámbitos en los que hay tratados internacionales, el carácter no retroactivo de los mismos marca fronteras infranqueables para las reclamaciones dirigidas hacia el pasado más remoto, e inclusive el no tan remoto. Habida cuenta de que las fechas de entrada en vigor de esos tratados están a partir de



los años cincuenta del siglo XX, el retorno de los bienes culturales que salieron con anterioridad a esas fechas de sus países de origen queda al albur de la política, de los imperativos éticos, de las posiciones más recalcitrantes de museos y Estados de mercado.

Por otra parte, con ciertas excepciones, nos hemos centrado en las reclamaciones de carácter intergubernamental, porque el decurso de las no gubernamentales atiende en muchas ocasiones a las circunstancias del derecho interno de un Estado. La excepción ha sido, inevitablemente el expolio nazi, el Holocausto. Ahí hemos querido simplemente marcar la acción normativa de la comunidad internacional, no corporeizada en tratados internacionales, sino en declaraciones de principios, fundamentadas en compromisos éticos. El inacabado caso Cassirer muestra con claridad, hasta el momento, los límites del discurso ético. Aunque también hay reclamaciones intergubernamentales.

La práctica de las restituciones es cada vez más abundante y se va acelerando a medida que se anuncian posicionamientos favorables de carácter general, como la política auspiciada por el presidente Macron en Francia sobre la restitución de bienes culturales a los países africanos, el compromiso moral auspiciado en Alemania tocante a la devolución de los Bronces de Benín o la petición de Indonesia al gobierno holandés acerca de la restitución de un conjunto de fósiles, joyas y obras de arte que incluye el Tesoro de Lombok⁵². Para este caso de Indonesia, los Países Bajos cuenta con un órgano asesor del gobierno, el Consejo de la Cultura, que sostuvo en 2020 que los bienes que fueron arrebatados a sus dueños por la fuerza "deben devolverse sin condiciones siempre que lo pida el territorio de origen y se demuestre la fuerza ejercida". Y la lista de bienes reclamados sigue avanzando: en España, por ejemplo, el gobierno de Polonia reclama al Museo de Pontevedra la devolución de dos cuadros del pintor holandés Dirk Bouts –Díptico de la Dolorosa y del Cristo coronado de espinas– que habían sido expoliados por los nazis. El museo ha decidido entregarlos en octubre de 2022⁵³. Por esas mismas fechas, se volvía a insistir desde Egipto en la devolución por el Museo Británico de la Piedra Rosetta. En concreto, un grupo de arqueólogos del país africano se dirigió a su gobierno solicitándole que presentara

⁵² Véase en Isabel Ferrer, "Indonesia reclama la devolución del cráneo del Hombre de Java", en El País, del 20 de octubre de 2022, p. 32, que puede consultarse en <https://elpais.com/cultura/2022-10-19/indonesia-reclama-a-paises-bajos-la-devolucion-del-craneo-del-hombre-de-java.html>.

⁵³ Véase en https://www.eldiario.es/cultura/museo-pontevedra-entrega-polonia-obras-robadas-nazis-tenia_1_9625368.html.



una reclamación oficial exigiendo la devolución de la Piedra Rosetta al Museo Británico⁵⁴. Por su parte, Colombia requiere de España la restitución del Tesoro de los Quimbaya, que fuera regalado por el presidente del país iberoamericano Carlos Holguín a nuestro país en 1892, en agradecimiento por la intervención de la Reina María Cristina de Habsburgo por su mediación en el conflicto de límites colombo-venezolano. No obstante, la Corte constitucional colombiana, en una sentencia de 2017, ha requerido de su gobierno que exija a España la devolución del Tesoro al entender que se trató de una salida ilegal. También siguen presentándose casos de restitución exitosa de bienes culturales en el marco de la Convención de París de 1970. Es el caso de la devolución a España de siete cascos celtibéricos que habían sido expoliados del yacimiento de Aranda del Moncayo y que estaban expuestos en el Museo de Arte Clásico de Mougins, cerca de Niza⁵⁵. O la devolución del busto romano de Antonio Minor, perteneciente al yacimiento arqueológico de Carissa Aurelia, sustraído del castillo Palacio de los Ribera, en Bornos, luego exportado ilegalmente; se encontraba temporalmente en la Gliptoteca de Múnich, donde fue reconocido por el catedrático de Arqueología de la Universidad de Sevilla, José Beltrán Fortes. La colaboración de la policía española y alemana lo rescató de una casa de subastas, devolviéndose con posterioridad a España el 15 de octubre de 2020⁵⁶.

En definitiva, un flujo constante de reclamaciones de restitución de bienes culturales a sus países de origen, incrementado en la actualidad por la percepción de la injusticia del expolio llevado a cabo por el colonialismo, que no pocas veces acaba con la devolución de las piezas reclamadas. El argumento ético preside estos procesos de restitución.

⁵⁴ Véase en <https://elpais.com/cultura/2022-10-13/arqueologos-de-egipto-piden-al-museo-britanico-que-devuelva-la-piedra-rosetta.html>.

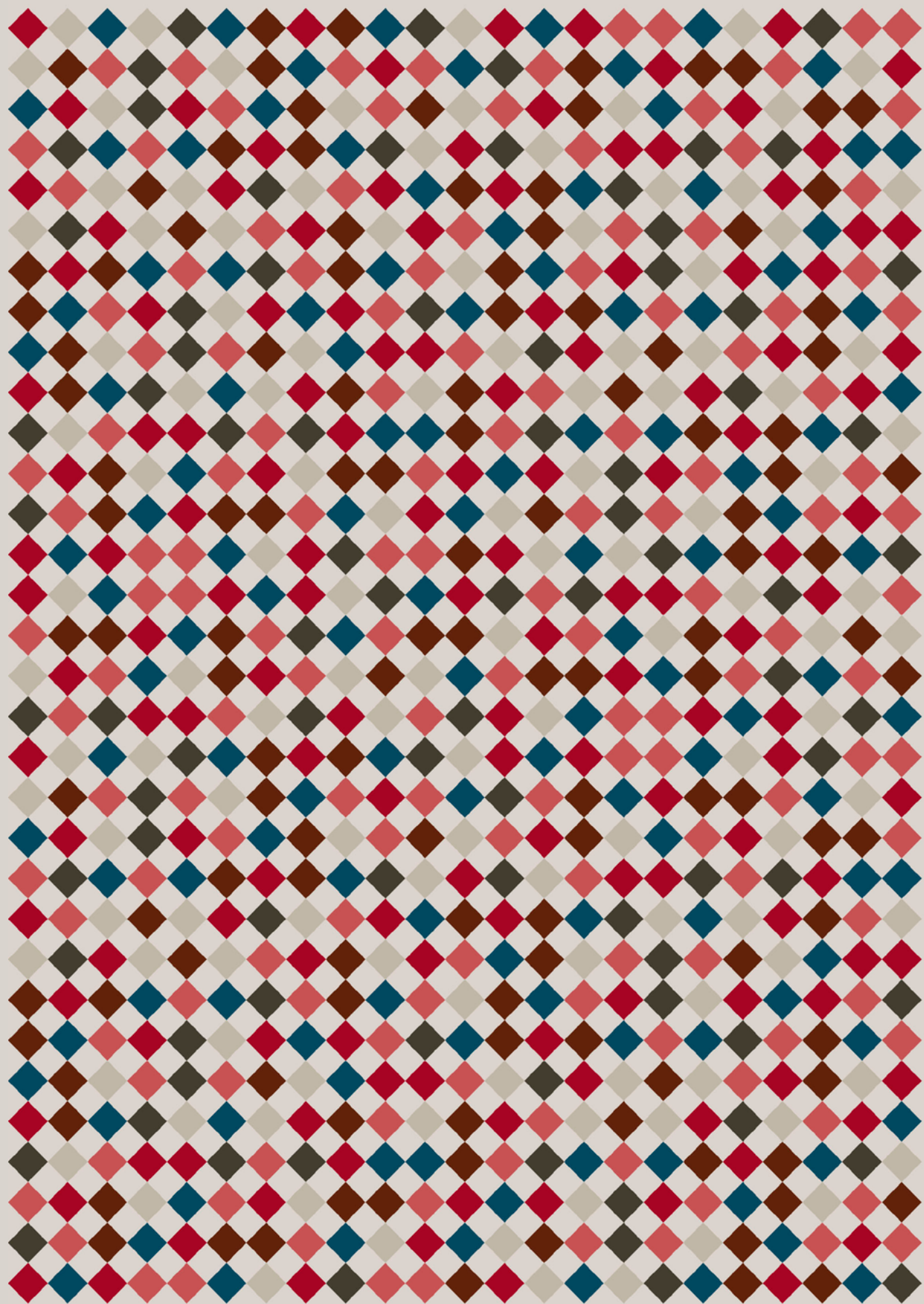
⁵⁵ Véase en <https://www.libertaddigital.com/cultura/historia/2019-12-04/regresan-a-espana-siete-cascos-celtibericos-expoliados-del-yacimiento-de-aranda-de-moncayo-1276648976/>.

⁵⁶ Véase en <https://www.exteriores.gob.es/Embajadas/berlin/es/Comunicacion/Noticias/Paginas/Articulos/Acto-de-.aspx>.



SE TERMINÓ DE EDITAR EL LIBRO
**EL EXPOLIO DE BIENES
CULTURALES**
EL 12 DE DICIEMBRE DE 2022,
ESTANDO AL CUIDADO DE LA EDICIÓN
EL SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA
UNIVERSIDAD DE HUELVA







Universidad
de Huelva