

**La lucha contra el tráfico ilícito internacional de obras de arte en el tránsito del segundo al tercer milenio**

***The Struggle against International Illicit Traffic on Cultural Property in the Transition from the Second to the Third Millennium***

VÍCTOR FUENTES CAMACHO

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado

(Universidad Complutense de Madrid)

**Resumen:** El tráfico ilícito internacional de bienes culturales protegidos es un fenómeno interdisciplinar, pero de gran interés para el Derecho internacional privado. Así lo demuestran tanto los litigios que se han entablado con carácter independiente ante órganos jurisdiccionales civiles como otros más complejos vinculados con sectores de Derecho público. Los primeros supuestos mencionados han experimentado una evolución que se inicia con clásicas acciones reivindicatorias del dominio cuyos más graves inconvenientes se han intentado remediar mediante modernos instrumentos normativos que regulan acciones especiales de restitución de bienes culturales. Las principales debilidades de algunos de tales instrumentos normativos se aprecian en el doble contexto de la delimitación de su ámbito material y de la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia: por una parte, el empleo conjunto de los métodos definitorios de enumeración y de categorización, y, por otra parte, la opción por la técnica de reglamentación directa consistente en disciplinar mediante normas materiales especiales un procedimiento de restitución del bien cultural al Estado requirente con eventual contrapartida de indemnización al poseedor de buena fe. Esta última se complementa en algunos de ellos con una técnica de reglamentación indirecta de muy escasa eficacia en la práctica.

**Palabras clave:** arbitraje, bienes culturales, competencia judicial internacional, Derecho internacional privado, exportación ilegal, ley aplicable, patrimonio histórico, protección, reivindicación, restitución, robo, tráfico ilícito internacional.

**Abstract:** *International illicit traffic on cultural property is a interdisciplinary phenomenon, but of great interest for Private International Law. This is confirmed both by the litigation that has been brought independently before civil courts and by more complex litigation linked to sectors of public law. The first mentioned cases above have undergone an evolution starting with classical actions for recovery of ownership, in which the most serious drawbacks have been attempted to remedy by modern legal instruments regulating special actions for the restitution of cultural property. The principal weaknesses of some of these legal instruments can be appreciated in the dual context of the delimitation of their material scope and the determination of the law applicable to the substance of the dispute: on the one hand, the combined use of the definitional approaches of enumeration and categorisation, and, on the other hand, the option in favor of the direct regulatory technique which consist of regulating through special substantials rules a procedure for the restitution of the cultural property to the requesting State with possible compensation for the possessor in good faith. The latter is complemented in some of them by a indirect regulatory technique that is very ineffective in practice.*

**Key Words:** *arbitration, cultural property, jurisdiction, Private International Law, dispersion, illegal export, applicable law, historical heritage, protection, claim, restitution, stole, international illicit traffic.*

**Sumario:** I. Carácter interdisciplinar del fenómeno e importancia para el Derecho internacional privado. II. Evolución de las acciones de restitución de bienes culturales y selección de instrumentos normativos: Directivas de la Unión Europea y Convenio de UNIDROIT. III. Ámbito de aplicación; en particular, *ratione materiae*. IV. Mecanismos de resolución de controversias: protagonismo del *forum rei sitae*, criterios de competencia alternativos y perspectivas de futuro del arbitraje comercial internacional. V. Determinación del Derecho aplicable: técnicas de reglamentación de carácter directo. VI. Determinación del Derecho aplicable: técnicas de reglamentación de carácter indirecto.

## **I. Carácter interdisciplinar del fenómeno e importancia para el Derecho internacional privado**

1. El tráfico ilícito internacional de bienes culturales protegidos constituye un fenómeno caracterizado por una innegable nota de interdisciplinariedad que, a su vez, tiene especial relevancia para el Derecho internacional privado. Los más frecuentes en la práctica supuestos de reivindicación de internacional de bienes culturales han venido planteándose en estrictos términos de Derecho internacional privado. Al lado de ellos

existen otros que, por muy variados motivos, antes o después se vinculan con otras ramas del Derecho; fundamentalmente, de Derecho público. Pero esta última circunstancia nunca llega a anular por completo los vínculos que en algún momento presenta la situación con el Derecho internacional privado ni su consiguiente interés para nuestra ciencia.

Las más puras controversias de Derecho internacional privado son las que se suscitan como consecuencia del ejercicio de la correspondiente acción de restitución del bien por la representación del gobierno de su Estado de origen ante la jurisdicción civil de su Estado de destino. Dentro de ellas, procede efectuar una subdivisión según tengan su origen en una clásica acción civil reivindicatoria del dominio o en una acción especial de restitución de bienes culturales disciplinada por alguno de los modernos instrumentos normativos de combate contra su tráfico ilícito internacional. Interesantes ejemplos en el primero de ambos sentidos los suministran los varios litigios resueltos la pasada centuria por la jurisprudencia comparada que plantean la doble problemática relativa a la determinación del *forum* y del *ius* en los términos que más adelante se expondrán<sup>1</sup>. Como más nítido ejemplo de la segunda subcategoría de situaciones cabe citar la acción especial de restitución del bien que se dice ser la campana de la *Santa María*, ejercitada ante la jurisdicción civil española por la representación del gobierno de Portugal al amparo de la entonces vigente directiva sobre la materia y su ley de incorporación al ordenamiento español<sup>2</sup>; si bien, tras fracasar el ejercicio de una

---

Fecha de recepción del original: 28 de junio de 2022. Fecha de aceptación de la versión final: 29 de junio de 2022.

<sup>1</sup> *Infra*, punto 5.

<sup>2</sup> Directiva 93/7/CEE del Consejo de 15 de marzo de 1993 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (DO L 74 de 27 de marzo de 1993), y Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo de 15 de marzo de 1993 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (BOE, 24 de diciembre de 1994). *Vid.* nuestro análisis de este supuesto en “El caso de la campana de la *Santa María*: un discutible ejemplo de tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Sección monográfica “Arte, cultura y Derecho”*, 3ª época, núm. 10, 2007, pp. 240-256, así como las referencias al mismo que efectúan, entre otros, A.-L. Calvo Caravaca y C.M. Caamiña Domínguez, “L’incorporation au régime juridique de la normative communautaire de restitution de biens culturels”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2010), vol. 2, nº 2, pp. 44-45; M.J. Elvira Benayas, “Transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/60/UE sobre restitución de bienes que hayan salido de forma ilegal de un Estado miembro mediante la Ley 1/2017”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, 2018/1, pp. 187-188; E.M. Domínguez Pérez, *Tutela jurídica de bienes culturales y avances en la lucha contra el tráfico ilícito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 119-121, y M. Pons Portella, “La restitución de bienes culturales ilegalmente exportados en el contexto de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 73, enero-junio 2019, pp. 7-8, 25 y 30-31.

primera acción penal por contrabando con solicitud de paralización de la subasta que iba a celebrarse en Madrid como medida cautelar penal que posteriormente se transformó en civil.

Las alegadas implicaciones criminales del caso de la campana de la Santa María son demostrativas de su carácter interdisciplinar, en tanto que litigio vinculado en un primer momento con el Derecho penal y posteriormente con el Derecho internacional privado. De modo inverso, el caso *Odyssey* se suscitó inicialmente como supuesto de Derecho internacional privado al ejercitarse la acción *in rem* por la representación procesal de la entidad *Odyssey Marine Exploration* ante los tribunales civiles de Tampa; pero dejó de serlo por la intervención del Derecho internacional público cuando la representación del gobierno de España compareció ante el juzgado que la emplazó y, en lugar de aceptar que entrase en el fondo de la controversia limitándose a alegar mejor derecho, impugnó su competencia judicial internacional aduciendo la excepción de inmunidad de jurisdicción fundada en que el cargamento de monedas era transportado por un buque de Estado que viajaba en misión militar no comercial<sup>3</sup>. El más reciente caso *Cabeza de mujer joven* demanda una atención particular por la complejidad que fue adquiriendo al suscitarse sucesivamente ante tribunales pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales.

2. En una primera fase, el supuesto se vinculó con el Derecho administrativo, al plantearse ante nuestra jurisdicción contencioso-administrativa como consecuencia de la fallida solicitud de exportación definitiva de la pintura con aduana de salida en Madrid y destino a Londres, presentada el 5 de diciembre de 2012 por quien dijo llamarse D. Fructuoso y ser su dueño en pleno dominio. Tal permiso fue denegado por resolución del Director General de Bellas Artes y Bienes Culturales y de Archivos y Bibliotecas de 19 de diciembre de 2012. Notificada la resolución a D. Fructuoso y a *Christie's Ibérica, S.L.*, su representación procesal solicitó que se tuviera por no presentada la solicitud por contener los siguientes errores: de un lado, se alegó que el bien no se encontraba en territorio español por hallarse a bordo del velero *Adix*, con pabellón británico; de otro lado, se alegó que su propietaria directa era la entidad panameña *Euroshipping Charter Company Inc.* Por orden de 28 de diciembre de 2012, el Secretario de Estado de Cultura declaró inexportable el lienzo y acordó requerir a la Comunidad Autónoma competente para que instruyera expediente con el fin de que fuese declarado “Bien de Interés Cultural”. Las mencionadas resolución y orden fueron

---

<sup>3</sup> Vid. nuestras consideraciones en coautoría con J.L. Goñi Etchevers en “Otro punto de vista sobre el caso *Odyssey*”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 28, diciembre de 2014. Dentro de la abundante bibliografía sobre tal supuesto, destaca su muy distinta a la nuestra pero interesantísima visión por M.J. Aznar Gómez, “Treasure Hunters, Sunken State Vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage”, *Intl' J. Marine and Coastal Law*, 2010, pp. 209-236.

recurridas por D. Fructuoso y por la representación de *Euroshipping Charter Company Inc.* Desestimados ambos recursos por resolución del Ministro de Educación, Cultura y Deporte de 26 de julio de 2013, ésta fue impugnada ante la Audiencia Nacional. Su Sala de lo Contencioso-Administrativo dictó sentencia de 20 de mayo de 2015 asimismo desestimatoria, recurrida posteriormente ante el Tribunal Supremo, que por sentencia fechada el 2 de marzo de 2021 ha desestimado este último recurso<sup>4</sup>. Hallándose el mismo pendiente de ser resuelto, el día 31 de julio de 2015 el bien fue localizado e interceptado por las autoridades aduaneras de Córcega en el puerto deportivo de Calvi a bordo de la mencionada embarcación de recreo *Adix*, propiedad de D. Jaime Botín, para ser enviado posteriormente a España y depositado en los Almacenes del Museo Reina Sofía hasta que se resolviera judicialmente la controversia.

A partir de tal momento, un supuesto que continuaba hallándose pendiente de ser resuelto por la jurisdicción contencioso-administrativa española pasó a vincularse asimismo con nuestros tribunales pertenecientes al orden penal. Sobre él se pronunciaron sucesivamente el Juzgado de lo penal nº 27 y la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Madrid. El primero de ambos tribunales dictó sentencia en fecha 14 de enero de 2020, declarando a D. Jaime Botín reo de un delito de contrabando de bienes culturales y condenándolo a 18 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y pago de una multa de 52.400.000 €. Mediante auto aclaratorio dictado 16 días después, la juzgadora de instancia elevó las penas a 3 años de cárcel y a multa de 91.700.000 €. Esta otra resolución fue confirmada en apelación por sentencia de 1 de septiembre de 2020 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial. Todas las referidas sentencias penales y la dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo de nuestro Tribunal Supremo coinciden en declarar la procedencia del comiso de la obra de arte intervenida y la atribución de su propiedad al Estado español de conformidad con el art. 29.1 LPHE.

3. Las invocaciones por tribunales pertenecientes a los órdenes penal y contencioso-administrativo de la norma material imperativa que se formula en nuestra ley de patrimonio histórico conectan de la forma más directa el caso *Cabeza de mujer joven*

---

<sup>4</sup> La primera de ambas sentencias tuvimos la oportunidad de comentarla en el marco de nuestro más amplio análisis del supuesto litigioso en el trabajo monográfico “The «*Head of a Young Woman*» Case: A new Example of International Illicit Traffic of Cultural Property?”, 19 *Spanish Yearbook of International Law* (2015), traducido al castellano con el título “El caso «Cabeza de mujer joven»: ¿Un nuevo ejemplo de tráfico ilícito internacional de bienes culturales?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 927-933. *Vid.* asimismo el más reciente de N. Zambrana-Tébar, “Head of a Young Woman: The thrilling recovery of a flying Picasso”, *International Journal of Cultural Property*, 2021, pp. 175-190.

con el Derecho internacional privado y, más concretamente, con su dimensión del Derecho aplicable. La conclusión no puede ser más clara: se vinculen o no con otras ramas del Derecho y se susciten o no ante jurisdicciones distintas de la civil, los supuestos de tráfico ilícito internacional de bienes culturales protegidos interesan al Derecho internacional privado. Ello se debe fundamentalmente a su nota de internacionalidad, a la que se añade su carácter privado en las controversias que se plantean ante órganos jurisdiccionales civiles. La ausencia de esta segunda nota en los casos en que los Estados de origen de bienes culturales actúan ante jurisdicciones distintas de la civil ordinaria como sujetos de Derecho público podrá impedir calificarlos como situaciones privadas objeto de nuestra disciplina; pero sus vínculos con el Derecho internacional privado y su relevancia para él continúan siendo indiscutibles.

## **II. Evolución de las acciones de restitución de bienes culturales y selección de instrumentos normativos: Directivas de la Unión Europea y Convenio de UNIDROIT**

4. Los pronunciamientos contenidos en las sentencias penales sobre el caso *Cabeza de mujer joven* en los que se declara que el bien ha pasado a ser propiedad del Estado español de conformidad con el art. 29.1 LPHE confirman plenamente nuestra tesis de que una de las formas más eficaces de combatir el tráfico ilícito internacional de bienes culturales es demandar la restitución del bien con carácter acumulado en el marco de un proceso penal por robo y/o contrabando para lograr que la sentencia que ponga fin a ese proceso penal decreta, a título de responsabilidad civil derivada del hecho punible, que el bien objeto del litigio debe ser restituido a su Estado de origen. Las acciones penales vienen así a configurarse como una de las mejores alternativas al ejercicio directo e independiente de acciones de restitución de bienes culturales protegidos objeto de tráfico ilícito internacional ante tribunales pertenecientes al orden civil. Su éxito contrasta con el fracaso de varias acciones civiles clásicas en casos resueltos por la jurisprudencia comparada hasta bien entrada la década de los ochenta. Y, a su vez, el fracaso de tales acciones reivindicatorias tradicionales constituye la circunstancia que motivó la elaboración de modernos instrumentos normativos de lucha contra el tráfico ilícito internacional de bienes culturales reguladores de las acciones especiales de restitución que introducen como principal novedad. Unas y otras acciones civiles se inscriben, respectivamente, en la primera y en la segunda fase de una evolución cuyo análisis esperamos que sea útil para comprender cómo y por qué se han llegado a elaborar los referidos instrumentos normativos vigentes en la actualidad, así como para poder identificar y valorar sus más destacables fortalezas y debilidades.

5. La primera fase de la evolución tiene una duración aproximada de una centuria. Atendiendo a los más relevantes casos relativos a bienes integrantes del patrimonio

histórico español resueltos a lo largo de la misma, cabe situar su inicio en la penúltima década del siglo XIX y su fin en la penúltima del siglo XX<sup>5</sup>; si bien, como se verá, durante sus últimos años comienza a abrirse camino la segunda fase, solapándose con ella. La inmensa mayoría de los referidos supuestos se plantean en los términos precedentemente indicados de ejercicio de acciones civiles reivindicatorias del dominio, caracterizándose como típicas situaciones privadas internacionales objeto del Derecho internacional privado que suscitan, por este orden, los problemas relativos a la determinación de la jurisdicción competente y a la determinación de su ley rectora. Dentro de estas dos dimensiones, la más compleja es, con diferencia, la del *ius*: como consecuencia de la doble naturaleza de los bienes culturales protegidos (bienes muebles corporales con un valor económico; pero, a su vez, creaciones culturales con un valor intrínseco para su Estado de origen), en ella concurre una diversidad de normas reguladoras (respectivamente, las normas de Derecho civil y de Derecho internacional privado por las que se disciplina con carácter general la transmisión de propiedad de bienes muebles corporales, y las normas materiales imperativas de protección del patrimonio histórico restrictivas o prohibitivas de sus exportación). Por la acción de algunas de esas técnicas normativas se produce el fenómeno del tráfico ilícito internacional y ulterior “blanqueo” de creaciones culturales.

Con la complejidad de la dimensión del *ius* de las controversias que estamos analizando contrasta la simplicidad de su dimensión del *forum*. La solución del problema relativo a la determinación de la competencia judicial internacional no puede ser más sencilla, y no se plantean problemas de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Desde un punto de vista teórico son invocables cuatro circunstancias que pueden llegar a atribuir competencia hasta a cuatro jurisdicciones estatales distintas: *forum rei sitae*, domicilio del demandado, sumisión expresa y sumisión tácita. Mas en la práctica ocurre que por determinadas razones de efectividad los bienes culturales muebles se han venido reivindicando en todo caso ante los tribunales del Estado de su situación efectiva en el momento de ejercitarse la acción. Por el hecho de tener el bien litigioso bajo su control, tales órganos jurisdiccionales son los que se hallan en condiciones tanto para aplicarle las medidas cautelares que adopten como para ejecutar directamente la decisión final sobre el fondo de la controversia que dicten<sup>6</sup>. Puede que en el correspondiente sistema de

---

<sup>5</sup> Respectivamente, caso *Duc de Frias c. Baron Pichon* (Trib. civ. de la Seine, 17 de abril de 1985, *Journal du droit international*, vol. 13, 1886, pp. 593-596) y caso *Kingdom of Spain v. Christie, Manson & Woods Ltd. and another* (Chan. Div., 18, 19, 20 y 21 de marzo de 1986. *Weekly Law Reports*, 1986, pp. 1120-1133).

<sup>6</sup> Razones que en otros trabajos nos llevaron inicialmente a hablar de “ejercicio masivo” de acciones de restitución de bienes culturales muebles ante los tribunales de su situación efectiva al tiempo de la demanda y de “normal competencia” de los mismos, para plantear más adelante la sustitución de tales expresiones por las más radicales “ejercicio casi absoluto” y “competencia

normas reguladoras de la competencia judicial internacional esté consagrado o no el *forum rei sitae* como criterio especial de competencia para la materia real mobiliaria; pero habida cuenta de que como mínimo un demandado estará domiciliado en ese Estado, sus tribunales serán competentes, según los casos, a título de foro especial de la situación del bien o a título de foro general del domicilio del demandado. Así pues, la dimensión judicial de las tradicionales acciones reivindicatorias de bienes culturales afectados por tráfico ilícito queda reducida y simplificada, por una parte, al sector de la competencia judicial internacional, y, por otra parte, a su asunción por los órganos jurisdiccionales del país en que se encuentre el bien al tiempo de interponerse la demanda.

El fenómeno del tráfico ilícito internacional de bienes culturales se produce en el sector de la determinación del Derecho aplicable como consecuencia de la acción de determinadas técnicas de reglamentación clásicas. Ciertamente es que, habida cuenta de la aludida doble naturaleza de los bienes culturales protegidos, el juzgador que está determinando la ley aplicable a la titularidad del bien objeto de la controversia se encuentra con un cúmulo de normas integrado por la regla *lex rei sitae* y una disposición material imperativa de protección del patrimonio cultural del Estado de origen (que puede pertenecer, según los casos, a la *lex fori*, a la *lex causae* o al Derecho de un tercer Estado). Sin embargo, no lo es menos que en un volumen bastante elevado de situaciones tales normas imperativas no han sido tomadas en consideración. Así ha venido sucediendo en varios casos tanto de adquisición de bienes culturales por terceros en su país de destino como de adquisición de bienes culturales por terceros en un país de tránsito y ulterior reintroducción en el de destino, que han sido resueltos por la jurisprudencia comparada mediante el recurso a la solución tradicional del conflicto móvil consistente en concretar el punto de conexión situación del bien en el Estado en que se halla el mismo al tiempo de tener lugar el último hecho o acto jurídico con trascendencia real. En unos y otros supuestos la normativa imperativa de protección del bien ha quedado privada de su eficacia por el efecto combinado de la norma de conflicto *lex rei sitae* y la correspondiente norma de Derecho privado material perteneciente al ordenamiento del Estado de destino o del Estado de tránsito protectora del adquirente *a non domino* de buena fe de bienes muebles corporales<sup>7</sup>.

---

prácticamente en todo caso” [cf., respectivamente, *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales (Perspectiva del Derecho internacional privado español)*, Madrid, EUROLEX, 1993, pp. 145 y 149-150, y “Exportación al extranjero de obras de arte pertenecientes al patrimonio histórico español (Comentario conjunto de las sents. T.S. de 6 de mayo de 2002 y Aud. Nac. de 9 de julio de 2002), *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IV, 2004, p. 545].

<sup>7</sup> Dicho efecto ha sido criticado con especial intensidad por P. Lagarde, “Le commerce de l’art en droit international privé français”, *International Sales of Works of Art – La vente internationale d’oeuvres d’art*,

6. En el ámbito de la Unión Europea la segunda fase de la evolución se inicia con la Declaración General sobre los arts. 13 a 19 del AUE hecha en el momento de su firma<sup>8</sup> y con la Comunicación de la Comisión al Consejo sobre la protección de los patrimonios artísticos, históricos y arqueológicos nacionales en vista de la supresión de las fronteras interiores en 1992<sup>9</sup>. Una y otra responden a la preocupación de las instituciones comunitarias por compensar las consecuencias negativas del establecimiento del mercado interior (según los casos, flujos ilícitos intracomunitarios de bienes culturales protegidos y creación de países comunitarios de tránsito artificiales desde los cuales quepa exportar dichos bienes a terceros Estados con más facilidad que desde sus Estados de origen). Para ello se propusieron en la Comunicación importantes medidas, entre las cuales destaca la destinada a combatir el tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales: que las autoridades competentes de los Estados miembros en que se introduzcan bienes culturales ilegalmente exportados de otros ordenen su retorno a éstos fundándose en la violación de su normativa de protección. Esta medida se materializó en la adopción de la precitada Directiva 93/7/CEE del Consejo de 15 de marzo de 1993<sup>10</sup>, modificada por las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 96/100/CE y 2001/38/CE, y derogada y sustituida por 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)<sup>11</sup>. El aspecto más destacable de las sucesivas directivas es la incorporación de una acción especial de restitución de bienes culturales en cuya regulación la última en el tiempo aporta mejoras bastante significativas. Casi todas ellas han sido transpuestas de forma correcta 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, por la que

---

París/Ginebra, ICC Publishing/Facultad de Derecho de Ginebra, 1988, pp. 402 y 405-406, y “La restitution internationale des biens culturels en dehors de la Convention de l’UNESCO de 1970 et la Convention de l’UNIDROIT de 1995”, *Revue de droit uniforme*, 2006, pp. 83-91. *Vid.* asimismo sus más extensos análisis realizados, entre otros, por L.V. Prott, “Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage”, *Recueil des Cours.*, t. 217 (1989-V), pp. 262-281; D. Fincham, “How Adopting the *Lex Originis* Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property”, *Columbia Journal of the Law and the Arts*, vol. 32; 2008, pp. 116-117 y 128-133, y M. Frigo, *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, La Haya, Académie de droit international de La Haye, 2016, pp. 96-181.

<sup>8</sup> En la cual se afirma que “nada de lo establecido en esas disposiciones afectará al derecho de los Estados miembros de adoptar aquellas medidas que consideren necesarias en materia de (...) lucha contra (...) el tráfico de obras de arte y antigüedades”.

<sup>9</sup> *Corrigendum* (COM (89) 594 final/2, Bruselas, 19 enero 1990).

<sup>10</sup> *Supra*, nota (2).

<sup>11</sup> DO L 159 de 28 de mayo de 2014. *Corrigendum* DO L 147 de 12 de junio de 2015.

se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014<sup>12</sup>.

7. A nivel extracomunitario la segunda fase de la evolución se inicia con los trabajos preparatorios de dos instrumentos que contienen distintas normas reguladoras de la determinación de la ley aplicable a la propiedad de los bienes culturales incluidos en su ámbito material; por orden cronológico, la Resolución sobre la venta internacional de obras de arte desde la perspectiva de la protección del patrimonio cultural, adoptada por el IDI en su Sesión de Basilea de 3 de septiembre de 1991<sup>13</sup>, y el Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 25 de junio de 1995<sup>14</sup>. 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, hecha en París el 17 de noviembre de 1970<sup>15</sup>, se vincula más bien con el Derecho internacional público, al haber optado por disciplinar en su art. 7.b.ii) un procedimiento para solicitar el comiso y la restitución de ciertos bienes culturales por la vía diplomática; si bien del principio de cooperación internacional entre los Estados partes en materia de lucha contra el tráfico ilícito internacional de bienes culturales que se enuncia en su preámbulo y en algunos de sus preceptos cabe deducir la norma de conflicto *lex originis*<sup>16</sup>. El Convenio de UNIDROIT de 1995 reglamenta una dualidad de acciones especiales de restitución que varían para los bienes culturales robados y para los bienes culturales exportados ilegalmente.

### III. Ámbito de aplicación; en particular, *ratione materiae*

8. Parece oportuno iniciar el análisis comparativo de las directivas europeas y el Convenio de UNIDROIT por lo referente a su triple ámbito de aplicación, examinado con cierto detenimiento su ámbito material. La problemática relativa a la delimitación del ámbito temporal de las directivas se analizará más adelante por vincularse con la de la precisión del punto de conexión de la norma de conflicto que se reitera en los sucesivos arts. 12 de la de 1993 y 13 de la de 2014<sup>17</sup>. Por lo que atañe al ámbito temporal del convenio, se delimita en su art. 10, de conformidad con el cual su cap. II se aplica a los bienes culturales que hayan sido robados y su cap. III se aplica a los bienes culturales que hayan sido exportados ilegalmente con posterioridad a su entrada en vigor en el Estado parte requerido. Y, en cuanto a la delimitación de los

<sup>12</sup> BOE, 19 de abril de 2017.

<sup>13</sup> *Ann. I.DI.*, 1991, vol. 64, t. 2, pp. 402-407.

<sup>14</sup> BOE, 16 de octubre de 2002.

<sup>15</sup> BOE, 5 de febrero de 1986.

<sup>16</sup> En los términos que más adelante se expondrán (*infra*, punto 16).

<sup>17</sup> *Infra*, punto 17.

ámbitos espaciales del texto convencional y de las directivas, de la combinación entre la cláusula de desconexión contenida en el art. 13.3 del primero y los aps. 3) y 4) de los sucesivos arts. 1 y 2 de las segundas, resulta que éstas se aplican con carácter preferente a los supuestos de tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales incluidos en su ámbito, mientras que el convenio se aplica con carácter subsidiario a las situaciones intracomunitarias a que no sean aplicables las directivas y a los supuestos de tráfico ilícito extracomunitario de bienes culturales entre Estados contratantes<sup>18</sup>.

En particular, por lo que se refiere a las situaciones intracomunitarias disciplinadas por las directivas, el objeto de sus leyes de transposición a los ordenamientos internos de los Estados miembros de la UE suele centrarse en reglamentar, desde su perspectiva de Estados requeridos, las acciones de restitución de bienes culturales ilegalmente exportados de otros Estados miembros que puedan ejercitar las representaciones de los gobiernos de estos últimos ante los órganos jurisdiccionales de aquéllos. Por esta circunstancia llama la atención lo ambiciosa que se pretende la Ley 1/2017, al ampliar su objeto a la regulación de las condiciones en que deben ser restituidos los bienes culturales que hayan abandonado ilegalmente el territorio español y hayan ido a parar al de un Estado miembro extranjero. Esta aspiración se convierte en logro de modo bastante parcial. Como más adelante se verá, el grueso de la Ley, integrado por sus arts. 5-11, se limita a regular el ejercicio ante los tribunales civiles españoles de acciones de restitución de bienes procedentes de otros Estados miembros; lo cual no puede ser de otro modo si se tiene en cuenta que la competencia para disciplinar los procedimientos de restitución que se sustancien en Estados miembros distintos del nuestro corresponde a sus legisladores. Junto a algunos preceptos iniciales de la Ley, están formulados con un cierto alcance bilateral, de un lado, sus arts. 7.1 y 12 por las referencias que hacen en abstracto al “Estado (miembro) requirente”, y, de otro lado, su art. 13 por la distinción que efectúa entre las posibilidades de que dicho Estado sea España u otro también miembro de la Unión Europea pero extranjero.

9. Más controvertida resulta la dimensión *ratione materiae* del ámbito de aplicación de las directivas y del Convenio de UNIDROIT. Ello es consecuencia de la confrontación que está planteada entre las tendencias maximalista y minimalista en que se inscriben

---

<sup>18</sup> Vid. los análisis de la mencionada cláusula de desconexión efectuados por M. Marletta, *La restituzione dei beni culturali: normativa comunitaria e Convenzione Unidroit*, Padua, CEDAM, 1997, pp. 200-203; J.S. Bergé, “La Convention d’Unidroit sur les biens culturels: remarques sur la dynamique des sources en droit international”, *Journal du droit international*, 2000, t. 127, vol. 2, pp. 238-242, y M. Frigo, *Circulation...*, *op. cit.*, pp. 342-347. Sobre la problemática relativa a la delimitación del ámbito temporal del Convenio vid. G. Carducci, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d’art: droit commun, Directive CEE, Conventions de l’Unesco et d’Unidroit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997, pp. 195-196, y M. Frigo, *op. cit.*, pp. 279-280.

las fórmulas definitorias susceptibles de ser empleadas por los diversos instrumentos normativos de combate contra el tráfico ilícito internacional de bienes culturales para definir la noción de “bien cultural” a que son aplicables sus disposiciones; respectivamente, los denominados “método de enumeración” y “método de categorización”. El primero se plasma a través de lo que se ha dado en llamar “sistemas de lista” y presenta el inconveniente de que su vocación de exhaustividad nunca llega a satisfacerse plenamente (precisa y paradójicamente, por el contraste que existe entre ella y su carácter limitativo). Frente a este inconveniente del método de enumeración, el de categorización se concreta en definiciones breves y genéricas que, por su flexibilidad, tienen la ventaja de dar cabida a una mayor cantidad de bienes merecedores de especial tutela. De ahí que tanto las más avanzadas legislaciones nacionales sobre patrimonio histórico como algunos modernos instrumentos internacionales de protección de los bienes culturales se hayan inclinado por esta otra fórmula, superadora del obstáculo con que en el pasado tropezaban las normativas de países tercermundistas cuyos legisladores, en su afán por intentar combatir a toda costa la depredación de sus patrimonios elaborando listas lo más amplias posible, siempre terminaban viendo con frustración que algunos bienes de especial relevancia quedaban fuera de ellas.

En contraste con esa tendencia, tanto la Directiva 93/7/CEE con sus posteriores actualizaciones como el Convenio de UNIDROIT han optado por combinar el método de categorización con el método de enumeración. El art. 1 de la primera supedita su aplicación a los bienes culturales clasificados o definidos como “patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional” en el sentido del art. 36 TFUE que satisfagan alguna de las dos siguientes exigencias adicionales: formar parte de ciertas colecciones públicas o de inventarios de instituciones eclesiásticas o estar incluidos en alguna de las categorías que se enuncian en el Anexo<sup>19</sup>. De forma muy similar, el texto convencional matiza la amplia noción de “bienes culturales” que se define en su art. 2 exigiendo su pertenencia a alguna de las categorías enumeradas en su anexo<sup>20</sup>. La

---

<sup>19</sup> Esta última restricción ha sido criticada en la doctrina española por C.M. Caamiña Domínguez, tanto en solitario como juntamente con A.-L. Calvo Caravaca, señalando los problemas de coordinación que pueden suscitarse entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros y el anexo de la directiva, (cf., respectivamente, *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, Colex, 2007, pp. 61-62, y *loc. cit.*, p. 40).

<sup>20</sup> A los diversos inconvenientes de tal sistema mixto hacen referencia, entre otros autores, P. Lalive, “La Convention d’Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés”, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 1997/7, p. 31 y nota (52); A. Gardella, “Nuove prospettive per la protezione internazionale dei beni culturali: la Convenzione dell’Unidroit del 24 giugno 1995”, *Diritto del commercio internazionale*, 1998, p. 1003, e I.A. Stamatoudi, *Cultural Property Law and Restitution. A Commentary to International Conventions and European Union Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 73. Más neutrales se muestran en sus comparaciones del precepto con las fórmulas definitorias empleadas por otros instrumentos normativos G. Carducci, *op. cit.*, pp. 236-240;

principal ventaja del método de categorización queda así anulada por la acción del principal inconveniente del método de enumeración. El recurso a este último por la directiva de 1993 y por el Convenio de UNIDROIT siempre nos ha sorprendido, y se debe fundamentalmente a que, a lo largo de sus trabajos preparatorios, algunos representantes de Estados tradicionalmente exportadores de bienes culturales participaron de la nota de ingenuidad de algunos legisladores estatales superada varios años atrás, al cometer el error de penetrar de lleno en la discusión sobre los bienes susceptibles de incluirse en los anexos de uno y otro instrumentos normativos, en lugar de trasladar el debate más apropiado terreno de los métodos definitorios.

Afortunadamente, tal inconveniente ha sido superado por la Directiva 2014/60/UE mediante la eliminación del anexo que acompañaba a su antecesora y actualizaron las Directivas 96/100/CE y 2001/38/CE. De este modo, el ámbito *ratione materiae* de la nueva directiva se amplía a todo bien cultural clasificado o definido como patrimonio nacional en el sentido del art. 36 TFUE por el Estado miembro en cuestión, no siendo ya necesario que pertenezca a las categorías enunciadas en los repetidos anexos ni que cumpla los requisitos de antigüedad y de valor económico exigidos por ellos<sup>21</sup>. Así resulta de sus cdos. núms. 9 y 10, y de sus arts. 1 y 2.1). La definición enunciada en el último de ambos preceptos se reproduce en el art. 2.1.a) de la Ley 1/2017, con los únicos matices constituidos por el cambio de la expresión “patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional” por “patrimonio artístico, histórico o cultural” y el añadido de una referencia a nuestra legislación regional. Pero sus notas de generalidad y flexibilidad quedan bastante mermadas por la adición de una letra b) en la que se exige con carácter cumulativo que el correspondiente bien esté incluido en inventarios de instituciones eclesíásticas, forme parte de colecciones públicas o pertenezca a alguna de las categorías relacionadas en ciertos instrumentos normativos<sup>22</sup>. Como mal menor cabe destacar que desde el proyecto de ley de 2016

---

G.A.L. Droz, “La convention d’UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995)”, *Revue critique de droit international privé*, 1997, vol. 86, núm. 2, pp. 2; A.-L. Calvo Caravaca, “Derecho internacional privado y Convenio de Unidroit de 24 de junio 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente”, *La Ley*, 7 de julio de 2004, p. 5; M. Frigo, *La circolazione internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, 2ª ed., Milán, Giuffrè, 2007, pp. 23-24; *id.*, *Circulation...*, *op. cit.*, pp. 277-279, y C. Forrest, *International Law and the Protection of Cultural Heritage*, Londres y Nueva York, Routledge, 2010, pp. 199-200.

<sup>21</sup> Esta ampliación ha sido elogiada con especial énfasis por A Miglio, “La restituzione dei beni culturali nell’Unione Europea: dalla Direttiva 93/7 alla Direttiva 2014/60, tra mercato interno e competenza esterna dell’Unione”, *Diritto del commercio internazionale*, 2016, p. 870, y M. Frigo, *Circulation...*, *op. cit.*, pp. 324-326 y 347-349.

<sup>22</sup> Así lo señala E.M. Domínguez Pérez, *Tutela...*, *op. cit.*, p. 132, haciéndose eco de la opinión que mantenemos en “Por fin una nueva ley sobre restitución de bienes culturales”, *La Ley. Unión Europea*, nº 50, 31 de julio de 2017, p. 3.

la restrictiva remisión que se efectuaba en el anteproyecto de 2015 a la LPHE y al Reglamento (CE) 116/2009 se amplió a las leyes autonómicas sobre la materia vigentes en España y a la directiva comunitaria de 2014.

#### **IV. Mecanismos de resolución de controversias: protagonismo del *forum rei sitae*, criterios de competencia alternativos y perspectivas de futuro del arbitraje comercial internacional**

10. Las normativas reguladoras de la determinación de la competencia judicial internacional contenidas tanto en el Convenio de UNIDROIT como en las directivas y sus leyes de transposición muestran una marcada predilección por el foro de la situación efectiva del bien cultural, precisado en el momento de interposición de la demanda. La frecuencia con que se recurre a él por las razones de efectividad antedichas ha motivado su establecimiento como criterio preferente tanto en el uno como en las otras<sup>23</sup>. Ahora bien, mientras que el convenio lo hace en su art. 8.1, *i.l.*, con la más absoluta nitidez, las directivas se limitan a posibilitar a favor del Estado miembro requirente el ejercicio de la acción como único legitimado activamente ante los tribunales competentes del Estado miembro requerido (arts. 5.1 de la de 1993 y 6.1 de la de 2014). Esta ausencia de precisión por las directivas de un concreto criterio de competencia es compensada por sus leyes de incorporación al ordenamiento interno español, que se la atribuyen en los términos más expresos a nuestros órganos jurisdiccionales civiles a título de *forum rei sitae* al tiempo de ejercitarse la acción por el hecho de hallarse el bien en territorio español (arts. 2 de la Ley 36/1994 y 5 de la Ley 1/2017)<sup>24</sup>. Con idéntica claridad y también con carácter complementario, enuncia el criterio el art. 7.4 del Reglamento Buselas I *bis*, mediante el empleo de los términos “órgano jurisdiccional del lugar en que se encuentre el bien cultural en el momento de interponerse la demanda”, precedidos de una referencia a “la persona que reclama el derecho a recuperar dicho bien” que amplía el elenco de agentes legitimados para

---

<sup>23</sup> *Supra*, punto 5. Dentro de tales razones, la circunstancia de que los tribunales del Estado de la situación efectiva del bien al tiempo de la demanda sean los capacitados para ejecutar directamente la decisión final que dicten, con la consiguiente eliminación *a radice* de problemas de eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras, es invocada y analizada por M. Frigo como principal fundamento en que se inspiró su consagración como criterio especial y autónomo de competencia en el instrumento convencional (*Vid. Circulation...*, *op. cit.*, pp. 288-294).

<sup>24</sup> El último de los dos preceptos, añadiendo una incorporación por referencia a “las leyes procesales y civiles” que, por ignorar la acción del principio de jerarquía normativa y el carácter preferente con que deben aplicarse los regímenes de Derecho internacional privado comunitario y convencional vigentes en España, entendemos que debería haberse completado haciendo asimismo alusión a ellos o -tal vez mejor- ni siquiera haberse efectuado.

ejercitar la acción especial de restitución al propietario particular desposeído del mismo en contra de su voluntad<sup>25</sup>.

11. A la frecuente en la práctica posibilidad de ejercitar la acción ante los tribunales u otras autoridades competentes del Estado parte de la situación efectiva del bien al tiempo de la demanda añade el art. 8 del Convenio de UNIDROT las de recurrir con carácter alternativo a otras jurisdicciones estatales o al arbitraje. La asunción de competencia por parte de las primeras se fundamenta explícitamente en el ap. 2 del precepto en la sumisión por los litigantes, o puede basarse asimismo en el foro general del domicilio del demandado deduciéndolo de la remisión que efectúa su ap. 1, *i.l.*, a las normas reguladoras de la competencia judicial internacional vigentes en el correspondiente Estado contratante. Para una y otra hipótesis, el art. 8 del Convenio dispensa una adecuada respuesta a la disociación espacial entre las jurisdicciones estatales competente para conocer sobre el fondo y capacitada para someter el bien a medidas provisionales o cautelares, permitiendo solicitar la adopción de éstas ante los tribunales del Estado parte en que se encuentre el bien cultural.

Se trata, empero, de situaciones bastante improbables por las repetidas razones de efectividad que militan en pro de la formulación del *forum rei sitae* tanto en el contexto más general de la materia real mobiliaria como en el específico de las acciones de restitución de bienes culturales protegidos afectados por tráfico ilícito internacional. Raro será, por no decir imposible, que, surgida la controversia, actor y demandado concluyan de mutuo acuerdo una cláusula atributiva de jurisdicción, o que el actor pretenda emplazar al demandado ante una jurisdicción estatal no competente y el mismo lo admita por vía de comparecencia voluntaria. Y por lo que respecta al criterio general del domicilio del demandado, si bien en el pasado pudo servir para colmar la laguna que presentaban algunos instrumentos normativos en cuanto al foro especial de la situación de los muebles en supuestos de pluralidad de demandados en que alguno de ellos tuviera su domicilio en el Estado de del *situs* del bien en el momento de ejercitarse la acción, no parece que vaya a recurrirse a él como criterio alternativo al *forum rei sitae* para reclamar el bien cultural ante una jurisdicción estatal que no tenga el mismo bajo su control, complicando gratuitamente el panorama con problemas de reconocimiento u ejecución de resoluciones extranjeras (tanto cautelares como sobre el fondo de la controversia principal) que se eliminan de

---

<sup>25</sup> Así lo han puesto de relieve, entre otros, F.J. Garcimartín Alférez y S. Sánchez, “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 48, octubre-diciembre 2013, pp. 12-13; M. Gebauer, “A New Head of Jurisdiction in Relation to the Recovery of Cultural Objects”, en F. Ferrari y E. Ragno (eds.), *Cross-border Litigation in Europe: the Brussels I Recast as a Panacea?*, San Giuliano Milanese, 2015, p. 36, y M.J. Elvira Benayas, *loc. cit.*, pp. 195-196.

antemano ejercitando la acción ante los órganos jurisdiccionales del Estado en que se halla el bien al tiempo de demandarse su restitución.

12. El art. 8.2, *i.f.*, del el Convenio de UNIDROIT abre de la forma más expresa en materia de restitución de bienes culturales la dialéctica entre jurisdicción estatal y justicia privada, en su más relevante modalidad constituida por el arbitraje<sup>26</sup>. El recurso al arbitraje comercial internacional como mecanismo de resolución de los litigios que nos ocupan ha comenzado a ser objeto de una cierta acogida favorable por un sector doctrinal. En este sentido, merecen especial mención las aportaciones de A. Gardella y de M. Frigo<sup>27</sup>. La autora comienza exaltando como principales ventajas del arbitraje su celeridad, su confidencialidad, su carácter más especializado y la neutralidad de los árbitros; si bien para plantear a continuación el obstáculo que puede suponer el tema de la no arbitrabilidad de ciertas controversias, tanto en la dimensión de la ley reguladora del arbitraje como en la del reconocimiento y la ejecución del laudo<sup>28</sup>. Por su parte, M. Frigo efectúa un pormenorizado análisis del arbitraje comercial internacional como medio de resolución de los litigios de carácter contractual y de carácter real planteados respectivamente por la circulación y la reivindicación internacionales de bienes culturales que le lleva a deducir una conclusión final optimista, a partir de ciertos signos de una tendencia a la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos que involucran a Estados, así como de los ejemplos suministrados por algunos recientes casos de arbitrajes entre Estados y particulares<sup>29</sup>. Compartimos plenamente esta valoración positiva de tal modalidad de arbitraje en lo

---

<sup>26</sup> Con anterioridad al convenio se dispensó una cierta atención a tal dialéctica en la Directiva 93/7/CEE, que se hace patente en la referencia genérica realizada por su art. 4.6 a la posibilidad de que, sin perjuicio de la acción especial que se disciplina por sus normas, las autoridades competentes del Estado miembro requerido faciliten en primer lugar la aplicación de un procedimiento de arbitraje, de conformidad con la legislación nacional del Estado miembro requerido y con la condición de que el Estado miembro requirente y el poseedor o tenedor den formalmente su conformidad. Esta previsión se reproduce de forma casi literal en el art. 5.6 de la Directiva 2014/60/UE. Su más restrictivo alcance que el de la norma convencional ha sido destacado por G. Carduci, *op. cit.*, p. 392, y M. Frigo, *Circulation...*, *op. cit.*, pp. 386-387 y nota (458). *Vid.* asimismo las referencias a uno y a otro precepto efectuadas recientemente por E.M. Domínguez Pérez, *Transmisión de bienes culturales y resolución extrajudicial de conflictos*, Madrid, Dykinson, 2021, pp. 187-188 y 191.

<sup>27</sup> Para los supuestos en que se hallen implicados Estados, I. Stamatoudi se pronuncia en pro del recurso a arbitrajes de Derecho internacional público o mixtos, según los casos, que analiza en el marco de un examen más completo, comprensivo de otros medios alternativos de resolución de conflictos (señaladamente, mediación, buenos oficios, conciliación y negociación), destacando como aspecto más positivo de todos ellos su flexibilidad (*op. cit.*, pp. 193-208; esp. 195-197).

<sup>28</sup> *Loc. cit.*, pp. 1027-1028. Las cuatro aludidas ventajas del mecanismo arbitral han sido sucintamente destacadas en la doctrina española por C.M. Caamiña Domínguez, *op. cit.*, pp. 196-196.

<sup>29</sup> *Vid. Circulation...*, *op. cit.*, pp. 385-399; esp. pp. 393-396 y 396-399. No sin antes expresar ciertas reservas respecto a las acciones de restitución susceptibles de ser ejercitadas por Estados y señalar la ausencia de una institución arbitral especializada en materia de contenciosos relativos a la circulación de bienes culturales (*ibid.*, pp. 388-389 y 392-393).

que concierne a las controversias que puedan surgir del cumplimiento de contratos de compraventa de bienes culturales objeto de comercio lícito<sup>30</sup>. Para los supuestos en que el bien en cuestión haya sido objeto de tráfico ilícito internacional, acaso las acciones especiales disciplinadas por las directivas comunitarias y por el Convenio de UNIDROIT no sean el mecanismo más adecuado; pero no nos parece que la mejor alternativa frente a ellas sea el arbitraje comercial internacional, sino otras estrategias más clásicas de ejercicio de la acción ante jurisdicciones estatales, civiles o penales según los casos<sup>31</sup>.

## V. Determinación del Derecho aplicable: técnicas de reglamentación de carácter directo

13. En sus sucesivas versiones, las directivas priorizan, frente a las normas de determinación indirecta del Derecho aplicable, la técnica de reglamentación de carácter directo consistente en disciplinar a través de normas materiales especiales un procedimiento de restitución del bien cultural al Estado miembro requirente con eventual contrapartida de indemnización a favor de su poseedor de buena fe. No se soslaya por completo al método conflictual; pero, como se verá, se le concede un margen de acción muy limitado. El núcleo central de las directivas, integrado por los arts. 5-11 de la de 1993 y 6-12 de la de 2014, se dedica a regular las especialidades del proceso de restitución en lo que concierne fundamentalmente a plazos de ejercicio de la acción, legitimación activa y pasiva, requisitos de admisibilidad de la demanda, contenido de la sentencia y gastos. Tales previsiones han sido transpuestas de forma correcta al ordenamiento interno español mediante los arts. 4-9 de la Ley 36/1994 y 7-13 de la Ley 1/2017<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> El propio M. Frigo concluye su mencionado análisis con la siguiente precisión: “les développements de la pratique internationale en matière d’arbitrage dont on a fait mention ne sauraient être sous-estimés lorsqu’il s’agit des chances de l’arbitrage commercial international en tant que méthode de résolution de litiges en matière de circulation des biens culturels, *notamment en matière contractuelle* (*ibid.*, pp. 398-399. Las itálicas son nuestras).

<sup>31</sup> Respectivamente, el recurso a la denominada “ficción de los inmuebles por destino” para las porciones movilizadas de bienes culturales inmuebles, y el ejercicio de las acciones de restitución de cualesquiera otros bienes culturales con carácter acumulado en el marco de un proceso penal por robo y/o contrabando (*Vid.* nuestras consideraciones en “El patrimonio cultural mueble y el Derecho internacional privado”, *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2020, pp. 348-349 y 350-351).

<sup>32</sup> *Vid.* los análisis de ambos bloques de preceptos y de los citados que se contienen en las directivas llevados a cabo por A. Lanciotti, *La circolazione dei beni culturali nel diritto internazionale privato e comunitario*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 97-106; M. Marletta, *op. cit.*, pp. 89-108; C. M. Caamiña Domínguez, *op. cit.*, pp. 102-122; id. y A.-L. Calvo Caravaca, *loc. cit.*, pp. 42-48; I.A. Stamatoudi, *op. cit.*, pp. 149-155; A. Miglio, *loc. cit.*, pp. 872-876; A.J. Vélez Toro, “El juicio verbal para

Particularmente destacables son las siguientes mejoras que en el régimen de la acción especial de restitución introducen la Directiva 2014/60/UE y su ley española de transposición<sup>33</sup>: se amplía de dos a seis meses el plazo para que las autoridades competentes del Estado miembro requirente puedan verificar si el bien en cuestión es un bien cultural incluido en el ámbito *ratione materiae* de la directiva [arts. 5.1.3 de la misma y 3.2.c) de la ley]; se amplía de uno a tres años del plazo de ejercicio de la acción de restitución a partir de la fecha en que la autoridad central competente del Estado miembro requirente haya tenido conocimiento del lugar en que se encontraba el bien cultural y de la identidad de su poseedor o tenedor (arts. 8.1 de la directiva y 9.1 de la ley); la referencia a las instituciones eclesiásticas como beneficiarias de los regímenes especiales de protección que puedan establecer los Estados miembros se hace extensiva a otras instituciones religiosas, ampliando a los bienes incluidos en sus inventarios el plazo especial de prescripción de la acción de setenta y cinco años (arts. 8.1 de la directiva/art. 9.3 de la ley), y, sobre todo, se efectúa un reforzamiento de la inversión de la carga de la prueba de la buena fe del adquirente que, por su relevancia, será objeto de un tratamiento independiente más adelante<sup>34</sup>.

14. Por lo que respecta al Convenio de UNIDROIT, en él se ha optado por recurrir a la técnica de las normas materiales especiales con carácter exclusivo, reglamentando a través de ellas dos procedimientos de restitución distintos para los bienes culturales robados y para los que haya sido objeto de mera exportación ilegal. Quedaron así radicalmente descartadas las modernas normas de conflicto -según los casos especiales o flexibles, y en todo caso materialmente orientadas a posibilitar la debida toma en consideración de los efectos pretendidos por la normativa material imperativa protectora del patrimonio cultural del Estado de origen- que, a lo largo de los trabajos preparatorios del texto convencional, se propusieron como alternativas a la técnica de reglamentación directa que terminó por imponerse<sup>35</sup>. El procedimiento especial de

---

la restitución de bienes culturales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2018, pp. 4-11, y M. Pons Portella, *loc. cit.*, pp. 20-31.

<sup>33</sup> Tales innovaciones, que precisamos en “Avances en la lucha contra el tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales”, *La Ley. Unión Europea*, nº 30, 30 de octubre de 2015, pp. 4-5, y “Por fin...”, *loc. cit.*, pp. 5-6, han sido analizadas con cierto detenimiento por E.M. Domínguez Pérez, *Tutela...*, *op. cit.*, pp. 113-117 y 133-141.

<sup>34</sup> *Infra*, punto 15.

<sup>35</sup> *Vid.* las recomendaciones formuladas en tal sentido en una primera etapa por G. Reichelt, [“La protection internationale des biens culturels” *Revue de droit uniforme*, 1985-I, p. 146, e “International Protection of Cultural Property (Second Study)”, *Uniform Law Review*, 1988-I, pp. 114-116 y 120-122] y más adelante por L.V. Prott (*Observations soumises par Mme. Lyndel Prott*, UNIDROIT, Étude LXX, Doc. 7, Roma, diciembre 1988, p. 2). Las de la primera autora llegaron a contar con la aprobación expresa de R. Monaco en su condición de presidente de UNIDROIT (*cf. Lignes générales pour une convention de droit privé sur la protection internationale des biens culturels (soumises par M. Riccardo Monaco, président d’Unidroit)*, UNIDROIT, Étude LXX, Doc. 7, Roma, mayo 1988, p. 3).

restitución de bienes culturales robados se disciplina por el cap. II del texto convencional, integrado por sus arts. 3 y 4, mientras que al procedimiento especial de lo que se denomina “devolución” de bienes culturales exportados ilegalmente se consagra su cap. III, integrado por los arts. 5 a 7<sup>36</sup>. La más destacable analogía existente entre los dos grupos de preceptos reside en que parten del principio general de restitución del bien cultural a su Estado de origen; si bien su formulación en el art. 5.1 es bastante más suave que en el art. 3.1, por cuanto en lugar de establecerse directa y contundentemente que el bien deberá ser restituido, se prevé la posibilidad de que el Estado requirente solicite al tribunal o a otra autoridad competente de otro Estado contratante que ordene la devolución del bien exportado ilegalmente de su territorio. Sus más destacables diferencias se aprecian en el contexto de la contrapartida de indemnización al poseedor de buena fe.

15. Además de constituir el extremo respecto al cual cabe apreciar más diferencias entre los diversos procedimientos de restitución de bienes culturales regulados por las directivas europeas y por los caps. II y III del Convenio de UNIDROT, tal contrapartida se configura como el principal inconveniente de unas y otras normativas materiales especiales. En efecto, esa indemnización “equitativa” -según las primeras- o “justa y razonable” -de conformidad con los segundos-, cuyo pago deberá ordenar el juzgador atendiendo a las circunstancias del caso, suele corresponderse con el precio de mercado del bien litigioso, con elevadísimas sumas que no pueden permitirse abonar muchos Estados exportadores de bienes culturales<sup>37</sup>. A él vienen a yuxtaponerse, en el sistema diseñado por las directivas y sus leyes nacionales de transposición, los gastos ocasionados tanto por la conservación del bien cultural reclamado como por la ejecución de la sentencia que ordene su restitución (arts. 10 y 11, respectivamente, de las Directivas 93/7/CEE y 2014/60/UE; art. 9.1 y 2 de la Ley 36/1994, y art. 13. 1 y

<sup>36</sup> Vid. los análisis de tales procedimientos especiales realizados por A.Lanciotti, *op. cit.*, pp. 135-140; G.A.L. Droz, *loc. cit.*, pp. 251-265; M. Marletta, *op. cit.*, pp. 140-176; A. Gardella, *loc. cit.*, pp. 1008-1023; A.-L. Calvo Caravaca, *loc. cit.*, pp. 6-11; C.M. Caamiña Domínguez, *op. cit.*, pp. 147-167 y 168-185; C. Forrest, *op. cit.*, pp. 201-215; I.A. Stamatoudi, *op. cit.*, pp. 76-102, y M. Frigo, *Circulation...*, *op. cit.*, pp. 281-288.

<sup>37</sup> Vid. las críticas al art. 4 del Convenio de UNIDROIT formuladas por G.A.L. Droz, *loc. cit.*, p. 255; A. Gardella, *loc. cit.*, p. 1014, y M. Frigo *La circolazione...*, *op. cit.*, pp. 30-31 y 35; este último autor, haciendo también referencia al art. 6 del texto convencional. En el mismo sentido se pronunciaron en la década de los ochenta respecto a la contrapartida de indemnización a que supedita la restitución de los bienes culturales incluidos en su ámbito el art. 7.b.II) de la Convención de la UNESCO de 1970 S. Holst, *Biens culturels et relations internationales: spoliations, protection, restitution*, tesis tercer ciclo, Ciencias políticas, Universidad París I, 1983, pp. 273 y 397-399, y R. Fraoua, *Le trafic illicite des biens culturels et leur restitution*, Friburgo, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1985, p. 76. En él se orientan asimismo nuestras consideraciones sobre la indemnización disciplinada por las directivas y sus leyes de transposición al ordenamiento interno español en “La lucha contra el tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales (Algunas reflexiones críticas en torno a la Ley 36/1994, de 23 de diciembre)”, *La Ley. Unión Europea*, nº 3997, 18 de marzo de 1996, p. 4, y “Por fin...”, *loc. cit.*, p. 5.

3 de la Ley 1/2017), y en el del cap. II del Convenio de UNIDROIT, cualesquiera costes derivados de la devolución del bien cultural (art. 6.4, *i.l.*).

La directiva de 2014 y su ley de incorporación al ordenamiento interno español intentan contrarrestar el inconveniente señalado y sus eventuales aditivos efectuando expresa referencia al derecho del Estado miembro requirente a reclamar el reembolso de los importes de la indemnización equitativa y de los gastos mencionados a los responsables de la salida ilegal del bien de su territorio (arts. 11 de la primera y 13. 4 de la segunda). Por su parte, el texto convencional lo hace reconociendo en favor de los demandantes de restitución de bienes culturales robados el derecho a reclamar el reembolso del importe de la indemnización a la persona que transfirió el bien a su adquirente de buena fe, a cualquier cedente anterior y a cualquier otra persona (art. 4.1 y 2) y permitiendo el ejercicio de tal derecho a los Estados partes requirentes de bienes culturales ilegalmente exportados respecto de los costes derivados de la devolución del bien litigioso asimismo frente a cualquier otra persona (art. 6.4, *i.l.*). Mas la circunstancia de que en la práctica varios de los referidos agentes implicados en el tráfico ilícito internacional y ulterior blanqueo de bienes culturales sean insolventes determina que los Estados de origen de bienes culturales objeto de exportación ilegal y, en su caso, los propietarios particulares de bienes culturales desposeídos de ellos en contra de su voluntad, queden privados de la posibilidad de recuperar cantidad alguna.

El factor que realmente puede ser útil para compensar el inconveniente que supone la elevada cuantía de ciertas indemnizaciones es la inversión de la carga de la prueba de la buena fe del poseedor que, con distinta intensidad, se lleva a cabo en los diversos instrumentos normativos objeto del presente estudio. Dicha tendencia a invertir la carga de la prueba comienza abriéndose paso tímidamente en la Directiva 93/7/CEE y encuentra su formulación más acabada en la Directiva 2014/60/UE<sup>38</sup>. La primera en el tiempo y la Ley 36/1994 hacían recaer sobre el juzgador en sus respectivos arts. 7 y 8 la función de responsable de la verificación de que el poseedor obró de buena fe, precisando que ordenará a su favor el pago de la indemnización equitativa siempre que tenga el convencimiento de que aquél ha actuado “con la diligencia debida / con la diligencia y buena fe debidas” en el momento de la

---

<sup>38</sup> En el sistema de restitución de bienes culturales diseñado por el art. 7.b.II) de la Convención de la UNESCO de 1970 se impone al Estado requirente la carga de aportar cuantos medios de prueba sean necesarios para justificar su petición de comiso y restitución; circunstancia que ha sido severamente criticada por S. Holst, *op. cit.*, p. 273; R. Fraoua, *op. cit.*, p. 77, y L.V. Prott y P.J. O’Keefe, *Law and the Cultural Heritage*, vol. 3, *Movement*, Londres, Butterworths, 1989, p. 749.

adquisición<sup>39</sup>. La directiva de 2014 y la Ley 1/2017 han preferido atribuir del modo más contundente al poseedor la responsabilidad de probar su buena fe mediante la utilización de los términos “*siempre que el poseedor pruebe que [ha actuado con / ha empleado] la diligencia debida en el momento de la adquisición*”, a los que añaden un listado abierto de criterios para determinar si así sucedió (arts. 10.I y II de la primera y 11.2 de la segunda. Las itálicas son nuestras)<sup>40</sup>. Idéntico rol de responsable de la prueba de su buena fe asigna al poseedor el Convenio de UNIDROIT; mas únicamente en lo que concierne a los bienes culturales robados. Su art. 4.1 no deja margen alguno de duda sobre el particular, al añadir a la exigencia “siempre que el poseedor no supiera ni hubiera debido razonablemente saber que el bien era robado” la precisión “y siempre que pueda probar que actuó con la diligencia debida cuando adquirió dicho bien”; precisión que omite el art. 6.1 del texto convencional, al limitarse a exigir en abstracto la ignorancia por parte del poseedor de que el bien en cuestión hubiera sido ilegalmente exportado<sup>41</sup>. Aun cuando no faltan quienes han justificado el trato de favor que ello supone para el adquirente de buena fe de bienes culturales ilegalmente exportados<sup>42</sup>, nos parece una discriminación demostrativa del enfoque civilista que se impuso a lo largo de los trabajos preparatorios del convenio, que tanto en relación a este aspecto como a otros, conduce al absurdo de que un particular que demande la restitución de cualquier bien cultural robado goce de una posición más ventajosa que un Estado que reclame un bien de especial relevancia para su patrimonio histórico fundándose en el incumplimiento de su normativa imperativa de protección.

## VI. Determinación del Derecho aplicable: técnicas de reglamentación de carácter indirecto

16. El inconveniente constituido por la frecuentemente elevada cuantía de las indemnizaciones a adquirentes de buena fe que presentan las normativas materiales especiales analizadas nos lleva a propugnar decididamente el recurso, como mecanismo más idóneo de combate del tráfico ilícito internacional de bienes culturales, a la regla *lex originis*; una norma de conflicto especial y materialmente orientada que, frente a la clásica norma de conflicto general y neutra *lex rei sitae* que

---

<sup>39</sup> Tal forma de proceder es valorada del modo más negativo por M. Marletta, en la medida en que supone un retroceso frente a la propuesta de directiva, que responsabilizaba de demostrar su buena fe al poseedor (*op. cit.*, p. 104).

<sup>40</sup> El avance que ha supuesto la modificación introducida el precepto contenido en la directiva ha sido elogiado con particular intensidad por A. Miglio, *loc. cit.*, p. 876. En el mismo sentido se pronuncia respecto a su norma española de transposición E. M. Domínguez Pérez, *Tutela...*, *op. cit.*, pp. 136-137.

<sup>41</sup> A dicha omisión hacen referencia en un sentido ligeramente crítico M. Marletta, *op. cit.*, pp. 168-169; P. Lalive, “La Convention...”, *loc. cit.*, p. 47, y A.L. Calvo Caravaca, *loc. cit.*, p. 11. Bastante más radicales se muestran C. Forrest, *op. cit.*, pp. 212-214, y, sobre todo, I.A. Stamatoudi, *op. cit.*, pp. 99-100.

<sup>42</sup> Tal es el caso de G.A.L Droz, *loc. cit.*, p. 263; A. Gardella, *loc. cit.*, p. 1022 y C.M. Caamiña Domínguez, *op. cit.*, p. 179.

somete cualquier derecho sobre cualquier bien a la ley de su situación mostrándose ciega respecto a la justicia del resultado, somete el derecho de propiedad de bienes culturales de especial relevancia para su Estado de origen a la ley de dicho Estado, posibilitando así el logro de su restitución y la preservación de su identidad cultural. Esta moderna técnica de reglamentación de carácter indirecto se ha abierto camino tanto por vía legislativa como por vía jurisprudencial. Comenzó a perfilarse en dos resoluciones judiciales sobre controversias relativas a bienes culturales incardinadas, respectivamente, en el estatuto contractual y en el estatuto real: la sentencia dictada por el *Bundesgerichtshoff* en fecha 22 de julio de 1972 y la resolución de la *District Court* que fue objeto del recurso estimado por sentencia del *Hoge Raad (Criminal Division)* el 18 de enero de 1983. Ambas tienen en común la invocación del principio de cooperación internacional en orden a la prevención y represión del tráfico ilícito internacional de bienes culturales que se enuncia en la Convención de la UNESCO de 1970; la primera, para excluir la aplicación del Derecho alemán competente a título de *lex contractus* por motivos de orden público y declarar la nulidad del contrato deducible de las normas materiales imperativas restrictivas de la exportación de bienes culturales vigentes en Nigeria, aunque sin llegar a aplicarlas expresamente, y la segunda, para atemperar el resultado material protector del anticuario adquirente que se derivaba de la aplicación del Derecho holandés a título de *lex rei sitae* y declarar la inalienabilidad y la imprescriptibilidad del bien litigioso fundándose en la normativa protectora del patrimonio histórico francés<sup>43</sup>. Con posterioridad a tales decisiones judiciales, la norma de conflicto especial *lex originis* encuentra su primera y más perfecta formulación en la Resolución del IDI de 1991, cuyos arts. 2 y 3 se pronuncian, respectivamente, en los siguientes términos: “la transmisión de propiedad de los objetos de arte pertenecientes al patrimonio cultural del país de origen del bien se regula por la ley de tal país” y “se aplicarán las disposiciones de la ley del país de origen sobre la exportación de objetos de arte”<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Esta última conclusión ha sido deducida con especial nitidez por J.P. Verheul, “Foreign Export Prohibitions: cultural Treasures and Minerals”, *Netherlands International Law Review*, 1984, p. 422, y por Ch. Armbrüster, “La revendication de biens culturels du point de vue du droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 93, 2004, pp. 734 y 735. Vid. las referencias a la sentencia del *Bundesgerichtshoff* que efectúan, entre otros, M. Frigo, *La circolazione...*, op. cit., pp. 350, 353 y 355, y Q. Byrne-Sutton, *Le trafic international des biens culturels sous l'angle de leur revendication oar l'Etat d'origine. Aspects de droit international privé*, tesis, Facultad de Derecho de Ginebra, publicada en *Études suisses de droit international* (vol. 52), Zürich, Schulthess Poligraphischer, 1988, pp. 158-159.

<sup>44</sup> Las tendencias a la especialización y a la materialización del Derecho internacional privado que se plasman a través de tal técnica normativa han sido pormenorizadamente analizadas por J.D. González Campos, “La loi applicable au transfert de la propriété des biens culturels: spécialisation et matérialisation des règles du droit international privé”, *Estudios em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhaes Collaço*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 189-195 y 200-207. Se inclina también por una

17. Las Directivas 93/7/CEE y 2014/60/UE completan su sistema de normas reguladoras de la determinación del *ius* con una técnica de reglamentación indirecta por cuya virtud “la propiedad del bien cultural tras su restitución se regirá por la legislación interna del Estado miembro requirente” (arts. 12 y 13, respectivamente). Esta norma de conflicto, que se reproduce literalmente en el art. 12 de la Ley 1/2017 y se abstuvo de transponer el legislador estatal español en su antecesora de 1994, ha sido elogiada por inscribirse en una tendencia favorable a la aplicación de la *lex originis*<sup>45</sup>. Sin embargo, presenta varias diferencias con la norma formulada en los arts. 2 y 3 de la Resolución del IDI que se configuran como sus principales inconvenientes. De los distintos elementos que integran su estructura, el único que merece una valoración positiva es su consecuencia jurídica por el alcance global con que se lleva a cabo la remisión a la ley del Estado miembro requirente, comprensivo de la totalidad de las normas pertenecientes a su ordenamiento jurídico que incidan en el régimen de la transmisión de la propiedad del bien<sup>46</sup>. Se ha valorado más o menos negativamente la ambigüedad de que pecan los preceptos contenidos en las directivas al no precisar si tal remisión a la ley del Estado miembro requirente debe entenderse hecha exclusivamente a sus normas materiales o incluye la consulta a sus normas de conflicto<sup>47</sup>. Mas no nos parece una omisión demasiado grave si se tiene en cuenta

---

posición favorable a la *lex originis* Ch. Armbrüster; mas no sin reservas cuando su aplicación se fundamente en el criterio de la nacionalidad del bien cultural y, en particular, de su autor [Vid. *loc. cit.*, pp. 739-741, con especial mención del ejemplo que suministra la obra de W. Kandinski (*ibid.*, p. 740). Una opinión similar respecto a la obra de P. Picasso mantenemos en “El caso «Cabeza de mujer joven»...”, *loc. cit.*, pp. 932-933, y mantiene respecto a A. Modigliani y M. Chagal M. Frigo, *Circulation...*, *op. cit.*, pp. 410-414]. Vid. asimismo la interesante propuesta de regla *lex originis* formulada *de lege ferenda* por S.C. Symeonides, “A Choice-of-Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, pp. 1177-1198 (esp. pp. 1183-1197); si bien la circunstancia de que el autor la formule como mecanismo de superación de las dificultades surgidas en el caso *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus and the Republic of Cyprus v. Godberg & Feldman Fine Arts, Inc. and Peg Goldberg*, relativo a unos mosaicos bizantinos que fueron robados en su Estado de origen (Chipre), explica que lo haga por referencia a los casos de tráfico ilícito internacional de bienes culturales objeto de robo, más que a los de mera exportación ilegal.

<sup>45</sup> Así lo han hecho en relación al art. 12 de la directiva de 1993 E. Jayme, “Globalization in Art. Law: Clash of Interests and International Tendencies”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 38, 2005, p. 937, y D. Fincham, *loc. cit.*, pp. 146-147; el último de ambos autores, en el marco de un análisis de la regla *lex originis* como mejor alternativa a la regla *lex rei sitae* en el cual considera también la posibilidad de recurrir a la doctrina del reenvío (*ibid.*, pp. 146-150 y 142-146, respectivamente).

<sup>46</sup> En este sentido se orienta la opinión mantenida por J.D. González Campos sobre la norma de conflicto especial y materialmente orientada *lex originis*, cuando señala que “la référence à cette loi inclut non seulement les règles matérielles sur le transfert de propriété d’un bien culturel, mais aussi les règles impératives inderissant ou limitant l’alienabilité du bien ou son exportation, ainsi que la faculté de l’État de e reivindiquer dans un autre pays même si un particulier est son propriétaire” (*loc. cit.*, p. 207).

<sup>47</sup> La incertidumbre que ello genera ha sido denunciada por A. Miglio, *loc. cit.*, p. 877; I.A. Stamatoudi, *op. cit.*, p. 151; M. Frigo, *Circulation...*, *op. cit.*, p. p. 345, y M.J. Elvira Benayas, *loc. cit.*, p. 198, entre otros autores.

que, aun cuando literalmente puedan dejar abierta la posibilidad de que se planteen problemas de reenvío<sup>48</sup>, muy rara vez -por no decir nunca- van a llegar los mismos a suscitarse en la práctica. El principal y mucho más grave inconveniente que puede presentar la consecuencia jurídica de la norma de conflicto especial que se formula en las directivas y en la Ley 1/2017 se deriva de los términos en que se enuncia y se define su punto de conexión.

En efecto, frente a la claridad y la contundencia con que los arts. 2 y 3 de la Resolución del IDI concretan su punto de conexión en “el país de origen del bien”, en las directivas se ha optado por emplear la más vaga y genérica expresión “Estado miembro requirente” y por recurrir como criterio de determinación de ese elemento de la estructura de su norma de conflicto -y, a la vez, como criterio delimitador de su ámbito temporal- a la fijación de una fecha de referencia: Estado miembro en cuyo territorio se halle legal y definitivamente el bien el 1 de enero de 1993 o con posterioridad (arts. 12 y 13 de la Directiva 93/7/CEE, y arts. 13 y 14 de la Directiva 2014/60/UE). Con carácter excepcional, ambas permiten a los Estados miembros aplicar el régimen previsto en ellas a las solicitudes de restitución de bienes culturales que hayan abandonado ilegalmente el territorio de otros Estados miembros con anterioridad (en sus respectivos arts. 14.2 y 15.2); facultad que, si bien no fue ejercitada por España en la Ley 36/1994, sí lo ha sido en la Ley 1/2017, que extiende su ámbito temporal a las salidas ilegales de bienes culturales del territorio de los Estados miembros que se produzcan antes, pasando a computarse el plazo de prescripción previsto en su art. 9 a partir de su fecha de entrada en vigor (disp. ad. segunda). Pero el “Estado miembro requirente” sigue siendo el país en que se inició la cadena de actos en que se articula el tráfico ilícito internacional del bien cultural en cuestión, que puede no coincidir con su Estado de origen. El criterio de determinación del punto de conexión de la norma de conflicto contenida en las directivas europeas y en la nueva ley española de transposición mantiene así el inconveniente constituido por su elevado margen de arbitrariedad. Hace mucho tiempo tuvimos la oportunidad de denunciarlo al analizar las normas contenidas en la Directiva 93/7/CEE y en su ley de incorporación al

---

<sup>48</sup> Se pronuncian radicalmente en contra de la admisibilidad del reenvío respecto a la versión española del art. 12 la Directiva de 1993 A.-L. Calvo Caravaca y C.M. Caamiña Domínguez, aduciendo que añade a su remisión a la legislación del Estado miembro requirente el término “interna” que no incorporan otras versiones (*loc. cit.*, pp. 49-50). Previamente, en su monografía, la autora había defendido su posición adversa con un alcance más general, haciendo expresa alusión a las versiones inglesa y francesa del precepto y utilizando la última de ambas como ejemplo [*op. cit.*, p. 276 y nota (986)]. Varios años antes, tras hacer referencia a la posición contraria al reenvío mantenida por un sector de la doctrina italiana, A. Lanciotti le restaba importancia efectuando las siguientes consideraciones: “A noi sembra che la normativa in parola, più che introdurre una deroga all’applicabilità delle norme di conflitto dello Stato richiedente, abbia voluto semplicemente ribadire che la questione proprietaria resta di competenza esclusiva dell’ordimameto statale di quest’ultimo Stato” (*op. cit.*, pp. 107-108).

ordenamiento interno español<sup>49</sup>. Años después la práctica ha demostrado la veracidad de esa doble denuncia en el caso de la que se dice ser la campana de la *Santa María*, al poner de manifiesto el absurdo de que tal criterio haya posibilitado que la representación del gobierno de la República de Portugal, legitimada en calidad de Estado miembro requirente, haya podido demandar ante nuestra jurisdicción civil la restitución del bien que, de ser la alegada campana, más que al patrimonio histórico portugués hubiera debido pertenecer al patrimonio histórico español<sup>50</sup>.

También presentan diferencias muy significativas los supuestos de hecho de las normas de atribución que se formulan en las directivas y en la Resolución del IDI. El art. 2 de esta última lo enuncia mediante el empleo de los términos “la transmisión de propiedad de los objetos de arte pertenecientes al patrimonio cultural del país de origen del bien”; términos suficientemente precisos en coherencia con su carácter de norma de conflicto especial, pero a la vez suficientemente amplios para posibilitar el logro del objetivo material justo constituido por la restitución del bien a su Estado de origen, incluso sin contrapartida de indemnización al poseedor de buena fe. La doble restricción de su supuesto a la transmisión de propiedad de los bienes culturales de especial relevancia para el patrimonio de su Estado de origen y su ampliación a cualesquiera transmisiones de propiedad del bien permiten conciliar de la forma más satisfactoria las tendencias a la especialización y a la materialización del Derecho internacional privado<sup>51</sup>. Por el contrario, los preceptos de las directivas tropezaban en la primera con dos recortes y continúan tropezando en la segunda con uno de ellos que limitan extraordinariamente su eficacia.

Uno de ellos se vinculaba con el método definitorio por el que se optó para delimitar el ámbito *ratione materiae* de la Directiva 93/7/CEE con sus posteriores actualizaciones, que determinaba que cualquiera de sus disposiciones, incluida la norma de conflicto especial que nos ocupa, sólo fuese aplicable a los bienes culturales

<sup>49</sup> Vid., respectivamente, *El tráfico...*, *op. cit.*, pp. 387-388 y 407-408, y “La lucha...”, *loc. cit.*, pp. 4-5.

<sup>50</sup> Esta es la tesis que defendemos y tratamos de fundamentar en “El caso de la campana...”, *loc. cit.*, pp. 240-256. A ella se adhieren R. Ruiz Manteca, *El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático. Aspectos de Derecho interno y de Derecho internacional público y privado*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2013, p. 521, y E.M. Domínguez Pérez, *Tutela...*, *op. cit.*, pp. 118-119.

<sup>51</sup> Vid. el más amplio examen de esta problemática llevado a cabo por J.D. González Campos, *loc. cit.*, pp. 189-195 y 200-207, del cual deduce el autor esta conclusión: “le recours à la *lex originis* dans une règle de conflit pour les biens culturels est le résultat d’un double processus, d’abord de spécialisation de la catégorie et ensuite de matérialisation. Ce qui permet d’assurer la mise en oeuvre des objectifs et de ses valeurs de Droit matériel dans ce domaine à l’aide d’une localisation appropriée” (*ibid.*, p. 207). En una línea similar de orientación material y búsqueda de resultados justos, D. Fincham concluye su análisis señalando lo siguiente: “if the *lex originis* rule gains prominence, it will ensure the protection of legitimate transactions, the furtherance of nations’ priorities for access to their cultural works, and the safety of works of art and antiquities, newly served by private international law” (*loc. cit.*, p. 150).

que cumplieran el requisito adicional consistente en formar parte de ciertas colecciones o inventarios, o en estar incluidos en alguna de las categorías del anexo. Al suprimir tal listado, la Directiva 2014/60/UE ha ampliado el margen de acción de su normativa a todo bien clasificado o definido como “patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional” en el sentido del art. 36 TFUE por el Estado miembro de que se trate. Mas subsiste en su art. 13 y en su transposición española el no menos grave recorte del supuesto de hecho de la norma que enuncia a la propiedad del bien cultural una vez que ha sido restituido (“tras su restitución”) al Estado miembro requirente<sup>52</sup>. Como consecuencia de él, difieren radicalmente las reglas de conflicto contenidas en las directivas europeas y en la Resolución del IDI en lo que concierne a su incidencia y a sus destinatarios: mientras que los arts. 2 y 3 de la resolución son normas dirigidas a los órganos jurisdiccionales estatales ante los que se susciten controversias sobre la transmisión de propiedad de bienes culturales para que las resuelvan aplicando la normativa imperativa de protección del patrimonio de su Estado de origen, los arts. 12 de la Directiva 93/7/CEE, 13 de la Directiva 2014/60/UE y 12 de la Ley 1/2017 son meras normas complementarias de las normas materiales especiales reguladoras de la acción y el procedimiento de restitución de los bienes que se incluyen en su ámbito. Sus destinatarios son los tribunales y -sobre todo- las autoridades del Estado miembro requirente, que deberán determinar el régimen de la propiedad del bien litigioso conforme a su propia ley y darle el destino previsto por ella tras su retorno a dicho Estado, con todas las cargas y contrapartidas que el repetido mecanismo especial de restitución disciplinado por las directivas y sus leyes estatales de transposición puede llegar a suponer.

## BIBLIOGRAFÍA

ARMBRÜSTER, Ch.: “La revendication de biens culturels du point de vue du droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 2004, vol. 93, núm. 4, pp. 723-743.

AZNAR GÓMEZ, M.J.: “Treasure Hunters, Sunken State Vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage”, *Intl' J. Marine and Coastal Law*, 2010, pp. 209-236.

---

<sup>52</sup> El precepto de la nueva directiva mantiene inalterado el restrictivo contenido del art. 12 de su antecesora; inconveniente al que hacen referencia, entre otras, A. Lanciotti, *op. cit.*, p. 108; C. M. Caamiña Domínguez, *op. cit.*, p. 274, e I.A. Stamatoudi, *op. cit.*, p. 151. En el mismo sentido se pronuncian respecto al art. 13 de la Directiva 2014/60/UE E. M. Domínguez Pérez, *Tutela...*, *op. cit.*, p. 118, y respecto al art. 12 de la Ley 1/2017, y M. Pons Portella, *loc. cit.*, p. 27.

BERGÉ, J.S.: “La Convention d’Unidroit sur les biens culturels: remarques sur la dynamique des sources en droit international”, *Journal du droit international*, 2000, t. 127, vol. 2, pp. 215-262.

BYRNE-SUTTON, Q.: *Le trafic international des biens culturels sous l’angle de leur revendication oar l’Etat d’origine. Aspects de droit international privé*, tesis, Facultad de Derecho de Ginebra, publicada en *Études suisses de droit international* (vol. 52), Zürich, Schulthess Poligraphischer, 1988, VII + 274 p.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, Colex, 2007, 326 p.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: “El mercado internacional del arte *con y sin* Brexit”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIX-XX, 2019-20, pp. 99-117.

CALVO CALVACA A.-L.: “Derecho internacional privado y Convenio de Unidroit de 24 de junio 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente”, *La Ley*, 7 de julio de 2004, pp. 1-7.

CALVO CARAVACA, A.L. Y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.: “L’incorporation au régime juridique de la normative communautaire de restitution de biens culturels”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2010), vol. 2, nº 2, pp. 33-51.

CARDUCCI, G.: *La restitution internationale des biens culturels et des objets d’art: droit commun, Directive CEE, Conventions de l’Unesco et d’Unidroit*, Paris, Librairie Gènerale de Droit et de Jurisprudence, 1997, 493 p.

CARDUCCI, G.: “Complementariedad entre les Convention de l’UNESCO de 1970 et d’UNIDROIT de 1995 sur les biens culturels”, *Revue de Droit Uniforme*, 2006, vol. 1, pp. 93-102.

DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M.: *Tutela jurídica de bienes culturales y avances en la lucha contra el tráfico ilícito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 177 p.

DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M.: *Transmisión de bienes culturales y resolución extrajudicial de conflictos*, Madrid, Dykinson, 2021, 206 p.

DROZ, G.A.L.: “La convention d’UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995)”, *Revue critique de droit international privé*, 1997, vol. 86, núm. 2, pp. 239-281.

ELVIRA BENAYAS, M.J.: “Transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/60/UE sobre restitución de bienes que hayan salido de forma ilegal de un Estado miembro mediante la Ley 1/2017”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, 2018/1, pp. 181-200.

FINCHAM, D.: “How Adopting the *Lex Originis* Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property”, *Columbia Journal of the Law and the Arts*, vol. 32; 2008, pp. 111-150.

FORREST, C.: *International Law and the Protection of Cultural Heritage*, Londres y Nueva York, Routledge, 2010, XXII + 458 p.

FRAOUA, R.: *Le trafic illicite des biens culturels et leur restitution*, Friburgo, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1985, VII + 279 p.

FRIGO, M.: *La circolazione internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, 2ª ed., Milán, Giuffrè, 2007, XV + 358 p.

FRIGO, M.: *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, La Haya, Académie de droit international de La Haye, 2016, 547 p.

FUENTES CAMACHO, V.: *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales (Perspectiva del Derecho internacional privado español)*, Madrid, EUROLEX, 1993, 452 p.

FUENTES CAMACHO, V.: “La lucha contra el tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales (Algunas reflexiones críticas en torno a la Ley 36/1994, de 23 de diciembre)”, *La Ley. Unión Europea*, nº 3997, 18 de marzo de 1996, pp. 1-6.

FUENTES CAMACHO, V.: “El caso de la campana de la *Santa María*: un discutible ejemplo de tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Sección monográfica “Arte, cultura y Derecho”*, 3ª época, núm. 10, 2007, pp. 240-256.

FUENTES CAMACHO, V.: “Otro punto de vista sobre el caso *Odyssey*” (en coautoría con J.L. Goñi Etchevers), *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 28, diciembre de 2014.

FUENTES CAMACHO, V.: “Avances en la lucha contra el tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales”, *La Ley. Unión Europea*, nº 30, 30 de octubre de 2015, pp. 1-7.

FUENTES CAMACHO, V.: “The «*Head of a Young Woman*» Case: A new Example of International Illicit Traffic of Cultural Property?”, 19 *Spanish Yearbook of International Law* (2015), traducido al castellano con el título “El caso «Cabeza de mujer joven»: ¿Un nuevo ejemplo de tráfico ilícito internacional de bienes culturales?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 927-933.

FUENTES CAMACHO, V.: “Por fin una nueva ley sobre restitución de bienes culturales”, *La Ley. Unión Europea*, nº 50, 31 de julio de 2017, pp. 1-6.

FUENTES CAMACHO, V.: “El patrimonio cultural mueble y el Derecho internacional privado”, *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2020, pp. 329-351.

GARDELLA, A. “Nuove prospettive per la protezione internazionale dei beni culturli: la Convenzione dell’Unidroit del 24 giugno 1995”, *Diritto del commercio internazionale*, 1998, pp. 997-1030.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. Y SÁNCHEZ, S.: “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 48, octubre-diciembre 2013, pp. 9-35.

GEBAUER, M.: “A New Head of Jurisdiction in Relation to the Recovery of Cultural Objects”, en F. Ferrari y E. Ragno (eds.), *Cross-border litigation in Europe: the Brussels I Recast as a Panacea?*, San Giuliano Milanese, 2015, pp. 31-39.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: “La loi applicable au transfert de propriété des biens culturels: spécialisation et matérialisation des règles du droit international privé”, *Estudios em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhaes Collaço*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 187-208.

HOLST, S.: *Biens culturels et relations internationales: spoliations, protection, restitution*, tesis tercer ciclo, Ciencias políticas, Universidad París I, 1983, 487 p.

JAYME, E.: “Globalization in Art. Law: Clash of Interests and International Tendencies”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, vol. 38, pp. 928-945.

LAGARDE, P.: “Le commerce de l’art en droit international privé français”, *International Sales of Works of Art – La vente internationale d’oeuvres d’art*, París/Ginebra, ICC Publishing/Facultad de Derecho de Ginebra, 1988, pp. 389-408.

LAGARDE, P.: “La restitution internationale des biens culturels en dehors de la Convention de l’UNESCO de 1970 et la Convention de l’UNIDROIT de 1995”, *Revue de Droit Uniforme*, 2006, vol. 1, pp. 83-91.

LALIVE, P.: “La Convention d’Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés”, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 1997/7, pp. 13-56.

LANCIOTTI, A: *La circolazione dei beni culturali nel diritto internazionale privato e comunitario*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, 217 p.

MARLETTA, M.: *La restituzione dei beni culturali: normativa comunitaria e Convenzione Unidroit*, Padua, CEDAM, 1997, 242 p.

MIGLIO, A: “La restituzione dei beni culturali nell’Unione Europea: dalla Direttiva 93/7 alla Direttiva 2014/60, tra mercato interno e competenza esterna dell’Unione”, *Diritto del commercio internazionale*, 2016, n° 3, pp. 863-884.

PONS PORTELLA, M.: “La restitución de bienes culturales ilegalmente exportados en el contexto de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, n° 73, enero-junio 2019, pp. 3-33.

PROTT, L.V.: “Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage”, *R. des C.*, t. 217 (1989-V), pp. 215-317.

PROTT, L.V.: “The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects – Ten Years On”, *Revue de Droit Uniforme*, 2009, vol. 1-2, pp. 215-237.

PROTT, L.V. Y O’KEEFE, P.J.: *Law and the Cultural Heritage*, vol. 3, *Movement*, Londres, Butterworths, 1989, VII + 274 p.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “El mercado del arte: la restitución de bienes culturales y la protección del patrimonio, a propósito de la Ley 1/2017, de 18 de abril, y la transposición de la Directiva 2014/60/UE”, *Revista General de Derecho Europeo* (43), 2017, pp. 326-348.

REICHELDT, G.: “La protection internationale des biens culturels” *Revue de droit uniforme*, 1985-I, pp. 42-153.

REICHELDT, G.: “International Protection of Cultural Property (Second Study)”, *Uniform Law Review*, 1988-I, pp. 52-32.

RUIZ MANTECA, R.: *El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático. Aspectos de Derecho interno y de Derecho internacional público y privado*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2013, 1056 p.

SYMEONIDES, S.C.: “A Choice-of-Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, pp. 1177-1198.

SABEL DEL ESTAL, M.: “Circulación y tráfico ilícito de bienes culturales en la Unión Europea”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, nº 3, 2014, pp. 113-148.

SIEHR, K.: “The Protection of Cultural Property: the 1995 UNIDROIT Convention and the EEC Instruments of 1992/93 Compared”, *Uniform Law Review*, 1988.

STAMATOUDI, I.A.: *Cultural Property Law and Restitution. A Commentary to International Conventions and European Union Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011, X + 401 p.

VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M.M.: “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”, *Ars Iuris Salmanticensis. Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 2, nº 2, 2014, pp. 166-169.

VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M.M.: “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, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014”, *Ars Iuris Salmanticensis. Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 5, nº 2, 2017, pp. 171-174.

VÉLEZ TORO, A.J.: “El juicio verbal para la restitución de bienes culturales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2018, pp. 1-12.

VERHEUL, J.P.: “Foreign Export Prohibitions: cultural Treasures and Minerals”, *Netherlands International Law Review*, 1984, pp. 419-427.

VERES, Z.: “The Fight against Illicit Trafficking of cultural Property: the 1970 UNESCO Convention and the 1995 UNIDROIT Convention”, *Santa Clara Journal of International Law*, 2014, 12, issue 2, pp. 91-114.

ZAMBRANA-TÉVAR, N.: “Head of a Young Woman: The thrilling recovery of a flying Picasso”, *International Journal of Cultural Property*, 2021, pp. 175-190.