I

2020

N.º 130

cuadernos de política criminal

segunda época

Dykinson, S.L.

I

2020 N.° 130

cuadernos de política criminal

segunda época

Edita

Dykinson, S.L.

AVISO IMPORTANTE A NUESTROS SUSCRIPTORES

Si desea suscribirse a **Cuadernos de Política Criminal**, llame por teléfono o envíe un e-mail a info@dykinson.com, indicando la forma de pago y el número o números a los que quiere suscribirse, e inmediatamente recibirá su pedido.

CPC se adhiere a las *Core Practices* del Committee on Publication Ethics (COPE) disponibles en: https://publicationethics.org/core-practices; y especialmente a los *Principios de Buenas Prácticas y Transparencia en las Publicaciones Académicas* desarrollados por el Committee on Publication Ethics (COPE), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA), Directory of Open Access Journals (DOAJ) y World Association of Medical Editors (WAME) disponibles en: *https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing*

La Revista no se responsabiliza de las opiniones contenidas en los artículos

Edita: Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 — 28015 Madrid
Tels. 91 544 28 46 / 91 544 28 69
Fax 91 544 60 40
info@dykinson.com / www.dykinson.com

Imprime: Safekat, S. L.
Laguna del Marquesado, 32 - 28021 Madrid
www.safekat.com

ISSN: 0210-4059
Depósito Legal: M. 7533-1977

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares,salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de DerechosReprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).119.

CONTENIDO

SECCIÓN DE ESTUDIOS PENALES

DELITOS CONTRA BIENES CULTURALES: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PENAL (CRIMINAL COMPLIANCE PROGRAMS) EN EL SECTOR DEL MERCADO DEL ARTE. Por *Cristina Guisasola Lerma* 7

EL DERECHO PENAL FRENTE A CONDUCTAS RELACIONADAS CON EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD POLÍTICA CORRUPTA. Por *María José Cruz Blanca* 47

LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO COMO INSTRUMENTO DE PREVENCIÓN DE DELITOS. Por *Belén Macías Espejo* .. 75

LA RESPUESTA JURÍDICO-PENAL FRENTE AL FENÓMENO DE LOS COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS. Por *Inés Molina Álvarez* 113

LAS ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS DE LOS COLECTIVOS DE PRESOS VINCULADOS AL TERRORISMO Y SU INFLUENCIA EN LAS POLÍTICAS PENITENCIARIAS. DE LAS ORGANIZACIONES TERRORISTAS CLÁSICAS AL YIHADISMO. Por *Inmaculada Marrero Rocha* y *Salvador Berdún Carrión* 149

SECCIÓN ESTUDIOS CRIMINOLÓGICOS

LOS EMPRESARIOS MORALES Y EL POPULISMO PENAL MEDIÁTICO: LOS MASS MEDIA COMO GRUPO DE PRESIÓN EN LA ELABORACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL POPULISTA. Por *Débora de Souza de Almeida* 189

SECCIÓN JURISPRUDENCIAL

PANORAMA JURISPRUDENCIAL: TRIBUNAL CONSTITU-CIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO. Por Manuel Jaén Vallejo 233

CUANDO LA CORRUPCIÓN MENOSCABA LOS DERECHOS HUMANOS: LA TRAGEDIA DE ONCE. Por *Manuel L. Ruiz-Morales* 245

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A MORILLAS CUEVA (DIR.), BENÍTEZ ORTÚZAR, DEL ROSAL BLASCO, MORILLAS CUEVA, OLMEDO CARDENETE, PERIS RIERA, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS (AUTORES). *SISTEMA DE DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL*, 3ª EDICIÓN, DYKINSON, 2020, MADRID, 1638 Páginas. Por *Aixa Gálvez Jiménez* 267

RECENSIÓN A Mª LUISA CUERDA ARNAU Y ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ: *ADOCTRINAMIENTO, ADIESTRAMIENTO Y ACTOS PREPARATORIOS EN MATERIA TERRORISTA*, ED. ARANZADI, CIZUR MENOR (NAVARRA), 2019, 327 Páginas. Por *Ana Isabel Pérez Cepeda* 317

RECENSIÓN A FRANCISCO JAVIER GARRIDO CARRILLO: *EL DECOMISO. INNOVACIONES, DEFICIENCIAS Y LIMITACIONES EN SU REGULACIÓN SUSTANTIVA Y PROCESAL*, DYKINSON, MADRID, 2019, 206 Páginas. Por *Miguel Ángel Cano Paños* 323

RECENSIÓN A GÜNTHER JAKOBS: *COACCIONES. EXPLICACIÓN DE LA RAÍZ COMÚN A TODOS LOS DELITOS CONTRA LA PERSONA* (TRADUCTORA NURIA PASTOR MUÑOZ), BOGOTÁ, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN FILOSOFÍA Y DERECHO, 2018 70 PÁGINAS. Por *Alejandro Ignacio Chinguel Rivera* 337

IN MEMORIAM

SANTIAGO MIR PUIG. Por *Lorenzo Morillas Cueva* 343

NOTICIARIO 347

POLÍTICA EDITORIAL, CRITERIOS Y RÉGIMEN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS ORIGINALES EN CPC 357

SECCIÓN DE ESTUDIOS PENALES

DELITOS CONTRA BIENES CULTURALES: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PENAL (CRIMINAL COMPLIANCE PROGRAMS) EN EL SECTOR DEL MERCADO DEL ARTE*

Cultural Property Crimes: special consideration to Criminal Compliance Programs in the art market

CRISTINA GUISASOLA LERMA**

Fecha de recepción: 17/03/2020
Fecha de admision: 13/04/2020

A la memoria de dos grandes mujeres que nos abandonaron demasiado pronto: mi madre, quien me despertó el amor por el arte y Elena, compañera y amiga entrañable.

RESUMEN: En el presente estudio se realiza una aproximación a la configuración de los *criminal compliance programs* en el sector del arte, como modelos de organización y gestión que, a partir de la reforma penal española operada por LO 1/2015, posibilitan eximir o atenuar la res-

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad DER2017-87943-R, titulado "Protección penal de la naturaleza y los bienes culturales", que codirijo junto a la Dra. M.Luisa Cuerda Arnau.

** Profesora Titular de Derecho Penal Universidad Jaume I (Castellón).

ponsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis CP). Se analiza previamente el funcionamiento del mercado del arte, sus agentes intervinientes, abordando a su vez los delitos más relevantes que permiten imputar responsabilidad penal a la persona jurídica cuya actividad sea el comercio con arte y antigüedades. Si bien el arte ha consolidado su posición como valor de inversión a nivel mundial, la realidad criminológica evidencia que existen piezas que no tienen un origen lícito demostrable; por consiguiente se finaliza proponiendo el contenido básico de los programas de cumplimiento para los profesionales del mercado del arte, en el que previa elaboración del *mapa de riesgos penales*, se asignen concretas y eficaces medidas preventivas y correctoras.

PALABRAS CLAVE: Mercado de arte, comercio ilícito de arte, blanqueo de capitales, programas de cumplimiento penal, delitos contra bienes culturales.

ABSTRACT*: *In this paper we are introducing an approach about criminal compliance programs in the art sector. This mechanism is using in arts management and organization, included in our criminal system with the criminal law reform operated by LO 1/2015. With this programs it's possible to mitigate or to waive the corporations criminal responsibility (article 31 bis of Criminal Law). Atfirst we analyze the development of art markets, its agents and the prime risks of arts crimes when the perpetrator is a corporation by infraction to art crimes and illegal traffic about it. Art market is one of best inversions in the world but from criminology perspective, evidence that some art pieces are introduce in the market using illegal activities. I propose introduce inside compliance programs with criminal risks maps and this action include effective, preventive and corrective measures.

KEYWORDS: Art market, illicit art trade, money laundering, criminal compliance programs.

SUMARIO: I. Breves apuntes sobre el mercado del arte; principales factores de riesgo penales.- II. Los delitos más relevantes en el sector del arte que pueden generar responsabilidad penal a las personas jurídicas: *1. Defraudaciones y delito de estafa. Delimitación con el delito contra la propiedad intelectual en el supuesto de falsificación de obras de arte. 2. Contrabando de obras de arte. 3. Receptación de bienes culturales y blanqueo de capitales a través del sector del arte. 4. Malversación de caudales públicos*.- III. Agentes intervinientes en el negocio del arte. IV. Medidas de prevención delictiva en el sector del arte: fundamento y contenido esencial de los *criminal compliance programs*.

I. BREVES APUNTES SOBRE EL MERCADO DEL ARTE. PRINCIPALES FACTORES DE RIESGOS PENALES[***]

Como marco introductorio antes de abordar los delitos relacionados con las obras de arte debemos acercarnos necesariamente al concepto de "**mercado del arte"** e ineludiblemente al de "obra de arte", pese a que resulta complejo precisarlos al tratarse de conceptos abiertos y en constante evolución[1]. Hecha esta advertencia, lo cierto es que siempre ha habido una íntima conexión entre la historia económica, política y cultural de un país y la producción y distribución de las obras de arte[2]. Como relata NAVAS FERNÁNDEZ[3], el mercado de arte, tal y como lo conocemos hoy, empieza a surgir en Europa a finales del siglo XVIII, momento en que la mayor parte de las casas reales ceden sus colecciones y la responsabilidad del coleccionismo público al Estado, a lo que hay que añadir el ascenso económico de la burguesía que crea sus propias colecciones de arte[4], surgiendo asimismo comerciantes especializados. Previamente, en la Edad Moderna, especialmente en los siglos XVI y XVII, existieron en nuestro país importantes coleccionistas cuya apreciación del arte que entonces se producía, tanto nacional como internacionalmente, atrajo piezas procedentes de toda Europa. Posteriormente, tras un largo paréntesis histórico, España pasó de ser país importador a ser exportador y la dispersión de su patrimonio representó la otra cara de la moneda de su apreciación internacional[5]. Sin embargo, por la falta de representación

---

[***] Doy las gracias a Tomás Vives Antón, por nuestras interesantes conversaciones sobre pintura y arte en general, así como por sus valiosas y siempre atinadas sugerencias para enriquecer este trabajo.

[1] Sobre el particular, cfr. entre otros, PEÑUELAS I REIXACH, L.: "Introducción y conceptos fundamentales" en *Autoría, autenticación y falsificación de obras de arte. Análisis artístico y jurídico*, Barcelona, 2013, p.15.

[2] En palabras de Javier Portús, jefe del Departamento de Pintura Española (hasta 1700) del Museo del Prado, "*la creación artística y el coleccionismo están íntimamente ligados a la actividad económica y son extraordinariamente sensibles al estatus político que en cada momento tiene el respectivo país*". *In extenso* en JIMENEZ-BLANCO, M.D.: *El coleccionismo de arte en España. Una aproximación desde la historia y su contexto*, 2013, p.13.

[3] Pueden verse unas notas sobre como crecieron los coleccionistas de arte a partir del Renacimiento y la estructura del mercado internacional en la actualidad en ROMA VALDÉS, A.: "Mercado de arte y antigüedades y prevención delictiva", en *Cuadernos de Prehistoria y Arquitectura de la Universidad de Granada* 25, 2015, p.145 y ss.

[4] NAVAS FERNÁNDEZ, A.: "Evolución y desarrollo del mercado del arte. El auge y consolidación de la fotografía en los mercados internacionales: El caso de Joel Peter Witkin" en *Boletín de Arte, no 30-31*, Universidad de Málaga, 2009-2010.

[5] JIMENEZ-BLANCO, M.D.: *El coleccionismo de arte en España*, ob.cit., p.25 y ss.

de nuestro país en diversas exposiciones internacionales se instituyeron en diciembre de 1853 las Exposiciones Nacionales de Bellas Artes por Real Decreto de Isabel II, que no se extinguen hasta 1968, adoptando forma de concursos nacionales y en las que el Estado adquirió una gran cantidad de obras de arte. Sorolla, Fortuny, Pinazo y Picasso destacan entre otros como los pintores más afamados, prestigiosos y completos de los siglos XIX y XX, como "Pioneros de la Modernidad", consiguiendo en el caso de Picasso, una revolución en el arte del país y de su época.

Producto de una nueva relación entre el arte y la sociedad, así como debido al crecimiento de mercado y al aumento de la demanda y la competencia, es en la segunda mitad del siglo XIX cuando la figura de los marchantes pasa a ser crucial para la libre circulación de la pintura. Concretamente en Paris es donde se instala el mayor número y desde donde se realizan las más importantes **operaciones de compra y venta de pinturas**. Como nos recuerdan GONZÁLEZ y MARTÍ[6], a medida que se iba acercando el final del siglo crece el poder de los marchantes y su capacidad de decidir la cotización de un artista. Actuarán con el arte, en palabras de FERRER ÁLVAREZ, como agentes económicos que movían una bolsa de valores[7]. Asimismo, durante toda la primera mitad del siglo XIX y entrada la segunda, el primer puesto entre los compradores de arte se mantiene en el Estado, emprendiendo, en el caso de Francia una activa política de patronazgo. A su vez los criterios oficiales eran compartidos y seguidos por aristócratas y alta burguesía, de donde procedían los más activos coleccionistas, pero también el público aficionado compraba arte ocasionalmente. De hecho, como afirman los autores antes citados, la venta más segura para los pintores era la realizada directamente a coleccionistas y comerciantes que acudían a sus estudios[8]. Sin embargo, cómo relata GUILBAUT[9] las divisiones políticas en el mundo artístico parisino y la incapacidad para reconocer las críticas propiciaron que pasase a un segundo plano en el ámbito de la innovación artística. Después de la Segunda Guerra Mundial el mundo del arte fue testigo del nacimiento

---

[6] Puede verse *in extenso* en la introducción a su obra: *Pintores españoles en París (1850-1900)*, Barcelona, 1989, p.27.

[7] Según la autora citada, su vinculación con el mundo del arte se reducía a la optimización económica del producto, para ello bastaba que tuvieran un cierto conocimiento sobre las directrices del mercado artístico, en *Paris y los pintores valencianos (1880-1914)*, Tesis doctoral, Valencia, 2007, p.173.

[8] GONZÁLEZ, C./ MARTÍ, M.: *Pintores españoles en Roma*, 1987, p. 34 y ss.

[9] Para mostrarlo utiliza la comparación entre el panorama artístico de Nueva York y París en los años de la Guerra Fría. GUILBAUT, S.: *De como robó Nueva York la idea del arte moderno*, Valencia, 2007.

y desarrollo de una vanguardia norteamericana que en el plazo de unos años consiguió trasladar el centro mundial de la innovación artística de París a Nueva York, sustituyéndola como símbolo cultural del mundo occidental. Es a partir de 2012 cuando China se ha impuesto como centro de crecimiento del arte, colocándose por delante de Nueva York y el Reino Unido. Por lo que se refiere al mercado español del arte, atendiendo al Informe de Mc Andrew[10] publicado en 2017 se estima que en 2016 había unas 2.965 empresas operando en dicho mercado: 2.845 en el sector de las galerías y unas 120 casas de subastas, habiendo aumentado las ventas un 7% anual, alcanzando los 385 millones de euros. Llegados a este punto podríamos definir el "**mercado de arte**" como "*el mecanismo a través del cual los bienes materiales de valor histórico y artístico cambian de titularidad mediante el pago del valor acordado por las partes vendedora y compradora*"[11]. Otra definición de mercado de arte en un sentido localista es la aportada por OREJA y MONTERO como "*aquel en que se comercializan obras de arte, fundamentalmente por parte de unos intermediarios que son los galeristas, subastadores, y demás agentes, los cuales ponen a disposición de los compradores, coleccionistas o no, las obras producidas por los artistas*"[12].

El concepto de mercado de arte nos conduce necesariamente a otra precisión terminológica, la de "**obra de arte",** tampoco exenta de dificultad tanto en el ámbito artístico como en el jurídico, pues se han formulado diversas nociones en las distintas normativas. Como bien señala SÁNCHEZ GAONA[13], al no existir en España un *corpus jurídico* unificado que tenga por objeto las obras de arte y antigüedades nos encontramos con una dispersión normativa. Así, la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español no recoge una definición de obra artística, pero sí menciona en su art. 1.2 los valores que merecen estar al amparo de la norma, como integrantes del Patrimonio Histórico Español, entre los que se encuentran los "*objetos muebles de valor artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico*". Este amplio concepto plantea el problema de determinar qué bienes presentan los valores

[10] Cuya parte fundamental de la investigación se basó en una serie de encuestas en los sectores de venta de obras de arte y subastas.

[11] VV.AA: *Economía y estética de la obra de arte, Valencia*, Universidad Politécnica, 1997.

[12] OREJA, J.R. y MONTERO, I.: "El Mercado del arte", *Anuario 1990* IUDE (Instituto Universitario de la Empresa de la Laguna) Tenerife, pp. 45-81.

[13] SÁNCHEZ GAONA es abogada especialista en derecho del arte y se manifiesta en este sentido en unas notas sobre Cumplimiento normativo en el sector de los profesionales del Mercado del Arte y Antigüedades, que gentilmente me ha hecho llegar.

protegidos, distinguiéndose diversos niveles de tutela, de suerte que, según dispone el art. 1.3 los más relevantes deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en la ley. De manera que nadie discutirá que grandes obras maestras como *La Primavera* de Sandro Botticelli o *Las Meninas* de Diego Velázquez son obras artísticas, pero cabe plantearse si lo es también la última pintura de un artista vanguardista –como acertadamente se preguntaba MUÑOZ CONDE[14]– o si tiene valor todo el arte contemporáneo[15]. A este respecto algunos autores apuestan por definir la obra de arte, aunque pueda parecer una tautología, como "*un objeto material original creado por un artista que los expertos de arte consideran como una obra de arte*" [16]; otros la definen como la creación original con trascendencia económica producto del intelecto donde el autor plasma su personalidad de forma que la hace única[17]. De suerte que podemos convenir en que la nota de la *originalidad* resulta esencial: una obra de arte original, como la etimología de su propio nombre indica, es aquella que tiene su origen en un concreto sujeto: el autor[18]. En todo caso, en lo que hay acuerdo es en que no hay que restringir las obras de arte a los bienes inventariados o de interés cultural dado que el mandato constitucional contenido en el art. 46 de la Ley Fundamental prescribe la tutela del patrimonio histórico, cultural y artístico «*cualquiera que sea su régimen jurídico o titularidad*». Desde la perspectiva penal tampoco hay un tratamiento unitario de la materia en cuanto a la des-

[14] MUÑOZ CONDE, F., "El tráfico ilegal de obras de arte", en *Estudios penales y criminológicos*, XVI, Santiago, 1993.

[15] Sobre el particular puede traerse a colación la incisiva comedia *Arte* de Yasmina Reza, donde la compra de una obra de vanguardia suscita un debate sobre la pintura y el arte en general, además una puesta en perspectiva del fenómeno de la creación.

[16] En el ámbito doctrinal PEÑUELAS I REIXACH (ob.cit., p.18), tras analizar la doctrina y jurisprudencia en la materia, apuesta por dicha definición, similar a la aportada unos años antes y calificada como de "definición operativa y realística" en la sentencia de 1928 *Brancusi v. United States*, *5*, en la que se deja en manos de la autoridad estética de algunos profesionales, como directores de museos o críticos, la consideración de un objeto como obra de arte.

[17] OTERO GONZÁLEZ, P: "Respuesta jurídico-penal a la falsificación de obras de arte" en *La Ley Penal* n. 116, sept-octubre 2015, p.4.

[18] Como expone el art.2 de la Directiva Europea 2001/84/CE del parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de seguimiento o participación en beneficio del autor de una obra original que es la normativa de referencia: "1.*A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por "obras de arte originales" las obras de arte gráficas o plásticas tales como cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapicerías, cerámicas, objetos de cristal y fotografías, siempre que éstas constituyan creaciones ejecutadas por el propio artista o se trate de ejemplares considerados como obras de arte originales*."

cripción del objeto material, tanto si atendemos a los tipos del Capítulo II del Título XVI, los denominados "delitos sobre el patrimonio histórico", como en los tipos agravados previstos en otros preceptos penales que tutelan indirectamente los bienes culturales[19].

Ahora bien, en todo caso debemos formular la siguiente pregunta: ¿qué determina el valor de una obra de arte? La doble naturaleza económico/patrimonial y cultural de las obras de arte y la batalla entre estos dos intereses convergentes ha sido una constante fundamentalmente a lo largo del siglo XX, resolviéndose desgraciadamente en muchos casos a favor del interés económico, en detrimento del cultural[20]. A este respecto, cabe realizar algunas precisiones: de un lado, existe un grupo de bienes cuyo valor se encuentra regulado por la ley del mercado, esto es, se concreta su precio por la ley de la oferta y la demanda (es el caso, por ejemplo, de las obras de arte ofertadas en subastas). Generalmente, cuando se trata de obras de siglos pasados, junto a otros factores, la premisa más importante para mantener su nivel valorativo es su *autenticidad*, determinada normalmente por un seguimiento desde el origen, constatación y confrontación de testimonios legitimados o la propia *expertización*[21], disminuyendo su valor de mercado si resulta atribuida con alguna reserva. Sin embargo, cuando se trata de piezas contemporáneas, cuyos autores siguen vivos, influyen otros factores en la determinación de los importes, por ejemplo su tamaño, pudiendo estar la producción regulada por el galerista o retenida en momentos de menor demanda. De otro lado, hay bienes que están sustraídos a las reglas del mercado o tienen la comercialización excluida –toda vez que no se encuentran a la venta por ser propiedad del Estado– o limitada, por las restricciones que éste impone. En estos casos la valoración de los seguros obligatorios de las piezas cuando se exhiben en museos, galerías de arte o salas de exposición, suelen tomarse en ocasiones como referencia válida a efectos de tasación de obras de artes. Ello no obsta para considerar que, en todo caso, las grandes obras maestras expuestas en los museos atesoran tal cantidad de intangibles que resulta muy compleja su valoración[22]. De suerte que, como nos recuerda CASABÓ ORTÍ, la obra de arte como objeto de valor es y ha sido negocia-

---

[19] Fundamentalmente en el ámbito de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

[20] Aspectos que fueron abordados in extenso en mi monografía: *Delitos contra el patrimonio cultural*: *arts. 321 a 323 CP*, Valencia, 2001, p. 393.

[21] PEÑUELAS: "Las obras de arte falsas" en *Autoría, autentificación*…, ob. y loc.cit.

[22] Pueden verse referencias de precios en ventas públicas en BENEZIT, E.: *Dicctionaire des peintres sculpteurs dessinateurs et graveurs*, 1967. Sobre el particular, resulta asimismo de interés la reciente ponencia de GUTIERREZ USILLOS titulada "¿Cuánto vale, cuanto cuesta? La significancia en el patrimonio histórico y cultural" en

ble y se ha constituido por tanto como objeto de comercio, principalmente motivado por los coleccionistas[23]. Dicho de otro modo, las obras de arte son también bienes económicos de considerable valor y por ende el mercado de arte ha crecido en gran medida, tanto a nivel nacional como internacional[24], superando desde hace 18 años los principales mercados de inversión (mercados de renta variable, mercado inmobiliario…)[25] de manera innegable, lo cual demanda una regulación jurídica unificada.

Contextualizado el ámbito objeto de estudio, como hemos podido comprobar en la actualidad el mercado del arte es un negocio lícito en casi todo el mundo, sirviendo tanto para canalizar la enajenación de objetos susceptibles de propiedad o posesión particular como para el desarrollo de la cultura. Los principales canales de distribución que actualmente operan en el mercado del arte y que serán objeto de análisis en el siguiente capítulo, son las galerías, las ferias y las casas de subastas. No obstante, si bien es cierto que la generalidad de los intervinientes en el mercado cumplen con la normativa que les afecta, tampoco lo es menos que en algunos casos pueden intervenir dolosa o imprudentemente en la comisión de delitos propios o ajenos. Como señala ROMA VALDÉS[26], en ocasiones el mercado de arte y antigüedades se ha calificado como un mercado "gris" en la medida en que conviven junto a la mayoría de piezas carentes de tacha en cuanto a su origen, algunas de origen ilícito. La enajenación de dichos objetos falsificados, sustraídos o exportados ilícitamente puede intentarse a través de portales de Internet, siendo frecuente que las piezas robadas recalen en el pequeño comercio mientras que las piezas falsificadas puedan acabar en casas y catálogos de subastas.

En definitiva, los delitos pueden ser cometidos por quienes intervienen en este mercado, compradores o vendedores, pero en ocasiones la actuación de dichos sujetos individuales puede contaminar y transferir la responsabilidad a las personas jurídicas, las cuales, desde la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio pueden

---

el *Seminario Protección jurídica del patrimonio cultural español. Hacia una defensa multidisciplinar del patrimonio cultural*, Ministerio de Cultura y Deporte, octubre 2019.

[23] CASABÓ ORTÍ, M.A: *La estafa en la Obra de Arte*, Tesis doctoral, Universidad de Murcia 2014, p.2.

[24] PEÑUELAS: ob.cit., p. 115.

[25] Según Informe Anual del Mercado del Arte mundial elaborado en 2018 por Artprize: "*El Mercado del Arte es un mercado eficiente, histórico, mundial y cuya capacidad para resistir a las crisis económicas y geopolíticas no se tiene que demostrar*" *https://es.artprice.com/artprice-reports/the-art-market-in-2018*

[26] Citando expresamente el mercado británico, ROMA VALDÉS, A.: "Mercado del arte...", ob.cit., p. 155.

tener responsabilidad penal en determinados delitos. En este caso, el sistema establecido en el art.31 bis contempla, tras la reforma del CP por LO 1/2015, de 30 de marzo, un sistema de exención o atenuación de la responsabilidad criminal de la persona jurídica, consistente en que la misma haya desarrollado un "modelo de organización y gestión", detallando los requisitos esenciales en los mismos para que pueda considerarse penalmente *eficaz*. En todo caso, ya puede advertirse que no deben confundirse las condiciones requeridas legalmente para eximir o atenuar[27], con los requisitos de los programas descritos en el art. 31 bis 5. En las líneas que siguen abordaremos su posible incidencia en el ámbito objeto de estudio.

II. LOS DELITOS MÁS RELEVANTES EN EL SECTOR DEL ARTE QUE PUEDEN GENERAR RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Uno de los presupuestos clave para castigar penalmente a las personas jurídicas consiste en que el delito cometido por la persona física se encuentre dentro de los que la ley habilita expresamente para poder transferir la responsabilidad a la persona jurídica. En el ámbito que nos ocupa, una vez identificadas las fuentes de riesgo del mercado del arte, vamos a prestar especial atención a las principales conductas susceptibles de constituir un ilícito con relevancia penal y en concreto identificaremos qué delitos explícitamente permiten imputar responsabilidad penal a la persona jurídica. Advertimos ya que, por limitaciones de espacio, no abordaremos otros delitos que pueden ir aparejados al tráfico ilícito de obras de arte, como el cohecho o el tráfico de influencias, centrándonos en aquellos que hemos estimado más relevantes desde una perspectiva criminológica.

1. Defraudaciones y delito de estafa. Delimitación con el delito contra la propiedad intelectual en el supuesto de falsificación de obras de arte

La falsificación de obras de arte es, sin duda, uno de los principales problemas que afectan al mercado del arte. Sin embargo, en la legislación penal española no cuenta con una tipología específica, teniendo que acu-

[27] Sobre el particular, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. "La eficacia eximente de los Programas de prevención de delitos" en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX (2019).

dirse para su sanción a los delitos de estafa y falsedad documental[28]. En particular, las falsificaciones de obras de arte se han perseguido tradicionalmente a través del **delito de estafa,** el cual mantiene entre sus modalidades agravadas la estafa recayente sobre "*bienes que integren el patrimonio histórico, cultural, artístico o científico*" (art.250.1 3º) castigada con prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses. No obstante, es un subtipo de escasa aplicación práctica, dado que la jurisprudencia provincial viene considerando que la respuesta jurídico-penal a los supuestos de venta como auténtica de una obra falsa no se puede encontrar en la forma agravada de estafa por el valor cultural, precisamente porque generalmente aunque no siempre, la obra falsa carece de dicho valor[29], castigándose en la mayoría de los casos su comisión como una estafa genérica. A título de ejemplo, la SAP de Valencia de 2 de mayo de 2013 condenó por un delito de estafa del tipo básico, previsto y castigado en los artículos 248.1 y 249 del CP, en el caso de una operación de compraventa de dos cuadros de Sorolla, uno original ofrecido por el comisionista y otro falso, aportado por el condenado, que fingió tener un comprador si la operación afectaba a ambas obras. La AP consideró que como no llegó a haber ningún negocio, siquiera aparente, no se puede decir que sufriera ningún peligro un bien que integre el patrimonio artístico, histórico o cultural. De acuerdo con los hechos declarados probados el cuadro de Sorolla auténtico no llegó a salir en ningún instante de la esfera de protección de su propietario y, aunque su compra formaba parte del señuelo, los actos materiales se consuman alrededor del cuadro falso, el pequeño, que el propio acusado ofrecía, de modo que los actos ilícitos no recayeron sobre el bien que daría lugar a la afectación del patrimonio artístico español, aunque giraran en torno a su mención. Consecuentemente la agravante específica solicitada por la acusación particular se rechazó. Cabe citar asimismo una sentencia anterior del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2008 en la que se condenó a los autores responsables de un delito continuado de estafa de los artículos 248, 249, y 250-6º y 74 del Código Penal por la venta de unos cuadros falsos de Sorolla y Miró[30].

La difícil aplicación de los subtipos agravados en estos supuestos conduce a parte de la doctrina a advertir la necesidad de formular tipos

[28] OTERO GONZÁLEZ considera que la obra de arte es subsumible en el laxo concepto penal de *documento* derivado del art. 26 CP, "Respuesta jurídico-penal…",ob. cit., pág 10.

[29] Al respecto, ROMA VALDÉS: *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, 2008, ob. cit., pág. 103.

[30] TOL1.235.258.

específicos[31] para mejorar la efectividad de la lucha penal contra las falsificaciones de obras de arte. Si atendemos al derecho comparado, a título de ejemplo, en el caso italiano se recurre en el *Codice de beni culturali e del paesaggio* (DL 2004) a la "*Contraffazione di opere d'arte*"[32]. Incluso el *disegno di legge* de 2017 para la reforma de la disciplina sancionadora en materia de delitos contra el Patrimonio cultural, aprobado por la Cámara de los Diputados el 22 de junio de 2017, aunque decaído con el final de la legislatura, elevaba las penas de la falsificación de obras de arte (art. 518 *duodecies*), ordenando la "confisca" de los bienes[33].

En relación con la falsificación de bienes culturales también se recurre en la práctica al **delito contra la propiedad intelectual tipificado en el art. 270.1 CP**[34], si bien en el ámbito de las obras pictóricas lo que suele producirse es el denominado "**plagio invertido**", esto es, cuando un autor poco conocido atribuye una obra propia a un autor de reconocido

[31] En tal sentido, autores como GARCÍA CALDERÓN se han pronunciado al respecto: "La falsificación de bienes culturales…", ob.y loc.cit; también ROMA VALDÉS, *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, 2008, p. 151; ampliamente este autor en "La estafa agravada por el valor cultural del objeto y la falsificación de obras de arte y antigüedades" en *La Ley Penal* n.116, sep-octubre 2015; por su parte PEÑUELAS I REIXACH: ob. cit., p. 124.

[32] Así, en el art. 178 se sanciona con pena de prisión y multa, a quienes lleven a cabo las siguientes modalidades de conducta: a) con intención de obtener un beneficio, falsifican, alteran o reproducen, una obra pictórica, escultórica o gráfica o un objeto de antigüedad o de interés histórico o arqueológico; b) sin haber tenido participación en la alteración, falsificación o reproducción indicadas, *sitúen en el comercio o detenten con la intención de comerciar, o introduzcan con esta finalidad en el territorio del Estado, o de cualquier modo pongan en circulación, como auténticos, ejemplares falsificados, alterados o reproducidos* de obras pictóricas, escultóricas, gráficas o de objetos de antigüedad o de interés histórico o arqueológico; c) a quienes conociendo la falsedad, *autentifiquen* los objetos falsificados, alterados o reproducidos anteriormente referidos; d) así como a quienes, mediante otro tipo de declaraciones, peritajes, publicaciones, aposiciones de timbre o etiquetas o de cualquier otro modo, *acrediten o contribuyan a acreditar*, con conocimiento de la falsedad, como auténticas las obras y objetos falsificados, alterados o reproducidos indicados en el citado art.3" (la cursiva es mía).

[33] Castigándose con reclusión de 1 a 6 años y con la multa hasta 10.000 euros. In extenso, GUISASOLA LERMA, C.: "La tutela penal del patrimonio cultural en el derecho italiano y su perspectiva de reforma" en VVAA: *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, Valencia, 2018.

[34] "1. *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios*."

prestigio, con ánimo de beneficio económico, aprovechándose de la fama y crédito de éste.

En el contexto expuesto y, dejando al margen la calificación como estafa de los hechos (siempre que se hayan producido actos de venta de la obra falsa concurriendo el engaño sobre su autoría)[35], deben delimitarse al menos dos supuestos:

— por un lado, cuando se trata de copias exactas respecto a una obra original de un autor de prestigio, al que se atribuye también falsamente y se prueba el ánimo de lucro y perjuicio al autor, no resulta pacífica la apreciación de la afección de la lesión de la propiedad intelectual: una postura doctrinal es contraria a la apreciación del plagio[36], por producirse precisamente la situación inversa a éste, toda vez que estos supuestos constituyen una defraudación por estafa, mientras que otros autores sí aprecian que debían castigarse como delito contra la propiedad intelectual del 270.1 CP en la modalidad de reproducción[37];
— por otro, cuando únicamente se copia el estilo del artista, sin falsificar su firma, no hay reproducción ilícita. Distinto sería la fragmentación de la obra primigenia: en estos casos donde la fragmentación no ha sido concebida intelectualmente por el artista, dichos fragmentos serán considerados obra falsa, estando dicha acción prohibida por las leyes de la propiedad intelectual, en la medida en que viola el derecho a la integridad de la obra, que corresponde a su autor (art.14.4 LPI)[38].

---

[35] TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: "Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP) en *Comentarios a la reforma penal del Código Penal de 2015*, Valencia 2015, p. 850.

[36] QUINTERO OLIVARES, G.: "De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial" en *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 2011; PÉREZ PRATS, L.: "La falsificación de obras de arte, ¿un problema internacional?" en *El tráfico de bienes culturales*, Valencia 2015, p.175 y ss. ; DE LA MATA BARRANCO se muestra crítico con la sentencia del TS de 23 de febrero de 2007 que en el conocido como caso Vela Zanetti condena por delito contra la propiedad intelectual en un supuesto de venta de obras de arte falsas, atribuidas a dicho pintor (en "Delitos contra la propiedad intelectual e industrial y violación de secretos de empresa" en VVAA: Derecho penal económico y de la empresa, 2018, p.336).

[37] Puede verse un recopilatorio jurisprudencial sobre la respuesta jurídico-penal a estos supuestos que realiza OTERO GONZÁLEZ, P.: "Respuesta jurídico-penal a la falsificación de obras de arte" ob.cit., p. 7 y ss, nota 68.

[38] Vid. acerca de los casos problemáticos de autoría y originalidad de las obras de arte en PEÑUELAS I REIXACH, ob.cit. p. 58 y ss.

Por el contrario, serán atípicos los supuestos de versiones de obras clásicas sin intención de suplantar la identidad del autor, donde el ánimo de lucro está ausente, como es el caso de los "copistas" del Prado, los cuales deben pagar un permiso general y una cantidad por cada copia que realizan[39].

Pues bien, el art 251 bis establece, tras la modificación del CP por LO 5/2010, la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica por el delito de estafa: de ese modo, se establecen una serie de sanciones para la persona jurídica que se encuentran directamente conectadas con la penalidad establecida para la persona física que actué en su nombre y representación, graduando las penas de la persona jurídica según la gravedad que corresponda a la de la persona física:

1. Multa del triple al quíntuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
2. Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada, en el resto de los casos.

Por su parte, en relación a los delitos contra la propiedad intelectual, el art. 288, apartado 2, dispone que cuando una persona jurídica sea responsable de los delitos previstos en los arts. 270 y siguientes se les impondrán las siguientes penas:

1. Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.
2. Multa del doble al triple del beneficio obtenido, favorecido o que se hubiera podido obtener, en el resto de los casos.

Recapitulando, en los casos de ventas de obras de arte falsificadas los intervinientes pueden ser autores de delitos de estafa y/o contra la propiedad intelectual, con generación de mercados especulativos, en algunos casos con funcionamiento piramidal[40]. Como pone de manifiesto PEÑUELAS, la falta de un consenso generalizado acerca de los requisitos que deben darse para afirmar la originalidad de una obra de arte, facilita la existencia de fraudes y prácticas de publicidad engañosa en la venta y divulgación de las obras de arte, y dificulta la persecución

[39] Véase al respecto la publicación de ARCA. "How Artists Are Copying Masterpieces at World-Renowned Museums,*https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-artists-allowed-copy-masterpieces-worlds-prestigious-museums*

[40] Sobre el particular, ROMA VALDÉS, A.: "Mercado de arte y antigüedades y prevención delictiva", ob.cit. p.163.

por parte de los tribunales y administraciones de las reproducciones ilícitas[41].

2. Contrabando de bienes culturales

Los actos de falsificación de obras de arte suelen ir seguidos de su posterior circulación ilícita, caracterizada en muchos casos por la transnacionalidad. Como advierte OTERO GONZÁLEZ[42], la falsificación guarda una íntima relación con la demanda de estos objetos, lo que conlleva inevitablemente que se realice para traficar con ellos, y por ende una dimensión transfronteriza de estas conductas. Además de la existencia de comerciantes clandestinos y compradores que se benefician de las adquisiciones aún conociendo su origen ilícito, destaca BARRACA DE RAMOS, entre las circunstancias que propician el tráfico ilegal, "la ausencia de un exhaustivo control de importaciones y exportaciones por parte de las autoridades nacionales"[43].

Pues bien, conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, que modifica la Ley 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando se tipifica como delito, en su art. 2.2. a) la exportación o expedición de bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito. La pena a imponer es de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al sextuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos, a imponer en su mitad superior según lo dispuesto en el art.3 de la Ley. Las anteriores conductas serán igualmente punibles desde la reforma por LO 6/2011 cuando se cometan por imprudencia grave, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado, lo que facilitará la condena en muchos casos que, hasta ahora, habían acabado en absolución por apreciarse un error de tipo vencible, al alegarse el desconocimiento del valor cultural del bien.

En completo acuerdo con OTERO GONZÁLEZ[44], llama la atención que el precepto utilice únicamente el criterio económico para delimitar

[41] PEÑUELAS, cit., p.13.

[42] OTERO GONZÁLEZ, P.: ob.cit.p.14.

[43] BARRACA DE RAMOS, P.: "La prevención del tráfico ilegal de bienes culturales desde la perspectiva europea" en *Revista del Ministerio Fiscal*, 2018, p. 85/6.

[44] OTERO GONZÁLEZ, P.: ob.y loc.cit.

el delito de la infracción administrativa, cuando hubiera resultado más acorde con el bien jurídico protegido, atender también al relevante valor cultural del bien, por ejemplo a la afección a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante, de manera similar al subtipo agravado del delito de daños a bienes culturales previsto en el art. 323 apartado 2º del CP.

El delito de contrabando es también uno de los que contempla la **responsabilidad penal de las personas jurídicas**, cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 31 bis del CP y en las condiciones en él establecidas (art.2.6). Asimismo, cuando el delito se cometa en el seno, en colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica le será de aplicación lo previsto en el artículo 129 del Código Penal (art.2.7). Además debe subrayarse que el delito de contrabando prevé una agravación cuando "se cometa por medio o en beneficio de personas, entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una facilidad especial para la comisión del mismo" (art.3.2).

Como subraya el Convenio del Consejo de Europa de 2017, sobre delitos relacionados con los bienes culturales[45] el tráfico ilícito de dichos bienes es, por su naturaleza, un delito que supone una de las formas más rentables del crimen organizado transnacional[46], después del tráfico de armas y las drogas. De hecho, las redes de delincuencia organizada, que han incrementado su actividad en los últimos años[47], utilizan el tráfico ilegal de obras de arte y antigüedades como medio para blanquear y financiar su actividades ilícitas (tráfico de drogas, armas, seres humanos…). Es por ello que el texto recoge en su art. 15 un listado de circuns-

[45] El citado Convenio, que no ha sido aún ratificado por España, es un instrumento internacional destinado a prevenir y combatir las agresiones al Patrimonio Cultural.

[46] Sobre el particular citaremos la denominada "Operación Pandora II" desarrollada entre octubre y diciembre de 2017 –liderada y coordinada por España y Europol– y realizada de manera combinada con la operación Athena, coordinada por la Organización Mundial de Aduanas (OMA) e INTERPOL, que permitió incautarse de más de 41.000 objetos culturales y antigüedades diversas, entre los que se incluyen monedas, muebles, pinturas, instrumentos musicales, piezas arqueológicas y esculturas en una operación mundial contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Dicha operación supone un buen ejemplo de respuesta coordinada a nivel internacional de autoridades administrativas y policiales con competencias en la persecución del tráfico ilícito de bienes culturales, para desarticular dichas organizaciones criminales e incautar los bienes en su poder.

[47] Acerca de estas cuestiones, GUTIERREZ ZARZA, A.: "Tráfico ilícito de bienes culturales y cooperación penal europea e internacional", ponencia de las Jornadas "*Delitos contra el patrimonio histórico". Especial referencia al patrimonio arqueológico*, Centro de Estudios Jurídicos, junio 2017.

tancias agravantes que los Estados Parte deben tomar en consideración, salvo que estén recogidas ya en sus derechos internos, entre las que se contempla la comisión de dichos delitos "en el marco de una organización criminal".

Pese a ello son escasas las sentencias penales relativas al contrabando de bienes culturales y la mayoría absolutorias. Es el caso de la SAP de Zaragoza de julio de 2018 (*caso Helmet*) donde los acusados, condenados en concepto de autores por un delito continuado de daños materiales intencionados sobre yacimiento arqueológico terrestre, por un delito continuado de hurto agravado y por un delito de blanqueo de capitales por la posterior venta de los efectos sustraídos del yacimiento, fueron absueltos del delito de contrabando del que venían siendo acusados por estar prescritos, conforme a los plazos previstos en los arts. 130-6 y 131-1 CP. Puede citarse también la sentencia del Juzgado Penal 2 de Valencia, de 25 de abril de 2017 por la que se condena a tres hombres de nacionalidad egipcia como autores de un delito de contrabando, por la introducción en España de obras arqueológicas expoliadas de excavaciones ilegales de su país a través del Puerto de Valencia; los acusados se conformaron con la pena de un año de prisión y una multa de 500.000, absolviéndose al anticuario contra el que el fiscal no formuló acusación.

La sentencia condenatoria más reciente por un delito de contrabando de bienes culturales ha sido dictada por el Juzgado de lo Penal número 27 de Madrid de 14 de enero de 2020. Dicha resolución, que se encuentra recurrida ante la Audiencia Provincial, considera probado que el ahora condenado, J. Botín, sacó de España la obra *Cabeza de mujer joven* –pieza esencial en la evolución del cubismo– pese a que Cultura lo había prohibido de forma expresa. El *picasso* había sido calificado como inexportable por la *Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español*, dado su extraordinario valor histórico. El delito de contrabando se aprecia puesto que se trata de una obra de arte valorada en al menos 50.000 euros y que formando parte del patrimonio español salió del territorio español sin autorización, destacando la sentencia que, "pese a ser plenamente consciente de la prohibición administrativa", el acusado trasladó el cuadro a su goleta con la finalidad de sacarlo de España, siendo interceptada la obra por las autoridades aduaneras francesas. La sentencia le condenó a 18 meses de prisión, imponiéndole además una multa de 52,4 millones, el doble del valor en que está tasada la pieza, adquirida por él en Londres en 1977, y procede al decomiso de la obra intervenida y su atribución al Estado español, en aplicación de lo previsto en el art. 29 de la Ley de Patrimonio Histórico

Español. Sin embargo, un controvertido auto aclaratorio, emitido dos semanas después del fallo, eleva la pena a tres años y un día de prisión, mientras que la sanción monetaria resulta también duplicada, ascendiendo a 91,7 millones.

Para finalizar este breve repaso a la jurisprudencia dictada en materia de contrabando de obras de arte mencionaremos que el Juzgado de Instrucción n.24 de Barcelona está investigando en la actualidad la compraventa de esculturas iberas del siglo V antes de Cristo y una presunta red de tráfico de obras de arte que daba salida a obras de gran valor expoliadas en España; las obras, valoradas en un millón y medio de euros, fueron localizadas en dos conocidas tiendas de antigüedades de la Ciudad Condal y en las viviendas de sus propietarios. La conocida como *Operación Leona*, nombre adoptado por una de las piezas iberas más valiosas de las intervenidas, comenzó en 2017 cuando el grupo especializado en robo de obras de arte recibió varios avisos sobre el presunto expolio de piezas íberas en Jaén y Córdoba. Estas fueron introducidas en el mercado por varios anticuarios catalanes en busca de compradores; de hecho, los adquirentes de la obra están siendo investigados a la espera de clarificar si fueron terceros de buena fe, víctimas de una posible estafa o tenían conocimiento de la procedencia ilícita de las piezas[48].

3. Receptación de bienes culturales y blanqueo de capitales a través del sector del arte

Entre las numerosas reformas penales introducidas por la LO 1/2015 cabe destacar también la previsión del castigo de la receptación de bienes culturales: conforme al nuevo subtipo agravado previsto en el art. **298.1.a** CP se sanciona con prisión de 1 a 3 años los supuestos de receptación "*cuando se trate de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*". Sin embargo, se ha venido objetando que, dado que conforme al tenor literal el delito de receptación va vinculado a un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico[49], difícilmente podrán tener encaje con-

[48] Según información facilitada por el Inspector Jefe del Cuerpo Nacional de Policía y Jefe de la Brigada de Patrimonio Histórico, las piezas se encuentran en la actualidad en el Instituto de Patrimonio Cultural Español, pendientes de los Informes periciales para confirmar su autenticidad.

[49] Conforme al tenor literal del art. 298.1, se sanciona como autor de un delito de receptación a "*quien, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos*".

ductas como, por ejemplo, las del coleccionista de objetos que proceden de yacimientos arqueológicos expoliados[50] o cuando los bienes proceden de un delito de contrabando. Asimismo se critica la exigencia del ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo, pues de entrada parece no permitir incluir otras actuaciones vinculadas, por ejemplo, a fanatismo ideológico o religioso; sin embargo habrá que analizar en cada caso si ese ánimo ideológico excluye el ánimo de lucro o simplemente lo acompaña. Por su parte, el art. 298.2, en su redacción vigente permite la imposición de la pena en su mitad superior, a quien lleve a cabo las conductas descritas, esto es, recibir, adquirir u ocultar los efectos del delito "*para traficar con ellos*", con el fin de castigar la comercialización ilícita. En el mismo apartado se recoge un tipo hiperagravado cuando se realizare el tráfico utilizando un establecimiento o local comercial, en aras a incriminar con más dureza la profesionalidad delictiva.

Junto con el delito de receptación aparece regulado en el Capítulo XIV el **blanqueo de capitales** a través de los arts. 301 a 304 del CP. Como señala VIDALES RODRIGUEZ, existe un alto grado de consenso en identificar el blanqueo como un proceso que, básicamente, consiste en dar apariencia de licitud a los bienes que proceden de una actividad delictiva, haciéndolos aparecer como de lícita obtención[51]. La LO 5/2010, de 22

[50] Como valoraba DE LA CUESTA AGUADO, P.: "La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico. El delito de expolio" en *Comentarios a la reforma penal de 2015*, p. 652; OTERO GONZÁLEZ, P.: "Protección penal de los daños al patrimonio histórico (tras la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015), en *Bienes Culturales y Derecho*, Madrid, 2015; con anterioridad GARCÍA CALDERÓN: ob. cit. p. 249. No obstante, encontramos alguna sentencia condenatoria en la jurisprudencia provincial por hechos acaecidos con anterioridad a la reforma penal citada. En concreto la ya citada sentencia del Juzgado de lo Penal de Cáceres de 15 de octubre de 2015 condenó, por conformidad, a los acusados por sendos delitos continuados de daños a yacimientos arqueológicos en concurso con delitos de apropiación indebida y en el caso del último de los acusados se apreció el concurso entre el delito de daños con un delito de receptación del art. 298.2 CP: conforme a los hechos probados los acusados se dedicaron en un período de 6 meses, a dirigirse a diferentes yacimientos arqueológicos y, valiéndose de detectores de metales, realizaban remociones del terreno, y después se apoderaban, movidos del propósito de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, de piezas de los mismos. Al tiempo, a través de las intervenciones telefónicas autorizadas judicialmente, se conoció que los acusados, una vez en posesión de las piezas sustraídas en los yacimientos, se ponían en contacto con otro de los acusados, quien conociendo su procedencia subrepticia y guiado del propósito de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se las adquiría para a continuación ofrecerlas a la venta a través de diferentes páginas web como E-bay y similares –que permiten ventas internacionales– o a través de subastas organizadas por él a terceras personas.

[51] VIDALES RODRIGUEZ, C.: "Blanqueo, responsabilidad de las personas jurídicas y programas de cumplimiento" en *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia, 2019, p. 409 y ss.

de junio supuso una reforma sustancial de la figura, si bien voy a destacar la introducción, junto a la agravante específica ligada al narcotráfico, de nuevas agravaciones específicas que vinculaban el lavado de capitales con otras tipologías, como es el caso de los delitos del Capítulo I del Título XVI (ordenación del territorio y urbanismo). Pues bien, toda vez que la adquisición de obras de arte es una de las modalidades más utilizadas de cara al blanqueo de dinero ilícitamente adquirido, sorprende desde una perspectiva de política criminal que no se tipifique de manera agravada. Desde el punto de vista criminológico, el blanqueo de capitales se ha hecho patente en la compra y venta de antigüedades y objetos de arte de alto valor económico, ya que es capaz de mover grandes cantidades de dinero por la compra de algún bien sin levantar grandes sospechas. Por consiguiente, comparto plenamente el asombro de GARCÍA CALDERÓN[52] cuando afirma que carece de sentido que no se vinculen alguno de los delitos del Capítulo II del citado título XVI con el de blanqueo de capitales.

Por su parte el art. 302.1 CP acoge un tipo agravado de blanqueo cuando las personas que cometen estos hechos pertenezcan a una organización delictiva dedicada a los fines señalados en el tipo básico. En particular distingue a efectos penológicos la mayor o menor responsabilidad que se asuma en el seno de la organización. Para estos casos, cuando sea responsable una persona jurídica, el apartado segundo del citado precepto determina una serie de sanciones (multa) directamente conectadas con la penalidad establecida respecto de la persona física que actúa en su nombre y representación, graduando las penas de la persona jurídica según la gravedad de la que corresponda a la persona física. Sobre el particular resulta ilustrativo que la Brigada de Patrimonio Histórico, dependiente del Cuerpo Nacional de Policía, hace años que viene trabajando en casos de grandes grupos de delincuencia organizada que utilizan como método de blanqueo colecciones de pintura y objetos arqueológicos. Recientemente se ha culminado una compleja investigación, la denominada *Operación "Harmakhis"*, centrada en una presunta red de tráfico de obras de arte expoliadas en Libia (la ruta de las "antigüedades de sangre"[53]) y que servía, según la tesis de los investigadores, para financiar a los terroristas del Estado Islámico gracias al dinero que se pagaba por ellas. En particular dicha red financiaba presuntamente

[52] GARCÍA CALDERÓN, J.M.: *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, ob. cit.p. 289 y ss.

[53] Nombre que reciben las obras de arte expoliadas de territorios bajo el control de grupos armados.

a Daesh con la venta en España de arte expoliado procedente de Libia. La Audiencia Nacional ha acordado la libertad sujeta al pago de fianza con medidas cautelares, mientras se está a la espera de los informes periciales acerca de la autenticidad de las piezas y de las comisiones rogatorias internacionales[54]. A los detenidos –un marchante y un anticuario experto en arte antiguo[55]– se les acusa de financiación del terrorismo yihadista, receptación, falsedad documental y contrabando.

Pues bien, pese a la gran atención mediática que despiertan estos casos, apenas hay pronunciamientos jurisprudenciales en la materia; debe pues traerse como excepción la ya citada SAP de Zaragoza de 16 de julio de 2018, que condenó a los acusados por el expolio continuado del yacimiento celtíbero de Arátikos o Aratis, el más grande de los inventariados de Aragón, así como por un delito continuado de blanqueo de capitales (301.1 CP) al dar el ya condenado salida y venta durante más de veinte años a la parte más valiosa de los efectos que iba sustrayendo de la necrópolis.

4. Delito de malversación de caudales públicos

Tal y como se recoge en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2019 de 20 de febrero, de reforma del Código Penal, la transposición en plazo de directivas comunitarias constituye en la actualidad uno de los objetivos prioritarios establecidos por el Consejo Europeo. De ahí que la citada LO ha tenido por objeto la transposición a nuestro ordenamiento interno de, entre otras, la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal. Dicha Directiva supone la regulación armonizada de estos fraudes, así como la penalización de otras conductas íntimamente vinculadas con los mismos: el blanqueo de capitales, el cohecho y la malversación. Pues bien, la Directiva exige que sea punible cualquiera de los delitos previstos en ella, incluido el delito de malversación, cuando sea cometido por una persona jurídica. Por consiguiente, la citada reforma introduce en el apartado **5º del art. 435** CP la responsabilidad de las personas jurídicas en el *delito de malversación*, único tipo penal de los regulados en la Directiva que no admitía dicha responsabilidad en nuestro ordenamiento.

[54] Información facilitada por el Inspector Jefe del CNP y Jefe de la Brigada de Patrimonio Histórico.

[55] Hasta el punto de haber ofrecido entrevistas en medios por su reputación como comerciante de bienes culturales, incluso había sido partícipe en distintos foros académicos donde se hablaba de la destrucción del patrimonio histórico por parte del Daesh.

Ahora bien, comparto absolutamente la incomprensión del porqué de la supresión del subtipo agravado de malversación cuando esta recaiga sobre cosas declaradas de valor histórico o artístico (artículo 432.2 CP)[56]. Pese a que el número de sentencias sobre la materia es reducido, debe mantenerse pues no hay dudas sobre la necesidad político criminal de su incriminación agravada[57]. Como muestra, y descendiendo al nivel autonómico, en la Comunidad Valenciana el "caso IVAM" [58] pone en evidencia la presunta existencia de negocios ilícitos relacionadas con el sector público del arte. En el citado caso, por un presunto fraude millonario por la adquisición de reproducciones de obras no originales del escultor fallecido Gerardo Rueda, el Juzgado de Instrucción n. 21 de Valencia tramitó procedimiento abreviado por delitos de malversación, prevaricación y falsedad, dictándose en fecha de 4 de octubre de 2019 Auto de incoación de procedimiento abreviado que fue notificado a las partes. Pues bien la Audiencia Provincial de Valencia, en Auto nº 94/2020, de 30 de enero, establece la relevancia penal de la conducta investigada. En este caso la AP establece la relevancia penal de la conducta investigada "*que constituye una conducta depredatoria del patrimonio público en favor de un particular, presuntamente realizada por quienes tenían competencia en el IVAM y un tercero, dotada de unas formalidades administrativas aparente, lo que podría, eventualmente, tener cabida en los tipos penales que describen las conductas de malversación de caudales públicos, prevaricación administrativa, estafa o falsedad en documento oficial*". La sección segunda de la Audiencia Provincial de Valencia confirma el procesamiento, desestimando los recursos interpuestos tanto por la ex directora del IVAM como por el ex director económico administrativo del museo[59]. Al cierre de este artículo hemos tenido conocimiento del Auto de apertura del juicio oral, de fecha 18 de febrero, ratificando las medidas cautelares adoptadas respecto de los tres acusados. Al objeto de nuestra investigación debe advertirse que el IVAM, de acuerdo

---

[56] OTERO GONZÁLEZ, P.: "Protección penal de los daños al Patrimonio Histórico (tras la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015", en *AFDUAM*, 19, 2015, p. 359.

[57] Sin embargo, en opinión de ROMA VALDÉS ("La estafa agravada…") se mantiene indirectamente por la remisión del precepto al delito de apropiación indebida del art.253.

[58] El Instituto Valenciano de Arte Moderno (IVAM) es una institución creada por la Ley 9/1986, de 30 de diciembre, cuyo objeto principal es el desarrollo de la política cultural de la Generalitat Valenciana en cuanto concierne al conocimiento, tutela, fomento y difusión del arte moderno.

[59] Se opusieron al recurso tanto la Fiscalía Anticorrupción, como la Abogacía de la Generalitat y la acusación popular en nombre de *Acción Cívica contra la corrupción*, Asociación independiente, apolítica y sin ánimo de lucro que lucha contra la corrupción política.

a lo dispuesto por Ley 9/1986, es una entidad de derecho público con personalidad jurídica y por tanto, exenta de responsabilidad penal, conforme a lo dispuesto por el art.31 *quinquies* que excluye expresamente del régimen de responsabilidad penal a las Administraciones Públicas y al sector público administrativo. Pese a ello, la adopción y la ejecución con eficacia de un Plan de cumplimiento penal por este tipo de entidades, mostraría un modelo tendente a conseguir la excelencia a la calidad, puesto que a través de las conductas que han de llevarse a cabo en su implantación, se produce de un modo proactivo la prevención delictiva por medio de las pautas de organización y de gestión establecidas en el Plan.

III. LOS AGENTES INTERVINIENTES EN EL NEGOCIO DEL ARTE

Retomando los presupuestos de la responsabilidad de la persona jurídica regulada en los arts. 31 bis y ss del CP son dos los vinculados al ámbito subjetivo:

Por un lado, debe comprobarse la previa actuación ilícita del sujeto **persona física** que legalmente se considera idóneo para, bajo determinados requisitos, transferir a la persona jurídica la responsabilidad penal; a partir de aquí el art. 31 bis 1 describe dos diferentes ***hechos de conexión*** para habilitar el mecanismo de transferencia de responsabilidad penal desde la actuación ilícita de la persona física, en consideración al rango y facultades de la persona que cometió el delito de referencia:

a) el primer nivel de responsabilidad requiere que los hechos delictivos sean cometido por los dirigentes, en particular, quienes tiene poder de representación en la empresa o quienes estén autorizados a tomar decisiones en su nombre u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma.
b) El segundo nivel de responsabilidad de la persona jurídica será por hechos delictivos realizados por sus subordinados, en el ejercicio de sus actividades sociales y en beneficio directo o indirecto de las personas jurídicas, por *incumplimiento grave por parte de aquellos de los deberes de supervisión, vigilancia y control*.

Cada uno de los dos *hechos de conexión*, en consideración al rango de las personas físicas tiene su propio régimen de **condiciones** necesarias para que un *programa de cumplimiento* pueda **tener virtualidad eximente o atenuante**[60]**,** en virtud de lo dispuesto en el art.31 bis 2 y 4. A su vez, se

[60] Cfr. *In extenso*, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos" en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX (2019) p. 596.

contempla un régimen excepcional para las empresas de pequeñas dimensiones, con independencia del hecho de conexión (31 bis 3.).

De otro lado, el texto legal exige como presupuesto común para poder castigar penalmente a una sociedad que ésta posea **"personalidad jurídica",** estableciendo otro régimen diferente para los "entes sin personalidad jurídica" en el art. 129 CP. Ahora bien, ni el art. 31 bis ni ningún otro precepto del Código penal incorporan un concepto de persona jurídica, pese a que, como bien afirma FERNÁNDEZ TERUELO, dicha institución constituye el epicentro en torno al cual gira toda la regulación de dicho modelo de responsabilidad, debiendo acudirse para dotar de contenido a dicha categoría a la normativa extrapenal[61]. De suerte que podemos afirmar que en nuestro CP existen tres vías de imputación: la responsabilidad de las personas físicas, la responsabilidad de las personas jurídicas y la responsabilidad de los entes sin personalidad jurídica.

Ahora bien, tanto el Tribunal Supremo (en su sentencia 154/2016, de 29 de febrero) como la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016[62] plantean la necesidad de excluir la posibilidad de que sean penalmente responsables todas aquellas personas jurídicas cuya actividad y objeto real sean esencialmente delictivos, esto es, en aquellas en las que la actividad legal no exista o sea solo residual. En concreto la Circular efectúa la distinción desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa, sugiriendo así tres categorías de personas jurídicas:

a) Las que operan con normalidad en el tráfico jurídico, y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión las denomina sociedades *imputables*.
b) Las que desarrollan cierta actividad legal, pero en su mayor parte las acciones son ilegales. Como señala la Circular, un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilí-

[61] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: "Personas jurídicas imputables e inimputables, incluidas y excluidas en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas" en *Derecho penal económico y teoría del delito*. Valencia, 2020, p. 451. El autor citado acude a las normas de carácter civil (arts. 35 a 39 Cc) y mercantil (art.116 Ccom), precisando a partir de ahí las características propias de cada una de las entidades en su legislación de referencia.

[62] Circular FGE 1/2016, pp. 28 y ss.

cito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere expresamente el art.66 bis, al establecer los criterios de determinación de las penas cuando para imponerlas, una de las dos circunstancias que ha de darse es la de "*…que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal*". Como afirma la Circular de la FGE, dicha previsión acredita que este tipo de sociedades quedan dentro del ámbito de responsabilidad de las personas jurídicas, siendo por tanto imputables.

c) Por último, las sociedades instrumentales o pantalla, son calificadas de inimputables conforme al art. 31 bis. En relación al fundamento de su exclusión, aunque formalmente son personas jurídicas, materialmente no pueden desarrollar una cultura de cumplimiento de la legalidad, para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo[63]. Así lo recoge la citada STS remitiéndose a la Circular 1/2016 FGE: "*El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes…) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales"* (F.Jº 11). En el ámbito de los bienes culturales, cabe advertir que cuando una obra de arte se ve involucrada en un hecho delictivo, puede ocurrir que ya la propia policía pueda proceder a la intervención de la misma, o que el juez ordene que la obra de arte se constituya como pieza de convicción o que se embargue la pieza como medida cautelar[64].

Por su parte, el art. 31 quinquies **excluye** expresamente del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas a determinadas entidades a las que no les resultará de aplicación las disposiciones de este

[63] DOPICO GÓMEZ-ALLER recoge otros argumentos, fundamentalmente porque se trata de simples instrumentos del delito y no de auténticos sujetos activos ("La responsabilidad penal de las personas jurídicas") en VVAA: *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, p.135.

[64] Advirtiendo sobre los problemas que en la práctica se pueden generar, relativos al traslado de las obras si son de gran formato o a que terceras personas de buena fe se vean involucradas en el proceso, NIÑO ALFONSO, B. y M.I: Asistencia penal en la protección del patrimonio histórico" en *IV Encuentro profesional sobre lucha contra el tráfico ilícito*, 2016, p.109.

modelo de responsabilidad. De entrada, la inicial mención del Estado permitiría englobar todas las Administraciones[65]; sin embargo, el precepto relaciona a continuación un listado de órganos del sector público que condujo a una clarificación por parte de la Fiscalía General del Estado en la ya citada Circular 1/2016. En concreto se entienden excluidas del modelo de responsabilidad las Administraciones públicas y el *sector público administrativo*. El fundamento se encuentra básicamente en el hecho de que la imposición de las penas citadas a las instituciones citadas, repercutiría negativamente en el disfrute por parte de los ciudadanos de determinados derechos esenciales prestados por las mismas. Sin embargo, en cuanto al *sector público empresarial*, la LO 1/2015 reconoce la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas a las que dedica el apartado 2 del 31 quinquies, si bien limita la posibilidad de atribuir dicha responsabilidad a que ejerciten políticas públicas o presten servicios de interés económico en general, limitando a su vez las penas que les pueden resultar impuestas[66]. Finalmente, aunque no aparecen expresamente mencionadas en el listado deben considerarse igualmente **exentas** de responsabilidad **las fundaciones públicas** (Circular FGE).

Pues bien, dibujado el régimen general previsto en el art. 31 bis respecto a los criterios de imputación, volvamos a centrarnos en el sector del mercado del arte y en particular en los agentes intervinientes. En líneas generales, podemos afirmar que las vías de **compra/venta de arte** son variadas pero suelen responder a la siguiente estructura[67]:

---

[65] Aunque el Estado**,** como conjunto de los poderes y órganos de gobierno del país incluye a las Comunidades Autónomas, pues así está organizado territorialmente nuestro país, debe distinguirse entre el Sector Público Estatal, Autonómico y Local, de tal modo que junto a la Administración General del Estado y bajo la acepción *Administraciones públicas institucionales*, se comprenden también las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local. LUZÓN CÁNOVAS, A.: "Personas jurídicas exentas y personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal" en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Manuel Maza*, 2018, p. 213 y ss.

[66] Como acertadamente precisa FERNÁNDEZ TERUELO. "la intervención pública en la economía se articula a través de las empresas de capital público, instrumento que posibilita que el Estado intervenga como una empresa más en la actividad de prestación de servicios…en realidad las llamadas empresas o sociedades mercantiles públicas no son públicas, sino sociedades mercantiles (por tanto privadas) de capital o control público, p.465 y ss. También cabe señalar que, conforme a la LO 7/2012, se incluyó a los partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad de las personas jurídicas. *In extenso*, LEÓN ALAPONT, J.: *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Valencia 2019.

[67] Sobre el particular, ROMA VALDES, A.: "La estafa agravada por el valor cultural del objeto…"·, cit., p. 5.

1. El gran arte se distribuye a través de **casas de subastas** internacionales, las cuales cuentan con personal especializado y apoyan su garantía en informes de expertos; en una segunda escala existen casas de subastas de carácter nacional, que funcionan como las anteriores[68]. En ambos casos las empresas subastadoras ofrecen a sus clientes una plataforma comercial de objetos de calidad artística y cultural, divulgando las obras a través de cuidadosos catálogos que reproducen las piezas y silencian su propiedad con excepciones. En este contexto, la mecánica general sería la siguiente: el propietario que desea vender sus obras encarga la venta a la empresa de subastas por cuyo servicio abonará la remuneración que pacten con ellas[69]; para admitir un objeto de arte, suele exigirse un estudio previo y una tasación de la obra, garantizando el depositario ser el propietario y que los objetos están libres de cargas y/o gravámenes. La empresa subastadora clasifica, valora y describe las obras, con lo que les atribuye una serie de características que van a constituir la información por cuya veracidad vela la Ley 7/1996 de ordenación del Comercio Minorista (en adelante LOCM). De suerte que, como advierte CASABÓ, los engaños que puedan cometerse en las casas de subastas suelen ser sin su conocimiento, pues en ello va su prestigio; incluso puede ser que la falsificación sea tan buena o la documentación aportada tan convincente que los intermedios sean los engañados. A este respecto cabe señalar que los intermediarios en las compraventas de arte suelen ser personas de reconocido prestigio, entre otras razones por la importante clientela con la que cuentan, que, a su vez, supone el movimiento de ingentes cantidades de dinero. Pese a lo expuesto, el rigor en la garantía de la autenticidad de las casas de subastas españolas es mejorable puesto que habitualmente se conforman con la atribución de autoría que hace un experto interno.

Se pueden hallar ejemplos criminológicos de conductas ilícitas acometidas por los depositarios de las obras de arte: así el pasado mes de abril se procedió por parte de la Brigada de PH de la PN a la detención de un sujeto como presunto responsable de un delito contra la propiedad intelectual y un delito de estafa, al descubrir que había depositado once obras falsificadas en una sala de subastas ubicada en Madrid y que otras cinco ya habían sido vendidas por un valor de casi 20.000 euros. El 'modus operandi' consistía en ganarse la confianza de los comerciales de

[68] Según datos del Informe del mercado de arte español, anteriormente citado, en 2016, existían al menos 120 casas de subastas dedicadas a la venta de bellas artes, artes decorativas, antigüedades y objetos de colección en España.

[69] Sobre el particular, BERGEL SAINZ DE BARANDA, Y.: *La compraventa de obras de arte. Problemas de Derecho Privado*, Valencia, 2010, p. 225 y ss.

establecimientos de venta de objetos de alto valor por el sistema de pujas, presentándose como un personaje conocido socialmente por sus relaciones con artistas de prestigio internacional. Así introducía las obras y una vez vendidas intentaba colocar piezas de mayor valor económico[70]. En algunas ventas en subastas, el blanqueador saca una obra de su propiedad a la venta, y generalmente se valen de terceros, como cooperadores, que pujan por la pieza con una suma de dinero superior al valor estimado del mercado. Una vez ganada la subasta, dicho cómplice devuelve el bien y el dinero, a cambio de sustanciosas comisiones[71], introduciendo así el dinero en el tráfico legal y dotando a la pieza de un valor aparente.

En la práctica jurisprudencial podemos citar la resolución condenatoria de la **Audiencia Provincial de Madrid de 5 de julio de 2019 (TOL 7450805):** en dicha sentencia se condenó por delito de estafa al director de una sala de subastas de obras de arte y antigüedades. Según consta en los hechos probados, llegó a conocimiento del condenado la existencia de un cuadro cuyo propietario estaba intentando averiguar si se trataba de una obra auténtica del pinto Pablo Ruiz Picasso, por lo que el condenado se ofreció a gestionar el proceso de expertización del cuadro, aunque después no llevó a cabo ninguna acción tendente a tal fin, puesto que, como conocedor de la forma de operar en el mercado de obras de arte, sabía de antemano que las gestiones previas del propietario no habían ofrecido un

[70] Según información publicada en La Vanguardia el 15 de abril de 2019, se recuperaron 16 obras falsificadas de artistas de gran reputación como Edvard Munch, Eduardo Chillida y José Guerrero, superando el valor económico de todas las piezas los 250.000 euros que oscilan entre los 400 euros la de menor valor y los 115.000 euros de la pieza del artista Munch. En este contexto, es muy significativa la sentencia del pasado mes de julio un tribunal de Nueva York que condenó por un delito continuado de estafa a un conocido marchante británico que comerciaba 'picassos', apropiándose de entre 10 y 30 millones de euros (9 y 27 millones de euros respectivamente) procedentes de transacciones económicas realizadas por la venta de obras de arte. El condenado había trabajado para la casa de subastas Sotheby's en Nueva York antes de montar su propio negocio en el mismo sector, representando a propietarios de importantes piezas de arte ante compradores privados o en subastas. A cambio, obtenía una comisión en caso de venta, pero desde 2010 a 2015 se hizo con parte del dinero conseguido con la venta de obras de arte, y utilizó piezas que no eran de su propiedad como avales para obtener préstamos personales y colocar piezas de mayor valor económico.

[71] Desde una óptica criminológica, BALCELLS ("Aspectos criminológicos del expolio y del tráfico ilícito del patrimonio arqueológico" en *El expolio se va a acabar*, 2017) hace referencia a relevantes casas de subastas como Sotheby's y Christie's. Respecto de la primera relata como dejó de ofrecer antigüedades después de que un empleado despedido revelara conexiones que tenía la casa de subastas con el mercado ilícito. Sobre este asunto, puede verse: WATSON, P.: *Sotheby's Inside Story*, London, 1997.

resultado positivo[72]. La sentencia declara probado, más allá de toda duda razonable, que el acusado, con el fin de obtener un lucro ilícito y aprovechando una relación de confianza con el denunciante, le comunicó la existencia del cuadro, haciéndole creer que el cuadro tenía una altísima probabilidad de ser una obra auténtica, proponiéndole que invirtiese dinero de inmediato en la compra de una parte de la obra al propietario de la misma. Lo cierto es que en este ámbito, donde se tiene que inducir a error a otro para el acto de disposición, el sujeto activo suele rodearse de una apariencia de profesionalidad para, aprovechando la misma, lograr el acto de disposición. Pues bien, el denunciante, confiando en el condenado, por su condición de director de una sala de arte, decidió aceptar el negocio y entregó a éste último 140.000 euros en efectivo, sin que el condenado tuviera intención alguna de dar el dinero recibido al propietario del cuadro, sino que hizo suya de inmediato tal suma de dinero, en perjuicio de la víctima. Por lo expuesto la Audiencia estimó probado el "engaño bastante" constitutivo de la estafa y la intención inicial de hacer suya la cantidad obtenida a través del mismo, subsumiendo los hechos en el tipo de estafa, agravado al superar el valor de la defraudación los 50.000 euros.

2. En otra escala se encuentran las **galerías** de arte, las cuales cuentan con profesionales especializados. La forma jurídica de las galerías de arte se distribuye principalmente entre sociedades anónimas, sociedades limitadas y empresarios individuales, siendo ésta última la forma mayoritaria[73]. Como advierte MCANDREW en su *Informe del mercado del arte español* de 2017, el sector español de galerías está compuesto por 2.845 empresas registradas en 2016, entre ellas **anticuarios**[74].Aunque se incluyen varias pequeñas empresas y varios comerciantes existe un núcleo de unas 650 galerías de arte y antigüedades que trabajan en diferentes sectores y que generaron casi un 70% de las ventas en el sector. El espacio de la galería sigue siendo el canal de venta más importante[75], mientras que siguen aumentando, además de las ventas on-line, las ventas en las **ferias**

[72] En concreto el Museo Thyssen no se había interesado por su adquisición y ni siquiera por comprobar su autenticidad, al igual que tampoco la Consejeria de Cultura ni nadie de su familia.

[73] CASABÓ ORTÍ, M.A.: ob. cit. p.9.

[74] MCANDREW, C.: "El mercado español del arte en 2017", *Cuaderno Arte y Mecenazgo*, La Caixa.

[75] Con un 54% del valor en venta, cuota que ha disminuido desde el último informe de 2013 (un 58%).

de arte[76]. Según datos del citado Informe[77], la feria de arte de Maastricht, la principal y única feria anual de arte mundial de pintura, escultura y artes decorativas, destaca por el rigor de los procedimientos de verificación de la autenticidad y antigüedad de todas las piezas. La mayoría explican con detalle la *provenance* de los objetos en venta y en caso de duda, la obra es retirada o su atribución modificada de forma inmediata[78]. En concreto son los Comités de Verificación los que llevan a cabo un examen minucioso de cada pieza en exhibición con respecto a la *autenticidad, condición y atribución*[79]. Las exposiciones se aceptan para su exhibición una vez que hayan sido aprobadas por el comité correspondiente. Además de ser examinados con base a los criterios citados, las exhibiciones se comparan con la base de datos del *Art Loss Register* (ALR), entidad sin ánimo de lucro establecida en NY, de 500,000 artículos sujetos a un reclamo. El ALR incluye artículos informados como perdidos o robados, sujetos a una disputa o préstamo, o con otros problemas, de suerte que, cualquier objeto que se encuentre sujeto a una reclamación se elimina de la feria de inmediato[80]. En cuanto a los canales de venta, las **transacciones on-line** han crecido sustancialmente y se dividen entre ventas a través del sitio web propio de las galerías y las realizadas a través de plataformas de terceros. Se está evidenciando que las ventas por Internet permiten en mayor medida a particulares y empresas la comercialización de obras falsas, debido a que este medio es más difícil de controlar, a diferencia del pasado donde como vimos unos pocos marchantes tenían el monopolio de del mercado. Incluso están creciendo nuevos canales de distribución de obras falsas en ventas y subastas en destinos turísticos y cruceros[81]. En los casos en que son los galeristas engañados por obras falsas en el mercado tienden a no hacerlo público por el temor a una pérdida de confianza en el mercado de arte de posibles compradores.

---

[76] Según el citado Informe no existen fuentes públicas de datos uniformes sobre las ventas de galerías, de manera que la información del sector debe obtenerse mediante encuestas, entrevistas y fuentes secundarias.

[77] De un 35% en 2013 a un 41% en 2016 un poco menos de la mitad (47%) de los galeristas encuestados realizó la mitad de sus ventas anuales o incluso más en ferias de arte, y un 19% indicó que en las ferias había cerrado tres cuartas partes de sus ventas o más.

[78] Sobre dicha Feria puede verse: "Sensaciones de arte español en Maastricht", en *Expansión*, marzo 2019.

[79] Según TEFAF, la organización preeminente mundial de bellas artes, antigüedades y diseño que organiza tres ferias a nivel internacional.

[80] *https://www.tefaf.com/about/vetting*

[81] Sobre el particular, PEÑUELAS: ob.cit., p. 108.

Atendiendo a la realidad criminológica, existen cadenas de intermediarios que actúan de nexo entre los falsificadores y los grandes marchantes de bienes culturales que abastecen a los coleccionistas y a los museos, que suelen operar a través de bandas organizadas a nivel internacional. En acertadas palabras de OTERO GONZÁLEZ, la globalización del fenómeno de los intermediarios en el tráfico ilícito de los bienes culturales implica una clara relación de estas conductas con el crimen organizado. Y, pese a la dificultad de su prueba, el proceso suele comenzar bien con la exportación ilegal por el mismo propietario o con su anuencia y eludiendo las normas de protección del Estado de origen, o bien, al menos, con la comercialización ilegal dentro del propio país[82]. En estos supuestos, como ya advertía la CFGE, carece de sentido pretender realizar valoraciones vinculadas a la existencia o no de mecanismos de control respecto a entidades que nacen exclusivamente con una finalidad delictiva. Por consiguiente a aquellos les resultará de aplicación las disposiciones previstas para las organizaciones criminales.

El panorama expuesto conduce a que se recomiende la conveniencia de que toda empresa cuya actividad sea el comercio con arte y antigüedades disponga y ejecute con eficacia sistemas de *criminal corporate compliances*, habituales en los países anglosajones, para evitar o atenuar, como veremos, las responsabilidades por actuaciones delictivas de los dirigentes o empleados, así como para cuidar la reputación de la misma ante las instituciones y autoridades en el contexto del arte, que tiene cada vez en mayor medida a la internacionalización[83].

IV. MEDIDAS DE PREVENCIÓN DELICTIVA EN EL SECTOR DEL ARTE: FUNDAMENTO Y CONTENIDO ESENCIAL DE LOS *CRIMINAL COMPLIANCE PROGRAMS*

En el contexto de nuestra investigación el término «compliance» –que procede de la lengua inglesa[84]– implica un cumplimiento normativo en el ámbito empresarial que garantizaría el ajuste de la empresa y de sus

[82] OTERO GONZÁLEZ, ob.cit.p. 14.

[83] Como señala, SÁNCHEZ GAONA: ob. loc.cit.

[84] El modelo anglosajón, y dentro del mismo especialmente el sub-modelo norteamericano, han venido siendo una forma de paradigma en lo que respecta a la ampliación a la persona jurídica del sistema de responsabilidad penal que previamente sólo afrontaba la persona física. Pueden verse unas notas sobre el sistema de Compliance en el Derecho Penal de Estados Unidos en VERCHER NOGUERA, A.: "La persona jurídica y el sistema de compliance en el Código Penal. Su aplicación en el contexto ambiental" en *Diario La Ley* 2016.

empleados a un determinado marco normativo. En concreto el legislador penal se refiere en el art. 31 bis 2º, como sistema de prevención delictiva, a **modelos de organización y gestión,** que, siguiendo los requisitos contemplados en el art. 31 bis.5º, identifiquen las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos (*mapa de riesgos*) y establezcan *medidas concretas de prevención*, conocidas por todo el personal y apoyadas de un sistema de supervisión encabezado por personal de la dirección.

Ahora bien, en la actualidad, la formulación de *compliance programs* no se encuentra extendida en la práctica empresarial española[85], y menos aún en el ámbito vinculado al comercio del arte, probablemente porque, pese a que los agentes del mercado son cada vez más conscientes de que necesitan dotar de una cobertura jurídica a su actividad y prevenir conductas ilícitas, se aprecia una falta de conocimiento en general de lo que podríamos denominar el derecho del arte[86] y en particular de los riesgos penales. Y ello, a pesar de las enormes consecuencias penológicas que pueden acarrear para la persona jurídica, que pueden implicar su disolución y como mínimo unas multas elevadísimas.

Los *compliance programs* adquieren pleno sentido en el sector de la compra venta de arte, no solo respecto a grandes organizaciones[87] –Sotheby's y Christie's suponen hoy en día, no solo las entidades más carismáticas y reconocidas de este peculiar mercado, sino que estas dos empresas acumulan el 76% del mercado de obras de arte, alternándose casi anualmente en el liderazgo porcentual de ese mercado– sino también para las medianas y pequeñas empresas obligadas a instaurar sistemas de control[88]. En el ámbito europeo conviene recordar que el Convenio del Consejo de Europa de 2017 relativo a los delitos contra bienes culturales

---

[85] Según consta en el reciente Informe de Compliance Penal "*Hacia sistemas de cumplimiento avanzados*" elaborado por Ignacio Ripol, Director de Compliance de la firma Grant Thornton, que analiza el estado real de implantación de estrategias de compliance en España, solo un 9% de las empresas disponen de un verdadero sistema de gestión de compliance. *https://www.grantthornton.es/globalassets/1.-member-firms/spain/insights/compliance-penal/20200210-perspectiva-infografia.pdf*

[86] Sobre el particular, y refiriéndose a la deficiente regulación de la materia, PEÑUELAS: ob. cit.pp. 109, 115, 116.

[87] En relación a las sociedades con dominio artístico, podríamos citar Artnet.com., cuya red de galerías es la más grande de su sector, con más de 2.200 galerías en más de 250 ciudades en todo el mundo y más de 166.000 obras de arte de más de 39.000 artistas de todo el mundo. Asimismo, también podríamos destacar Setdart Online, S.L, subasta de arte online líder en España, con más de 18.000 usuarios y sede en Barcelona.

[88] PÉREZ-CALERO SÁNCHEZ, L.: "Mercado del arte e intermediarios: una perspectiva actual" en *Laboratorio de Arte*, 2011, p.7.

contempla en su art.13 la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siguiendo de ese modo el criterio marcado por la Unión Europea de que aquellas también deben ser considerados sujetos activos de ciertos delitos, cuya idoneidad político-criminal concurre en una buena parte de los ilícitos que incluye el Convenio[89]. La preocupación por las agresiones a los bienes culturales y su tráfico ilícito se remonta a muchos años, por ello desde la perspectiva europea se han adoptado instrumentos jurídicos para evitar o prevenir los distintos tipos de depredación del patrimonio cultural, tanto desde la Unión Europea como desde los organismos intergubernamentales como el Consejo de Europa o la UNESCO, que establecen convenciones y recomendaciones para la preservación del patrimonio cultural en su conjunto[90].

A grandes rasgos, centrándonos en el **contenido esencial** de un *compliance* en el sector del arte, se han de observar los requisitos recogidos en el art. 31 bis apartado 5 CP[91], si bien nuestro estudio abordará el primer requisito que debe verificarse: así, la condición 1º del 31 bis apartado 5º se refiere a la *identificación de "…las actividades en cuyo ámbi-*

[89] Las figuras delictivas incorporadas al Convenio son las siguientes: a) Robo y otras formas de apropiación ilícita; b) Excavaciones y extracciones ilícitas; c) Importación ilegal; d) Exportación ilegal e) Adquisición ilegal; f) Introducción en el mercado; g) Falsificación de documentos; h) Destrucción y daños. Puede verse un comentario en ROMEO CASABONA, C.: "El Convenio del Consejo de Europa de 2017 sobre delitos relacionados con los bienes culturales" en VVA *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, Valencia, 2017, p. 319 y ss.

[90] BARRACA, P.: "La prevención del tráfico ilegal de bienes culturales desde la perspectiva europea" en *Rev Ministerio Fiscal*, 2018, p. 81 y ss y 103.

[91] 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
2. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
3. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
6. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

to pueden ser cometidos los delitos los delitos que deben ser prevenidos". La fase inicial consistirá en determinar las actividades empresariales en las que se pueden cometer delitos contra los bienes culturales, para los que el Código Penal establece que la persona jurídica puede responder, si no se previenen de forma adecuada y suficiente. Se trata por tanto de detectar cuales son las actividades en el sector del arte con las que se corren riesgos con relevancia penal por la actuación de directivos y/o empleados, para así adoptar posteriormente los protocolos o medidas de vigilancia y control que los reduzcan significativamente[92]. El **análisis de riesgos** es uno de los aspectos centrales del programa de cumplimiento y juega un papel determinante en sede judicial a la hora de determinar su "eficacia"[93]. A título de ejemplo, entre las operaciones con obras de arte y antigüedades que conllevan riesgos penales, pueden citarse, además de las ya abordadas con anterioridad, las siguientes: aquellas que conlleven generación de plusvalías aparentes en la compraventa de obras de arte nacionales e internacionales no acordes con los precios de mercado; posibles daños o robos de las obras en depósito en galerías de arte o anticuarios; implicación por desconocimiento en operaciones de compraventa en las que exista blanqueo de capitales o se comercie con obras robadas o falsificadas; o subastas en las que se detecta un acuerdo previo entre el vendedor y la persona que finalmente, sin importar la subida de precio, adquirirá el bien subastado[94].

Identificadas las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos, a través de la técnica del "**mapa de riesgos penales**", se priorizarán aquellos que pueden imputarse a una empresa u organización del sector del arte. En opinión de BALCELLS, una regulación laxa por lo que respecta al tráfico de antigüedades ha sido clave, por ejemplo, para facilitar el blanqueo de capitales, sobre todo en países de tránsito, donde no hay gran interés en determinar de que forma la pieza en sí ha llegado a su jurisdicción[95]. Indudablemente pues, en un mapa de riesgos inherentes

---

[92] Sobre los caracteres de los Compliance programs puede verse, GALÁN MUÑOZ, A.: *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia, 2017, p.129 y ss.

[93] NIETO MARTÍN, A.: "Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo" en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, 2015, p. 129 y ss.

[94] Enumerando otras acciones de riesgos en este sector, SEOANE PEDREIRA, A.*: La prevención del blanqueo de capitales*, *Navarra*, 2019, p.199 y ss; SÁNCHEZ GAONA, L.: ob. y loc.cit.

[95] BALCELLS, M: "Aspectos criminológicos del expolio y del tráfico ilícito del patrimonio arqueológico" en *El expolio se va a acabar*, 2017, p.349 y ss.

al mercado del arte, los delitos relacionados con el blanqueo de capitales ocuparán la posición de mayor impacto y mayor probabilidad. La elaboración del mapa de riesgos dependerá asimismo de la clase de persona jurídica de que se trate: una sociedad mercantil, una asociación…; por lo que se refiere a los anticuarios, puede mencionarse la existencia de la Federación Española de Anticuarios, entidad que agrupa distintas asociaciones territoriales de adscripción voluntaria por parte de profesionales.

El proceso de evaluación de riesgos ha de continuar identificando, en relación a las distintas tipologías delictivas, las **normas extrapenales** que establecen obligaciones sometidas a control[96], cuyo incumplimiento puede dar lugar al delito, además de estar sancionado en la propia normativa administrativa. Ello facilita, no solo la delimitación de los mayores riesgos, atendiendo al dato de si, como mínimo, cuenta con los requisitos administrativos previos (por ejemplo, autorizaciones de exportación) sino también a diseñar las medidas correctoras o preventivas.

La normativa extrapenal que vincula al sector del arte ya avanzamos que es dispersa y está compuesta, de un lado por normativa estatal: *Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español* (los arts. 75 a 79 recogen el régimen sancionador administrativo), el *Real Decreto 111/1986, de 10 de enero,* de desarrollo parcial de la Ley 16/1985 (arts. 40 a 44 regulan la transmisión y exportación de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español) y la *Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, que* modifica la ley 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando (sin obligaciones de control específicas; como ya vimos, mera diferencia cuantitativa de la infracción administrativa con el delito). Por su parte, la legislación española, en relación al comercio de bienes culturales, combina la legislación estatal con otras homólogas de las comunidades autónomas que comparten principios con aquellas. Así, en el ámbito de los comerciantes de bienes culturales, la generalidad de las leyes autonómicas[97] establecen ciertas reglas de control del comercio, siendo la principal el deber de los comerciantes de llevar un libro control de las transacciones que realizan, identificando al comprador, la pieza y el

[96] Muy ilustrativas las tablas creadas por FERNÁNDEZ TERUELO, identificando a cada delito que según el CP puede generar responsabilidad penal a las personas jurídicas, con su correspondiente normativa extrapenal y sus consiguientes obligaciones y régimen sancionador, en "Responsabilidad de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. B) del Código Penal español" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019.

[97] Da cuenta de la legislación autonómica de patrimonio histórico o cultural en relación al comercio y transmisión de bienes culturales, ROMA VALDÉS, A.: *Comercio y circulación de bienes culturales*, 2011, p. 214 y ss.

precio de la venta. Además, la legislación estatal y autonómica establecen también prohibiciones expresas de enajenar determinados bienes singularmente protegidos. Ligado a ello, una cuestión fundamental de cualquier acción jurídica para valorar su operatividad en la persecución efectiva de los delitos en materia de bienes culturales es, como señala ROMEO CASABONA, velar por la restitución de dichos bienes[98]. La base descrita ha conducido a la aprobación de la *Ley 1/2017 de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales* que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE/ del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014.

Por su parte, en el ámbito comunitario, el *Reglamento 2019/880 de 17 de abril de 2019 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la importación de bienes culturales* viene a completar desde el punto de vista de la importación la normativa comunitaria ya existente a través de la *Directiva 2014*. El objetivo de este Reglamento es establecer las condiciones y procedimientos para la importación de bienes culturales, con el fin de salvaguardar el patrimonio cultural de la humanidad y de prevenir el comercio ilícito de bienes culturales, en particular en los casos en que este comercio pueda contribuir a la financiación del terrorismo. Al garantizar que estas importaciones estén sujetas a controles uniformes en todas las fronteras exteriores de la UE, el nuevo reglamento tiene como objetivo evitar la introducción, importación y almacenamiento en la UE de bienes culturales retirados ilegalmente de un tercer país[99].

Ahora bien, en relación a las operaciones de compraventa minorista[100], es innegable la relación entre prevención del blanqueo y programa de cumplimiento: fruto de la asunción de compromisos impuestos en el ámbito comunitario es la aprobación en nuestro país de la Ley 10/2010, de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo, en cuyo art. 2.1 letra R) considera sujetos obligados a las *personas que comercien profesionalmente con objetos de arte o antigüedades*. La citada Ley contiene numerosas obligaciones (información,

[98] ROMEO CASABONA, C.: "El Convenio del Consejo de Europa de 2017 sobre delitos relacionados con los bienes culturales" en *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, 2017, p. 319.

[99] El Reglamento está en vigor desde el 27 de junio de 2019; a partir de ahí los países de la UE deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la correcta aplicación del Reglamento y deben adoptar y aplicar sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en los casos de infracción.

[100] Entendida como la realizada entre un profesional y un particular en un establecimiento abierto al público.

control interno…) estableciendo el art. 50 un régimen sancionador con infracciones muy graves, graves y leves. Esta Ley ha sido modificada recientemente por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, que viene a trasponer la conocida coloquialmente como Cuarta Directiva[101]. Como advierte VIDALES RODRIGUEZ, ya antes, con ocasión del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de la Ley, se había hecho uso del borrador de la citada Directiva, "por lo que puede decirse que el refuerzo que esta supuso del enfoque orientado al riesgo está implementado desde entonces"[102]. El Reglamento citado prevé que los sujetos obligados habrán de analizar los riesgos principales a los que se enfrentan y adoptar medidas de diligencia debida, según las características concretas del cliente y la operación, teniendo la obligación de comunicar las actividades sospechosas que se concretan en el citado Real Decreto. A este respecto el Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales (SEPBLAC) realiza una labor supervisora, materializada tanto a través de inspecciones *in situ* como de actuaciones supervisoras específicas orientadas a la comprobación del cumplimiento de los deberes previstos en la normativa por los sujetos obligados. En particular, en su Memoria de 2017 se advierte el bajo nivel de comunicaciones de operaciones de riesgo en el sector del arte y las antigüedades, mencionándose una comunicación anual desde 2012 a 2017 (excepto en 2014 que fueron dos). En cuanto a inspecciones *in situ* realizadas por el SEPBLAC (por tipo de sujetos obligados) han sido 4 las realizadas por vez primera en 2017 en el sector del arte y las antigüedades. De suerte que, como señala GARCÍA CALDERÓN, pese a la dificultad que comporta una forma efectiva de control y pese al voluntarismo de algunas plataformas de venta por Internet, resulta preocupante la práctica habitual poco proclive a la comunicación de situaciones dudosas que sean detectadas, señalando como ejemplo falsas subastas en la red[103]. Por último puede avanzarse

[101] Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

[102] VIDALES RODRIGUEZ: ob. y loc.cit.

[103] GARCÍA CALDERÓN, J.: "La defensa de la cultura. Límites de la regulación española" en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.5, 2018, p.131. En particular, el Manual Europeo de Investigación Financiera establece entre los indicadores de riesgo las "falsas subastas", donde el traficante coloca objetos para su venta con valor y origen difícil de conocer, entregando dinero efectivo a un cómplice que adquiere el objeto durante la subasta. El traficante obtiene como pago del subastador el dinero que quiere blanquear, devolviendo el cómplice el objeto al comerciante y obteniendo una comisión.

que, entre las novedades de la Quinta Directiva[104] aún no transpuesta, se incluyen como sujetos obligados (lo cual supone que habrá que modificarse el art.2 de la Ley 10/2010): las personas que comercien con obras de arte incluyendo *"galerías de arte y casas de subastas, cuando el importe de la transacción o de una serie de transacciones relacionadas sea igual o superior a 10 000 EUR"* y finalmente *"las personas que almacenen, comercien o actúen como intermediarios de obras de arte cuando lo lleven a cabo puertos francos, cuando el importe de la transacción o de una serie de transacciones sea igual o superior a 10000 EUR"*.

Siguiendo con el contenido de los Compliance Programs, se han de analizar los protocolos, procedimientos y controles ya implantados en la organización; en particular hemos de detenernos en el **Código Ético**, como documento o manual que contiene las reglas o protocolos destinados a guiar los comportamientos en el interior de la empresa u organización; su objetivo es asegurar que los empleados realizan su actividad conforme a los valores de la organización. Es un elemento determinante en cualquier programa de *Compliance* al contener los principios de actuación de obligado cumplimiento, esto es, tiene carácter vinculante[105]. Pues bien, en el sector del comercio de arte, una iniciativa a nivel internacional es el *Código internacional de ética para marchantes de bienes culturales*, aprobado por la UNESCO en 1999, aunque su valor jurídico es limitado y es bastante desconocido por los comerciantes. Su finalidad es la de que dichos profesionales acepten quedar vinculados por los principios de práctica que se detallan en los artículos contenidos en el Código y se esfuercen por eliminar de sus actividades profesionales los bienes culturales resultantes del comercio ilícito. Los siete primeros artículos del Código plantean una serie de normas sobre: prohibición de importación y exportación de los bienes robados, ilícitamente enajenados, excavados de manera clandestina e ilícitamente exportados o su posterior venta, la obligación de garantizar el título de propiedad de la obra de arte que se pretenda vender o el nombre y la dirección del vendedor, la prohibición de participar en una nueva transacción con objetos procedentes de excavaciones clandestinas u obtenidos de manera ilegal, la prohibición de exponer, describir, atribuir, tasar o poseer un objeto cul-

[104] Directiva 2018/843/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo.

[105] Cfr. NIETO MARTÍN, A.: "Código ético, evaluación de riesgos y formación" en *Manual de cumplimiento en la empresa*, Valencia 2015, p. 135 y ss.; LLEDÓ BENITO, I.: "El Código ético o de conducta en el Programa de Compliance" en *Corporate Compliance: la Prevención de Riesgos Penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables*, Madrid, 2018.

tural con la intención de favorecer o no impedir su venta o exportación ilegal y la prohibición de desmembrar y vender objetos que constituyen un conjunto completo o que deban ser conservados juntos. Finalmente, el octavo y último artículo se refiere a las infracciones al mencionado código deontológico, las cuales serán objeto de investigación por parte de un organismo escogido por los comerciantes que hará públicos los resultados de la investigación y los principios aplicados. Por su parte, la Confederación Internacional de Vendedores de Arte (CINOA) también dispone de un Código Internacional de Ética en la Propiedad Cultural (2005) en el que subraya y recomienda que la práctica de la profesión del arte y los anticuarios se rija por determinados principios de buena fe, por ejemplo, adoptando todas las medidas necesarias para detectar objetos robados, no debiendo en ningún caso participar en transacciones que, según su conocimiento puedan estar vinculadas a operaciones de blanqueo de dinero o proporcionando a sus clientes una garantía de su seriedad y competencia para certificar la autenticidad de la propiedad vendida. La Federación Española de Anticuarios, perteneciente a la citada entidad, también dispone de su propio Código Deontológico[106].

Tras concluir con la evaluación de los riesgos –que deberán revisarse periódicamente por si aparecen otros nuevos– debe diseñarse una estrategia o protocolo de prevención de responsabilidades penales, con medidas tales como las siguientes[107]:

— Verificar la identidad del cliente: no solo para cumplir con la normativa de la prevención del blanqueo, sino para conocer si el propietario es una persona física o jurídica.
— Comprobar el título de propiedad del vendedor: si el vendedor es persona jurídica obligatoriamente debe contar con el documento de compra, así como tener contabilizada la pieza en el activo de la propiedad.
— Comprobar que la obra no está en algún registro de objetos robados o falsificados[108].
— Solicitar certificado de autenticidad de la obra.

[106] En su web: *https://anticuarios.org/* pueden consultarse ambos Códigos Deontológicos.

[107] Acerca de la verificación previa a la transacción con bienes culturales, NIÑO ALFONSO, B. y M.I: "Asistencia penal en la protección del patrimonio histórico" en *IV Encuentro profesional sobre lucha contra el tráfico ilícito*, 2016, p.103 y ss.

[108] Cabe mencionar la entidad sin ánimo de lucro establecida en Nueva York denominada *Art Loss Register*, entre cuyos fines se encuentra el registro de obras falsificadas para prevenir su distribución.

— Si la obra ha sido exportada de otro país, solicitar certificado de exportación.
— Verificar si la obra está singularmente protegida, esto es, si ha sido declarada bien de interés cultural (BIC) o incluida en el Inventario General de Bienes Muebles.
— Comunicar sistemáticamente operaciones sospechosas.
— Conservar la documentación de compra.
— Implementar un canal de denuncias.
— Implementar un Protocolo de prevención de blanqueo de capitales.
— Llevar a cabo un plan de formación y en suma prever cualquier obligación conexa a la actividad del negocio[109].

A modo de conclusión podemos afirmar como, pese a que la mayoría de los países disponen de previsiones legales destinadas a proteger y preservar su herencia artística, se han evidenciado los riesgos penales vinculados al comercio de obras de arte y antigüedades. Por esta razón resulta imprescindible desarrollar una cultura de cumplimiento entre los agentes intervinientes en el mercado del arte para prevenir las actividades ilícitas relacionadas con el mismo. En cualquier caso, la problemática expuesta no agota las numerosas cuestiones conexas, vinculadas por ejemplo a la dimensión supranacional de las acciones criminales contra los bienes culturales, las cuales serán abordadas en futuras líneas de investigación.

[109] Acerca de la necesidad de contar con un Plan de compliance para la identificación, control y gestión de los riesgos de anticuarios y galerías de arte, SORIANO, A: "Compliance y blanqueo de capitales para profesionales que comercien con objetos de arte o antigüedades. ¿Como beneficia Compliance y la prevención de blanqueo de capitales a los anticuarios?" en *https://anabellasoriano.es/anticuarios/*

Suscripción anual (tres números): 155 € (iva incluido)
Número suelto: 60 € (iva incluido)

Dykinson, S.L.

C/ Melendez Valdes, 61 – 28015 Madrid
Telfs. 91 544 28 69 / 91 544 28 46 – Fax 91 544 60 40
info@dykinson.com – www.dykinson.com – www.dykinson-on-line.com