

Derecho a la cultura *versus* comercio internacional de obras de arte

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

y

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ
Doctora en Derecho. Profesora ayudante
Universidad Carlos III de Madrid

*An Bildern schleppt ihr hin und her
Verlorne und Erworbne;
Und bei dem Senden kreuz und quer
Was bleibt uns denn? – Verdorbne!*

JOHANN-WOLFGANG VON GOETHE (1816)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: EL NACIONALISMO CULTURAL EN EL COMERCIO INTERNACIONAL DE OBRAS DE ARTE.
- II. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL:
 1. EL DERECHO A LA CULTURA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.
 2. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN LA LPHE.
- III. LA PROPIEDAD DE LOS BIENES CULTURALES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL: *LEX REI SITAE*:
 1. LA REGLA *LEX REI SITAE*.
 2. LAS RECLAMACIONES DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES CULTURALES REALIZADAS POR LOS ESTADOS A SUJETOS PARTICULARES.
 3. LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS EN LAS RECLAMACIONES DE PROPIEDAD DE BIENES CULTURALES: ARTÍCULO 29 LPHE:

- A) *El artículo 29 LPHE.*
 - B) *El artículo 29 LPHE como norma internacionalmente imperativa:*
 - a) La aplicación del artículo 29 LPHE por los Tribunales españoles.
 - b) La aplicación del artículo 29 LPHE por los Tribunales extranjeros.
4. LA APLICACIÓN DE NORMAS DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EXTRANJERAS A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 12 DE LA DIRECTIVA.

IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: EL NACIONALISMO CULTURAL EN EL COMERCIO INTERNACIONAL DE OBRAS DE ARTE

1. Hasta la segunda mitad del siglo XX el comercio internacional de obras de arte no ha contado, en general, con una regulación convencional específica para la protección de las mismas. Ello se debe a que, hasta entonces, los Estados habían visto en la obra de arte una simple mercancía, sometida a las reglas del mercado (1).

2. La política que un Estado adopta con respecto a los bienes culturales se encuentra determinada por el hecho de que tales bienes pueden ser concebidos desde dos perspectivas: como integrantes de una cultura humana común (*cultural heritage of all mankind*) (*internacionalismo cultural*) o incluidos en el patrimonio cultural de una nación (*nacionalismo cultural*) (2). En el primer caso, resulta irrelevante la procedencia, la ubicación actual, o el derecho de propiedad sobre tales bienes; en el segundo, si bien es igualmente

(1) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos de importación y exportación de bienes culturales», en *Estudios de Contratación Internacional. Régimen uniforme e internacional privado*, Bogotá D. C., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2004, pág. 590; A. E. PÉREZ LUÑO, «Artículo 46. Patrimonio histórico, artístico y cultural», en O. ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Madrid, 1996, pág. 281; A. WEIDNER, *Kulturgüter als res extra commercium im internationalen Sachenrecht*, Berlin/New York, 2001.

(2) Vid. J. H. MERRYMAN, «Two Ways of Thinking About Cultural Property», en *Thinking About the Elgin Marbles. Critical Essays on Cultural Property, Art and Law*, Londres, 2000, págs. 66-67 (originariamente publicado en *AJIL*, 1986, vol. 80, págs. 831-853); J. H. MERRYMAN, «International Art Law: From Cultural Nationalism to a Common Cultural Heritage», en *NYUJILP*, 1982-1983, vol. 15, págs. 757-764; E. I. GEGAS, «International Arbitration and the Resolution of Cultural Property Disputes: Navigating the Stormy Waters Surrounding Cultural Property», en *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, 1997-1998, vol. 13, págs. 141-142; H. NIÉC, «Legislative Models of Protection of Cultural Property», en *Hastings L. J.*, 1976, vol. 27, págs. 1089-1122; A. SLJIVIC, «Why Do You Think It's Yours?: An Exposition of the Jurisprudence Underlying the Debate Between Cultural Nationalism and Cultural Internationalism», en *The George Washington Journal of International Law and Economics*, 1997-1998, vol. 31, págs. 393-438.

irrelevante su ubicación o propiedad, cobra protagonismo la nación de la que el bien procede (3).

3. Una de las muestras más claras de *internacionalismo cultural* es la que se observa en la *Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado*, firmada en La Haya el 14 de mayo de 1954 (en adelante, Convención de La Haya de 1954) (4). La Convención de La Haya

(3) En la doctrina germánica se ha hablado del *Heritage-Prinzip*: Habría una especie de propiedad mundial (*Welteigentum*) de los bienes culturales y cada Estado estaría obligado, frente a la comunidad internacional, a proteger tales bienes, siempre que se hallen en su territorio, con independencia de las relaciones dominicales jurídico-públicas o privadas. Cabe recordar, sin embargo, que ya el 21 de abril de 1813, Sir ALEXANDER CROKE (1758-1842), Juez de la Vice-Admiralty Court en Halifax, Nueva Escocia, resolvió el caso *The Marquis de Somerueles*, ordenando «the restitution of the property»; precisamente porque Sir ALEXANDER creía que: «The same law of nations, which prescribes that all property belonging to the enemy shall be liable to confiscation, has likewise its modifications and relaxations of that rule. The arts and sciences are admitted amongst all civilized nations, as forming an exception to the severe rights of warfare, and as entitled to favour and protection. They are considered not as the peculium of this or that nation, but as the property of mankind at large, and as belonging to the common interests of the whole species». El texto de esta sentencia puede consultarse en *International Journal of Cultural Property*, 5, 1996, pág. 319 y sigs. Vid., sobre este y otros aspectos de esta polémica cuestión, R. DOLZER, «Die Deklaration des Kulturguts zum "common heritage of mankind"», en R. DOLZER/E. JAYME/R. MUSSGNUNG (Hrsg.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes, Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg*, Heidelberg, 1994, págs. 13-26; W. FIEDLER, «Von territorialen zum humanitären Kulturgüterschutz», en F. FECHNER/T. OPPERMANN/L. V. PROTTL (Hrsg.), *Prinzipien des Kulturgüterschutzes - Ansätze im deutschen, europäischen und internationalen Recht*, Berlin, 1996, págs. 159-173; C. FREYTAG, «"Cultural Heritage": Rückgabeansprüche von Ursprungsländern auf ihr "Kulturgut"», en F. FECHNER/T. OPPERMANN/L. V. PROTTL (Hrsg.), *Prinzipien des Kulturgüterschutzes - Ansätze im deutschen, europäischen und internationalen Recht*, Berlin, 1996, págs. 175-200; B. GENIUS-DEVIME, *Bedeutung und Grenzen des Erbes der Menschheit im völkerrechtlichen Kulturgüterschutz*, Baden-Baden, 1996; C. JENSCHKE, *Der völkerrechtliche Rückgabeanspruch auf in Kriegszeiten widerrechtlich verbrachte Kulturgüter*, Berlin, 2005, págs. 301-305; J. H. MERRYMAN, «Two Ways of Thinking...», pág. 67; A. MONDEN/G. WILS, «Art Objects as Common Heritage of Mankind», *Revue belge de droit international*, 19, 1986, págs. 327-338; L. V. PROTTL/P. J. O'KEEFE, *Law and Cultural Heritage*, vol. 3, *Movement*, Londo/Edinburgh, 1989; W. RITTER, «Der Schutz kulturellen Erbes in Deutschland und Europa», en *DA*, 29, 1996, págs. 770-772; Id., *Kulturerbe als Beute?*, Nürnberg, 1997; W. STOCKER, *Das Prinzip des Common Heritage of Mankind als Ausdruck des Staatengemeinschaftsinteresses im Völkerrecht*, Zürich, 1993; R. WOLFRUM, «The Principle of the Common Heritage of Mankind», *ZaōRV*, 43, 1983, págs. 312-338.

(4) BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1960, pág. 16189. Vid. V. A. BIROV, «Prize or Plunder?: The Pillage of Works of Art and the International Law of War», *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, 30, 1997/1998, págs. 201-249, en especial pág. 227 y sigs. y 241 y sigs.; P. J. BOYLAN, *Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague Convention of 1954)*, Paris/London, 1993, en especial págs. 189-197; P. BRÜDERLIN, *Kulturgüterschutz in der Schweiz, Gemäss internationalem Abkommen von Den Haag (1954) über «Kulturgüterschutz bei bewaffneten Konflikten»*, Zürich, 1978; G. CARDUCCI, «L'obligation de restitution des biens culturels et des

de 1954 establece un sistema de protección de los bienes culturales durante el conflicto bélico. En su artículo 4.3 señala que los Estados parte se comprometen a impedir y poner fin a cualquier acto de robo, pillaje, ocultación o apropiación de bienes culturales.

objets d'art en cas de conflit armé: Droit coutumier et droit conventionnel avant et après la Convention de la Haye de 1954 - L'importance du facteur temporal dans les rapports entre les traits et la coutume», *RGDIP*, 104, 2000, págs. 289-357; T. DESCH, «Der Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten nach der Konvention von 1954», *Humanitäres Völkerrecht Informationsschriften*, 12, 1999, págs. 230-234; C. N. EICK, «Verstärkter Schutz von Kulturgut in bewaffneten Konflikten: Das Zweite Protokoll zur Haager Konvention von 1954», *Humanitäres Völkerrecht Informationsschriften*, 12, 1999, págs. 143-147; K. W. EIRINBERG, «The United States reconsiders the 1954 Hague Convention», *International Journal of Cultural Property*, 3, 1994, págs. 27-35; L. ENGSTLER, *Die territoriale Bindung von Kulturgütern im Rahmen des Völkerrechts*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1964, en especial págs. 219 y 222; F. FECHNER, *Rechtlicher Schutz archäologischen Kulturgutes - Regelungen im innerstaatlichen Recht, im Europa- und Völkerrecht sowie Möglichkeiten zu ihrer Verbesserung*, Berlin, 1991, en especial pág. 90; W. FIEDLER, «“Kriegsbeute” im internationalen Recht», en V. M. STROCKA (Hrsg.), *Kunstraub - ein Siegerrecht? Historische Fälle und juristische Einwände*, Berlin, 1999, págs. 47-61, en especial pág. 57; T. FITSCHE, «Licit International Art Trade in Times of Armed Conflict?», *IJCP*, 5, 1996, págs. 127-132; V. FUENTES CAMACHO, *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, Madrid, 1993, págs. 252-254; J.-M. HENKAERTS, «New rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict: The Significance of the Second Protocol to the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict», *Humanitäres Völkerrecht Informationsschriften*, 12, 1999, págs. 147-154; J. HLADÍK, «The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the notion of military necessity», *RICR*, 81, 1999, págs. 621-635; Id., «Actividades de la UNESCO en materia de aplicación y promoción de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y sus dos Protocolos», en M. T. DUTLY (ed.), *Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado: informe de la Reunión de expertos* (Ginebra, 5-6 de octubre de 2000), Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2002, págs. 57-68; C. JENSCHKE, *Der völkerrechtliche Rückgabeanspruch...*, págs. 57-73, 167-168 y 171-172; E. LATTMANN, *Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten - Die schweizerische Gesetzgebung und Praxis aufgrund des Haager Abkommens vom 14. Mai 1954 für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten*, Zürich, 1974; D. A. MEYER, «The 1954 Hague Cultural Property Convention and its Emergence into Customary International Laws», *Boston Univ. Int'l L. J.*, 11, 1993, págs. 349-389; R. O'KEEFE, «The Meaning of “Cultural Property” under the 1954 Hague Convention», *NILR*, 46, 1999, págs. 26-56; K. J. PARTSCH, «Protection of Cultural Property», en D. FLECK (Ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, 1995, págs. 377-404; A. H. POULOS, «The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: An Historic Analysis», *International Journal of Legal Information*, 28, 2000, págs. 1-44; L. V. PROTTE, «Commentary», en N. RONZITTI (Ed.), *The Law of Naval Warfare - A Collection of Agreements and Documents with Commentaries*, Dordrecht/Boston/London, 1998, págs. 582-593; CH. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, París, 1983, págs. 184-185; W. RUDOLF, «Über den internationalem Schutz von Kulturgütern», en K. HAILBRONNER/G. RESS/T. STEIN (Hrsg.), *Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doebring*, Berlin/Heidelberg/New York/London, 1989, págs. 853-871, en especial pág. 861; S. VON SCHORLEMER, *Internationale Kulturgüterschutz - Ansätze zur Prävention im Frieden sowie im bewaffneten Konflikt*, Berlin, 1992, en especial págs. 277 y 306-307;

La Convención fue elaborada teniendo presente que no existe un patrimonio cultural de cada nación, sino un patrimonio cultural de toda la humanidad. Así, en su Preámbulo, se afirma que «los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial... la conservación del patrimonio cultural presenta una gran importancia para todos los pueblos del mundo... conviene que ese patrimonio tenga una protección internacional» (5).

4. Una de las principales manifestaciones de *nacionalismo cultural* es 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*, hecha en París el 14 de noviembre de 1970 (en adelante, Convención de la UNESCO de 1970) (6). En su Preámbulo, se señala que «...todo Estado tiene el deber de proteger el patrimonio constituido por los bienes culturales existentes en su territorio contra los peligros de robo, excavación clandestina y exportación ilícita... para evitar esos peligros es indispensable que todo Estado tenga cada vez más conciencia de las obligaciones

H. STREBEL, «Die Haager Konvention zum Schutze der Kulturgüter im Falle eines bewaffneten Konfliktes vom 14.5.1054», *ZaöRV*, 16, 1955/56, págs. 35-75; J. TOMAN, *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol, signed on 14 May 1954 in the Hague, and on other instruments of international law concerning such protection*, Aldershot/Brookfield, 1996, en especial págs. 23, 54, 70-71, 97 y sigs., 169-171, 198-199 y 343-347; S. TURNER, «Die Zuordnung beweglicher Kulturgüter im Völkerrecht», en W. FIEDLER (Hrsg.), *Internationaler Kulturgüterschutz und deutsche Frage: völkerrechtliche Probleme der Auslagerung, Zerstreuung und Rückführung deutscher Kulturgüter nach dem Zweiten Weltkrieg*, Berlin, 1991, págs. 19-108, en especial págs. 106 y sigs.; Id., «Das internationale Kulturgüterrecht und die Zerstreuung des deutschen Kulturbesitzes nach dem Zweiten Weltkrieg», en W. FIEDLER (Hrsg.), *Internationaler Kulturgüterschutz und deutsche Frage: völkerrechtliche Probleme der Auslagerung, Zerstreuung und Rückführung deutscher Kulturgüter nach dem Zweiten Weltkrieg*, Berlin, 1991, págs. 109-182, en especial págs. 180-182; R. WOLFRUM, «Reflections on the Protection of Cultural Property in Armed Conflict», en *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier, European Law Publishers, 2004, págs. 1789-1800.

(5) Vid. párrafos segundo y tercero del Preámbulo de la Convención de La Haya de 1954. Vid. J. H. MERRYMAN, *Two Ways of Thinking...*, págs. 72-73.

(6) BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1986, pág. 4869. Vid. G. CARDUCCI, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art, Droit commun, Directive CEE, Conventions de l'Unesco et Unidroit*, París, 1997; V. FUENTES CAMACHO, *El tráfico ilícito...*, págs. 254-259; S. GIMBRÈRE/T. PRONK, «The Protection of Cultural Property: From UNESCO to the European Community with Special Reference to the Case of the Netherlands», en *NYIL*, 23, 1992, págs. 223-273; J. N. LEHMAN, «The Continued Struggle with Stolen Cultural Property: The Hague Convention, the UNESCO Convention, and the UNIDROIT Draft Convention», en *Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, 14, 1997, págs. 527-549; J. H. MERRYMAN, *Two Ways of Thinking...*, págs. 79-83; L.V. PROTTE, «Kulturgüterschutz nach der UNIDROIT-Konvention und nach der UNESCO-Konvention», en *ZVglRWiss*, 95, 1996, págs. 188-202.

morales inherentes al respeto de su patrimonio cultural y del de todas las naciones» (7).

La concepción de los bienes culturales como elementos que constituyen el patrimonio cultural de un concreto Estado determina la regulación que la Convención contempla en sus artículos 3 y 7. En virtud de la Convención se considera ilícita la importación, la exportación y la transferencia de propiedad de bienes culturales que vulnera la legislación del país de origen; siendo el objetivo perseguido por la Convención el retorno del bien cultural a dicho Estado (art. 3 y art. 7.b.ii) (8). La protección que ofrece la Convención se refiere a los bienes culturales procedentes de museos, monumentos públicos civiles o religiosos, o instituciones similares. Por lo tanto, su objetivo no es proteger al propietario originario. Es el Estado de origen el que puede reclamar tales bienes culturales.

5. Si se comparan las dos convenciones mencionadas, se observa que el objetivo de la Convención de La Haya de 1954 es proteger el bien cultural de los daños que se le puedan causar, que pueden llevar incluso a su destrucción (9). En cambio, la Convención de la UNESCO de 1970 intenta que tales bienes permanezcan en el país de origen (10).

6. En su formulación extrema, *nacionalismo e internacionalismo cultural* se enfrentan, entre otros, en los siguientes aspectos (11):

- a) Desde la perspectiva del *nacionalismo cultural*, es peor que un bien integrante del patrimonio cultural de la nación sea exportado, que los daños que pueda sufrir el bien en el Estado de origen, como consecuencia de su inadecuada conservación (12). Por el contrario, el *internacionalismo cultural* considera que deben ser trasladados a Estados que cuentan con mayores recursos para conservarlos, en donde podrían ser estudiados por otros investigadores y tendría acceso a los mismos un público más amplio (13).
- b) Para el *nacionalismo cultural*, un bien cultural, aunque mal conservado u olvidado, está mejor en el país de origen que en manos de un particular que lo haya adquirido en el mercado internacio-

(7) Vid. párrafos cuarto y quinto del Preámbulo de la Convención de la UNESCO de 1970.

(8) Vid. M. F. BOLAÑO, «International Art Theft Disputes: Harmonizing Common Law Principles with Article 7 (b) of the UNESCO Convention», en *Fordham Int'l L. J.*, 1991-1992, págs. 137-139; J. B. GORDON, «The UNESCO Convention on the Illicit Movement of Art Treasures», en *Harvard International Law Journal*, 1971, vol. 12, págs. 550-551.

(9) Vid. J. H. MERRYMAN, *Two Ways of Thinking...*, pág. 83.

(10) *Ibidem*.

(11) *Ibidem*, págs. 83-87.

(12) *Ibidem*, pág. 84.

(13) *Ibidem*.

- nal (14). El *internacionalismo cultural*, por el contrario, se muestra partidario del comercio internacional de dichos bienes (15).
- c) Según los partidarios del *internacionalismo cultural*, la política del *nacionalismo cultural* que restringe el comercio internacional de obras de arte fomenta el mercado negro (16). En cambio, dicho tráfico ilícito es considerado para el *nacionalismo cultural* como la confirmación de que los sistemas de protección son necesarios (17). Por ello, las naciones que se inclinan por el *nacionalismo cultural* cuentan con legislaciones que regulan la exportación de bienes culturales y ejercitan acciones en las que solicitan el retorno de los bienes al país de origen (18).

7. Una vez examinadas las dos perspectivas desde las que se puede diseñar el sistema de protección de los bienes culturales, procede examinar la regulación existente en el Ordenamiento jurídico español para determinar en cuál de ellas se enmarca.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

1. EL DERECHO A LA CULTURA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

8. El artículo 44 de la Constitución Española (en adelante, CE) establece que: «1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura a la que todos tienen derecho. 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general».

En la Constitución Española se hace alusión a diversas manifestaciones de la cultura, siendo posible distinguir una dimensión general y una dimensión colectiva (19). La primera comprende sus contenidos medulares, los procedimientos y vías de creación, transmisión y comunicación; y la proyec-

(14) *Ibidem*, pág. 84.

(15) *Ibidem*.

(16) Vid. P. M. BATOR, «An Essay on the International Trade in Art», en *Stan. L. Rev.*, 1981-1982, núm. 34, pág. 317; J. H. MERRYMAN, *Two Ways of Thinking...*, pág. 85; J. H. MERRYMAN/A. E. ELSEN, «Hot Art: A Reexamination of the Illegal International Trade in Cultural Objects», en *J. Arts Mgmt. & L.*, 1982, págs. 5 y 16.

(17) Vid. J. H. MERRYMAN, *Two Ways of Thinking...*, pág. 85.

(18) *Ibidem*, pág. 67.

(19) Vid. J. PRIETO DE PEDRO, «Artículo 44.1. El derecho a la cultura», en O. ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Madrid, 1996, pág. 209; J. PRIETO DE PEDRO, *Cultura, culturas y Constitución*, 3.^a reimp., Madrid, 2004.

ción de la misma hacia otras materias (20). En el ámbito de la segunda, el artículo 46 CE se refiere al patrimonio cultural (21).

Según ha señalado la doctrina, se considera que existe un deseo comunitario de «apropiación del legado histórico y del acervo cultural y artístico nacional» (22). En este sentido, la Constitución Española establece en el Preámbulo que la Nación española proclama su voluntad de «Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones», así como la de «Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida» (23).

9. El artículo 46 CE establece que «Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del Patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad...» (24).

En virtud del artículo 46 CE, los poderes públicos tienen el deber de proteger el patrimonio cultural (25). Del mencionado patrimonio cultural forman parte todas las creaciones humanas dotadas de *valor cultural*, con independencia de su forma de manifestación (corpórea, única o múltiple, homogénea o heterogénea) (26). Dicho *valor cultural* es el elemento que justifica el especial sistema de tutela de los bienes que lo integran (27).

(20) Vid. J. PRIETO DE PEDRO, *Artículo 44.1...*, pág. 209.

(21) *Ibídem*.

(22) Vid. A. E. PÉREZ-LUÑO, *Artículo 46...*, pág. 280.

(23) *Ibídem*.

(24) Sobre la discusión doctrinal relativa a su consideración como derecho fundamental, Vid. P. LUCAS VERDÚ, «Artículo 46», en L. SÁNCHEZ-AGESTA/P. LUCAS VERDÚ/G. TRUJILLO y P. DE VEGA, *Constitución Española. Edición comentada*, Madrid, 1979, pág. 120; G. PESES-BARBA MARTÍNEZ, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid, 2004, págs. 19-28, 282-283 y 287-288; G. PESES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Madrid, 1995, págs. 36-38 y 318-320; G. PESES-BARBA MARTÍNEZ, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, pág. 323 y sigs.; G. PESES-BARBA MARTÍNEZ, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, 1988, págs. 195-213; A. E. PÉREZ LUÑO, «Las generaciones de derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, núm. 10, pág. 203 y sigs.; A. E. PÉREZ-LUÑO, *Artículo 46...*, págs. 293, 299-300; A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9.^a ed., Madrid, 2005, págs. 530-554.

(25) Con respecto a que los poderes públicos son los destinatarios de normas como el artículo 46 CE, vid. G. PESES-BARBA MARTÍNEZ, *Lecciones...*, pág. 283; G. PESES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso...*, págs. 36-38 y 318-320.

(26) Vid. M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución Española*, Madrid, 1998, pág. 256.

(27) Vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ, «Patrimonio cultural y organización administrativa», en *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 21, 1995, pág. 36; M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura...*, pág. 255.

Debemos distinguir el bien cultural de su soporte físico (28). El primero es una determinada utilidad de la cosa, sobre la que es posible que exista una pluralidad de bienes. Cada uno de esos bienes puede ser objeto de una tutela específica (29). Sin embargo, la titularidad del bien patrimonial, que se asienta sobre la misma cosa, puede pertenecer a otro sujeto (30). El bien cultural es un «bien inmaterial», caracterizado por ser un bien abierto a una «fruición colectiva», lo que hace que se trate de un bien público (31). El Estado tutela esta fruición colectiva (32). Como el bien cultural debe ser accesible al uso público, se considera que resulta legitimada la intervención administrativa sobre tales bienes (33).

2. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN LA LPHE

10. En la línea del *nacionalismo cultural*, el régimen de protección del patrimonio cultural se concreta en el Ordenamiento español en la *Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español* (en adelante, LPHE) (34). En el artículo 1.2 LPHE se señala que: «Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico». A continuación, en su artículo 2.1, la LPHE hace alusión al deber de los poderes públicos de proteger el mencionado patrimonio: «Sin perjuicio de las competencias que correspondan a los demás poderes públicos, son deberes y atribuciones esenciales de la Administración del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 46 y 44, 149.1.1 y 149.2 de la Constitución, garantizar la conservación del Patrimonio Histórico

(28) Vid. M. S. GIANNINI, «I beni culturali», en *Riv. trim. dir. pub.*, 1976, pág. 24; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural», en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 39, 1983, pág. 583; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «El papel de la Administración Pública frente a la exportación ilegal de bienes culturales», en A. L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, 2005, pág. 101.

(29) Vid. M. S. GIANNINI, *I beni culturali...*, pág. 24; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Consideraciones sobre una nueva legislación...*, pág. 583.

(30) Vid. M. S. GIANNINI, *I beni culturali...*, págs. 30-33.

(31) *Ibidem*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Consideraciones sobre una nueva legislación...*, pág. 584.

(32) Vid. M. S. GIANNINI, *I beni culturali...*, págs. 30-33.

(33) Vid. M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura...*, págs. 241-242.

(34) *BOE* núm. 155, de 29 de junio de 1985, pág. 20342 y sigs.; rect. *BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 1985, pág. 39101.

Español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes comprendidos en él. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.28 de la Constitución, la Administración del Estado protegerá dichos bienes frente a la exportación ilícita y la expliación».

11. El grado de protección frente a la exportación ilícita de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español varía en función de la categoría a la que los mismos pertenecen. Existen dos categorías de protección fundamentales: los *bienes de interés cultural* y los bienes del Inventario General de Bienes Muebles. Tal como establece la LPHE en su Preámbulo, la categoría de *bienes de interés cultural* comprende los muebles e inmuebles del Patrimonio Histórico Español que, de forma más palmaria, requieran tal protección. Son bienes cuya importancia cultural los convierte en representativos de la historia, el arte o la cultura de España (35). Los *bienes de interés cultural* son bienes *inexportables*, es decir, su salida con carácter definitivo no se encuentra permitida (art. 5.3 LPHE) (36).

Los bienes del Inventario General de Bienes Muebles son aquéllos cuyo grado de interés, desde el punto de vista de los valores culturales tutelados por el Derecho, es menor que el de los *bienes de interés cultural* (37). La exportación de tales bienes se encuentra permitida sólo en caso de que previamente se conceda una autorización expresa de exportación (art. 5.2 LPHE).

12. Nuestro objetivo consiste en determinar cómo influye la existencia de bienes culturales *protegidos* por los Estados en el comercio internacional de obras de arte. Para ello examinaremos, en primer lugar, cómo se regula la propiedad de una obra de arte en el Derecho Internacional Privado español. A continuación, expondremos cómo puede verse afectado un propietario particular por la reclamación de un Estado que, en el ámbito del *nacionalismo cultural*, alega estar cumpliendo con su deber de proteger su patrimonio cultural.

(35) Vid. J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Estudios sobre el patrimonio histórico español*, Madrid, 1989, pág. 110 y sigs.; J. M. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita de bienes culturales*, Valladolid, 2001, pág. 213.

(36) Vid. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, 2 tomos, Madrid, 1994, pág. 310 y sigs.; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *El papel de la Administración...*, pág. 108; P. LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*, Valencia, 2001, pág. 94.

(37) Vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Madrid, 1990, pág. 618.

III. LA PROPIEDAD DE LOS BIENES CULTURALES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL: *LEX REI SITAE*

1. LA REGLA *LEX REI SITAE*

13. En Derecho Internacional Privado español no existe una norma de conflicto específica para los litigios relativos a la propiedad de los bienes culturales (38). Cuando se plantea uno de los mencionados litigios ante los Tribunales españoles, éstos acuden al artículo 10.1 del Código Civil, que es la norma de conflicto general en materia de derechos reales. Dicho precepto establece que «La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles». El artículo 10.1 del Código Civil recoge la que se considera la solución mayoritaria de los sistemas de Derecho Internacional Privado, al determinar aplicable la *lex rei sitae* (39). La regla *lex rei sitae* se aplica con independencia de que el sujeto que reclama la propiedad del bien cultural sea un particular o un Estado.

14. Cuando se discute la propiedad de una obra de arte que ha sido objeto de traslado, es necesario concretar cuál es el *lugar* al que se refiere el artículo 10.1 del Código Civil. La tesis mayoritaria considera que la Ley aplicable es la del lugar en que se encuentra el bien cultural en el momento de su adquisición, ya que ése es el «momento jurídicamente relevante» (40).

2. LAS RECLAMACIONES DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES CULTURALES REALIZADAS POR LOS ESTADOS A SUJETOS PARTICULARES

15. Comenzaremos exponiendo una serie de casos en los que un Estado solicitó el retorno de un bien cultural a un sujeto particular que alegaba ser el propietario del mismo.

16. Uno de los primeros casos se planteó por el Estado italiano con la reclamación de una serie de libros antiguos, que dio lugar al asunto *The King of Italy and the Italian Government v. Marquis Cosimo de Medici Tornaquini*.

(38) Vid. A. MÜLLER-KATZENBURG, «Besitz- und Eigentumssituation bei gestohlenen und sonst abhanden gekommenen Kunstwerken», en *NJW*, 52, 1999, págs. 2251-2258; Id., *Internationale Standards im Kulturverkehr und ihre Bedeutung für das Sach- und Kollisionsrecht*, Berlin, 1995, en especial pág. 157 y sigs.

(39) Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derechos reales», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 8.^a ed., Granada, 2007, pág. 525; V. FUENTES CAMACHO, *El tráfico ilícito...*, pág. 203; L. V. PROTTE, «Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage», en *RCADI*, 1989, vol. 217, pág. 262.

(40) Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derechos reales...*, pág. 527.

ci, Marquis Averardo de Medici Tornaquinci, and Christie, Manson and Woods (41). El Estado italiano solicitó la devolución de los libros, caracterizados por su interés histórico-artístico, al constar valiosas referencias históricas para el Estado italiano. La familia de los Marqueses MEDICI TORNACINCI, que era propietaria de los libros, procedió a trasladarlos al Reino Unido para que fueran subastados en la sala Christie's, sin contar con el correspondiente permiso de exportación. Los libros, algunos de propiedad privada y otros de propiedad del Estado italiano, fueron exportados ilegalmente de Italia. El tribunal británico sólo ordenó la devolución de los libros de propiedad estatal.

17. El Estado italiano realizó una reclamación semejante en el caso *Jeanneret v. Vichey*, relativo a la compraventa de la obra *Portrait sur fond jaune* de Henri MATISSE en 1973 (42). Marie Louise JEANNERET adquirió la obra a la señora VICHEY. Un año después de la venta, la señora JEANNERET descubrió que había sido exportada ilegalmente de Italia por la señora VICHEY, así que acudió a los tribunales estadounidenses para solicitar la rescisión del contrato. En el litigio intervino también el Gobierno italiano, alegando que habían sido vulneradas sus normas de exportación. Afirmó además que se trataba de un bien de particular interés artístico e histórico y que su exportación suponía una tremenda pérdida para el Patrimonio Nacional. El tribunal estadounidense no tomó en consideración la reclamación del Estado italiano, al estimar que no existía un vínculo cultural entre el Estado italiano y la obra (43).

18. En el asunto *Danusso*, el Estado ecuatoriano reclamó la propiedad de una serie de bienes culturales a un nacional italiano (44). El litigio se planteó ante los tribunales italianos, cuyo Derecho Internacional Privado determinaba aplicable la Ley ecuatoriana como *lex rei sitae* (45). El Estado alegó en su reclamación que se trataba de bienes de su patrimonio cultural.

(41) Chancery Division 31 julio 1918, *King of Italy v. Marquis Cosimo de Medici Tornaquinci and Christie Manson and Woods* (1919), en *RDI*, 1921-1922, serie III, vol. 1, pág. 194 y sigs. Vid. K. KREUZER, «La propriété mobilière en droit international privé», en *RCADI*, 1996, vol. 259, pág. 139; V. FUENTES CAMACHO, *El tráfico ilícito...*, págs. 107-108.

(42) *Jeanneret v. Vichey*, 541 F. Supp. 80 SDNY 1982, 693 F. 2d 259 (2d Cir. 1982). Vid. I. GUARDÁNS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Madrid, 1992, pág. 77; K. SIEHR, «International Art Trade and the Law», en *RCADI*, 1993, vol. 243, págs. 36-40; V. FUENTES CAMACHO, *El tráfico ilícito...*, págs. 162-164.

(43) Vid. CH. ARMBRÜSTER, «La revendication de biens culturels du point de vue du droit international privé», en *RCDIP*, 2004, vol. 93, octubre-diciembre, pág. 741.

(44) *Repubblica dell'Ecuador e Casa della cultura ecuatoriana c. Danusso, Matta e altri*, Tribunale di Torino, 25 de marzo de 1982, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1982, vol. 18, pág. 625.

(45) Vid. R. CLERICI, «La protection des biens culturels vis-à-vis des règles italiennes de conflit», en *RDIPP*, 1989, págs. 799-808.

Según la legislación ecuatoriana, para la transmisión de tales bienes es preciso el permiso de la Casa de la Cultura de Ecuador (46). Como en la adquisición de los bienes había faltado la autorización que dicha Ley exige para su transmisión, en la sentencia se señaló que G. DANUSSO no había adquirido un título legal de sus vendedores, por lo que se ordenó el retorno de los bienes a Ecuador (47).

19. El Estado neozelandés reclamó una puerta tallada de arte maorí en el caso *Attorney General of New Zealand v. Ortiz* (48). En 1973, un comerciante británico adquirió la puerta en Nueva Zelanda, que fue trasladada sin permiso a Nueva York. Posteriormente fue vendida a George ORTIZ, un conocido coleccionista privado residente en Suiza. En 1978, G. ORTIZ recurrió a la firma Sotheby's para subastar su colección en Londres. El Gobierno de Nueva Zelanda tomó entonces conocimiento del paradero de la obra, por lo que reclamó la propiedad de la misma ante los tribunales ingleses. La reclamación del Gobierno de Nueva Zelanda se basaba en que, en virtud de la *New Zealand Historic Articles Act 1962*, la exportación de objetos históricos sin autorización se encontraba prohibida. Si la exportación se llevaba a cabo en tal caso, la mencionada norma señalaba que el bien debía pasar a ser propiedad de la Corona. Los tribunales británicos examinaron si se había producido una adquisición de la propiedad del bien por parte del Estado de Nueva Zelanda. Como la adquisición de la propiedad por parte del Estado tenía lugar, según la *New Zealand Historic Articles Act 1962*, como consecuencia de la exportación ilegal, el tribunal señaló que ello implicaba admitir una adquisición automática en frontera (49). El tribunal consideró que ello iba en contra de la teoría de la soberanía e implicaba una violación del Derecho internacional (50). Por ello, no fue atendida la reclamación del Estado neozelandés.

20. Otro ejemplo es el caso *United States of America v. Frederick Schultz*, en el que el Gobierno egipcio solicitó el retorno al país de origen de una serie de antigüedades que habían sido vendidas en los Estados Unidos de América por el marchante de arte Frederick SCHULTZ (51). En virtud de la

(46) Artículo 5 de la Ley ecuatoriana del Patrimonio Artístico de 1945: «No podrá transferirse el dominio de los objetos pertenecientes al patrimonio artístico nacional a título gratuito u oneroso, ni desplazar tales objetos, sin autorización de la Casa de la Cultura ecuatoriana, a quien corresponde la conservación del Patrimonio artístico y podrá por su parte denegar la autorización».

(47) Vid. K. SIEHR, *International Art Trade...*, págs. 82-83.

(48) *Attorney General of New Zealand v. Ortiz*, (1982) 2 WLR 10 (QB), (1982) 3 All ER 432 (QB); (1984) 1 AC 1 (CA, HL).

(49) Vid. K. SIEHR, *International Art Trade...*, pág. 187.

(50) *Ibidem*.

(51) *United States v. Frederick Schultz*, 333 F.3d 393, 401 (2d Cir. 2003), *cert. denied*, 545 U.S. 1029 (2004). Vid. M. A. EL WAHED, «The 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: a View from Egypt», *Revue de Droit Uniforme/Uniform Law Revue*, 2003, pág. 531; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «El co-

legislación egipcia, en concreto la Ley núm. 117 (*The Law on the Protection of Antiquities*), el Gobierno egipcio sostuvo que los bienes en cuestión eran de su propiedad (52). Dicha legislación establecía que pertenecían al mismo todas las antigüedades descubiertas en el territorio de Egipto con posterioridad a su promulgación. F. SCHULTZ negó que la Ley egipcia 117 atribuyese un auténtico derecho de propiedad al Gobierno de Egipto (53). Para ello, sostuvo que la Ley egipcia 117 era una norma de exportación extranjera y, como tal, no podía ser aplicada por los tribunales estadounidenses. El tribunal estadounidense señaló que la Ley egipcia 117 contaba con un amplio ámbito de aplicación, en el que se incluían tanto normas de exportación como normas reguladoras de la propiedad (54). Esta distinción revestía una gran importancia para el litigio dado que, si se admitía que sólo era una norma de exportación, con base en la misma no cabría considerar que los bienes habían sido robados. Pero el tribunal consideró que, en lo que resultaba aplicable al caso, la Ley egipcia 117 regulaba la propiedad de las antigüedades. Para llegar a esta conclusión fue tenida en cuenta la claridad de su lenguaje, y que resultaba aplicable tanto a la exportación de Egipto como a los hechos que tuvieran lugar dentro del país. El tribunal señaló, como prueba de que se trataba de una ley de propiedad, que la Ley distinguía, en lo que a sanciones se refiere, entre el caso de exportación y el de robo, contemplando, para cada uno, distintas penas de prisión y multa. El tribunal estadounidense admitió así que, en virtud de la legislación egipcia, el Gobierno de Egipto era el propietario de las antigüedades.

21. Los casos expuestos tienen en común que los Estados reclaman la propiedad de bienes culturales a sujetos particulares, alegando, en alguna fase del procedimiento, que son bienes que se encuentran protegidos por la legislación estatal o que revisten una especial importancia para el patrimonio cultural del país.

mercio internacional de obras de arte robadas: *United States v. Frederick Schultz*», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Estudios sobre Contratación Internacional*, Madrid, Colex, 2006, págs. 37-54; C. ERICSON, «*United States of America v. Frederick Schultz. The National Stolen Property Act Revives the Curse of the Pharaohs*», *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2004, vol. 12, págs. 509-524; P. GERSTENBLITH, «*United States v. Schultz*», *Culture without Context: the Newsletter of the Illicit Antiquities Research Centre*, primavera 2002, núm. 10, en <http://www.mcdonald.cam.ac.uk/IARC/cwoc/issue10/USvSchultz.htm>; B. POND, «*U. S. v. Schultz*», *DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law*, 2003, vol. 13, pág. 495; P. WATSON, «*The Investigation of Frederick Schultz*», *Culture without Context: the Newsletter of the Illicit Antiquities Research Centre*, primavera 2002, núm. 10, en <http://www.mcdonald.cam.ac.uk/IARC/cwoc/issue13/mcclain-schultz.htm>

(52) La versión actual de la Ley núm. 117 puede ser consultada en la Base de datos de la UNESCO sobre legislaciones relativas al patrimonio cultural (<http://www.unesco.org>).

(53) Vid. B. POND, *U.S. v. Schultz...*, pág. 495.

(54) *Ibidem*, pág. 504; C. ERICSON, *United States of America v. Frederick Schultz...*, pág. 518.

Ahora bien, ¿resultaron relevantes tales argumentos para el éxito de las reclamaciones, o los tribunales se limitaron a resolver la cuestión de la propiedad sin tener en cuenta la dimensión colectiva del derecho a la cultura?

22. En el ámbito del Derecho Internacional Privado, los tribunales resuelven generalmente las reclamaciones de propiedad de un bien cultural en virtud de la regla *lex rei sitae*. En el asunto *Danusso*, por ejemplo, se valoró si G. DANUSO se había convertido en propietario de los bienes culturales conforme a la legislación ecuatoriana, por ser la ley del lugar en el que se encontraban los bienes cuando fueron por él adquiridos (55). La falta del permiso de la Casa de la Cultura ecuatoriana motivó que el tribunal considerase que G. DANUSO no se había convertido en legítimo propietario.

En el caso *United States of America v. Frederick Schultz* también se admitió que el Gobierno extranjero, en este caso egipcio, era el propietario de las antigüedades (56). Los tribunales estadounidenses distinguieron claramente entre la consideración de la Ley egipcia 117 como norma de exportación o norma que regulaba la propiedad. Dichos tribunales aclararon que entendían que las antigüedades eran de la propiedad del Gobierno egipcio y por ello consideraron que habían sido robadas. No se tomó en consideración el hecho de que el Gobierno egipcio pudiera estar protegiendo su patrimonio cultural.

23. En los casos expuestos se observa que las normas de protección del patrimonio cultural —como es el caso de las normas de exportación—, no son tomadas en consideración por los tribunales extranjeros. Los tribunales se limitaron a valorar si el particular se había convertido en propietario conforme a la legislación que resultaba aplicable. Dicho de otra forma, los tribunales extranjeros no decidieron sobre la propiedad del bien cultural con base en un posible papel del Estado de protección del patrimonio cultural.

3. LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS EN LAS RECLAMACIONES DE PROPIEDAD DE BIENES CULTURALES: ARTÍCULO 29 LPHE

24. Las conclusiones que acabamos de exponer resultan aplicables cuando la reclamación de la propiedad del bien cultural es resuelta por

(55) «Repubblica dell’Ecuador e Casa della cultura ecuatoriana c. Danusso, Matta e altri», Tribunale di Torino 25 marzo 1982, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1982, vol. 18, pág. 625.

(56) *United States v. Frederick Schultz*, 333 F.3d 393, 401 (2d Cir. 2003), *cert. denied*, 544 U.S. 102 (2004). Vid. M. A. EL WAHED, *The 1995 UNIDROIT Convention...*, pág. 531; C. ERICSON, *United States of America v. Frederick Schultz...*, págs. 509-524; P. GERSTENBLITH, «*United States v. Schultz...*», en <http://www.mcdonald.cam.ac.uk/IARC/cwoc/issue10/USvSchultz.htm>; B. POND, *U.S. v. Schultz...*, pág. 495; P. WATSON, «The Investigation of Frederick Schultz...», en <http://www.mcdonald.cam.ac.uk/IARC/cwoc/issue13/mcclain-schultz.htm>

los tribunales en virtud de la *lex rei sitae*. Sin embargo, existen reglas que sustituyen la aplicación de tal legislación, en las que sí adquiere relevancia el deber del Estado de proteger el patrimonio cultural, como ocurre con el artículo 29 LPHE.

A) *El artículo 29 LPHE*

25. El artículo 29 LPHE es una norma material de Derecho Internacional Privado (57). Este artículo establece en su apartado primero que «Pertenecen al Estado los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5 de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles».

26. El artículo 29.1 es una excepción a la norma de conflicto del artículo 10.1 del Código Civil (58). El artículo 29 LPHE se encuentra previsto para proteger los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español que han sido *exportados ilegalmente*. Será aplicable, fundamentalmente, a los casos en los que hayan sido exportados *bienes de interés cultural* —que, como hemos comentado, son en todo caso inexportables— y a los casos en que son exportados bienes *inventariados* sin la correspondiente autorización administrativa (59). En caso de que se cumplan las dos condiciones señaladas —bien protegido del Patrimonio Histórico Español y exportación ilegal—, la propiedad del bien será atribuida al Estado español.

27. El artículo 29 LPHE se encuentra previsto para regular la propiedad de determinados bienes culturales. En su regulación, el deber del Estado español de proteger su patrimonio cultural influye en diversos aspectos. En primer lugar, se convierte al Estado en propietario de determinados bienes. Son bienes que gozan de una especial protección, por así establecerlo la LPHE en su desarrollo del artículo 46 CE.

En segundo lugar, tal como dispone el artículo 29.2 LPHE: «Corresponde a la Administración del Estado realizar los actos conducentes a la total recuperación de los bienes ilegalmente exportados». Implícitamente podría entenderse que se está reconociendo que, en su reclamación, el Estado español está actuando no sólo como un propietario que defiende su derecho sobre

(57) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, 8.^a ed., 2007, pág. 185.

(58) Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derechos reales...*, pág. 541; B. L. CARRILLO CARRILLO, «Tráfico internacional ilícito de bienes culturales y DIPr.», en *Anales de Derecho Universidad de Murcia*, 2001, núm. 19, págs. 221-222.

(59) Vid. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico...*, pág. 324; V. FUENTES CAMACHO, *El tráfico ilícito...*, pág. 310 y sigs.; P. LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, *La reivindicación...*, págs. 94-95.

un bien, sino también cumpliendo con un deber de protección del patrimonio cultural (60).

Por último, se refuerza la posición estatal frente al tercero que pudiera alegar que se ha convertido en propietario de los bienes mencionados, al establecer que tales bienes son inalienables. Así, si el Estado reclama ante los tribunales españoles la propiedad de un bien cultural del Patrimonio Histórico Español que ha sido ilegalmente exportado a un tercero, el tribunal español, en virtud del artículo 29 LPHE, considerará que el tercero no es el legítimo propietario, por lo que ordenará que el bien regrese al territorio español.

B) *El artículo 29 LPHE como norma internacionalmente imperativa*

28. El artículo 29 LPHE puede ser enmarcado entre las que han sido denominadas *normas internacionalmente imperativas* (61). Dentro de las mismas, se trataría de una *norma de dirección*, ya que protege un interés general o público (62). No trata de proteger a sujetos situados en una posición de inferioridad o debilidad en una relación jurídica, como ocurre con las *normas de protección*, sino que restringe la libertad de las partes para salvaguardar intereses generales y/o intereses públicos (63). Se trata de una norma que controla un sector económico especialmente protegido, como es el patrimonio histórico (64).

(60) En este sentido, cabe matizar que si el bien cultural pertenecía a un particular con anterioridad a la exportación ilegal, aquél podrá solicitar su cesión, siempre que demuestre que perdió el bien o le fue sustraído. Artículo 29.3 LPHE: «Cuando el anterior titular acredite la pérdida o sustracción previa del bien ilegalmente exportado, podrá solicitar su cesión del Estado, obligándose a abonar el importe de los gastos derivados de su recuperación, y, en su caso, el reembolso del precio que hubiere satisfecho el Estado al adquirente de buena fe. Se presumirá la pérdida o sustracción del bien ilegalmente exportado cuando el anterior titular fuera una Entidad de derecho público». Vid. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico...*, pág. 324; C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica...*, pág. 627; J. M. A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita...*, págs. 247-248.

(61) Vid. K. H. NEUMAYER, «Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé et des obligations», en *RCDIP*, 1958, pág. 70 y sigs.; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, cit., págs. 195-198; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Contratos internacionales, I...*, cit., págs. 431-434; B. L. CARRILLO CARRILLO, *Tráfico internacional...*, pág. 222.

(62) Vid. G. FARJAT, *L'ordre public économique*, París, 1963; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/M. VIRGÓS SORIANO, «Le commerce international de l'art en Droit espagnol», en *La vente internationale d'oeuvres d'art*, Ginebra, 1985, pág. 340; M. VIRGÓS SORIANO, «Obligaciones contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS (dir.), *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 1995, págs. 178-179.

(63) Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/M. VIRGÓS SORIANO, *Le commerce international...*, pág. 340; M. VIRGÓS SORIANO, *Obligaciones...*, págs. 178-179; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Contratos de importación...*, pág. 623.

(64) Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/M. VIRGÓS SORIANO, *Le commerce international...*, pág. 340; M. VIRGÓS SORIANO, *Obligaciones...*, págs. 178-179.

29. Por definición, la *norma internacionalmente imperativa* es aquélla que, según el Derecho del Estado al que pertenece, resulta aplicable con independencia de la ley designada por la norma de conflicto de ese país (65). Junto a esta concepción funcional, cabe tener presente una definición conceptual, que señala que es precisa su aplicación para salvaguardar la organización política, social o económica de un país (66). La combinación de ambas definiciones —conceptual y funcional— permite concebirlas como reglas imperativas cuya aplicación, con independencia del Derecho aplicable, se encuentra justificada por su papel en la organización política, social o económica del Estado al que pertenecen (*Eingriffsrecht*) (67). Siguiendo esta definición, en el caso del Derecho Internacional Privado español, la *norma internacionalmente imperativa* del artículo 29 LPHE será aplicada con independencia del Derecho que resulte aplicable a la propiedad del bien cultural en virtud de la regla *lex rei sitae* (art. 10.1 del CC).

30. En el tema que nos ocupa debemos determinar si el recurso a la teoría de las *normas internacionalmente imperativas* garantiza que, en las reclamaciones de propiedad de bienes culturales, sea relevante el papel que desempeña el Estado en la protección de su patrimonio cultural. El obstáculo fundamental con el que nos enfrentamos es el problema que plantea la aplicación de tales normas por los tribunales.

31. Frente a lo que ocurre en un plano contractual, en el que el artículo 7 del *Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (en adelante, CR) se ocupa de las condiciones de aplicación de las *normas internacionalmente imperativas*; en los litigios relativos a la propiedad de bienes culturales no existe un precepto similar (68).

32. Siguiendo un esquema semejante al que se emplea en el artículo 7 CR, debemos distinguir el supuesto en el que la *norma internacionalmente*

(65) Vid. P. MAYER, «*Lois de police*», en *Rép. Internat. Dalloz*, 1998.

(66) Vid. P. FRANCESCAKIS, «*Conflit de lois*», en *Rép. Internat. Dalloz*, 1.^a ed.

(67) Vid. P. MANKOWSKI, en C. V. BAR/P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, vol. I, 2.^a ed., München, 2003, págs. 262-273; P. MAYER, *Lois de police...*, 1998.

(68) Versión consolidada en *DOCE* C 27, de 26 de enero de 1998; texto también en *BOE* núm. 171, de 19 de julio de 1993, corrección de errores en *BOE* núm. 189 de 9 de agosto de 1993 y *BOE* núm. 82 de 6 de abril de 1999. Vid. A. L. CALVO CARAVACA, «*Contratos internacionales, I*», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, 8.^a ed., 2007, pág. 431 y sigs.; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «*Contratos de importación y exportación de bienes culturales*», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Curso de contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, págs. 555-562; M. GIULIANO/P. LAGARDE, «*Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*», en *DOCE* núm. 327, de 11 de diciembre de 1992; I. GUARDÁNS I CAMBÓ, *Contrato internacional...*, pág. 551; R. PLENDER/M. WILDERSPIN, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, 2.^a ed., Londres, 2001. Dicha información será matizada más adelante cuando examinemos el alcance del artículo 12 de la Directiva.

imperativa de protección del patrimonio cultural pertenece al Derecho del foro, del supuesto en que se trata de una *norma internacionalmente imperativa* de un tercer Estado.

a) La aplicación del artículo 29 LPHE por los tribunales españoles

33. El primer caso sería el de un tribunal español que, en la reclamación de la propiedad de un bien cultural, debe valorar si aplica el artículo 29 LPHE o la *lex rei sitae*, conforme al artículo 10.1 del Código Civil. En primer lugar, el litigio ha de incluirse en el ámbito de aplicación de la *norma internacionalmente imperativa* (69). Dicho ámbito de aplicación es definido por el legislador del Estado a cuyo Ordenamiento pertenece la norma en cuestión (70). En el caso del artículo 29 LPHE, sería preciso que el bien cultural, cuya propiedad se discute, sea un bien del Patrimonio Histórico Español que haya sido exportado ilegalmente de España. Con respecto al contenido obligatorio o imperativo del artículo 29 LPHE, el tribunal español consideraría que el objetivo perseguido por dicho precepto —la protección del Patrimonio Histórico Español— se consigue mediante la aplicación de tal precepto, ya que se traduce en la atribución al Estado de la propiedad del bien cultural, impidiendo que un tercero alegue que lo ha adquirido válidamente. Además, como el artículo 29 LPHE atribuye al Estado español la propiedad del bien cultural, se observa que fue elaborado por el legislador español como excepción al artículo 10.1 del Código Civil, ya que ignora la regulación que dicho precepto puede establecer con respecto a la propiedad del bien cultural.

34. Ahora bien, ¿es necesario para el tribunal español acudir a la tesis de la *norma internacionalmente imperativa* para justificar la aplicación del artículo 29 LPHE? Como expusimos en su momento, el artículo 29 LPHE es una norma material especial de Derecho Internacional Privado. Ello supone que proporciona una «respuesta jurídica directa, inmediata y sustantiva» a las reclamaciones de propiedad de bienes culturales (71). El litigio sobre la propiedad de un bien cultural del Patrimonio Histórico Español, que ha sido ilegalmente exportado de España, es resuelto por la norma con la atribución de la propiedad del bien al Estado español. Cuando ante un tribunal se plan-

(69) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, pág. 198; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Contratos internacionales*, I..., pág. 432.

(70) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, pág. 198; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Contratos internacionales*, I..., pág. 432.

(71) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, pág. 184.

tea un conflicto entre normas de su Derecho Internacional Privado de producción interna, siendo una de ellas una norma material especial (art. 29 LPHE) y la otra una norma de conflicto (art. 10.1 del CC), prevalece la primera en virtud del principio de especialidad (72). El tribunal español no necesita, por lo tanto, acudir a la tesis de la *norma internacionalmente imperativa* para justificar la aplicación del artículo 29 LPHE, sino al concepto de *norma material especial*, que opera como corrección a la norma de conflicto del artículo 10.1 del Código Civil (73).

b) La aplicación del artículo 29 LPHE por los tribunales extranjeros

35. Procede, a continuación, examinar si la tesis de las *normas internacionalmente imperativas* nos lleva a resultados diferentes cuando un tribunal extranjero se plantea aplicar una *norma internacionalmente imperativa* que no pertenece al Derecho del foro ni al que regula la propiedad del bien cultural. Éste sería el caso en el que un tribunal extranjero se plantea aplicar el artículo 29 LPHE a la reclamación de un bien cultural, cuando su norma de conflicto le remite a un Derecho que no es el español.

36. Como ya hemos comentado, no existen cláusulas generales que, en las reclamaciones de propiedad de bienes culturales, obliguen a los Estados a aplicar *normas internacionalmente imperativas* de Estados extranjeros. El tribunal extranjero podrá tener en cuenta diversos factores (74). En primer lugar, si el supuesto se encuentra cubierto por el ámbito de aplicación de la *norma internacionalmente imperativa* extranjera. También tendrá en cuenta si la norma protege un interés digno de tutela. En nuestro caso, dicho interés es la protección del patrimonio cultural de un Estado. A ello cabe añadir la valoración sobre la existencia de un vínculo de la situación con el Estado a cuyo Ordenamiento pertenece la *norma internacionalmente imperativa*. Dicho vínculo consistiría en la pertenencia del bien cultural cuya propiedad se reclama al Patrimonio Histórico Español (75).

37. Los aspectos mencionados son criterios que el tribunal extranjero puede emplear para justificar la aplicación de las normas que protegen el patrimonio cultural de otros Estados. Sin embargo, con las salvedades que a continuación expondremos al examinar el artículo 12 de la Directiva, no existe norma alguna que obligue a un juez extranjero a aplicar las normas de

(72) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, pág. 56.

(73) Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derechos reales...*, pág. 541.

(74) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, pág. 198.

(75) Vid. I. GUARDÁNS i CAMBÓ, *Contrato internacional...*, pág. 551.

protección del patrimonio cultural extranjeras a los litigios sobre la propiedad de un bien cultural.

Resulta llamativo además que, incluso en el plano contractual, en el que sí se hace alusión a tales normas, no se prevé la *aplicación* de las mismas sino una facultativa *toma en consideración* (art. 7.1 CR) (76).

Por ello, la tesis de las *normas internacionalmente imperativas* tampoco parece garantizar que la reclamación de la propiedad de un bien cultural se resuelva mediante la aplicación de normas extranjeras de protección del patrimonio cultural.

4. LA APLICACIÓN DE NORMAS DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EXTRANJERAS A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 12 DE LA DIRECTIVA

38. En el ámbito comunitario, el artículo 30 TCE establece que «Las disposiciones de los artículos 28 y 29 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

El artículo 30 TCE deroga la libre circulación de determinadas categorías de mercancías, entre las que se encuentran los bienes culturales (77). El

(76) *Ibidem*, pág. 559 y sigs.

(77) Con respecto al concepto de mercancía comunitario, vid. STJCE de 10 de diciembre de 1968, *Comisión/Italia, Obras de arte*, 7/68, Rec., pág. 617. Vid. comentario de la sentencia de P. PESCATORE, en *Rev. trim. dr. eur.*, 1985, págs. 451-462. Vid. A. BIONDI, «The Gardener and other stories: the peregrination of cultural artefacts within the European Union», en R. CRAUFURD SMITH (ed.), *Culture and European Union law*, Oxford, 2004, págs. 153-165; R. CLERICI, «La circolazione delle opere d'arte nella Comunità Europea», en M. CONSTANZA (ed.), *Commercio e circolazione delle opere d'arte*, Padua, 1999, pág. 36. Sobre el alcance del artículo 30 TCE, KARYDIS, «Le juge communautaire et la preservation de l'identité culturelle nationale», en *Rev. trim. droit eur.*, 1994, págs. 550-575; F. LÓPEZ RAMÓN, «La movilidad del patrimonio histórico español en la Comunidad Europea», en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, 1992, núm. 75, págs. 359-379; J. M. MAGÁN PERALES, «Algunas precisiones sobre la noción de bien cultural en el Tratado de la Comunidad Europea», en *Patrimonio cultural y derecho*, 1998, vol. 2, págs. 171-182; A. MATTERA, «La libre circulation des oeuvres d'art à l'intérieur de la Communauté et la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique», en *Revue du Marché Unique européen*, núm. 2, 1993, págs. 13-20; T. L. MARGUE, «La protection des trésors nationaux dans le cadre du grand marché: problèmes et perspectives», en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1992, págs. 905-918; C. H. M. MAURER, *Die Ausfuhr von Kulturgütern in der*

obstáculo que estas medidas suponen para el comercio intracomunitario de los bienes culturales responde, simplemente, al intento de preservar dichos bienes de los efectos nocivos que se derivarían de su libre circulación (78).

39. Para proteger el patrimonio cultural de los Estados miembros fue elaborada la *Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro* (79). Dicha norma combina un procedimiento de restitución automática de los bienes culturales que han sido exportados ilegalmente, con una norma de conflicto específica para la regulación de la propiedad de los mismos. La norma de conflicto dispone que «La propiedad del bien cultural tras su restitución se regirá por la legislación interna del Estado miembro requirente» (art. 12).

40. Comenzando por la restitución automática, cabe señalar que la Directiva prevé un procedimiento de restitución de los bienes culturales que se encuentran en un Estado miembro (Estado requerido), que han sido exportados ilegalmente de otro Estado miembro, al que se denomina Estado requirente (art. 1, apartados tercero y cuarto). Sólo resulta aplicable a las salidas ilegales del territorio de un Estado miembro que se hayan producido a partir del 1 de enero de 1993 (art. 13). La salida ilegal del bien se produce, según dispone el artículo 1 en su apartado segundo, cuando se haya infringido la legislación en materia de protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional de un Estado miembro, o bien la normativa comunitaria que regula la exportación de bienes culturales desde el territorio comunitario a terceros Estados [Reglamento (CEE) núm. 3911/1992 del Con-

Europäischen Union, Frankfurt am Main, 1997; J. F. POLI, «Droit communautaire, compétences culturelles des Etats membres en matière de protection du patrimoine national, et Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitemente exportés», en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1998, págs. 89-100; G. SCHAUERTE, «Restitution von Kulturgut als Problem bei europäischen Kooperationen», en *Museumskunde*, 62, 1997, págs. 123-130; I. A. STAMATOUDI, «The National Treasures Exception in Article 36 of the EC Treaty: How Many oh them Fit the Bill?», en *Art, Antiquity & L.*, 1998, págs. 39-51; A.-K. UHL, *Der Handel mit Kunstwerken im europäischen Binnenmarkt - Freier Warenverkehr versus nationaler Kulturgutschutz*, Berlin, 1993.

(78) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, 2003, pág. 70.

(79) DOCE núm. L 074, de 27 de marzo de 1993, págs. 0074-0079; modificada por la Directiva 2001/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, DOCE núm. L 187, de 10 de julio de 2001, págs. 0043-0044. La Directiva ha sido objeto de trasposición a través de la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea (BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 1994, pág. 38672 y sigs.); modificada por la Ley 18/1998, de 15 de junio (BOE núm. 143, de 16 de junio de 1998, pág. 19799 y sigs.).

sejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales] (80).

41. El hecho de que la ilegalidad de la salida venga determinada por la vulneración de las normas nacionales de exportación resulta de gran relevancia para el tema que tratamos. Como expusimos en su momento, el artículo 46 CE establece que los poderes públicos tienen que proteger el patrimonio cultural. También señalamos que el mencionado régimen de protección se concreta en el LPHE que, entre otras medidas, regula la exportación de los bienes culturales del Patrimonio Histórico Español. En virtud de la Directiva, los bienes del Patrimonio Histórico Español que, estando incluidos en su ámbito de aplicación, hayan sido objeto de exportación ilegal, han de retornar a España.

Si la Directiva dispone que el bien cultural ha de regresar a un Estado que cuenta con un régimen de protección de aquél, es que admite entonces que existe un deber de los Estados miembros de proteger su patrimonio cultural. Y no sólo lo admite, sino que contribuye a tal protección, ordenando el retorno del bien al Estado miembro de origen.

42. Podemos realizar todavía consideraciones adicionales sobre la protección del patrimonio cultural de los Estados miembros si atendemos ahora a la norma de conflicto. Según hemos señalado, sólo cuando el bien retorne al Estado requirente, es decir, cuando haya sido restituido, podrá discutirse la cuestión de la propiedad del bien (art. 12 de la Directiva) (81). Según establece el artículo 1 de la Directiva en su apartado tercero, el Estado miembro requirente es aquél de cuyo territorio ha salido de forma ilegal el bien cultural. Por ello, se considera que la Directiva establece la aplicación de la *lex originis* (82).

43. La doctrina ha discutido sobre las consecuencias que se derivan al acudir a la *lex originis* para determinar la propiedad del bien en el caso

(80) *DOCE* núm. L 395, de 31 de diciembre de 1992, págs. 1-5; modificado por Reglamento (CE) núm. 2469/96 del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, *DOCE* núm. L 335, de 24 de diciembre de 1996, pág. 9 y sigs.; modificado por Reglamento (CE) núm. 974/2001 del Consejo, de 14 de mayo de 2001, *DOCE* núm. L 137, de 19 de mayo de 2001, págs. 10 y sigs.; modificado por Reglamento (CE) núm. 806/2003 del Consejo, de 14 de abril de 2003, *DOCE* núm. L 122 de 16 de mayo de 2003; rect. *DOCE* núm. L 121, de 1 de mayo de 2001, pág. 48 y sigs.

(81) Vid. V. FUENTES CAMACHO, «La Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea», en *REDI*, 1995, vol. XLVII, págs. 492-493; K. SIEHR, «The Protection of Cultural Property: the UNIDROIT Convention and the ECC instruments of 1992/93 Compared», en *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, 1998, pág. 678.

(82) Con respecto a la *lex originis*, vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/M. VIRGÓS SORIANO, «Law and Practice of the International Art Trade in Spain», en M. BRIAT (coord. ed.), *International Sales of Works of Art - La Vente Internationale d'Oeuvres d'Art*, 1988, pág. 333 y sigs.

de que haya sido adquirido en el mercado internacional por un tercero. Existen dos tesis fundamentales: la tesis de la *sustitución* y la tesis de la *negación* (83).

En virtud de la primera, se aplica retroactivamente, para valorar si el tercero adquirió el bien cultural, la ley del país de origen del bien cultural. Más interesante para el tema que nos ocupa es la tesis de la *negación*. Ésta implica que la adquisición del tercero no será válida porque afecta a un bien cultural protegido, al determinar la ley del país de origen que el bien ha sido exportado ilegalmente. Según esta tesis podemos entender, por lo tanto, que en la Directiva no sólo se otorga un papel relevante al deber del Estado de proteger su patrimonio cultural en el procedimiento de restitución automática, sino también a la hora de determinar la propiedad del bien cultural que ha sido objeto de comercio internacional.

IV. CONCLUSIONES

44. Con base en las consideraciones realizadas, podemos señalar que, como regla general, los tribunales no aplican, en las reclamaciones de propiedad de bienes culturales, las normas de protección del país de origen de los mismos. La regla *lex rei sitae* (art. 10.1 del CC) conduce a determinar la propiedad del bien ignorando el deber de protección del patrimonio cultural que el *nacionalismo cultural* asigna a cada Estado.

45. Para dar cabida a las normas de protección en los mencionados litigios cabría considerar que las normas de protección de bienes culturales, como el artículo 29 LPHE, son *normas internacionalmente imperativas*. Así, se trataría de normas aplicables con independencia de la ley designada por la norma de conflicto. Sin embargo, no existen garantías de que tales normas sean aplicadas por tribunales extranjeros. Como excepción, cabe citar no obstante el artículo 12 de la Directiva 93/7/CEE que, interpretado siguiendo la tesis de la *negación*, permite sostener que se reconoce el deber de los Estados de origen de proteger los bienes de su patrimonio cultural.

(83) Vid. K. KREUZER, *La propriété mobilière...*, págs. 173-174.

RESUMEN

NACIONALISMO CULTURAL Y MODELOS DE PROTECCIÓN DE BIENES CULTURALES

El nacionalismo cultural sostiene que los bienes culturales han de ser devueltos al Estado de cuyo territorio han sido ilegalmente trasladados. Cuando tal Estado ejerce una acción contra el poseedor de tales bienes culturales, los tribunales competentes, para conocer de la misma, no suelen aplicar normas extranjeras de protección del patrimonio cultural. Sin embargo, la Directiva 93/7/CEE establece en su artículo 12 que la propiedad de los bienes culturales se regirá por la legislación del Estado requirente.

ABSTRACT

CULTURAL NATIONALISM AND MODELS OF PROTECTION OF CULTURAL PROPERTY

Cultural nationalism maintains that cultural objects must be returned to the State from whose territory they have been unlawfully removed. When that State initiates proceedings against the possessor of those cultural objects, the competent courts usually do not enforce foreign rules on the protection of national treasures. However, the Council Directive 93/7/EEC states in article 12 that ownership of cultural objects shall be governed by the law of the requesting Member State.

(Trabajo recibido el 03-07-07 y aceptado para su publicación el 04-12-07)