

LA COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL PENAL EN LA LUCHA CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Fernando IRURZUN MONTORO (1)

Clara MAPELLI MARCHENA (2)

Resumen

La presente contribución pretende analizar la aportación que los principales instrumentos de cooperación policial y judicial penal de la Unión Europea pueden realizar a la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Se examinan en primer término las posibilidades que ofrecen el Sistema de Información Schengen, los equipos conjuntos de investigación y la figura del agente encubierto, y seguidamente las disposiciones aplicables a las solicitudes de obtención y transferencia de pruebas, comiso y restitución en el ámbito de la cooperación judicial penal. El estudio finaliza con unas conclusiones fundamentalmente orientadas a la mejora de determinadas disposiciones normativas del acervo.

Abstract

This article aims to analyze the extent to which implementing instruments of police and judicial cooperation in criminal matters in the European Union make a significant contribution to the fight against illicit trafficking in cultural goods. First it presents an evaluation of the possibilities offered by instruments such as the Schengen Information System, joint investigation teams and undercover agents. Subsequently it examines applicable provisions to freezing and confiscation of assets and proceeds of crime, as well as restitution of goods, on judicial cooperation in criminal proceedings having a cross-border dimension. Finally, general conclusions are drawn in order to provide some improvement suggestions for the acquis.

(1) Abogado del Estado. Doctor en Derecho.

(2) Administradora Civil del Estado. Doctora en Derecho.

N.A.: Las opiniones expresadas en este artículo se hacen a título personal y no reflejan necesariamente las de los Departamentos ministeriales en los que los autores prestan servicios. Los autores desean asimismo dejar constancia de su agradecimiento a D. Antonio Roma Valdés, D. Antonio Tenorio Madrona y D. Javier Morales Bravo de Laguna.

Palabras clave

Cooperación policial y judicial penal en la Unión Europea. Lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.

Key words

Police and judicial cooperation in criminal matters in the European Unión. Fight against illicit traffic in cultural goods.

SUMARIO: I. Introducción; II. El concepto de tráfico ilícito de bienes culturales con relevancia penal en el Derecho de la Unión; III. La cooperación policial en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales; 1. Los frustrados intentos de avanzar en la interconexión de bases de datos a escala europea; 2. La escasa operatividad de otros mecanismos (formalizados) de cooperación policial; IV. Un marco jurídico fragmentario y complejo. La obtención y transferencia de pruebas, el comiso y la restitución de bienes en el espacio judicial penal; 1. El Convenio relativo a la asistencia judicial penal entre Estados miembros de la Unión Europea, de 20 de mayo de 2000; 2. La aparición del principio de reconocimiento mutuo en las relaciones de cooperación judicial penal en la Unión Europea; 3. El régimen especial del decomiso de bienes integrantes del patrimonio cultural o histórico-artístico de los Estados miembros; 4. Una experiencia de cooperación interestatal apenas formalizada: El caso de las láminas de la *colección Van Berkhey*; V. La cuestión en la normativa española más reciente; VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

LA protección del patrimonio artístico, histórico y arqueológico nacional conforma, con arreglo al artículo 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), una de las excepciones al principio de libre circulación de mercancías desde la adopción del Tratado de Roma en 1957. Esta excepción ha sido objeto de tratamiento normativo en dos instrumentos de Derecho derivado: 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*, que contempla un mecanismo de cooperación administrativa para obtener la restitución de bienes culturales clasificados como patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional que hubieran salido de forma ilegal del territorio de los Estados miembros (3); y el *Reglamento (CE) 116/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la expor-*

(3) Directiva 2014/60/UE, 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) núm. 1024/2012 (refundición) [DO L 159, de 28.5.2014].

tación de bienes culturales (4), que arbitra medidas destinadas a garantizar el control uniforme de las exportaciones de bienes culturales en las fronteras exteriores de la Unión.

Sin embargo, cuando los hechos revisten naturaleza penal, los mecanismos de cooperación entre Estados de la Unión se encuentran regulados por un conjunto de disposiciones fraguadas en el antiguo esquema intergubernamental del tercer pilar, incorporado tras el Tratado de Lisboa al esquema institucional y decisorio propio del Derecho de la Unión (5).

Los orígenes de esta cooperación en los asuntos de justicia e interior se remontan a los años setenta del pasado siglo, momento en el que una creciente percepción compartida sobre la existencia de amenazas de carácter transnacional, como el terrorismo o el tráfico de drogas, propició el nacimiento de estructuras de cooperación destinadas a favorecer el intercambio de información y el trabajo conjunto entre altos funcionarios de los Ministerios del Interior de los Estados miembros, bajo el mandato del entonces conocido como *Grupo Trevi*.

Estas reuniones se celebraban bajo el paraguas institucional de la Cooperación Política Europea, y vinieron a superponerse a otros mecanismos formalizados de cooperación policial y judicial penal internacional, como la Organización Internacional de Policía (Interpol), la surgida en el marco de la *Convención Única de Naciones Unidas sobre Estupefacientes* de 1961 o la que proporcionaba el Consejo de Europa a través del conjunto de convenios adoptados desde finales de los años cincuenta.

Tras la adopción del *Acuerdo de Schengen* el 14 de junio de 1985 vino a sumarse una preocupación de signo distinto, derivada de la desaparición de los controles en las fronteras interiores entre los Estados signatarios. Con ello, los Estados perdían una herramienta que consideraban crucial para asegurar el orden público, de modo que la única forma de mantener intactas sus atribuciones soberanas en materia de seguridad consistía en habilitar fórmulas novedosas de cooperación policial y judicial penal. El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990, se situará en la vanguardia de los instrumentos hasta ese momento empleados, pues con él se inaugura un concepto de frontera *jurídicamente porosa*, de la mano de figuras como las *persecuciones en caliente*, las *entregas vigiladas*, o la atribución de efectos transnacionales al *bis in idem*.

Con los Tratados de Maastricht y Ámsterdam los asuntos de justicia e interior conformaron un tercer pilar de un intergubernamentalismo progresivamente atenuado, y que conoció en esas dos décadas un espectacular desarrollo para la constitución de un *espacio de libertad, seguridad y justicia*. En ese período se instituyen órganos como Europol y Eurojust, se adoptan instrumentos como la orden europea de detención y entrega, se regulan los equipos conjuntos de investigación y se armonizan tipos penales caracterizados por su gravedad y carácter transfronterizo.

(4) Reglamento (CE) 116/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales [DO L 39, de 10.2.2009].

(5) El artículo 16 de la Directiva 2014/60/UE dispone que «(l)a presente Directiva no afectará a las acciones civiles o penales de las que dispongan, de conformidad con la legislación nacional de los Estados miembros, el Estado miembro requirente y/o el propietario del bien cultural robado».

Finalmente el Tratado de Lisboa integró el antiguo tercer pilar en la estructura decisoria e institucional propia del Derecho de la Unión, con los efectos jurídicos y controles jurisdiccionales que le son característicos, al tiempo que permitió introducir mayores dosis de coherencia en las decisiones de política legislativa adoptadas en este terreno.

El objeto de esta ponencia consiste precisamente en determinar en qué medida este acervo de cooperación policial y judicial penal puede realizar una contribución significativa a la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Para ello, analizaremos el conjunto de instrumentos normativos que, en forma de convenios y, fundamentalmente, de decisiones marco (ahora directivas), pueden contribuir a facilitar el desarrollo de las investigaciones penales en relación con estos delitos, tanto en su vertiente policial, como en las solicitudes de localización de bienes, obtención y transferencia de pruebas, comiso y restitución en el ámbito de la cooperación judicial penal.

II. EL CONCEPTO DE TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES CON RELEVANCIA PENAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN

Con carácter preliminar resulta necesario realizar algunas consideraciones a propósito del empleo del concepto de «tráfico ilícito de bienes culturales» con relevancia penal en el Derecho de la Unión. Se trata de una categoría delictiva que, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento penal, cabría en principio asimilar al delito de contrabando contemplado en el artículo 2.2 a) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando (6).

Podemos encontrar una referencia a este concepto en los instrumentos que delimitan el ámbito objetivo de los órganos de la cooperación policial y judicial penal en la Unión. Así, el artículo 4.1 de la *Decisión del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se establece la Oficina Europea de Policía* (en adelante, *Decisión Europol*) (7), extiende las competencias de este órgano de la Unión a determinadas manifestaciones delictivas, cuando se vean afectados dos o más Estados miembros y, en atención a su alcance, gravedad y consecuencias, se requiera una actuación común. Entre las categorías delictivas que se mencionan expresamente por el anexo de la Decisión se encuentra el «tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y obras de arte».

(6) Únicamente contemplado para el supuesto de exportación de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español.

«2. Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos:

a) Exporten o expidan bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito [...]».

(7) DO L 121, de 15.5.2009.

La incorporación de esta categoría delictiva a la *Decisión Europol* (8) presenta singular importancia, puesto que buena parte de los instrumentos de cooperación judicial adoptados en el seno de la Unión han tomado como referencia esta delimitación objetiva de competencias para instituir los ámbitos en los que se presta la asistencia. Así, el tráfico ilícito de bienes culturales integra el ámbito de competencia de Eurojust, en la medida en que, con arreglo al artículo 4.1 de la *Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia* (9) el ámbito de competencia general de este órgano de la Unión abarca los tipos de delincuencia y las infracciones para los que Europol tenga, en cada momento, competencia de actuación. Del mismo modo, los instrumentos de reconocimiento mutuo tomaron como referencia el ámbito de competencia de Europol para establecer una lista de categorías delictivas en relación con las cuales no cabe exigir el control de la doble incriminación para la prestación de la asistencia judicial requerida. Entre estas categorías se encuentra precisamente el «tráfico ilícito de bienes culturales» (10).

No se contiene en ninguno de los instrumentos mencionados una definición de lo que deba entenderse por tráfico ilícito de bienes culturales, y ello porque no existe un delito de tráfico ilícito de bienes culturales armonizado a escala de la Unión, ni parece que vaya a proponerse su armonización, al menos en el corto plazo.

En efecto, a pesar de la profunda reforma operada por el Tratado de Lisboa en el ámbito de la cooperación policial y judicial penal, el artículo 83 del TFUE, que habilita en su primer apartado al legislador de la Unión para armonizar determinadas manifestaciones delictivas caracterizadas por su gravedad y carácter transfronterizo, no incluye sin embargo ninguna mención al tráfico ilícito de bienes culturales. Y se trata de una omisión llamativa, pues a primera vista cabría pensar que precisamente aquellas categorías delictivas en las que se encuentra presente el componente de tráfico, entendido en sentido estricto como transporte, importación y exportación de bienes de ilícito comercio, participan del carácter transnacional que habilitaría a la Unión para acometer una actuación armonizadora, con arreglo a

(8) Con anterioridad a la adopción de la *Decisión Europol*, las categorías delictivas estaban recogidas en el Anexo del Convenio Europol. *Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía*, [DO C 316, de 27.11.1995].

(9) DO L 63, de 6.3.2002. El artículo 4.1 a) fue modificado por la *Decisión 2009/426/JAI del Consejo de 16 de diciembre de 2008 por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia* [DO L 138 de 4.6.2009].

(10) Así, el artículo 3.2 de la *Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros* [DO L 190, 18.7.2002]; el artículo 3.2 de la *Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas* [DO L 196, de 2.8.2003]; el artículo 6.1 de la *Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso* [DO L 328, de 24.11.2006]; el artículo 14.2 de la *Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal* [DO L 350, de 30.12.2008]; o el artículo 11, en relación con el Anexo D, de la *Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal* [DO L 130, de 1.5.2014].

los requisitos que enuncia el propio artículo 83.1 TFUE. El artículo 83.1 TFUE sí recoge, por el contrario, específicas categorías delictivas referidas al tráfico ilícito de drogas o de armas.

Tampoco parece factible encontrar la base jurídica de la armonización en el apartado segundo del artículo 83 TFUE, que dispone que «(c)uando la aproximación de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate [...]», puesto que no se han dictado disposiciones armonizadoras en materia de tutela del patrimonio histórico a escala de la Unión.

III. LA COOPERACIÓN POLICIAL EN LA LUCHA CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES

1. LOS FRUSTRADOS INTENTOS DE AVANZAR EN LA INTERCONEXIÓN DE BASES DE DATOS A ESCALA EUROPEA

A pesar de que no existe información estadística fiable referida a la incidencia del tráfico ilícito de bienes culturales a escala de la Unión, la cooperación policial en esta materia ha recibido cierta atención por parte de las instituciones europeas al menos desde las iniciales reuniones del *Grupo Trevi*, si bien ninguna de las iniciativas emprendidas ha acabado tomando forma hasta el momento (11).

En el año 2004, con ocasión de los trabajos preparatorios para la puesta en marcha de la segunda fase del Sistema de Información Schengen (conocido como SIS II), se abordó la propuesta de integrar los objetos de arte entre las categorías de bienes sobre las que puede introducirse una descripción a efectos de incautación en el marco de un procedimiento penal en curso.

El Sistema de Información Schengen es una base de datos informatizada que integra un conjunto de descripciones de personas y objetos relevantes a efectos de garantizar la seguridad pública y la libre circulación de personas. De acuerdo con el artículo 100 del *Convenio de Aplicación del Convenio de Schengen*, en su versión modificada (12), pueden introducirse descripciones de objetos con vistas a su incautación o que hayan de ser utilizados como pruebas en un proceso penal. Estas

(11) Así, como refiere Ludo Block, la Presidencia francesa propuso en 1993 el establecimiento de un grupo multidisciplinar de expertos con vistas a identificar las dificultades de carácter práctico en la cooperación policial y judicial en materia de tráfico ilícito de bienes culturales en el seno de los grupos de trabajo de Trevi, si bien finalmente no pudo alcanzarse ningún acuerdo. Más adelante el tráfico ilícito de bienes culturales recibió cierta atención en el marco de seminarios y encuentros de expertos. BLOCK, L., «European Police Cooperation on Art Crime: A Comparative Overview», *Journal of Art Crime*, vol. 4, n. 1, 2011, pp. 13-25.

(12) DO L 239, de 22.9.2000. El artículo 100 del Convenio fue modificado por la *Decisión 2005/211/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la introducción de nuevas funciones para el Sistema de Información de Schengen, inclusive en materia de lucha contra el terrorismo* [DO L 68 de 15.3.2005].

categorías incluyen objetos tales como los vehículos de motor, remolques y caravanas, armas de fuego, documentos de identidad, documentos oficiales vírgenes, certificados y placas de matrícula de vehículos, billetes de banco, valores mobiliarios o medios de pago, siempre que estos bienes hayan sido robados, sustraídos u ocultados fraudulentamente (13).

La Comisión encargó en el año 2004 la realización de un estudio de carácter técnico con vistas a determinar la viabilidad de la integración de los bienes culturales sustraídos entre las categorías de objetos del SIS II. El citado estudio fue elaborado por un grupo de expertos de carácter multidisciplinar, en el que participaron representantes de Europol, Interpol y de varios servicios de la Comisión. Las conclusiones del estudio, sin embargo, aconsejaron no incluir alertas sobre bienes culturales robados en el SIS II, debido a que se estimaba más conveniente operar en su lugar con un sistema gestionado por un equipo especializado a partir de una base de datos sustentada en Internet y con un interfaz de público acceso (14).

Sin embargo, en 2008, durante el semestre de la Presidencia francesa, las conclusiones del Consejo de Justicia e Interior de 3 de noviembre advirtieron que, «...si bien algunos Estados miembros han creado sus bases de datos específicos de bienes culturales sustraídos, estas no están interconectadas y no son compatibles debido a sus diferentes diseños» y apuntaron que la base de datos de Interpol, «...en el estado actual de su tecnología y de los medios que se le consagran, solo responde parcialmente a los retos de la lucha contra el tráfico de bienes culturales» (15). Pese a este diagnóstico (16), las conclusiones finalmente adoptadas por el Consejo se limitaron a instar de la Comisión que confeccionara un listado explicativo de los instrumentos normativos y operativos destinados a prevenir la reventa de bienes culturales sustraídos y a permitir su rastreabilidad; así como a recomendar «que se estudie la posibilidad de hacer circular de manera más rápida y más amplia la información referente a bienes culturales sustraídos, contenida en

(13) Los datos son incorporados por las autoridades nacionales (N-SIS) en el sistema informatizado (C-SIS) conforme a un protocolo y a un formato común, y los ficheros pueden ser consultados por las autoridades nacionales en cada Estado parte. Europol y Eurojust, así como las autoridades judiciales, tienen acceso a determinadas categorías de datos. Cada Estado cuenta, además, con una oficina de enlace encargada de suministrar información complementaria referida a los datos que se han introducido en el sistema, y que recibe el nombre de SIRENE (*Supplementary Information Request at the National Entries*).

(14) *Commission Staff Working Document. Annual Report and Work Plan of the European Forum for the Prevention of Organised Crime* [SEC (2005) 524, de 14.4.2005, p. 4]. Igualmente, respuesta del Comisario Frattini a una pregunta parlamentaria el 30.3.2005 [E-0396/2005].

(15) Conclusiones del Consejo de la Unión Europea relativas a la prevención y la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales [doc. 14224/2/08, de 3 de noviembre de 2008].

(16) En el proyecto inicial de conclusiones del Consejo relativas a la prevención y la lucha contra el tráfico ilícito de los bienes culturales presentado por la Presidencia francesa a las delegaciones del Grupo de Cooperación Policial el 1 de julio de 2008 se apuntaba, en concreto, que los datos relevantes no eran introducidos con carácter sistemático en la base de datos de Interpol, que se limita a recoger los objetos más importantes, aquellos que presentan un valor indudable o que pueden ser fácilmente identificados. Además, se señalaba, la obligación de introducir los datos a través de las Oficinas Centrales Nacionales de Interpol (OCNs), ralentizaba notablemente la incorporación de la información transmitida por los responsables policiales de las investigaciones. [doc. 11246/08, de 1 de julio de 2008]. Las conclusiones finalmente adoptadas suavizaron considerablemente la dureza de esta diagnóstico.

los sistemas nacionales existentes»; y, finalmente, a asociar en tales trabajos a Interpol.

Esta tibieza obedeció a que, durante las discusiones que siguieron a la propuesta inicialmente concebida por la Presidencia francesa de crear en el marco de Euro-pol una base europea de datos de bienes culturales sustraídos (17), varios Estados miembros se opusieron debido a las dificultades de índole técnica y presupuestaria que la creación y mantenimiento de tal base podría originar. Euro-pol se mostró igualmente bastante reticente a diseñar y gestionar tal sistema, pese a que había desarrollado algunas pruebas piloto. Finalmente Interpol accedió a estudiar la posible incorporación de modificaciones en su base de datos en el seno de un grupo de trabajo que comenzó a funcionar en 2009 (18).

De esta forma, cuando en 2011 las conclusiones del Consejo de Asuntos de Justicia e Interior volvieron a abordar el asunto, se limitaron a recomendar a Euro-pol que «...utilizase las medidas existentes para prestar apoyo práctico en la represión de los delitos contra bienes culturales, por ejemplo, recurriendo a la *Plataforma de Expertos de Euro-pol*», e instaron a los Estados miembros a adaptar las bases de datos nacionales sobre bienes culturales perdidos a la base de datos de obras de arte robadas (*Notice on Stolen Works of Arts*) de Interpol (19).

Los avances registrados desde entonces son más bien descorazonadores. Tan solo cabe mencionar la creación de una red de expertos informal en materia de protección de bienes culturales, que por el momento ha celebrado su primera reunión en Larnaka (Chipre) en la primavera de 2013, con el mandato de prevenir y combatir los delitos cometidos contra bienes culturales mediante la coordinación a escala nacional entre los cuerpos de seguridad, las autoridades culturales y las organizaciones privadas (por ejemplo, anticuarios, casas de subastas, subastas en línea), y, en particular, mediante el intercambio de «*información no operativa sobre redes delictivas sospechosas de participar en el tráfico ilícito de bienes culturales robados, para determinar las relaciones entre esas redes y otras formas de delincuencia (organizada) e identificar vías, destinos, modus operandi, y tendencias y tipos de actividades delictivas, en estrecha cooperación con los diferentes agentes nacionales e internacionales, tales como Euro-pol, Eurojust, Interpol y UNESCO*» (20).

2. LA ESCASA OPERATIVIDAD DE OTROS MECANISMOS (FORMALIZADOS) DE COOPERACIÓN POLICIAL

Tampoco parecen haber cuajado otras fórmulas específicas de cooperación policial a escala europea en las investigaciones referidas al tráfico ilícito de bienes culturales. Tal es el caso de los equipos conjuntos de investigación regulados por el

(17) La propuesta se incluye en el proyecto de conclusiones citado.

(18) BLOCK, L., «European Police Cooperation...», *cit.*, pp. 17-18.

(19) *Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre la prevención de los delitos contra bienes culturales y la lucha contra esa forma de delincuencia* [doc. 17541/11, de 30 de noviembre de 2011].

(20) *Resolución del Consejo sobre la creación de una red informal de autoridades de las fuerzas de seguridad y de especialistas competentes en el ámbito de los bienes culturales (EU CULTNET)*, doc. 14232/12, de 4 de octubre de 2012.

Convenio sobre Asistencia Judicial Penal entre Estados miembros de la Unión Europea (21), a pesar de que España fue uno de los primeros Estados en desarrollar normativamente esta figura (22).

El Convenio prevé en su artículo 13 la posibilidad de crear un equipo de estas características, integrado por miembros de las fuerzas policiales, pero al que también pueden sumarse fiscales o jueces, en aquellos supuestos en que un Estado miembro precise investigaciones difíciles que impliquen la movilización de medios considerables y afecten a otros Estados, o bien cuando varios Estados realicen investigaciones sobre infracciones penales que, debido a las circunstancias del caso, requieran una actuación coordinada y concertada.

La ventaja del equipo conjunto frente a la mera coordinación de las investigaciones transfronterizas estriba fundamentalmente en que, cuando deban adoptarse medidas de investigación en uno de los Estados que hayan creado el equipo, sus integrantes podrán pedir a las respectivas autoridades que adopten tales medidas, sin necesidad de tramitar las oportunas comisiones rogatorias. Del mismo modo, los miembros del equipo pueden compartir la información disponible sobre la investigación, sin mediar solicitudes oficiales (23).

Sin embargo, a tenor de la información contenida en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a 2014, entre las materias concretas que han sido objeto de investigación en los 11 equipos conjuntos constituidos en el período 2004-2013 no se encuentra el tráfico ilícito de bienes culturales (24).

Por último, cabe apuntar que algunas de las figuras de cooperación policial transfronteriza recogidas en los instrumentos existentes, como la del agente encubierto que se contempla en el artículo 14 del *Convenio sobre Asistencia Judicial Penal entre Estados miembros de la Unión Europea*, sí han sido empleadas pun-

(21) CORNU, M. (dir.), *Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods in the European Union*, Centre d'Études sur la Coopération Juridique Internationale, 2009, p. 130. VALLINES GARCÍA, E., *Los equipos conjuntos de investigación penal en el marco de la cooperación policial y judicial entre los Estados de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2006.

(22) Mediante la *Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea*. El lento proceso de ratificaciones del Convenio de 2000 propició la adopción de la *Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación*, [DOUE L 162 de 20.6.2002], incorporada al ordenamiento interno mediante la *Ley 11/2003, de 21 de mayo. Informe de la Comisión sobre la transposición legal de la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre equipos conjuntos de investigación* [COM 2004, 858 final, de 7 de enero de 2001].

(23) Junto a estas ventajas, el *Manual de los equipos conjuntos de investigación*; elaborado por Eurojust y Europol [doc. 15790/1/11, de 4 de noviembre], señala algunas adicionales, como la posibilidad de que los miembros del equipo estén presentes en registros y entrevistas en todas las jurisdicciones afectadas; de elegir las estrategias óptimas de investigación y acusación; de obtener la financiación y asistencia directa de Europol y de Eurojust; además de fomentar la creación de un clima de confianza mutua entre profesionales procedentes de jurisdicciones y entornos de trabajo diferentes.

(24) De los equipos conjuntos de investigación constituidos en ese período, 5 se han dedicado a la investigación de actividades terroristas, todos ellos con la Fiscalía del Tribunal de Gran Instancia de París (3 respecto al terrorismo de ETA y 2 respecto al terrorismo *yihadista*); 3 se han constituido para la investigación de actividades de falsificación de moneda y de tarjetas de crédito, todos ellos con la Fiscalía de la Corte Suprema de Bulgaria; 1 para la investigación de actividades de estafa y blanqueo de capitales con la Fiscalía de la Corona (Gran Bretaña); y finalmente, 1 para la investigación de actividades de robo en casas habitadas, tráfico de menores y blanqueo de capitales con la Fiscalía de Múnich. *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 2014, pp. 246-247.

tualmente en algunas de las investigaciones policiales referidas al tráfico ilícito de bienes culturales (25).

Esta figura fue introducida en nuestro ordenamiento procesal mediante la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. Se trata de una técnica de infiltración policial que permite la integración de un agente con identidad supuesta en una estructura de delincuencia organizada, así como la adquisición y transporte de efectos e instrumentos del delito (lo que supone diferir la incautación de los mismos). El artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal admite su empleo cuando la asociación delictiva se dirija a la comisión de delitos contra el patrimonio histórico con arreglo al artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando (26).

Para los supuestos transfronterizos, el artículo 14 del Convenio mencionado faculta el desarrollo de investigaciones en las que actúe un agente encubierto en un Estado distinto de aquel sobre el que dispone de jurisdicción, y que actuará de conformidad con las disposiciones del ordenamiento nacional en el que realiza sus investigaciones, con o sin el apoyo de otro agente encubierto designado por el Estado requerido.

IV. UN MARCO JURÍDICO FRAGMENTARIO Y COMPLEJO. LA OBTENCIÓN Y TRANSFERENCIA DE PRUEBAS, EL COMISO Y LA RESTITUCIÓN DE BIENES EN EL ESPACIO JUDICIAL PENAL

Tampoco desde la perspectiva de la cooperación judicial en materia penal las normas adoptadas por la Unión Europea han mostrado una preocupación o especial interés en establecer reglas específicas para la tutela de los bienes de interés cultural.

En materia de cooperación judicial penal la Unión Europea se ha dotado desde comienzos de la década pasada de un conjunto de instrumentos que conforman un acervo de aluvión, en el que la superposición de normas es fruto de complejas negociaciones en las que los Estados se han ido desprendiendo, no sin resistencias, de sus competencias soberanas en ámbitos especialmente sensibles, y que carece por tanto de carácter sistemático.

Una de las consecuencias de esa falta de ordenación sistemática es que los operadores jurídicos están obligados a manejar, en el curso de las investigaciones y procesos penales, un conjunto variado de instrumentos cuyos elementos más destacados exponemos a continuación.

(25) Así lo indica la información proporcionada en respuesta a los cuestionarios sobre cooperación policial.

(26) MOLINA MANSILLA, M. C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, Barcelona, Bosch, 2009; NÚÑEZ PAZ, M.A. y GUILLÉN LÓPEZ, G., «Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2008, pp. 89-164.

1. EL CONVENIO RELATIVO A LA ASISTENCIA JUDICIAL PENAL ENTRE ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA, DE 29 DE MAYO DE 2000

En primer término se encuentra el ya mencionado *Convenio relativo a la Asistencia Judicial Penal entre Estados miembros de la Unión Europea*, de 29 de mayo de 2000, que se concibe como un complemento del *Convenio sobre Asistencia Judicial Penal adoptado el 20 de abril de 1959* en el seno del Consejo de Europa y del *Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen*, de modo que debe aplicarse de conformidad con las disposiciones de uno y otro (27).

Junto a determinadas medidas dirigidas a agilizar el envío y notificación de documentos, así como de solicitudes de asistencia judicial, se regulan en el Convenio de 2000 figuras cooperativas de enorme utilidad para el desarrollo de investigaciones penales de carácter transfronterizo, y a las que acabamos de referirnos, como los equipos conjuntos de investigación o las investigaciones encubiertas; y se incorporan las novedades derivadas de las innovaciones tecnológicas a la asistencia judicial, como la práctica por videoconferencia de las pruebas de testigos y peritos o la intervención de las telecomunicaciones. Además, se desarrollan formas específicas de asistencia judicial, como el traslado temporal de detenidos con fines de investigación o la restitución de bienes a su legítimo propietario, esta de singular interés para la materia que nos ocupa.

Ahora bien, el Convenio de 2000, junto al Protocolo que lo completa, relativo a la información sobre cuentas y transacciones bancarias (28) resulta el último de los exponentes de los instrumentos de asistencia judicial penal en la Unión Europea, que están siendo progresivamente sustituidos por la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, llamado a convertirse, tras las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, en la piedra angular de la cooperación judicial.

2. LA APARICIÓN DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO EN LAS RELACIONES DE COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA

En efecto, la cooperación judicial clásica, basada en el principio de petición y la preponderancia del Ejecutivo, está siendo progresivamente sustituida por el prin-

(27) Así, como señala María Poza Cisneros, «el Convenio no puede ser utilizado, por sí mismo, como única base en la que sustentar una solicitud de asistencia», en la medida en que cuestiones básicas como las declaraciones de testigos y peritos que no se produzcan mediante videoconferencia, el contenido mínimo de las solicitudes o el idioma en que deben ir dirigidas no son objeto de regulación. POZA CISNEROS, M., *Convenio 2000*, Red Europea de Formación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2013, pp. 7 y ss. El propio informe explicativo del Convenio adoptado en 2000 recuerda que la asistencia judicial penal descansaba en Europa sobre «*bases sólidas y de probada eficacia*», de modo que su objetivo se dirige fundamentalmente a «*...mejorar la cooperación judicial desarrollando y mejorando las disposiciones existentes en materia de asistencia judicial*». *Informe explicativo del Convenio, de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 30 de noviembre de 2000*, [DO C 379, de 29.12.2000].

(28) *Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, hecho en Luxemburgo el 16 de octubre de 2001* [DO C 326 de 21.11.2001].

cipio de reconocimiento mutuo, que opera una *juridificación* y *judicialización* de los procesos de asistencia judicial, además de producir otros capitales efectos sobre la interrelación de ordenamientos jurídico-penales de los Estados miembros.

El control característico del reconocimiento mutuo es un control *juridificado*, limitado a la apreciación de concretos elementos tasados en los instrumentos de Derecho derivado, y de los que han desaparecido la exigencia de reciprocidad o la prohibición de entrega de nacionales, propios del planteamiento soberanista que inspiraba las relaciones de auxilio judicial. Se destierran igualmente los juicios de compatibilidad que se proyectan sobre el *conjunto* del sistema jurídico foráneo, de forma que ya no se contemplan en los instrumentos de reconocimiento mutuo motivos de inejecución característicos de los convenios clásicos de cooperación judicial, como los referidos al delito político, la pena de muerte, los tratos inhumanos o degradantes, la proscripción de juicios por tribunales militares o de excepción, o las garantías de la libertad de expresión. La confianza recíproca se manifiesta de manera definitiva en la aplicación del principio del Estado de origen a través de la eliminación del control de doble incriminación para una lista de treinta y dos categorías delictivas.

A su vez, la *juridificación* del control hace posible la *judicialización* del procedimiento. Eliminados los motivos de denegación de la ejecución de componente discrecional o consideraciones de oportunidad política, deja de tener sentido la intervención del Poder Ejecutivo en el procedimiento de cooperación, que adquiere un carácter exclusivamente judicial.

Junto a estos rasgos identificativos, la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam produjo una radical mutación de los instrumentos de cooperación policial y judicial penal disponibles, merced a la aparición de las decisiones marco y decisiones, asimilables, con ciertos matices, a las directivas y reglamentos propios del ordenamiento comunitario. La adopción de estos nuevos instrumentos, fundamentalmente las decisiones marco, permitió superar los lentos procesos de ratificación de los convenios.

El primero de los proyectos de decisión marco que comenzó a negociarse en el grupo de trabajo sobre cooperación penal del Consejo de la Unión Europea (COPEN) fue la *Decisión marco sobre embargo preventivo de bienes y pruebas* (29). Fruto de una iniciativa conjunta de las delegaciones de Francia, Suecia y Bélgica, estaba llamado a ser el proyecto piloto de reconocimiento mutuo hasta que los atentados del 11 de septiembre de 2001 precipitaron la presentación y adopción de la *Decisión marco sobre orden europea de detención y entrega*.

Precisamente se decidió comenzar a ejecutar el programa legislativo alumbrado por las conclusiones de Tampere en materia de reconocimiento mutuo con la figura del «*embargo preventivo*» de bienes y pruebas (asimilable a las figuras de aseguramiento del cuerpo del delito en nuestro ordenamiento procesal interno (30),

(29) Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas [DOUE L 196, 2.8.2003].

(30) Como se advertía en la Exposición de motivos de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, por la que se incorpora esta Decisión marco a nuestro ordenamiento, «(e)s preciso aclarar que el empleo del término embargo en esta ley se separa del concepto que hoy recoge la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, como medida que afecta a aquellos bienes del procesado

por tratarse de una resolución previa a la sentencia que se consideraba menos problemática a la hora de explorar las potencialidades del principio de reconocimiento mutuo en materia penal (31).

Este instrumento normativo impone el reconocimiento y ejecución prácticamente automáticos de resoluciones adoptadas «*por una autoridad judicial competente del Estado de emisión para impedir provisionalmente la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos a decomiso o constituir elementos de prueba*» (artículo 2). La Decisión marco sobre embargo preventivo supuso un avance considerable con respecto a los instrumentos clásicos, puesto que aligeraba notablemente los tiempos y trámites necesarios para ejecutar una resolución judicial en procesos transfronterizos, y suprimía la exigencia de doble incriminación para un conjunto de categorías delictivas, entre las que se encontraba precisamente el tráfico ilícito de bienes culturales.

Sin embargo, se trata de un instrumento que presenta ciertas limitaciones para los operadores jurídicos.

Así, a pesar de que el inicial planteamiento de política legislativa que se contenía en el *Programa de medidas para implantar el reconocimiento mutuo en materia penal* (32) era más ambicioso, pues esta modalidad de embargo comprendía también aquella destinada a asegurar la restitución de los bienes a la víctima, durante la negociación del instrumento se puso de manifiesto que la naturaleza civil de la restitución impedía incorporar esta medida a un instrumento jurídico adoptado sobre una base jurídica de tercer pilar (33). De este modo, la restitución

que sean suficientes para cubrir su responsabilidad civil. Frente a ello, esta Ley se enmarca en el ámbito de la cooperación judicial internacional, lo que ha llevado a asimilar el término embargo con el significado que esta expresión tiene en el ordenamiento de los países de nuestro entorno, por lo que con ello se comprenderán una amplia gama de diligencias aseguradoras del cuerpo del delito, tales como su recogida, bloqueo, conservación, intervención, incautación o puesta en depósito judicial». La Ley española ha sido derogada por la más reciente Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

(31) Estaba contemplado con el grado de prioridad 1 en el *Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal* [DO C 12, de 15.1.2001].

(32) *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: reconocimiento mutuo de las decisiones finales en materia penal* [COM (2000)495 final, de 26.7.2000].

(33) Durante los debates sobre las propuestas de decisiones marco relativas al embargo preventivo de bienes y al decomiso se suscitó la cuestión de si la solicitud de incautación o de decomiso de un bien a los fines de restitución a su legítimo propietario presentaba naturaleza civil o penal. En estos casos la relación jurídica se entabla entre la autoridad pública competente para proceder a la restitución y el detentador del bien, y tiene por objeto el restablecimiento de las facultades que componen el derecho de propiedad. El Tribunal de Justicia ha señalado a este respecto que el hecho de que una de las partes de la relación sea una persona jurídico-pública no determina por sí mismo que la relación carezca de carácter civil, sino que es necesario además que esta ejerza autoridad pública (STJCE *asunto LTU*, as. C-29/76, de 14 de octubre de 1976, *Rec.* 541, párr. 4). Puede entenderse en este supuesto que la obligación de restituir nace de una sentencia condenatoria dictada como consecuencia de un ilícito penal por una autoridad pública que emplea su poder de coacción para restablecer los derechos del legítimo propietario. Pero no acaba de distinguirse bien este supuesto de la ejecución de un embargo en el marco de un procedimiento civil. Finalmente, el Servicio Jurídico del Consejo dictaminó que primaba la naturaleza civil de la relación jurídica de restitución y estimó que la cuestión debía solventarse en el ámbito civil, opinión que determinó igualmente que la restitución fuera excluida del ámbito de aplicación de la *Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de*

de los bienes a su legítimo propietario en procesos de carácter transfronterizo se regiría por las disposiciones del artículo 8 del Convenio de 2000 para aquellos Estados que lo hubieran ratificado (34). Un precepto que contempla, sin mayores formalidades, que se pongan «a disposición del Estado requirente objetos obtenidos por medios ilícitos para que se restituyan a su legítimo propietario». Lo que parece abrir paso a una forma de entrega de los objetos no sujeta al previo desarrollo de un proceso judicial en el Estado requerido, en el bien entendido que, como afirma el Informe explicativo del Convenio, dicho precepto «permite, pero no obliga, al Estado requerido a dar curso a dicho tipo de solicitud» (35).

La segunda de las limitaciones de la Decisión marco derivaba de la imposibilidad de extender su aplicación una vez se hubiera asegurado el cuerpo del delito, puesto que el instrumento no resultaba aplicable, ni a la ulterior transferencia de los bienes incautados para servir como elemento de prueba, ni a aquellos sujetos a decomiso, aspectos que fueron incorporándose progresivamente al acervo de la Unión.

En efecto, por lo que se refiere a la transferencia de los elementos de prueba, el 18 de diciembre de 2008 el Consejo adoptó, tras largas negociaciones, la *Decisión marco relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal* (36). El exhorto es un mandamiento expedido por la autoridad competente de un Estado (37), dirigido a otro Estado para la entrega de elementos probatorios necesarios para la incoación o desarrollo de un procedimiento penal, como pueden ser los bienes procedentes de un registro domiciliario, los datos sobre transacciones financieras, o las transcripciones de declaraciones, entrevistas e interrogatorios, entre otros. Se trataría, por tanto, en muchos casos, de un mandamiento *consecutivo* a la emisión de una resolución de embargo preventivo, si bien es importante advertir que el exhorto no puede emplearse para *ordenar* medidas de investigación, tan solo para obtener material probatorio *ya existente*.

En cambio, si la medida de aseguramiento del cuerpo del delito tiene por finalidad proceder al decomiso del bien una vez dictada la sentencia firme, es decir ser incautado por el Estado, las autoridades judiciales del Estado en el que se hubiera desarrollado el procedimiento deberán recurrir a un tercer instrumento, la *Deci-*

octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso [DOUE L 328, de 24.11.2006].

(34) En ausencia de admisión de esta forma de restitución, ha de estarse a las previsiones del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal de 1959, del Consejo de Europa, lo que implica la tramitación de una comisión rogatoria sujeta a los límites que comporta esta forma de asistencia judicial, tanto en términos procedimentales como sustantivos.

(35) Informe explicativo, cit., p. 7.

(36) *Decisión marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal* [DOUE L 350, de 30.12.2008]. GONZÁLEZ CANO, M.I., «Algunas consideraciones sobre el futuro exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal», *Unión Europea Aranzadi*, n. 7, 2016, pp. 5-14.

(37) Con arreglo al artículo 2 c) de la Decisión marco puede ser autoridad de emisión un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal, o bien «cualquier autoridad judicial según se defina por el Estado de emisión y que, en el caso de que se trate, actúe en calidad de autoridad de investigación en procesos penales y tenga competencia para ordenar la obtención de pruebas en casos transfronterizos con arreglo a la legislación nacional».

sión marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (38), incorporado inicialmente a nuestro ordenamiento mediante Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso, ley derogada por la más reciente Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Por último, cuando la finalidad del embargo acordado es proceder posteriormente a la restitución de los bienes a su legítimo propietario, no se han dictado normas inspiradas en el principio de reconocimiento mutuo. Ha de estarse, por tanto, a lo previsto en el Convenio de Asistencia Judicial de 2000, cuyo artículo 8, bajo el título «Restitución», regula la puesta «a disposición del Estado requirente de los objetos obtenidos por medios ilícitos para que se restituyan a su legítimo propietario». Las previsiones del Convenio completan las del Convenio Europeo de Asistencia Judicial de 1959, permiten la renuncia del Estado requerido a la devolución cuando ello pueda facilitar su restitución al legítimo propietario, sin afectar a los derechos de terceros de buena fe. Por su parte, los artículos 3 y 6 del Convenio de 1959 establecen, por un lado, la aplicación del Derecho del Estado requerido en cuanto al modo de ejecutar la comisión rogatoria dirigida a la restitución del bien y, por otro, la posibilidad de demorar la entrega de objetos si la autoridad judicial los necesitase para un procedimiento penal en curso.

Intentando sintetizar el complejo esquema derivado de las normas de la Unión Europea, cabría decir que, por un lado, el aseguramiento y entrega de objetos destinados a constituir elementos de prueba en un procedimiento penal se rigen por normas inspiradas en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales; mientras que, por otro, tratándose de objetos que constituyen el objeto de delito, se ha de distinguir entre aquellos destinados al decomiso, respecto de los que también rige el reconocimiento mutuo y los que están llamados a ser restituidos a sus legítimos propietarios. En este segundo supuesto dicho principio servirá para su aseguramiento, pero no para su entrega o restitución, que se regirá por las disposiciones clásicas de asistencia judicial.

3. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE DECOMISO DE LOS BIENES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO CULTURAL O HISTÓRICO-ARTÍSTICO DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Descrito este esquema de cooperación judicial cabe preguntarse si las referidas disposiciones contienen alguna mención específica a los bienes integrantes del patrimonio cultural o histórico-artístico.

La primera de las Decisiones marco aprobadas en ejecución del programa de medidas de reconocimiento mutuo, la mencionada *Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas*, no contiene ninguna referencia específica al tratamiento que deba darse a aquellos bienes

(38) *Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso*, DO L 328 de 24.11.2006

que forman parte del patrimonio cultural o artístico de los Estados miembros. Sin embargo, dicho silencio es congruente con el carácter meramente conservativo de las medidas que ha de adoptar el Estado requerido, a la espera de que la transferencia de los bienes al Estado de emisión de la resolución de embargo preventivo sea tramitada conforme a las disposiciones en materia de asistencia judicial.

Será la *Decisión marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso*, la que expresamente se refiera a estos bienes a efectos de establecer un régimen especial en materia de decomiso.

Dicha Decisión marco, como se ha señalado anteriormente, tiene por objeto regular la forma de ejecutar en otro Estado miembro las resoluciones judiciales de decomiso. Tal ejecución comporta la privación del bien decomisado a las personas que los detenten o posean, en virtud de la decisión adoptada en otro Estado miembro.

El artículo que contiene las definiciones, artículo 2, incluye en su apartado g) la definición de «bienes culturales pertenecientes al patrimonio cultural nacional», considerando como tales «*los bienes definidos de conformidad con el artículo 1, apartado 1, 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*».

Aunque la inclusión de esta definición pudiera inducir a pensar que la Decisión marco contiene una regulación completa del tratamiento que ha de darse al decomiso cuando tiene por objeto este tipo de bienes, ello no es así. La segunda y última referencia a los bienes culturales es la contenida en el artículo 16 de la Decisión marco que regula el régimen de disposición de los bienes decomisados. El régimen general establecido en dicho artículo prevé, bien la enajenación de los bienes en el Estado de ejecución, que puede disponer del dinero obtenido o compartirlo con el Estado de emisión, según la cuantía, bien su transferencia a dicho Estado.

Como excepción a ese régimen general, el apartado 3 del citado artículo establece que «*el Estado de ejecución no estará obligado a enajenar o a restituir bienes concretos objeto de la resolución de decomiso que formen parte de su patrimonio cultural nacional*». Así pues, cuando la resolución de decomiso ha sido ordenada por las autoridades judiciales de un Estado miembro y se ejecuta en otro Estado miembro, en virtud de esta Decisión marco, y los bienes forman parte del patrimonio cultural de este segundo Estado miembro, este podrá conservar los bienes sin proceder ni a su enajenación ni a su transferencia al Estado que dictó la resolución judicial.

Nada dice, sin embargo, la Decisión marco sobre la disposición de los bienes culturales que pertenecen al patrimonio cultural nacional del Estado que dicta la resolución de decomiso cuando esta se ejecuta en otro Estado miembro. Ahora bien, el silencio de la norma europea, aunque criticable desde la perspectiva de una buena técnica normativa, no significa que el Estado de ejecución de la resolución de decomiso pueda decidir su enajenación o conservar en su poder dichos bienes. Esa interpretación sería contraria a la finalidad y previsiones de las Directivas y Reglamento sobre protección del patrimonio cultural.

El mismo artículo 16.4 de la Decisión marco contempla que sus anteriores reglas se excepcionen porque «*el Estado de emisión y el Estado de ejecución*

acuerdan otra cosa». Lo que podría permitir aplicar un procedimiento de transferencia directa del bien decomisado al Estado de emisión de la resolución de decomiso cuando los bienes pertenecieran al patrimonio cultural de dicho Estado.

4. UNA EXPERIENCIA DE COOPERACIÓN INTERESTATAL APENAS FORMALIZADA: EL CASO DE LAS LÁMINAS DE LA COLECCIÓN VAN BERKHEY

Analizado el contexto normativo de la Unión Europea, parece oportuno ilustrar este análisis con alguna referencia a la práctica jurídica. En los últimos años han trascendido algunos casos relacionados con terceros Estados, como el referido al tapiz «*De la Virgen y San Vicente*» robado en 1979 por Erik «el belga» en la ex Catedral de Roda de Isabena. Localizado en Houston e instruido el procedimiento ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Barbastro, el tapiz fue objeto de devolución aduanera por las autoridades de Estados Unidos. Es también el caso del tesoro del buque «*Las Mercedes*» objeto de hallazgo por la empresa Odyssey que fue recuperado judicialmente mediante el ejercicio de acciones en Estados Unidos.

Menor repercusión pública tuvo la desaparición y posterior hallazgo de un conjunto de láminas naturalistas que formaban parte de la «Colección van Berkhey» del Museo Nacional de Ciencias Naturales de Madrid. Los hechos, más que un ejemplo de funcionamiento de la cooperación judicial, se parecen a una historia de detectives y buenas intenciones. No nos detendremos en exceso en los detalles (39) de una recuperación que en su momento mereció la atención de la prensa nacional (40). La colección había sido adquirida por España nada menos que en 1785 y en el pasado siglo estaba repartida entre el Jardín Botánico, la Biblioteca Nacional y el Museo de Ciencias Naturales. De este último desaparecieron más de doscientas láminas en una fecha anterior a 1984, probablemente coincidiendo con las obras de recuperación emprendidas en la década de los setenta con la ayuda de voluntarios. Un ciudadano inglés y un empleado del Museo tuvieron que dar cuenta ante la Justicia de la sustracción de las láminas que, sin embargo, no hubo ocasión de recuperar en el curso del proceso penal.

El caso es que once de esas láminas fueron entregadas a la Universidad de Ámsterdam para su estudio con vistas a una eventual compra del conjunto de las doscientas láminas en poder del coleccionista británico. Allí quedaron depositadas desde 1984 sin que el ciudadano británico diera nuevas noticias, hasta que una investigadora de esa Universidad, durante una estancia en el propio Museo de Ciencias Naturales cae en la cuenta durante una conferencia que el depósito existente en su Universidad forma parte de la Colección objeto de sustracción. Vendrán después gestiones con el coleccionista para intentar la devolución de lo sustraído y la colaboración de la Universidad de Ámsterdam para hacerlo al menos con las once láminas en su poder.

(39) Los interesados pueden encontrar un relato del modo en que se recuperaron las láminas en Alba Taboada, «La aventura de las láminas robadas», *Abogados del Estado*, Año VIII, Número 30, octubre a diciembre de 2010, pág. 30 y siguientes.

(40) http://elpais.com/diario/2009/06/01/cultura/1243807207_850215.html

El final feliz del retorno a España del conjunto de las láminas sustraídas no tendrá lugar, sin embargo, mediante un procedimiento formal de cooperación jurídica, cualquiera que fuera su modalidad (civil, penal o meramente administrativa), sino a través de gestiones revestidas de no pocas dosis de riesgo. En efecto, las láminas en poder de la Universidad de Ámsterdam fueron entregadas voluntariamente a las autoridades españolas en mayo de 2009 y recogidas y transportadas a España por el Director del Museo de Ciencias Naturales sin formalidades o medidas de seguridad. A raíz de esta entrega el ciudadano británico acabó contactando con el Director del Museo español al mes siguiente, comprometiéndose a devolver el resto de las láminas en su poder siempre que se le reconociera haberlas adquirido legalmente y de buena fe, eximiéndole así de cualquier responsabilidad por la sustracción.

Es así como finalmente fueron devueltas las láminas al Museo de Ciencias Naturales en julio de 2009, sin otra formalidad que la firma de un acta de entrega y recepción por las autoridades españolas y por quien las poseyó durante más de veinte años tras la sustracción.

V. LA CUESTIÓN EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA MÁS RECIENTE

Una última referencia a la normativa española más reciente, constituida por la ya citada Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Al regular el reconocimiento en España de las resoluciones judiciales de decomiso emitidas por las autoridades judiciales de otros Estados de la Unión Europea, expresamente prevé en su artículo 172.3 que en el caso de resultar *«afectados bienes integrantes del patrimonio histórico español, el Juez de lo Penal en ningún caso procederá a su enajenación o restitución al Estado de emisión»*, en su lugar habrá de comunicarse *«a las autoridades españolas competentes y serán de aplicación las disposiciones de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y su normativa de desarrollo»*.

En el mismo sentido se pronuncia la Disposición final cuarta de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Órgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, actualmente en trámite parlamentario, en relación con las resoluciones de comiso procedentes de otros Estados extranjeros.

La Ley 23/2014 guarda silencio, sin embargo, respecto del comportamiento que deba adoptar la autoridad judicial española que emite una orden de decomiso de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español que se hallaren en otro Estado miembro de la Unión Europea. Tal silencio podría interpretarse como el convencimiento por parte del legislador de que, hallado y conservado uno de dichos bienes en otro Estado miembro, en ejecución de una resolución de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, su posterior retorno a España ha de realizarse mediante la aplicación de la legislación administrativa y de la cooperación de la misma naturaleza. Si así fuera, lo cierto es que las diferencias jurídicas entre los órganos judiciales y las autoridades administrativas puestas de manifiesto en el ya citado asunto tapiz *«De la Virgen y San Vicente»* no parece que permitan dar por acertada dicha presunción del legislador.

VI. CONCLUSIONES

El repaso a las normas de las que dispone la Unión Europea para la protección del patrimonio histórico frente a la sustracción de los bienes que lo integran, así como a la casi anecdótica experiencia de la cooperación entre las autoridades de sus Estados miembros, ponen de manifiesto la escasa relevancia que la Unión otorga al tráfico ilícito de los bienes de interés cultural desde la perspectiva de la cooperación policial y judicial penal. Así lo ratifica desde luego la ausencia de referencias a esta forma de delincuencia tanto en las memorias anuales de Eurojust, órgano de coordinación de la cooperación judicial penal entre los Estados miembros de la Unión Europea como, en el ámbito interno, en el análisis que las memorias anuales de la Fiscalía General del Estado dedican al funcionamiento de los instrumentos de cooperación judicial penal.

Como se ha podido observar, en ocasiones los operadores jurídicos prefieren utilizar métodos *no formalizados* de cooperación policial o judicial penal, mediante el empleo de contactos directos entre las autoridades nacionales afectadas, antes que acudir a la aplicación de los instrumentos de cooperación contenidos en el Derecho derivado de la Unión. En otras ocasiones han sido las propias Instituciones de la Unión las que han descartado avanzar en el empleo de instrumentos que habrían aportado un auténtico valor añadido al desarrollo de las investigaciones penales, como la incorporación de los bienes culturales sustraídos a las categorías de objetos cuyas descripciones se introducen en el SIS II.

Habrà quien considere que este escaso eco no es sino consecuencia de la falta de relevancia del fenómeno, pero de nuevo se trata de un extremo difícil de acreditar en atención a la inexistencia de análisis cuantitativos sobre la incidencia de este tipo de delitos a escala de la Unión. A su vez, tal circunstancia deriva de la disparidad de tratamiento jurídico-penal de la figura de tráfico ilícito de bienes culturales en los ordenamientos de los distintos Estados de la Unión.

Ello no quiere decir necesariamente, conviene advertirlo, que resulte oportuno proceder a tal armonización. Como se ha examinado anteriormente, la habilitación contemplada en el apartado 1 del artículo 83 TFUE no contempla el tráfico ilícito de bienes culturales entre los ámbitos delictivos de especial gravedad y de dimensión transfronteriza. Pero, teniendo en cuenta los efectos de sobreincriminación e hipertrofia penal que la habilitación del primera apartado del artículo 83 TFUE ha desplegado en relación con otras figuras delictivas contempladas en ese precepto, parece más oportuno por el momento recabar los datos estadísticos necesarios para comprender cabalmente la verdadera incidencia del tráfico ilícito de bienes culturales a escala de la Unión, a efectos de valorar, desde la perspectiva de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, si la armonización penal constituye la respuesta más adecuada para enfrentarse a este fenómeno delictivo.

En este sentido ha de tenerse en cuenta que, a pesar de las dificultades prácticas apreciadas por los operadores jurídicos (41), la armonización de los delitos de tráfico ilícito de bienes culturales no resulta necesaria a efectos de la aplicación de los

(41) De las que constituye una buena muestra la actitud de las autoridades alemanas con ocasión de la ejecución transfronteriza de las medidas de embargo preventivo en el *caso Patterson*, referido por la contribución de D. Antonio Roma Valdés a este número del Anuario.

instrumentos de reconocimiento mutuo, en la medida en que esta categoría delictiva queda excluida de manera expresa del requisito de la verificación de la doble incriminación para prestar la cooperación solicitada.

Lo que sí parece oportuno subrayar es la falta de un instrumento concreto de restitución de los bienes ilícitamente exportados que permita a las autoridades del Estado en que son hallados los bienes su pronta restitución al Estado de procedencia para garantizar su mejor conservación. Sin duda, la aplicación del proceso civil prevista en la Directiva 2014/60/UE, o el recurso a la asistencia judicial penal clásica a través de una fórmula enrevesada, o el acuerdo específico de aplicación contemplado en el reconocimiento mutuo de una resolución de decomiso, no están a la altura de lo que la protección de nuestro patrimonio cultural e histórico requieren.

BIBLIOGRAFÍA

- BLOCK, L., «European Police Cooperation on Art Crime: A Comparative Overview», *Journal of Art Crime*, vol. 4, n. 1, 2011, pp. 13-25.
- CORNU, M. (dir.), *Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods in the European Union*, Centre d'Études sur la Coopération Juridique Internationale, 2009.
- GONZÁLEZ CANO, M.I., «Algunas consideraciones sobre el futuro exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal», *Unión Europea Aranzadi*, n. 7, 2016, pp. 5-14.
- MOLINA MANSILLA, M. C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, Barcelona, Bosch, 2009.
- NÚÑEZ PAZ, M.A. y GUILLÉN LÓPEZ, G., «Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2008, pp. 89-164.
- POZA CISNEROS, M., *Convenio 2000*, Red Europea de Formación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2013.
- TABOADA, A., «La aventura de las láminas robadas», *Abogados del Estado*, Año VIII, Número 30, octubre a diciembre de 2010, pág. 30 y siguientes.
- VALLINES GARCÍA, E., *Los equipos conjuntos de investigación penal en el marco de la cooperación policial y judicial entre los Estados de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2006.