

LA COOPERACIÓN JUDICIAL FRENTE AL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES

Antonio ROMA VALDÉS (1)

Resumen

Análisis del funcionamiento del tráfico ilícito de bienes culturales en sus aspectos criminológico y penal, planteado desde una perspectiva internacional, abordando el alcance de la cooperación internacional y abundando en los límites y las dificultades de la que deben realizar las autoridades policiales y judiciales de los estados.

Abstract

Analysis of the illicit trafficking of cultural heritage both in the criminological and the criminal aspects, according an international point of view. The article presents the international cooperation, specially the limits and the difficulties for the police investigation and the prosecution of the crimes.

Palabras clave

Tráfico ilícito de bienes culturales. Derecho Penal. Patrimonio cultural. Cooperación judicial internacional. Delitos culturales.

Key words

Illicit trafficking of Cultural Heritage. Criminal Law. Cultural Heritage. International judicial cooperation. Art crime.

SUMARIO. I. Introducción; II. El tráfico ilícito de bienes culturales y las medidas para combatirlo; 1. Concepto; 2. El funcionamiento e importancia del tráfico ilícito internacional de antigüedades y obras de arte; A. Puntos de partida. Diferencias económicas, jurídicas y sociales entre los estados; B. Funcionamiento de las redes de tráfico ilícito; 3. Soluciones planteadas desde el Derecho internacional; III. La presencia del Derecho penal y sus límites actuales; 1. Derecho penal comparado; 2. La cooperación entre las autoridades penales de los Estados; IV. Conclusiones.

(1) Fiscal. antonio.roma@fiscal.es

I. INTRODUCCIÓN

Los medios de comunicación y las opiniones públicas de los estados que sufren el expolio son muy sensibles a cualquier agresión al patrimonio cultural, como consecuencia, cada vez con más frecuencia las legislaciones internas de los estados se ocupan de protegerlo, castigando tanto a quienes expolían como a quienes sacan de las fronteras los bienes culturales. De la misma manera, algunas organizaciones internacionales han dado pasos dirigidos a establecer medidas contra el denominado tráfico ilícito de bienes culturales, de una manera acentuada en los últimos años manifestada no solo a través de la apertura a la firma de convenciones sino también mediante la emisión de declaraciones de distinto alcance, principalmente en el orden programático y político, con sucesivos encargos a grupos de expertos que han planteado soluciones a las que se aludirá frecuentemente en este trabajo. En consecuencia, se trata de analizar la oportunidad, el funcionamiento y la eficacia de aquellas propuestas que plantean la adopción de medidas penales contra el tráfico de bienes culturales, centrandó la atención en aquellas que implican la intervención de autoridades judiciales en un sentido amplio, a través de una visión en conjunto que supere un enfoque planteado desde de la legislación nacional.

II. EL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES Y LAS MEDIDAS PARA COMBATIRLO

1. CONCEPTO

La existencia de una práctica internacional y de cierto cuerpo doctrinal en los estados ha otorgado a la expresión tráfico ilícito de bienes culturales una sustantividad propia. La terminología es asumida tanto en la esfera académica como en textos internacionales para referirse a la práctica de expoliar el patrimonio cultural de una determinada nación seguida de su comercio ilícito, si bien debe anticiparse que contamos con pocas definiciones concretas, sea en normas internacionales, en documentos propios de organizaciones internacionales o en obras académicas (2). Por lo tanto, la conceptualización de tráfico ilícito requiere previamente delimitar sus elementos para a partir de los mismos centrar la atención en su tratamiento jurídico. Separadamente, el tráfico ilícito de bienes culturales supone

(2) En una obra colectiva dirigida a orientar la legislación comunitaria denominada *CECO-JI-CNRS – UMR 6224, Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods in the European Union, Final Report (Home/2009/ISEC/PR/019-A2)*, octubre, 2011, que se retomará más adelante, en p. 18 se define el tráfico ilícito de bienes culturales como *movement, transport, import, export, keeping or commerce in cultural goods carried out in violation of the rules governing ownership or circulation of those goods or of their status*. Así concebida, parece prescindir del alcance transfronterizo propio de esta actividad extiende el tráfico a aspectos como el movimiento, el transporte y la puesta en comercio.

la concurrencia de cuatro elementos, el expolio, el carácter cultural, el tráfico y una insoslayable dimensión internacional.

a) El primer elemento es el expolio. El *Diccionario* lo define como el acto de despojar de manera violenta o con inquietud. Un concepto normativo orientativo lo encontramos en el artículo 4 de la Ley 16/1985, del patrimonio histórico español, que comprende por tal toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social. Sin ser satisfactorias plenamente, ambas definiciones abundan en el concepto de despojo, saqueo y evitación de cumplimiento de la finalidad de los bienes, en definitiva, de sustracción al disfrute comunitario de los bienes. En algunos casos, la existencia del expolio constituye el fundamento de algunas convenciones en el marco de la UNESCO que por otra parte no lo definen, como las abiertas a la firma para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención 1954, que cuenta con un primer Protocolo de 1954 y un segundo Protocolo de 1999 (3), y la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001 cuyo artículo 14 de la establece que los Estados Partes tomarán medidas para impedir la entrada en su territorio, el comercio y la posesión de patrimonio cultural subacuático exportado ilícitamente y/o recuperado, cuando tal recuperación sea contraria a la Convención.

b) Los bienes deben formar parte del patrimonio cultural. El artículo 1 de la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales de 1970 concibe los bienes culturales como los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como

(3) Mencionar que el saqueo bélico es una actividad tan antigua como la guerra misma y las medidas para atajar sus efectos y existencia datan del s. XVIII. Al respecto, v. PROT, L., *Witnesses to History – Documents and writings on the return of cultural objects*, París, 1999. La Convención presenta determinados límites en este punto, tanto por aquellos estados que no la han ratificado como por el marco objetivo y el temporal. Algunos estados que han intervenido activamente en conflictos bélicos recientes no son parte en la Convención, lo que no excluye que cumplan de una manera muy destacada sus previsiones. A modo de ejemplo, en el caso del saqueo del Museo de Bagdad el 8 de abril de 2003, las tropas británicas contaban con formación y las autoridades norteamericanas contribuyeron a la restitución de piezas expoliadas de su interior. Por lo que se refiere al marco objetivo, la aplicación de la Convención requiere un conflicto entre contendientes pero no es aplicable a las conflagraciones civiles internas, por lo que queda excluido inicialmente el saqueo del Museo Egipcio en El Cairo el 17 de agosto de 2013. Por último, la Convención no es de aplicación a las situaciones generadas con anterioridad, como las sustracciones desarrolladas durante el período de Entreguerras y la Segunda Guerra Mundial, que han dado ocasión a la Declaración de Terezín (<http://www.holocausteraassets.eu/program/conference-proceedings/declarations/>) y a una práctica jurisdiccional norteamericana, de la que es ejemplificativa la sentencia de 24 de mayo de 2012 del United States District Court for the Central District of California, Case No. CV 05-3459-GAF (CTx). Sobre este último particular, SKINNER, K. N., «Restituting Nazi-Looted Art: Domestic, Legislative, and Binding Intervention to Balance the Interests of Victims and Museums», 15 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 673, 2013. En la cinematografía, puede mencionarse *El Tren (The Train)*, dirigida por John Frankenheimer en 1964, en la que se da cuenta de las maniobras para evitar que el arte sustraído en Francia durante la Segunda Guerra Mundial alcanzara Alemania con mucha mayor brillantez que en *Monuments Men*, dirigida por G. Clooney, 2014. Otra referencia interesantísima, en este caso documental, es el reportaje de Alberto Porlán, *Las cajas españolas*, RTVE, 2004, en el que se detalla el viaje de las obras del Museo del Prado, primero a Valencia y después a Suiza, para evitar sus desperfectos durante la Guerra Civil.

de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia y que pertenezcan a ciertas categorías. Por su parte, el artículo 2 de la Convención de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995 entiende por bienes culturales aquellos que, por razones religiosas o seculares, revistan importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte y la ciencia y que pertenezcan a una de las categorías enumeradas en el anexo del Convenio. Sentada esta premisa y sin perjuicio de incidir en este aspecto más adelante, destacar que cada nación define de manera dispar los distintos conceptos que de acuerdo con estas definiciones integran el patrimonio cultural.

c) El *Diccionario* define traficar como «comerciar, negociar con el dinero y las mercancías» o «hacer negocios no lícitos». Por lo tanto, el concepto de tráfico se encuentra indiscutiblemente ligado al de transmisión o cambio de manos o de régimen jurídico de los bienes, sin embargo, no se vincula con cualquier forma de transmisión sino únicamente con aquellas que resultan ilegítimas. El concepto de tráfico es antagónico al de comercio lícito y es el término empleado por distintos textos internacionales, como los que se establecen como exentos del requisito de doble incriminación en la Unión Europea en las normas que desarrollan el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales que se indicará al final de este trabajo, para referirse a la circulación de objetos cuyo comercio está prohibido o regulado tales como estupefacientes, sustancias psicotrópicas, armas, municiones, explosivos, especies animales protegidas, especies y variedades vegetales protegidas, órganos y tejidos humanos, bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte, documentos falsos, sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, materiales radiactivos o sustancias nucleares. Por esta razón, no puede comprenderse como tráfico el mero hecho de poseer estos bienes sino que requiere, de alguna manera, su cambio de estado, normalmente de posesión o titularidad. A este respecto, el artículo 3 de la Convención de 1970 establece que son ilícitas la importación, la exportación y la transferencia de propiedad de los bienes culturales que se efectúen infringiendo las disposiciones adoptadas por los Estados Partes en virtud de la Convención, en definitiva, la ilicitud no se extiende a la mera posesión de un bien sino a las condiciones de transmisión del mismo cuya falta de legalidad deriva de la legislación interna de los estados, además de la exportación o la importación de los bienes señalados en este texto, en definitiva, del transporte a través de las fronteras.

d) Además, el concepto de tráfico debe contar con una dimensión transfronteriza. En este punto, la Convención de 1970 aludida con anterioridad no cierra posibilidad alguna de sanción de formas de comercio sino que limita su aplicación a las medidas para prevenir el tráfico internacional de bienes culturales, depositando su aplicación en las normas de los estados en materias como el registro o catálogo del patrimonio cultural, el establecimiento de certificados de exportación, la prohibición de adquisición de bienes por parte de los museos o los particulares en los casos de exportación ilícita. A este respecto, conviene indicar que la Convención de 1970 carece de normas de aplicación directa (4). Por lo tanto, aunque el tráfico de bienes no implique un cambio de posesión, la mutación del régimen

(4) Conclusión que destaca la *Evaluation of UNESCO's Standard-setting Work of the Culture Sector. Part II – 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property. Final Report*, 2014, recopilado por TORGLER, B.,

jurídico derivado de la desprotección jurídica del bien del estado fuente, determina que la acción devenga en ilícita. Finalmente, el objeto de protección se protege en origen, de manera que el quebranto de las normas reguladoras de la exportación y del régimen jurídico aplicable a los bienes culturales debe valorarse primordialmente atendiendo a la legislación de su estado que ve exportado un objeto que se hallaba dentro de sus fronteras, sin perjuicio de las medidas que deben adoptar los estados llamados a la cooperación.

Por lo tanto, puede definirse el tráfico ilícito de bienes culturales como el expolio de bienes de valor o interés cultural mediante su transporte a través de las fronteras con quebranto de las normas que rigen su régimen jurídico en la nación de origen.

Sentadas estas bases, el análisis del tráfico ilícito requiere no olvidar que la realidad social en la que se desarrolla en la generalidad de los estados reconoce bien la propiedad bien la posesión lícita de los bienes culturales por parte de los particulares. En algunos estados la propiedad de los objetos pertenece al estado que autoriza la posesión por los particulares en contraste con una mayoría que autorizan la propiedad particular, de manera que ambos derechos reales sobre estos bienes se transmiten en análogas condiciones que el resto de objetos y derechos, con mayor o menor intervención administrativa. Por consiguiente, el mercado lícito de bienes culturales y antigüedades existe en la generalidad de los estados (5) y las medidas más proteccionistas en el derecho comparado, desconociendo esta realidad, no son precisamente más eficaces. Por último, en este trabajo no se tratan todos los aspectos que se refieren al tráfico ilícito de bienes culturales, sino únicamente los que tienen o alcanzan trascendencia penal, dando entrada a las autoridades encargadas de la investigación y enjuiciamiento de los delitos.

Por último, procede realizar una precisión en el campo terminológico. Desde una perspectiva amplia, el tráfico ilícito implica el movimiento internacional de bienes de comercio ilícito entre países de origen y estados de mercado, toda vez que es incorrecto hablar de estados exportadores o importadores porque los estados fuente exportan a fuerza de despojo y por ello término de exportador resulta lógicamente inadecuado (6). Por otra parte, los estados de distribución no tienen por qué el destino final de las piezas, pero cierta opacidad en los distribuidores, movidos por un deber ético de sigilo en sus transacciones, determina el desconocimiento del punto final del bien, que puede llegar a estar en el mismo estado de origen.

ABAKOVA, M., RUBIN, A. y VRDOLJAK, A. F., 2014, con la referencia IOS/EVS/PI/133 REV (en adelante, *Evaluation*).

(5) ROMA VALDÉS, A., *Comercio y Circulación de Bienes Culturales*, Madrid, 2011. De esta premisa parte el ya mencionado documento *Evaluation*, 2014, en p. 3 diferencia, como no puede ser de otra manera, entre el mercado lícito, el general y común, del ilícito. Aunque se indicarán otras referencias cinematográficas más adelante, podemos mencionar sobre este mercado, su trascendencia y funcionamiento, con repercusiones en el contenido de este trabajo la canadiense *The Red Violin/Le violon rouge/El violín rojo*, dirigida por François Girard, 1998 en la que se enajena finalmente la falsificación de un violín italiano del s. XVII o *La mejor oferta (The Best Offer)*, cuyo director es Giuseppe Tornatore, 2013.

(6) Es la empleada generalmente en la actualidad en la doctrina anglosajona, casos de CAMPBELL, P. B., «The Illicit Antiquities Trade as a Transnational Criminal Network: Characterizing and Anticipating Trafficking of Cultural Heritage», *International Journal of Cultural Property* 20, 2013, pp. 114-115; y de ULPH, J., «The Impact Of The Criminal Law And Money Laundering Measures Upon The Illicit Trade In Art And Antiquities», *XVI Art Antiquity and Law*, 2011.

2. EL FUNCIONAMIENTO E IMPORTANCIA DEL TRÁFICO ILÍCITO INTERNACIONAL DE ANTIGÜEDADES Y OBRAS DE ARTE

Centrado el ámbito material, el primer aspecto a centrar es funcionamiento del tráfico ilícito de bienes culturales, que requiere como punto de partida un enfoque sociológico o criminológico. Al respecto, la doctrina publicada en la materia es desigual atendiendo al lugar en donde se produce y, tratándose de un fenómeno internacional, es llamativo que los enfoques en ocasiones se apoyen en bibliografía solo publicada en una lengua y que en otras se ocupen de cómo el fenómeno se aprecia desde una perspectiva que afecta únicamente a un estado. Y este punto inicial de partida se percibe en ocasiones en la propia práctica de las organizaciones internacionales preocupadas por un fenómeno cuya cifra de negocios se ha cuantificado en alguna ocasión a través de estimaciones de dudosa fiabilidad no solo por la indefinición del concepto de tráfico ilícito de bienes culturales sino por practicarse esta actividad en mercados opacos (7).

Comprender los mecanismos de su funcionamiento requiere estudiar, por un lado, las diferentes situaciones de unos y otros estados y, por otro lado, los distintos sujetos que intervienen.

A. Puntos de partida. Diferencias económicas, jurídicas y sociales entre los estados

Aunque resulte obvio, no puede olvidarse que los estados de mercado se encuentran normalmente en una posición económica más ventajosa respecto de los estados fuente. Muchas naciones de origen se encuentran en una situación económica deprimida y esa desigualdad puede provocar una delincuencia que conduzca a la exportación. Es el caso de la España de entre 1966 y 1982, fechas en que en España desarrolló sus actividades René Alphonse van den Bergh, más conocido como *Erik el Belga*, si bien en la actualidad esta tendencia exportadora se ha visto reducida en la misma medida en que ha visto mejoradas sus cifras económicas. En otras ocasiones, los estados deben su condición de fuente a la presencia de mercados internacionales asentados, como acaece en Bulgaria (8).

En los estados de origen las fuentes de ilicitud se encuentran en las sustracciones y el expolio arqueológico, fundamentalmente. En este último caso, los estudios en los estados fuente dan cuenta de la presencia de sujetos especializados en expolio cuyas prácticas varían en función de las circunstancias geográficas, sociales y económicas y reciben nombres como *tombaroli* en Italia, huaqueros en Perú y otros países vecinos o piteros en España (9). En lo que coinciden es en centrar su activi-

(7) El documento emanado por la UNESCO, *International Flows of Selected Cultural Goods and Services, 1994–2003: Defining and Capturing the Flows of Global Cultural Trade*. Montreal, 2005, refleja en 2,2 millardos de dólares en 2003 el volumen del mercado lícito sobre una estimación estadística. La resolución ECOSOC 2004/34, *Protection against Trafficking in Cultural Property* menciona cifras al alza pero no menciona fuentes.

(8) CAMPBELL, P. B., 2013, pp. 123-5.

(9) Aunque pueden mencionarse otros autores italianos puede referirse por todos a FERRI, P. G., «Il traffico illecito di reperti archeologici in ambito interno ed internazionale. Possibilità di contrasto», *Bolletino di Numismatica, Traffico illecito del patrimonio archeologico. Internazionalizzazione del fenomeno e problematiche di contrasto, Atti del 7° Convegno Internazionale*, 2002. También CAM-

dad en la destrucción de los yacimientos arqueológicos, privándoles de los elementos que permiten la contextualización, frecuentemente dañando las piezas obtenidas y poniéndolas a la venta con desconexión de su origen y significación cultural. No todos los estados fuente regulan de la misma manera las excavaciones, de manera que un conjunto importante de estados, entre los que se pueden mencionar por su riqueza arqueológica Italia, España, Grecia, Egipto, Perú o Méjico, prohíben la realización de actividades arqueológicas sin autorización pública y con sometimiento a condiciones estrictas, castigando algunos (que no todos) como delito el mero hecho de actuar contra la prohibición de actuar al margen de estas condiciones. Por el contrario, otros estados autorizan la excavación arqueológica, por ejemplo sobre el patrimonio cultural subacuático, encomendando incluso su realización a empresas cazatesoros a cambio de parte del botín hallado (10). A este respecto, la Convención del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001 establece una prohibición de comercialización de estos objetos y condiciona muy restrictivamente su excavación.

Finalmente, en algunos estados el saqueo o la destrucción del patrimonio cultural puede ser una actividad tolerada e incluso organizada, como acaeció con la destrucción en 2001 de los Budas de Bamiyán en Afganistán por parte de integrantes del Partido Talibán que entonces gobernaba esta nación o la destrucción en Siria de estatuas en Tell Ajajah en mayo de 2014 por parte de combatientes en un contexto ajeno a la conflagración civil. Precisamente, los contextos bélicos, tanto internacionales como civiles, favorecen las distintas formas de expolio por parte de los contendientes, de manera organizada, en ocasiones en búsqueda de la financiación de sus actividades, caso detectado en Afganistán o Siria, mediante la enajenación del patrimonio cultural (11). A este respecto, la Convención de la UNESCO de 1954 cuenta con un amplísimo número de estados ratificantes, pero entre estos no se encuentran algunos de los más característicos estados de distribución (12).

Sin duda, las sustracciones existen en todos los estados, tanto de origen como de distribución, lo mismo que los saqueos arqueológicos, pero mientras que los robos son mal considerados por la población, existe una mayor tolerancia social

PBELL, P. B., 2013 se ha referido a su funcionamiento, verificando no sólo la existencia de quienes excavan metafóricamente las tumbas sino la de los marchantes locales que dan comienzo a la distribución, tanto interna como internacional. En el área andina el documental de Bolzinger, *Pilleurs de trésors*, Canal + France, 2008, se describe gráficamente una actuación desarrollada con otros datos por GARCÍA, T., «Dimensión social del tráfico ilícito de bienes culturales», *Kóot* 2, 2010, núm. 3, pp. 20-34. El nombre se explica por su actuación en los yacimientos denominados huacas por su valor sagrado en las culturas prehispánicas, extrayendo piezas cerámicas o huacos. En España, la obra más elaborada sobre quienes emplean detectores de metal que emiten un pitido, por eso llamados piteros, es la de RODRIGUEZ TEMIÑO, I., *Indiana Jones sin futuro*, Madrid, 2012, que recoge toda la información existente desde una perspectiva muy amplia, profundamente criminológica desde quien es un profesional de la arqueología. Sobre su funcionamiento más amplio, RODRIGUEZ TEMIÑO, I., ROMA VALDÉS, A., «Archaeological looting and the illicit trade of antiquities in Spain», *en prensa*.

(10) Por mencionar un caso, la Ley de la República de Colombia 1675, de 30 de julio de 2013, sobre el Patrimonio cultural sumergido establece formas de explotación en esta dirección.

(11) CAMPBELL, P. B., 2013, pp. 120-123

(12) Por ejemplo, Rusia, Estados Unidos y Reino Unido no se encuentran en el listado, sin embargo los últimos, presentes en la Guerra de Irak, han aplicado sus principios y han colaborado activamente en la evitación del tráfico ilícito y en la recuperación de los efectos exportados ilícitamente. En el caso del Reino Unido, se acordó una *Iraq (United Nations Sanctions) Order* en 2003 cuyo artículo 8 prohíbe la comercialización de objetos de procedencia iraquí posterior al 6 de agosto de 1990.

respecto de las excavaciones arqueológicas, encontrándose cierta simpatía por quienes alcanzan a encontrar objetos que llevan ocultos muchos años, legitimando su adquisición y el consiguiente enriquecimiento del descubridor (13).

Junto al expolio arqueológico y a la sustracción de bienes, ciertos mercados se favorecen de la destrucción de objetos, pudiendo mencionarse el caso de la destrucción de libros de horas o cantorales, además de otros libros que contienen grabados y que se venden por hojas sueltas.

Cabe añadir que la realidad social es generalmente tolerante no solo con el saqueo arqueológico sino con el comercio dudoso o gris como con el coleccionista poco escrupuloso (14). Por otra parte, a diferencia del comercio de armas y drogas, seres humanos u órganos humanos, entre los otros mencionados con anterioridad, el mercado puede existir de manera lícita tanto en los estados fuente como en los estados de distribución y, en todo caso, el mercado de objetos antiguos existe en aquellos lugares en que no existe en forma lícita (15). Además, el comercio lícito puede ser utilizado por quienes expolian como vía de distribución de objetos de procedencia ilícita. En este punto, la distribución de los objetos de origen ilícito ha encontrado huecos en el mercado legal con apoyo en redacciones legales oscuras y otros defectos de técnica legislativa. En otras ocasiones, el rigor excesivo en la regulación del mercado o la mera prohibición han favorecido directamente la exis-

(13) Basta con mencionar un poco de cinematografía. En *En busca del arca perdida (Raiders of the Lost Ark)*, de Steven Spielberg, 1981 y la saga que da comienzo, un auténtico expoliador disfrazado de profesor universitario de arqueología, hábil con el látigo y con un miedo irracional a las serpientes obtiene para la ciencia objetos valiosos económicamente mediante la destrucción de su contexto cultural, al menos es simpático e intrépido y ni que decir tiene que el resultado cinematográfico es excelente. Y lo mismo cabe decir de un derivado menor: *Inmersión letal*, extraña e inadecuada traducción de *Into the Blue*, de John Stockwell, 2005, en el que un grupo de jóvenes atractivos saquea un galeón oculto junto a un avión repleto de cocaína. En ambas películas se presenta como legítimo el enriquecimiento a la vez que secundario, por emplear un eufemismo, el respeto al contexto arqueológico. Ninguna película retrata las botas polvorientas de un arqueólogo científico, encontrando objetos que irán a parar a un museo.

(14) CAMPBELL, P. B., 2013, pp. 118-9 describe a los adquirentes finales como sujetos con prestigio social, que en ocasiones han intervenido como intermediarios. La moderna criminología escocesa se ha ocupado de este aspecto, tratando de delimitar los actores en los estados de distribución, en particular, las reglas que afectan a los comerciantes, pudiendo mencionarse BRODIE, N. y TUBB, K. W. (eds.), *Illicit Antiquities. The theft of culture and the extinction of archaeology*, Londres, 2002; DIETZLER, J., «On 'Organized Crime' in the illicit antiquities trade: moving beyond the definitional debate», *Trends in Organized Crime*, 2007; y MACKENZIE, S., «The Market as Criminal and Criminals in the Market: Reducing Opportunities for Organised Crime in the International Antiquities Market», en MANACORDA, S. y CHAPPELL, D. (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World: Illegal Trafficking in Cultural Property*, Nueva York, 2011. Mencionemos dos películas que describen la respetabilidad del adquirente: *El halcón maltés, (The Maltese Falcon)*, de John Huston, 1941 y *El secreto de Thomas Crown (The Thomas Crown Affair)*, dirigida por John McTiernan, 1999. En la primera Bogart busca un objeto pretendido por los caballeros de Malta, en la segunda un ladrón de guante blanquísimo sustrae un cuadro impresionista de un museo.

(15) En el documental de Romain Bolzinger, 2008 mencionado con anterioridad, se describe su actuación en el caso concreto de Perú, donde el comercio está muy condicionado por la Ley 28.296 General del Patrimonio Cultural de la Nación, cuyos artículos 7 y 35 sancionan penalmente la comercialización de objetos arqueológicos y establecen un registro de comerciantes de los restantes objetos, por otro lado sujetos a un sistema de registro. El documental sigue los pasos de las piezas desde su extracción clandestina hasta su comercio final. Dentro de un esquema institucional, puede mencionarse el documental institucional de UNESCO dirigido por E. CHEVASSIER, *Lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*, 2010.

tencia de mercados negros. Pero en este punto, es preciso establecer dos precisiones. La primera que el mercado legal no puede ser objeto de sospecha generalizada (16); la segunda, que los expoliadores acuden a este mercado para rentabilizar sus delitos, aprovechando los huecos o las facilidades de ciertos partícipes grises del mercado legal.

Por último, no puede desconocerse la existencia de Internet, cuya extensión internacional y el carácter difuso de los controles internos facilitan sobremedida la distribución de las piezas desde puntos más próximos al expolio, sin presencia de intermediarios internacionales (17).

B. Funcionamiento de las redes de tráfico ilícito

Centrado el contexto del expolio, llega el momento de prestar la atención en el funcionamiento del tráfico ilícito propiamente dicho, esto es, en la determinación de los participantes entre el saqueo inicial de la pieza y su destino final, debiendo tratarse tanto los sujetos intervinientes en las distintas fases como las relaciones que existen entre ellos.

En principio, los sujetos intervinientes se agrupan sucesivamente en expoliadores, intermediarios locales, exportadores, intermediarios extranjeros de diversa condición y los coleccionistas en distintos lugares (18). En la primera escala, los ladrones y los saqueadores, generalmente en una situación económica precaria, entran en contacto con un bien que precisan soltar de la manera más rápida posible para evitar el descubrimiento de sus infracciones, de manera que su actuación es arriesgada y deben enajenar un objeto que quema en las manos, por lo que su capacidad negociadora determina una ganancia limitada.

(16) UNESCO ha publicado el *Código ético para marchantes de arte* que previene en el tráfico ilícito de bienes culturales, la integridad de la obra y la evitación del saqueo arqueológico. Por su parte, la Confederación Internacional de Vendedores de Arte (CINOA) cuenta con un *Código Internacional de Ética en la Propiedad Cultural*, que destaca los principios de respeto a la buena fe, diligencia en evitación de enajenaciones de bienes sustraídos, prevención de la falsificación del arte y del blanqueo de capitales. Una lista de códigos éticos afectantes a quienes intervienen en el ámbito cultural, con sus consiguientes limitaciones jurídicas, la encontramos en *CECOJI-CNRS*, 2011, p. 142. Asimismo, en el documento *Trafficking in cultural property. Guidelines for crime prevention and criminal justice responses in relation with trafficking and other illicit behaviours in cultural property*. UNODC 24-4-2012 (en adelante, *Trafficking*) parágrafos 41 y 43, se insiste en la necesidad de generar documentos de esta clase. Dentro del ámbito de la ONU existe otra declaración titulada *Protección contra el tráfico de bienes culturales* de 24 de febrero de 2006, E/cn/15/2006/14, del Consejo Económico y Social.

(17) La UNESCO aprobó en 2007 el documento denominado *Medidas básicas relativas a los bienes culturales que se ponen a la venta en Internet* DG/4.6/07/184. De una manera más concreta, se han marcado los problemas en el documento de la UNESCO *Evaluation, 2014*. En el ámbito comunitario, *CECOJI-CNRS*, 2011, pp. 113-7, 181-2, 283-284 y Recomendación 5. Entre la doctrina v. PLANCHE, E. «De Bagdad a Tombuctú: proteger el patrimonio mueble e inmueble y luchar contra el tráfico de bienes culturales», XIV Seminario sobre patrimonio cultural patrimonio en peligro: acciones para su protección, Santiago de Chile, 2012, KREDER, J. A. y NINTRUP, J., «Antiquity Meets the Modern Age: Ebay's Potential Criminal Liability for Fake and Stolen International Antiquity Sales. Case Western», *Reserve Journal of Law, Technology & the Internet*, 2013; y RUTGER LEUKFELDT, E., BREMMERS, B., STOL, W. P. y VAN WIJK, A., *The Art of the Internet*, Eleven International Publishing, 2011, estos últimos sobre los Países Bajos.

(18) Con pocas variaciones se sigue el esquema de CAMPBELL, P. B., 2013, pp. 116 y 126.

Dependiendo del objeto, su enajenación puede ser más o menos fácil: es más sencilla cuando el objeto es de poco valor o no se encuentra registrado, será más difícil en el resto de los casos, de manera que puede resultar necesario un período de ocultamiento que permita reducir las pesquisas de localización o el recuerdo del propietario, o precise retoques que dificulten su pronta identificación. Por otra parte, el expoliador inicial puede desconocer las vías de una mejor rentabilización, nacional o internacional y el mercado de segunda mano puede tener formas de control, como sucede en España desde 1924. Nos encontramos pues ante un terreno abonado para una segunda escala de intervinientes, generalmente próximos en el espacio y en el tiempo a la propia sustracción pero formada por sujetos con una capacidad económica y estructura disponible mejor que las de los anteriores.

En una tercera escala encontramos quienes exportan los objetos, en ocasiones vinculados o con empleo de contrabando de otros objetos de comercio ilícito o colaboradores en otras actividades como la financiación del terrorismo (19). De la misma manera, los exportadores pueden apoyarse en la comisión de otros delitos, como la corrupción de agentes de aduanas o de la falsificación de certificados de exportación (20).

La última fase alcanza los comerciantes finales. Aunque en algunas obras académicas se mencionan los coleccionistas, lo cierto es que su intervención final consistente en adquirir un determinado objeto en un mercado lícito impide en propiedad considerarlos incluidos en este enfoque criminológico, salvo que adquieran el bien directamente del exportador o encarguen directamente la comisión de un delito a quienes sustraen o ejecutan otro acto de expolio.

Aunque se ha tratado de compartimentar los distintos momentos, debe indicarse que unos mismos sujetos pueden intervenir en varias fases del proceso. Por otro lado y de una manera transversal, puede darse la circunstancia de que en todas las fases se incorporen falsificaciones de obras de arte y antigüedades y que en todas ellas pueden estar presentes otras formas de delincuencia que se detallarán más adelante. Y añadir que cuanto más próxima se encuentra la enajenación final mayores serán los beneficios económicos generados (21). Sobre esta base, la literatura jurídica comparada no ha establecido vínculos directos y permanentes entre los sujetos de las diversas fases. Por el contrario, se trata normalmente de sujetos que actúan a través de redes informales de sujetos intercambiables que actúan en estructuras en modo alguno permanentes, de manera que las conexiones entre los

(19) CAMPBELL, P. B., 2013, pp.120-3 se refiere con apoyo en los datos de Wikileaks a la Guerra de Irak. De acuerdo con estas notas, quienes traficaban con bienes culturales en una dirección lo hacían con armas en la contraria. Lo mismo cabe decir con Afganistán, donde los exportadores de drogas aprovechaban sus redes tejidas para el comercio de objetos culturales. CAMPBELL, P. B., 2013, añade en p. 127 que los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos se financiaron en parte con arte exportado ilícitamente desde Egipto.

(20) Como dato al respecto, mencionar cierta práctica denunciada en Perú de circulación de certificados falsos de exportación de pintura barroca cuzqueña y limeña datados mendazmente con anterioridad a 1969, que imposibilitan sus reclamaciones de restitución.

(21) CAMPBELL, P. B., 2013, pp. 116 y 126. Este autor señala que de manera inversamente proporcional al riesgo asumido y directamente relacionada con el grado de especialización. Por supuesto, debe matizarse esta observación sobre la base de la dependencia del volumen de negocio y de la ilicitud de la actuación.

participantes en cualquiera de sus fases de este proceso pueden ser generalmente efímeras y no repetirse (22).

3. SOLUCIONES PLANTEADAS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

Determinada la realidad social, el contexto y el funcionamiento del tráfico ilícito de bienes culturales, no cabe entender la capacidad de actuar de las autoridades judiciales y policiales sin establecer el marco normativo y la organización institucional establecida en Derecho Internacional. Como se ha anticipado, disponemos de material convencional y de un entramado institucional que es preciso detallar en función de la organización. Desde una perspectiva global, son diversas las organizaciones que se han ocupado de la materia, de una manera acentuada la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), que ha establecido un marco convencional e institucional básico, y tras ella la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) al amparo de la Convención de Palermo sobre delincuencia organizada transnacional o la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) que cuenta con la mayor base de datos útil para la prevención delictiva y para la investigación de las distintas policías estatales.

La primera institución que ha tratado la restitución de objetos expoliados es la UNESCO y dedica su primer tratado en la materia al producido con ocasión de un conflicto armado: el Convenio para la protección de los bienes en caso de conflicto armado de 1954, que en materia de restitución de bienes ocupados y trasladados a los países ocupantes cuenta con antecedentes remotos como la Paz de Westfalia de 1648 y más inmediatos con algunos de los que siguieron a la Primera Guerra Mundial como los tratados de Saint Germain de 1919 y el de Trianon de 1921, a los que cabe añadir el Pacto Roerich asumido por la Unión Iberoamericana en 1935, además de la Declaración de Londres de 1943 con vistas a la finalización de la Segunda Guerra Mundial y el subsiguiente Manifiesto de Wiesbaden de 1945 (23). Sin embargo, el texto de mayor importancia es la mencionada Convención de París de 1970, sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, que constituye una de las prioridades estratégicas de esta organización proyectadas hasta el año 2021 (24). Las notas fundamentales de este instrumento son las siguientes:

a) El texto carece de efectos retroactivos en los estados respecto de reclamaciones de bienes extraídos con anterioridad a su ratificación.

b) El Convenio no dispone de normas de aplicación directa, de manera que su efectividad reposa en el desarrollo normativo de los estados, el marco convencional regional, la reciprocidad entre los estados y la cooperación internacio-

(22) CAMPBELL, P. B., 2013, pp. 114-115.

(23) PROTT, L., 1999, pp. 1-11.

(24) Así se establece en el documento que marca la estrategia a medio plazo con la referencia 194/EX 18 de la organización, de 5 de marzo de 2014.

nal (25), que a su vez vendrá condicionada por factores como el arbitrio de un sistema de compensación de los detentadores de buena fe o los sistemas de registro de los bienes. A su vez, la legislación estatal marca diferencias importantes en un aspecto tan sustancial como la definición de patrimonio cultural protegido, las divergencias en los instrumentos de ratificación o el régimen de propiedad, comercio interno, el sistema de autorización de las excavaciones arqueológicas o el sancionador de los eventuales incumplimientos (26).

c) La Convención presenta carencias o problemas en algunos aspectos como la exigencia en el artículo 7 de registro previo de los bienes susceptibles de restitución, imposible respecto de objetos expoliados de yacimientos arqueológicos, o la ausencia de mención al propio saqueo arqueológico (27). Además del registro, el otro elemento fundamental es la exigencia de un certificado internacional que acompañe al objeto.

Con estas limitaciones, la Convención merece una valoración positiva gracias a las soluciones de cooperación entre los estados, en ocasiones con la mediación del Comité subsidiario de la Convención, que ha permitido alcanzar una lista de restituciones nada desdeñable (28).

Uno de los límites más importantes de la Convención de 1970 es la ausencia de un procedimiento civil que permitiera a los estados reclamar de los detentadores de bienes su restitución en caso de exportación ilegal, de manera que permitiera equilibrar los derechos de los mismos. Esta carencia fue suplida por el Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente que, no siendo formalmente un protocolo a la Convención de 1970 funciona materialmente como tal y está elevando en los últimos años el número de estas ratificantes (29).

Un segundo ámbito de dificultades en la cooperación lo encontramos en el sistema de registro de los bienes expoliados de un estado. Sobre este particular, los documentos de las distintas organizaciones insisten en la ausencia de uniformidad de los sistemas de registro y en la desconexión de los sistemas existentes, abundando la tendencia a utilizar el formato estandarizado *Object ID* (30).

Dentro del marco regional comunitario, añadir que el artículo 36 TFUE establece que las disposiciones de sus artículos 34 y 35 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones, entre otras, de protección del patrimonio artístico, histórico o arqueo-

(25) *Evaluation*, 2014, párrafos 69 y 115; CORNU, M., *Protection de la propriété culturelle et circulation des biens culturels - Étude de droit comparé Europe/Asie*, Paris, 2008, p. 33. Las mismas medidas se encuentran en la documentación del Comité Subsidiario de Estados Partes de la Convención recurrentemente en los últimos años, pudiendo mencionarse el documento con referencia C70/13/1.SC/INF.2/REV2, de junio de 2013.

(26) *Evaluation*, 2014, párrafo 38, 72 y 116. Muchos estados, además, han ratificado sin adaptar sus normas a la Convención: en su Recomendación 2 la propia evaluación de la organización establece la necesidad de verificar que el contenido de las normas internas de los estados es adecuada a la ratificación de la Convención.

(27) Sobre este último particular, v. *Evaluation* 2014, p. III. Asimismo *Trafficking*, 2013, p. 31 sobre el empleo de detectores de metal.

(28) PROT, L. 2008, pp. 150-300, menciona determinados casos, a los que hay que añadir la información institucional facilitada por la propia organización.

(29) *Evaluation*, 2014, párrafos 41, 58 ss., 246 ss.

(30) *Evaluation*, 2014, pp. II-III, párrafo 79 y Recomendaciones 6 y 7. *Trafficking*, 2013, número 2. Respecto del *Object ID* v. http://archives.icom.museum/object-id/index_span.html.

lógico nacional siempre que no constituyan un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros. Esta materia se encuentra desarrollada por Directiva 93/7/CEE, de 15 de marzo de 1993, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido ilícitamente del territorio de un Estado miembro y la más reciente Directiva 2014/60/UE del Parlamento y el 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) 1024/2012. Sin ánimo de abundar, las diferencias entre los instrumentos centran su atención en el grado de diligencia que el comprador de un bien exportado o su distribuidor debe acreditar para merecer una compensación para proceder a la devolución (31).

Para concluir este apartado, indicar que todos estos organismos, a los que cabe añadir el Consejo de Europa, cuentan con un conjunto de documentos creciente con el tiempo, en parte coincidentes en sus propuestas. Son los más recientes los que van a permitir centrar este estudio.

III. LA PRESENCIA DEL DERECHO PENAL Y SUS LÍMITES ACTUALES

1. DERECHO PENAL COMPARADO

Tanto el ámbito de la criminología como la capacidad de cooperación entre las autoridades policiales y judiciales requieren con carácter previo determinar el alcance de la protección penal del expolio y del tráfico ilícito de bienes culturales. Difícilmente pueden trazarse estudios criminológicos respecto de actuaciones lícitas ni la cooperación judicial es posible si la conducta investigada no es castigada en los estados requirente y requerido. Sin embargo, definir los perfiles sustantivos de un delito de tráfico ilícito de bienes internacionales no es en la realidad tan sencillo y operar sobre esta base en su persecución resulta por esta razón más complejo. Por lo tanto, procede en primer término estudiar el estado actual de la legislación penal sustantiva comparada, materia que en general cuenta con pocos estudios de alcance muy desigual (32).

(31) Sin ánimo de abundar en la materia, mencionar documentos como *Trafficking*, 2012 o *CECOJI-CNRS*, 2011, que reclaman una definición más estricta de determinación de la buena fe, un sistema de trazabilidad de los bienes en circulación, una armonización legislativa mayor, el control del mercado o la inversión de la carga probatoria en los instrumentos internacionales, particularmente comunitarios en el segundo documento, que existen en otros ámbitos regionales. A modo de ejemplo, la Resolución 588 de la Comunidad Andina de 2004 regula la inversión de la carga probatoria en el marco de una limitación muy severa de la propiedad particular, condicionada según las leyes internas, a una previa inscripción registral de los bienes antiguos. En el documento *Evaluation*, 2014, párrafo 75 se señala que un elevado porcentaje de estados parte de la Convención de 1970 demanializa estos objetos. En la doctrina, CORNU, M., 2008, ha señalado problemas en la determinación de la ley aplicable a la propiedad de estos bienes. Aunque entre los documentos existen diferencias, todos advierten sin plantear soluciones los problemas derivados del mercado en Internet.

(32) En el estudio colectivo encabezado por CORNU, M., 2008 se estudian distintos sistemas jurídicos: China (pp. 110-113), Francia (pp. 211-219), Reino Unido (pp. 290-296) y Suiza (pp. 390-398). Un trabajo de perspectiva comunitaria dirigido a evaluar posibles políticas comunitarias, igual-

Para analizar el estado de la legislación comparada, debe partirse primero de la determinación de las modalidades delictivas vinculadas con el tráfico ilícito desde una perspectiva abstracta para a continuación dar a conocer su regulación en el derecho comparado. No se trata de desarrollar un estudio completo de los pormenores de cada una de las legislaciones internas de los estados sino de verificar de entrada los posibles obstáculos a la cooperación entre las autoridades judiciales y policiales. Para concluir, se mencionarán las propuestas que tienden a la armonización legislativa de los distintos estados.

Para comenzar, desde la perspectiva abstracta que se ha anunciado con anterioridad, las figuras penales que guardan relación con el tráfico ilícito de bienes culturales exige diferenciar entre estados fuente y estados de distribución. Dentro de los primeros, el concepto de expolio se encuentra inicialmente relacionado con los de destrucción y sustracción. Desde una óptica española, nos referimos a los delitos de hurto (artículo 235.1 CP), robo con fuerza (artículo 241.1 CP), daños al patrimonio histórico (artículos 321 a 324 CP) así como los delitos urbanísticos (artículo 319.1 CP). Sobre este particular, la legislación española particulariza determinadas agravaciones específicas en función del carácter histórico o cultural del bien presentes otros ordenamientos jurídicos de manera muy dispar, como se verá. Junto a ellas, podemos encontrar normas reguladas de acuerdo con la Convención de la UNESCO para la Protección de los bienes en caso de conflicto armado de 1954 y sus protocolos relativas a la destrucción de determinados objetos y que en España encuentra su tipificación en el artículo 613.1.a CP y 77 del Código Penal Militar. Asimismo, los estados de origen regulan ciertas formas de exportación ilegal de acuerdo con las restantes normas ordinamentales, que en el caso español se manifiestan a través del artículo 2.2.a) de la Ley Orgánica 12/1995 de contrabando, modificada por la LO 6/2011. En otros estados se prescriben asimismo delitos para dar castigo a transacciones internas. Por último, pueden ser aplicables los delitos establecidos para el castigo de la corrupción en sus diversas fórmulas, particularizados en la que afecta a quienes deben regular el mercado o comprobar la legalidad de las exportaciones que en el caso español no cuentan con formas específicas de agravación. Lamentablemente, en España no existe previsión legal del castigo de la falsificación de obras de arte y antigüedades y, por otra parte, resultan igualmente aplicables figuras delictivas comunes para actuaciones ilícitas referidas a objetos que encuentran encaje en el patrimonio cultural (33).

En los estados de distribución podemos encontrar algunas formas de castigo penal en la importación ilegal de bienes o de comercio interno con incumplimiento de las normas que sean de aplicación, inexistente en España.

Tanto en los estados de origen como en los de distribución podrán concurrir otras formas delictivas comunes, como sucede con el delito de blanqueo de capitales o lavado de activos, según la terminología al uso (artículo 301 CP) y que requie-

mente realizado desde una perspectiva académica por distintos autores es el titulado CECOJI-CNRS, 2011. En el mismo se da cuenta de la existencia de numerosa normativa interna de manera no agotada y difícil de contrastar en algunas ocasiones. Por lo que se refiere a los estudios penales en los distintos sistemas, cabe mencionar que son desiguales, siendo abundantes, por ejemplo, en España pero muy escasos en número en un importante conjunto de estados.

(33) Recordar al respecto los casos de AFINSA y Fórum Filatélico conocidos el 9 de mayo de 2006 y que comprendían una eventual estafa piramidal desarrollada sobre sellos y otros objetos antiguos realizados en serie.

re un comentario aparte. Por un lado, la adquisición de obras de arte y antigüedades es una actividad propia a muchas formas de blanqueo, de manera que a través de la adquisición de obras de arte quienes cometen otros delitos pueden estar anticipando una forma propia de blanqueo (34). Además, el alto precio de alguno de ciertos objetos de valor cultural, la ausencia de inscripción en registro alguno, el carácter subjetivo de su valor, el carácter especulativo de una parte del mercado de antigüedades, precisamente el internacional, el más opaco son factores que pueden contribuir a que el mercado sea objeto de utilización por parte de algunos intervinientes en el mercado (35). En otro orden de ideas, debe señalarse que el blanqueo de capitales (lavado de activos en la terminología americana) difiere ontológicamente del agotamiento del delito, de manera que la introducción de objetos culturales sustraídos para el logro de la venta, «clareando» los beneficios del delito no constituye una infracción criminal diferente a la sustracción o falsificación inicial.

Asimismo, podrán ser de aplicación los delitos equivalentes a los de organización o grupo criminal (artículo 570 *bis* y siguientes CP) o los delitos fiscales (artículo 305 y siguientes CP). Por lo que se refiere a la delincuencia organizada, ya se ha señalado que el tráfico ilícito de bienes culturales se encuentra vinculado con la presencia de redes informales, de sujetos cambiantes en funciones como las de sustracción o saqueo arqueológico, exportación y venta final, de manera que el número de intervinientes es más reducido cuanto más avanzado es el proceso y a la inversa más elevados son los beneficios económicos generados (36). Sin embargo, la ausencia de unas mínimas estructuras formales de red dificultan en la práctica la aplicación de esta forma de delincuencia, base entre otras para la aplicación de las

(34) En el caso de delitos de corrupción como el llamado caso Malaya encontramos la sentencia del Tribunal Supremo 2563/2014, de 9 de junio, que dice lo siguiente: «La adquisición de obras de arte es una modalidad muy utilizada de cara al reciclaje del dinero ilegalmente obtenido, por varias razones: en primer lugar, es un mercado poco controlable, ya que la identificación de los objetos a comprar o vender puede ser particularmente difícil, y a veces imposible; en segundo lugar, la valoración de un objeto de arte es muy subjetiva, y en muchas ocasiones es realizada por los propios empleados de las galerías que subastan los objetos de arte. La compraventa de objetos de arte es una de las alternativas tradicionales para el blanqueo de capitales dado que se trata de bienes de alto valor, que pueden ser fácilmente realizables, y que por las características del mercado de los mismos se facilita el anonimato, se garantiza la ocultación y se dificulta la investigación, tanto de los delitos antecedentes de donde proceden los fondos, como de la detención de su propiedad a los fines de incautación. Estos bienes pueden cambiar de dueño pero solo de manera aparente permitiendo la realización de varias transacciones por alto valor y de manera simulada». En la actualidad, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en el artículo 2.1. letra l) considera sujetos obligados a comunicar actividades sospechosas a las personas que comercien profesionalmente con objetos de arte o antigüedades.

(35) Precisamente la doctrina emanada en el Reino Unido y los Estados Unidos de Norteamérica es la más abundante en la observación de este fenómeno y tendente a apuntar estas notas, pudiendo citarse a CAMPBELL, P. B., 2013; DIETZLER, J., «On ‘Organized Crime’ in the illicit antiquities trade: moving beyond the definitional debate», *Trends in Organized Crime*, 2007; DE SANCTIS, F. M., *Money Laundering Through Art: A Criminal Justice Perspective*, Springer, 2013; MACKENZIE, S., «The Market as Criminal and Criminals in the Market: Reducing Opportunities for Organised Crime in the International Antiquities Market», en MANACORDA, S. y CHAPPELL D. (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World: Illegal Trafficking in Cultural Property*, Nueva York, 2011; ULPH, J., 2011. Cabe añadir de nuevo en la cinematografía *La mejor oferta (The Best Offer)*, de Giuseppe Tornatore, 2013, en la que se trata el elevado precio de algunos objetos.

(36) CAMPBELL, P. B., 2013, pp. 113-153.

formas de cooperación establecidas por la Convención de Palermo sobre delincuencia organizada transnacional.

Si hasta este momento se han señalado las figuras penales aplicables en abstracto y se ha realizado con ejemplificación en la situación española, en los cuadros que siguen se expone la existencia de agravaciones o figuras específicas del patrimonio cultural en la Unión Europea. En el primer cuadro se indican los delitos que guardan relación con las sustracciones de objetos o su régimen de posesión, en concreto, las figuras de delitos o agravaciones específicas de hurto o robo, defraudaciones realizadas para obtener objetos de valor cultural, formas concretas de receptación o, en la medida en que pueden determinar un apoderamiento ilícito, de las excavaciones ilegales (37).

	Robo/hurto específico	Agravaciones específicas	Defraudaciones	Receptación específica	Excavaciones ilegales
España		235 CP	252 CP, 253 CP		
Italia				176 L. 2004	175 L.- 2004
Grecia	53 L. 3028/2002		54 L. 2002	55 L. 2002	61, 62 L. 2002
Chipre		X			
Francia		L. 311-4-2 CP	426, 432 CP	L. 624-4 L. 544-7C. Patrimoine	
Austria		X			
Alemania		243 CP			
RU					42 Act 1979
Hungría		316 CP	217 CP		
Lituania		178, 180 CP	183 CP		185 CP
Croacia		217 CP	220 CP		326 CP
Eslovenia			205, 208 CP		
Polonia		X			
Eslovaquia					249 CP
Estonia		200 CP	199 CP		

En el segundo cuadro se mencionan las normas penales específicas relativas a la destrucción de patrimonio cultural, tanto mueble como inmueble, en concreto, los daños, la demolición de inmuebles protegidos o la construcción en zonas reservadas para la protección de bienes culturales (38).

(37) En este y en los cuadros que siguen se indica CP para referirse al Código Penal, los estados no mencionados carecen de regulación específica y aquellos cuyos datos se indican con X se mencionan en CECOJI-CNRS, 2011 y no se ha podido contrastar la fuente. Las normas especiales distintas a los códigos penales por estados son las siguientes: Grecia: Nomos 3028/2002 de protección de antigüedades y de patrimonio cultural en general; Italia: *Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in materia di Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002*; Francia: *Code du Patrimoine*, actualizado en mayo de 2014; Reino Unido: *Ancient Monuments and Archaeological Areas Act 1979*.

(38) Precisar en este caso las siguientes normas respecto de las anteriores: Reino Unido: *Protection of Wrecks Act 1973, Ancient Monuments and Archaeological Areas Act 1979, Protection*

	Daños	Demolición	Construcción en zonas protegidas
España	323 CP	321, 322 CP	119 CP
Italia	169 L. 2004	169 L. 2004	172 L. 2004
Grecia	56 L. 2002	66 L. 2002	66 L. 2002
<i>Chipre</i>	X		
Alemania	L. 2007		
Finlandia	35 CP		
Suecia	12-3 CP		
RU	59 Act 1990; 28 Act 1979; Wreck Act 1973; Military Act 1986	9 Act 1990	9 Act 1990; 28 Act 1979
Rumanía	326 CP		
Hungría	216, 324 CP		
Bulgaria	330.2 CP		
Letonia	79, 229 CP		
Lituania	187 CP		
Croacia	167, 222 CP		
Eslovenia	219 CP		
<i>Polonia</i>	X		
Eslovaquia	248, 364 CP		
Estonia	107, 204 CP		

Por último, se relacionan las normas penales relacionadas con la circulación interna e internacional de bienes muebles pertenecientes al patrimonio cultural, con la diferencia entre la exportación, la importación y las infracciones por comercio intrafronterizo (39).

of Military Remains Act 1986, Planning (Listed Buildings and Conservation Areas) Act 1990. En algunos casos, existen variedades de supuestos en la demolición. España incluye la prevaricación por autorización ilegal, Reino Unido incluye la ausencia de denuncia de los daños. En Alemania los daños se refieren a los bienes que requieren autorización de exportación. En Bulgaria son los daños por incendio. En Grecia, el artículo 58 de la Nomos 2002 castiga no declarar la existencia de un monumento.

(39) Con las mismas abreviaturas e indicaciones de las notas precedentes, salvo las siguientes: Reino Unido: *Dealing in Cultural Objects (Offences) Act 2003*; Portugal: *Decreto-Lei n.º 376-A/89* de 25 de Outubro. El contenido para las formas de exportación varía tanto en la definición de las conductas como en la conceptualización del patrimonio protegido en cada caso. En Portugal, solo con un valor económico excepcional. Otras infracciones: Italia 178 L. 2004 incluye la falsificación. En Grecia, el art. 60 L. 2002 castiga ser comerciante no inscrito. Mencionar que la aplicación de algunas normas resulta complicado en la práctica en algunos estados, como acaece en el Reino Unido con la *Dealing of Cultural Objects (Offences) Act* de 2003, que castiga la venta de objetos que cuya procedencia se sepa o se suponga corrupta («knowledge of or belief tainted»). MACKENZIE, S., 2011 ha señalado ciertos elementos para su ineficacia con fundamento en el corporativismo y la oscuridad de la norma.

LA COOPERACIÓN JUDICIAL FRENTE AL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES

	Exportación ilegal	Importación ilegal	Comercio interno
España	L. contrabando 2011		
Portugal	21, 23 DL 89	22, 23 DL 89	
Italia	174 L. 2004		173 L. 2004
Grecia	63, 65 L. 2002	64 L. 2002	59 L. 2002
<i>Chipre</i>	X		
Francia	L 114-1 y L. 214-3 C. Patri- moine		
<i>Austria</i>	X		
Alemania	L. 2007	L. 2007	
<i>Luxemburgo</i>	X		
RU			1 Dealing Act 2003
Rumanía	416 CP		
Hungría	311 CP		
Lituania	199 CP		
Croacia	325 CP		
Eslovenia	218 CP		
<i>Polonia</i>	X		
<i>Eslovaquia</i>	X		
<i>Estonia</i>	X		

La situación descrita para la Unión Europea puede describirse como de falta de uniformidad en la tipificación de las conductas, especialmente preocupante en aquellos delitos que por alcanzar un efecto transfronterizo pueden determinar de manera insoslayable la cooperación entre las autoridades judiciales y policiales. Y esta situación se acrecienta de una manera significativa cuando el marco geográfico se extiende fuera de este marco regional. Puede advertirse una tendencia creciente a la protección penal del patrimonio cultural, en parte derivada de la opción abierta a los estados por algunas convenciones internacionales como la Convención de París de 1970, sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales determina (artículo 8), la Convención para la Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado de 1954 y su segundo protocolo de 1999 (artículo 15) y la Convención del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001 expresa (artículo 17). Aunque ninguno de los tres textos establece una obligación de concreta tipificación penal, la apertura de la opción en tal sentido ha sido cada vez más acogida en el derecho comparado (40). Añadir al respecto, que la propia UNESCO

(40) ROMA VALDÉS, A., «Tráfico ilícito de bienes culturales y cooperación judicial internacional», *XIV Seminario sobre patrimonio cultural patrimonio en peligro: acciones para su protección*, Santiago de Chile, 2012, pp. 80-82.

ha recomendado la adopción de normas penales para otros supuestos en textos de muy difícil si no imposible efecto práctico (41).

Esta situación ha sido valorada en textos emanados por distintos organismos internacionales que no han demostrado una voluntad o una capacidad de hacer frente a la misma. En el caso de la UNESCO contamos con una «Guía para la prevención y el castigo de los delitos relativos al tráfico ilícito de bienes culturales y otras conductas ilícitas sobre el patrimonio cultural» que no tiene carácter jurídico sino que se limita a sugerir determinadas conductas que deberían ser consideradas en la legislación penal de los estados (42), a saber, la exportación e importación; los robos/hurtos de patrimonio cultural o agravaciones específicas de los mismos; el expolio arqueológico o las excavaciones ilegales; el comercio ilegal, la falsificación, y los daños, o agravaciones de los existentes; la participación en organización o grupo criminal con miras a la comisión de estos delitos; la omisión de denunciar estos delitos; la enajenación de bienes culturales sustraídos y las excavaciones ilegales. Además, plantea las sanciones para las personas jurídicas, el embargo y comiso de efectos o bienes sustraídos.

Dentro de la ONODC un grupo de expertos, elaboró en enero de 2014 un documento planteando varias directrices propugnando una armonización de las normas penales, con inclusión del tráfico de bienes culturales y los delitos conexos de conformidad con los instrumentos internacionales en vigor aplicables (en particular la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Palermo de 2000), la exportación e importación ilícitas de bienes culturales, el robo de bienes culturales, o elevar el delito de robo común a la categoría de delito grave cuando se trate de bienes culturales, el saqueo de yacimientos arqueológicos y sitios culturales o la excavación ilícita, la confabulación o la participación en un grupo delictivo organizado para la comisión del delito de tráfico de bienes culturales y de delitos conexos, el blanqueo de bienes culturales objeto de tráfico, el maltrato o el destrozo de bienes culturales y la adquisición de bienes culturales objeto de tráfico, cuando se evita deliberadamente verificar la situación jurídica de los bienes (43).

No faltan tampoco intentos unificadores dentro de la Unión Europea, en este caso a través de unas «Conclusiones sobre la prevención y lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales el 30 de noviembre de 2011 (17541/11)» realizadas por el Consejo de la Unión en las que abre a la Comisión la opción de una tipificación

(41) Se trata de distintos documentos que no han alcanzado valor propiamente jurídico: el número 36 de la Recomendación relativa a la Protección de la Belleza y el Carácter de los Lugares y Paisajes de 1962, el número 27 de la Recomendación sobre la Conservación de los Bienes Culturales que la Ejecución de Obras Públicas o Privadas pueda poner en Peligro de 1968, o del número 19 de la Recomendación sobre la Protección de los Bienes Culturales Muebles de 1978.

(42) *Trafficking*, 2012. El texto es reiterativo en la alusión permanente a lo que las leyes internas de los estados «deberían» castigar o adoptar para prevenir delitos. Sin perder interés científico, lo cierto es que abre a los estados la tipificación penal de todas cuantas conductas se han castigado como delito en cada uno de los estados y lo hace sobre un apoyo en ocasiones forzado a otros textos internacionales, algunos de ellos carentes de contenido jurídico. Si bien es cierto que la UNESCO dispone de una base de datos interesantísima de las leyes internas de los estados en materia de patrimonio cultural (<http://www.unesco.org/culture/natlaws/>) ni esta permite conocer las leyes penales de muchos estados no tampoco este ni otro documento de la UNESCO tiene un análisis completo del estado de la legislación penal cultural.

(43) <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/trafficking-in-cultural-property-expert-group-2014.html>. Directrices 13, 16 y 17.

penal común y que carece de efecto normativo propio (44) y de un estudio de opciones legislativas publicado en octubre de 2011 que plantea la apertura a la unificación con fundamento en los artículos 83.2 y 167 TFUE a través de la tipificación uniforme de algunas conductas penales como el robo, el hurto, la apropiación indebida, exportación e importación ilegales o receptación que afecten de manera específica al patrimonio cultural, con responsabilidad penal de las personas jurídicas y con penalidades y medidas que comprendan el embargo, un período de prescripción e investigación amplio, así como el asesoramiento por especialistas (45).

Tal amalgama de propuestas, por lo demás cada vez más reiteradas, supone un intento poco práctico de mejorar la ausencia de la tipificación por una vía que no ha alcanzado el efecto jurídico pretendido y parte de la explicación puede encontrarse en su carácter ambicioso por pretender una unificación por elevación, tratando de extender en todos los estados aquellas figuras que existen en todos y cada uno de ellos. Sería preferible en este punto que se planteasen medidas más realizables como la pretensión de generalizar aquellas conductas más extendidas en derecho comparado o la dotación de un contenido más armonizado de las existentes para facilitar la eficacia en la cooperación penal frente al tráfico ilícito o bien centrar las sanciones en aquellas conductas que permitan una lucha más concreta y eficaz contra este fenómeno (46).

2. LA COOPERACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES PENALES DE LOS ESTADOS

La presencia creciente de normas penales en los estados determina inexorablemente la actuación de las autoridades judiciales y policiales de los estados y sobre este planteamiento debe indicarse que el primer obstáculo es la inexistencia de un material convencional específico, de manera que los operadores jurídicos deben acudir como regla general al existente para el ámbito general de la cooperación judicial internacional (47). Por el contrario, las autoridades policiales encuentran

(44) A los que cabe añadir un *Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo*, de 30 de julio de 2009, *Tercer informe sobre la aplicación de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro* COM(2009) 408 final.

(45) CECOJI-CNRS, 2011, pp. 45 ss., 130 ss., 137, 185 ss. y 220, manifestadas en concreto en la recomendación 21, pp. 227-228. Una de las autoras de este informe, CORNU, M., había dirigido su estudio de derecho comparado en 2008, planteando en pp. 64-65 la uniformización de las agravantes específicas, la tipificación de formas delictivas como la receptación y el tráfico ilícito de bienes culturales, además de la pena de decomiso o regular la reivindicación de los objetos sustraídos.

(46) Desde un punto de vista de priorización basado en el estudio criminológico comparado verdaderamente interesante, CAMPBELL, P. B., 2013, pp. 135-8, propone concentrar esfuerzos en los intermediarios internacionales y en los vendedores finales, por ser los sujetos menos numerosos en la canalización de objetos sustraídos e ilícitamente exportados de un determinado estado fuente.

(47) ROMA VALDÉS, A. «La recuperación de bienes de valor cultural por la jurisdicción penal», *Patrimonio Cultural y Derecho* 12, 2009; ROMA VALDÉS, A., 2012. En otros estudios como CECOJI-CNRS, 2011, pp. 187-188 se plantean algunas dificultades como las siguientes cuya afirmación parece desconocer la realidad a la que se refieren de una manera palmaria: la ausencia de importancia de la política cultural en las legislaciones estatales, las demoras en la tramitación de asistencia judicial, la ausencia de conocimiento de las autoridades judiciales de los instrumentos de cooperación judicial internacional, las diferentes organizaciones judiciales de los estados, la existencia de intereses podero-

un referente institucional fundamental en INTERPOL, que dispone de una base de datos de arte sustraído a la que pueden acceder las autoridades policiales o los comerciantes de arte y antigüedades y que se nutre de los datos facilitados por las policías de los estados de acuerdo con el estándar *Object ID* indicado con anterioridad (48).

Como excepción, algunos instrumentos se refieren a formas de cooperación judicial internacional referidos a la protección frente al tráfico de bienes culturales. El Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1999 establece un régimen de cooperación análogo a los propios de la delincuencia organizada en el ámbito de la ONU en materias de drogas, criminalidad organizada, financiación de terrorismo y corrupción (49). Como primera medida el Protocolo establece el deber de los estados de establecer su jurisdicción para procurar la persecución y evitar la impunidad cuando se comete alguno de los delitos establecidos en el artículo 15 de su texto en tres supuestos:

- a) cuando la infracción se haya cometido en el territorio de este Estado;
- b) cuando el presunto autor sea un nacional de este Estado;
- c) cuando el presunto autor esté presente en el territorio de este Estado.

La segunda medida es la posibilidad de extradición, estableciendo el artículo 18 que las infracciones indicadas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del artículo 15 se reputarán incluidas entre las que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición concertado entre Partes con anterioridad a la entrada en vigor del Protocolo, comprometiéndose las Partes a incluir tales infracciones en todo tratado de extradición que concierten posteriormente entre sí. Si no existe tratado mutuo de extradición entre los estados parte, cada estado requerido podrá considerar que el propio Protocolo constituye la base jurídica para la extradición. Por último, el artículo 19 establece el deber de prestarse la mayor asistencia posible en relación con cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición relacionados con las infracciones comprendidas en el Protocolo, comprendida la asistencia con miras a la obtención de las pruebas necesarias para el procedimiento de que dispongan, de conformidad con los tratados u otros acuerdos de asistencia judicial recíproca que existan entre los estados requirente y requerido y, caso de no existir, de conformidad con su legislación nacional.

Tan solo una mención a la protección del patrimonio cultural subacuático en cuanto puede suponer una extensión de la jurisdicción de los estados. Su régimen jurídico queda establecido, desde el punto de vista internacional, por el artículo 30 de la Convención de Derecho del Mar, abierta a la firma en Montego Bay en 1982 y los artículos 8 a 10 de la Convención de la UNESCO de 2001.

sos que limitan la actuación judicial, la mala tramitación por las autoridades judiciales, la ausencia de coordinación comunitaria, etc. Sin ánimo de abundar, tan solo se puede acoger la ausencia de especialización de los intervinientes como verdadero problema a resolver, careciendo los demás apuntados en este informe de sustento objetivo.

(48) <http://www.interpol.int/notice/search/woa>

(49) Es aplicable en España respecto de los delitos tipificados en los artículos 613 CP y 77 del CP militar. Los estados ratificantes, no muy numerosos, son los indicados en <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=15207&language=S&order=alpha>

Dentro del marco regional europeo, debe mencionarse la existencia, que no la vigencia, del Convenio 119 del Consejo de Europa sobre ofensas relativas al patrimonio cultural de 1985, firmada por seis estados entre los que no se encuentra España y no ratificada por ninguno (50). Su texto establece un sistema de restitución de bienes culturales en el que no se protegen los derechos de los adquirentes de buena fe y se abre la posibilidad de sanciones penales que no se concretan. Para garantizar sus previsiones, el artículo 13 establece un sistema de determinación de la jurisdicción de los estados, el 7 abre la puerta al intercambio espontáneo de información y el 8 fija un procedimiento de extradición.

Así pues, la cooperación entre las autoridades judiciales que deben acudir a un material convencional que descansa normalmente su aplicación en el principio de doble incriminación de manera que el hecho investigado debe estar castigado tanto en el estado que requiere la cooperación como en el que debe prestarla y, como se ha visto, son en general pocas las coincidencias. Tan solo si concurren los elementos de otros delitos asociados, como el delito de organización criminal, se abre la vía por otra parte no cerrada de dar cauce a las vías de colaboración establecidas en La Convención de Palermo contra la criminalidad organizada transnacional (51). Sin embargo, el marco definido de redes informales de participantes cambiantes sin previos acuerdos entre sí, dificulta la aplicación de este instrumento limitado a los grupos estructurados de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la propia Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Por lo tanto, solo en ciertos supuestos las autoridades policiales y judiciales tendrán un marco convencional propio de cooperación.

Cabe añadir que en el ámbito de la UNODC se facilita a los estados un «Tratado modelo para la prevención de los delitos contra los bienes muebles que forman parte del patrimonio cultural de los pueblos», de manera que dos estados pueden concertarse para suscribir un convenio bilateral que facilite a posteriori la cooperación entre sus autoridades (52).

Pero es dentro del ámbito comunitario donde encontramos una vía privilegiada de cooperación a través de los instrumentos que regulan una cooperación entre las autoridades judiciales, léase fiscales, de los estados comunitarios con base en el principio de reconocimiento mutuo, en la actualidad basado en el artículo 82 TUE. De acuerdo con este principio, determinadas resoluciones judiciales de los estados miembros deben ejecutarse en los restantes sin un acto de previo reconocimiento y sin sujeción al principio de doble incriminación. Los presupuestos para esta ejecu-

(50) <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/119.htm>

(51) Conclusión por otra parte adoptada al amparo de la UNESCO por el *Taller internacional Fortalecimiento de capacidades en la aplicación de la Convención 1970 para autoridades de instituciones culturales, policiales, aduaneras de Latinoamérica. Restitución de bienes culturales: experiencias y buenas prácticas* en Lima el 5 de diciembre de 2013.

(52) https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Model_Treaty_Spanish.pdf. Al documento está aprobado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y que la Asamblea General en su resolución 45/121, 1990. En este caso, las autoridades son las diplomáticas por lo que el avance es realmente poco o nada sustancioso. Ninguna organización ha dado cuenta del número de ocasiones en que este modelo ha alcanzado su efectividad.

ción son el acompañamiento de un certificado que justifique el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en la norma comunitaria y bien que el hecho esté sancionado con una penalidad mínima bien que sea susceptible de ser tipificado de acuerdo con una lista de treinta y dos infracciones penales que se enumeran. Recibida la petición por una autoridad judicial comunitaria y verificado el cumplimiento de los requisitos formales, no procede sino su cumplimiento, siendo limitados los supuestos de no ejecución, por otra parte crecientes a medida que las normas comunitarias que lo desarrollan se producen en el tiempo y entre las que se encuentran el respeto al principio *ne bis in ídem*, la competencia jurisdiccional del estado requerido para investigar un hecho o la ausencia de garantías procedimentales (53). Dos de estas normas inciden en dos aspectos fundamentales a la hora de perseguir el tráfico ilícito de bienes culturales, a saber, el embargo y el comiso, sin cuya presencia cualquier otra actuación devendrá ilusoria.

El principio se ha manifestado a través de un conjunto amplio de normas de obligada transposición en todos los estados miembros (54), estableciendo como

(53) Las dificultades y el funcionamiento de los distintos instrumentos han sido tratados entre otros por FISCHERA, M., «Mutual Recognition in Criminal Matters From Its Creation to the New Developments in the Lisbon Treaty (Draft version)», *Rethinking the European Union, Exchanging Ideas on Europe 2008, UACES seminar- Edinburgh, UK, 1-3 September 2008*; MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco», *Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de derecho judicial XIII*, 2003; PAMFIL, M. L., «Judicial Cooperation Based on a European Evidence Warrant», *Social Science Research Network*, May 15, 2009; RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea», *Abogacía* 6, 2010; SPENCER, J. R., «An Academic Critique of the EU Acquis in Relation to Trans-Border Evidence-Gathering», *Dealing with European Evidence in Criminal Proceedings: National Practice and European Union Policy*, ERA, 2005; SPENCER, J. R., «The problem of trans-border evidence, and European initiatives to resolve them» (2007) 9 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 465-480; VERMEULEN, G., DE BONDT, W. y VAN DAMME, Y., *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters. Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?*, IRPC-series 37, 2010.

(54) Son las siguientes: 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 L190 de 18.7.2002). 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). Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DO L 76 de 23.3.2005). 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). Decisión marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (DO L 220 de 15.8.2008). Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327 de 5.12.2008). Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DO L 337 de 16.12.2008). Decisión marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre 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). Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo

una de estas treinta y dos infracciones el «tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte». Ahora bien, no existe un concepto normativo comunitario ni sobre qué se entiende por tráfico ilícito, lo que implica determinar si este concepto se integra por una o varias figuras criminales, ni qué se comprende por bienes culturales o antigüedades. En definitiva, se ha sustituido el principio de doble tipificación por el de establecer una lista de infracciones penales que son, o deberían ser comunes de los estados sin establecer una armonización de las normas sustantivas, generando resoluciones que pueden implicar en un estado la privación de libertad por hechos que pueden ser impunes de partida. Esta aparente dificultad fue resuelta por la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05), de 3 de mayo de 2007, entendiéndose salvado el principio de legalidad que no queda perjudicado por una norma que no pretende la armonización (55). No obstante, superados los aspectos formales, la ausencia de

de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81 de 27.3.2009). Decisión marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros (DO L 93 de 7.4.2009). Decisión marco 2009/948/JAI de 30 de noviembre de 2009 de prevención de conflictos de jurisdicción en procedimientos penales (DO L 328 de 15.12.2009). Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de supervisión de medidas alternativas de privación de libertad (DO 294/20 de 11.11.2009).

(55) Las conclusiones el Abogado General dicen así: «100. Este principio, expresado en el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege* y plasmado en el artículo 7, apartado 1, del Convenio de Roma, así como en el artículo 49, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorpora, según la formulación ya clásica del Tribunal Constitucional español, una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes; la segunda, de carácter formal, se predica del rango de las normas que tipifican aquellas conductas y regulan las sanciones, que en el sistema español, como en el de la mayoría de los Estados miembros, se identifica con la ley, aprobada por el poder legislativo, depositario de la soberanía popular. (...) 103. Por tanto, el principio de legalidad interviene en el derecho penal sustantivo como un mandato dirigido al legislador, en el momento de describir los delitos y las penas, y al juez, cuando los analiza y aplica en un proceso criminal. En otras palabras, se proyecta al ejercitar el *ius puniendi* del Estado o al ejecutar decisiones con verdadero sentido sancionador, por lo que difícilmente la Decisión marco puede quebrantarlo, ya que no instaura ningún castigo, (102) ni siquiera pretende armonizar los sistemas penales de los Estados miembros, limitándose a estructurar un mecanismo de auxilio entre jueces de distintos países en un proceso, para determinar a quién se imputa la perpetración de un delito o para cumplir una condena. Ese instrumento de cooperación se supedita a algunas condiciones, pues las penas o las medidas imponibles han de revestir cierta entidad, pudiéndose exigir, además, su tipificación en el Estado del juez que presta su concurso, salvo en los delitos contemplados en el artículo 2, apartado 2, «tal como se definen en el derecho del Estado miembro emisor». 104. Así pues, la certeza que requiere este principio ha de reclamarse al derecho penal sustantivo de ese Estado emisor y, por ende, a su legislador y a su juez, para iniciar el proceso penal y resolverlo, si corresponde, con una condena. Es evidente que una euro-orden correctamente cursada se funda en hechos legalmente considerados como delito en ese Estado. El ordenamiento penal del país de ejecución del mandamiento solo ha de prestar la colaboración interesada y, si la normativa de trasposición de la Decisión marco así lo prevé, supeditar la entrega a que los comportamientos también se reprochen criminalmente en su propia legislación, con la excepción del reiterado artículo 2, apartado 2, supuesto en el que el respeto del principio de legalidad le atañe igualmente. 105. Con independencia de lo anteriormente expuesto, ha de añadirse que la detención y la puesta a disposición en que se traduce la ejecución de una euro-orden no revisten naturaleza sancionadora. El juez encargado de despacharla comprueba que concurren los elementos para transferir al juez emisor una persona que se encuentra en su jurisdicción, pero se abstrae de conocer sobre el fondo, excepto a los efectos del procedimiento de entrega, absteniéndose de valorar las pruebas y de pro-

armonización sigue siendo un obstáculo práctico importante en la medida en que la tipificación interna sigue estando marcada por estados que no han incorporado en sus ordenamientos internos y los que lo han efectuado lo han hecho con las diferencias indicadas.

Una última dificultad para la cooperación no depende del marco normativo sino que deriva de un orden práctico consistente en la especialización de las autoridades intervinientes. Algunos estados como España, Francia, Reino Unido o Italia disponen de cuerpos policiales especializados. En el caso de España esta especialización se encuentra también en el Ministerio Público, que por otra parte no asume las funciones de investigación judicial tan naturales en el resto de Europa. Precisamente la especialización constituye una necesidad apreciada en la generalidad de documentos de las organizaciones internacionales mencionadas con anterioridad (56).

IV. CONCLUSIONES

La cooperación judicial en materia de tráfico ilícito de bienes culturales se encuentra condicionada en la actualidad por la ausencia de un marco normativo específico que exige a su vez una mínima armonización de las legislaciones penales de los estados en un marco lo más global posible y el establecimiento de medidas que garanticen el embargo de los bienes en circulación. Además, sigue pesando la ausencia de especialización en la materia de los operadores policiales y jurídicos en las distintas naciones. Las organizaciones internacionales han dado pasos muy tímidos para abordar el tráfico ilícito de bienes culturales y las soluciones planteadas pecan por su ambición de falta de realismo, además de considerar aspectos que siendo importantes no abonan en un aspecto fundamental, a saber, la progresiva presencia de las autoridades judiciales derivada de una desigual incorporación de figuras penales.

nunciar un juicio de culpabilidad. Así lo entendió la Comisión Europea de Derechos Humanos en relación con la extradición, al excluirla de la noción de condena del artículo 7 del Convenio de Roma. 106. La cuestión suscitada por el *Arbitragehof* se aviene poco con el principio de legalidad penal y mucho con el temor a que se atribuya a las nociones del artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco un sentido distinto en cada Estado miembro, con el riesgo de aplicaciones divergentes. A esta eventualidad, inherente a la vocación de toda proposición normativa, abstracta y general, ya he aludido en los puntos 96 a 99 de estas conclusiones. Ahora solo me resta agregar que, si después de recurrir a los medios arbitrados por la Decisión marco para solventar las dificultades y obtener una interpretación uniforme por la vía prejudicial, el juez que ejecuta la euro-orden alberga dudas sobre la calificación jurídica de los hechos que la motivan y sobre su subsunción en algunas de las treinta y dos conductas del reiterado artículo 2, apartado 2, ha de acudir a lo estipulado en los apartados 1 y 4 del citado artículo 2». Además de esta sentencia, la *Santisteban Goicoechea* (C-296/2008) se refiere al principio de irretroactividad, autorizando la aplicación de estas normas procesales a supuestos surgidos con anterioridad a la aprobación de las normas comunitarias.

(56) En el marco de la UNESCO *Evaluation*, 2014, Recomendaciones 5 y 8 y *Taller*, 2013. En el de UNODC, *Trafficking*, 2012, p. 34. Para la Unión Europea la necesidad, la plantea *CECOJ-CNRS*, 2011, Recomendación 27.

BIBLIOGRAFÍA

- CAMPBELL, Peter B., «The Illicit Antiquities Trade as a Transnational Criminal Network: Characterizing and Anticipating Trafficking of Cultural Heritage», *International Journal of Cultural Property* 20, 2013, pp. 113-153.
- CECOJI-CNRS – UMR 6224, *Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods in the European Union, Final Report (Home/2009/ISEC/PR/019-A2)*, octubre, 2011.
- CORNU, Marie, *Protection de la propriété culturelle et circulation des biens culturels - Étude de droit comparé Europe/Asie*, París, 2008.
- BRODIE, Neil y TUBB, K. W., (eds.), *Illicit Antiquities. The theft of culture and the extinction of archaeology*, Londres, 2002.
- DIETZLER, Jessica, «On ‘Organized Crime’ in the illicit antiquities trade: moving beyond the definitional debate», *Trends in Organized Crime*, 2007.
- DE SANCTIS, Fausto Martin, *Money Laundering Through Art: A Criminal Justice Perspective*, Springer, 2013.
- Evaluation of UNESCO’s Standard-setting Work of the Culture Sector. Part II – 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property. Final Report*, 2014, recopilado por TORGGLER, B., ABAKOVA, M., RUBIN, A. y VRDOLJAK, A. F., 2014. IOS/EVS/PI/133 REV.
- FERRI, Paolo Giorgio, «Il traffico illecito di reperti archeologici in ambito interno ed internazionale. Possibilità di contrasto», *Bolletino di Numismatica, Traffico illecito del patrimonio archeologico Internazionalizzazione del fenomeno e problematiche di contrasto, Atti del 7.º Convegno Internazionale*, 2002.
- FISCHERA, Massimo, «Mutual Recognition in Criminal Matters From Its Creation to the New Developments in the Lisbon Treaty (Draft version)», *Rethinking the European Union, Exchanging Ideas on Europe 2008, UACES seminar- Edinburgh, UK, 1-3 September 2008*.
- GARCÍA, Tania, «Dimensión social del tráfico ilícito de bienes culturales», *Kóot* 2, 2010, núm. 3, pp. 20-34.
- KREDER, Jennifer Anglim y NINTRUP, Jason, «Antiquity Meets the Modern Age: Ebay’s Potential Criminal Liability for Fake and Stolen International Antiquity Sales. Case Western», *Reserve Journal of Law, Technology & the Internet*, 2013.
- MACKENZIE, Simon, «The Market as Criminal and Criminals in the Market: Reducing Opportunities for Organised Crime in the International Antiquities Market», en MANACORDA, Stefano y CHAPPELL, Duncan, (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World: Illegal Trafficking in Cultural Property*, Nueva York, 2011.
- MORÁN MARTÍNEZ, Rosana, «El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco», *Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de derecho judicial XIII*, 2003.
- PAMFIL, Mihaela Laura, «Judicial Cooperation Based on a European Evidence Warrant», *Social Science Research Network*, May 15, 2009.
- PLANCHE, Edouard, «De Bagdad a Tombuctú: proteger el patrimonio mueble e inmueble y luchar contra el tráfico de bienes culturales», *XIV Seminario sobre patrimonio cultural patrimonio en peligro: acciones para su protección*, Santiago de Chile, 2012.
- PROTT, Lindsay, *Witnesses to History – Documents and writings on the return of cultural objects*, París, 1999.

- RODRIGUEZ TEMIÑO, Ignacio, *Indiana Jones sin futuro*, Madrid, 2012.
- RODRIGUEZ TEMIÑO, Ignacio, ROMA VALDÉS, Antonio, «Archaeological looting and the illicit trade of antiquities in Spain», *en prensa*.
- RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea», *Abogacía* 6, 2010.
- ROMA VALDÉS, Antonio, *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, Granada, 2008.
- «La recuperación de bienes de valor cultural por la jurisdicción penal», *Patrimonio Cultural y Derecho* 12, 2009.
- *Comercio y Circulación de Bienes Culturales*, Madrid, 2011.
- «Tráfico ilícito de bienes culturales y cooperación judicial internacional», *XIV Seminario sobre patrimonio cultural patrimonio en peligro: acciones para su protección*, Santiago de Chile, 2012.
- «Freezing, confiscation and handing over the proceeds and instrumentalities of crime». *Towards an enhanced cooperation, Eu Seminar For Legal Practitioners On Human Rights And Transnational Gathering Of Evidence: Developing A European Judicial Culture, Criminal Justice Programme*, UE, Bucarest, 29 de noviembre de 2013.
- RUTGER LEUKFELDT, E., BREMMERS, B., STOL, W. P. y VAN WIJK, A., *The Art of the Internet*. Eleven International Publishing, 2011.
- SKINNER, Katharine N., «Restituting Nazi-Looted Art: Domestic, Legislative, and Binding Intervention to Balance the Interests of Victims and Museums», *15 Vand. J. Ent. & Tech. L.* 673, 2013.
- SPENCER, John R., «An Academic Critique of the EU Acquis in Relation to Trans-Border Evidence-Gathering», *Dealing with European Evidence in Criminal Proceedings: National Practice and European Union Policy*, ERA, 2005.
- «The problem of trans-border evidence, and European initiatives to resolve them» (2007) *9 Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, pp. 465-480.
- ULPH, Janet, «The Impact Of The Criminal Law And Money Laundering Measures Upon The Illicit Trade In Art And Antiquities», *XVI Art Antiquity and Law*, 2011, pp. 39-52.
- «Markets and Responsibilities: Forgeries and the Sale of Goods Act 1979», *Journal of Business Law*, 2011, pp. 261-281.
- VERMEULEN, Gert, DE BONTD, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters. Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?*, *IRPC-series* 37, 2010.
- VV. AA. *Legal and Practical Measures Against Illicit Trafficking in Cultural Property*, *UNESCO Handbook*, París, 2006.
- VV. AA. *No al tráfico ilícito de bienes culturales*, La Habana, 2013.
- La prevención del tráfico ilícito de bienes culturales. Un manual de la UNESCO para la implementación de la Convención de 1970*, París, 1999.