

EL CASO PICASSO-BOTÍN: LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LOS BIC Y EL DELITO DE CONTRABANDO

THE PICASSO-BOTÍN CASE: THE SPECIAL PROTECTION OF BICs AND THE CRIME OF SMUGGLING

Javier Lajusticia Díez

Universidad de Deusto, Campus Bilbao, España
ORCID: 0009-0005-1756-4464
javier.lajusticia@student.ie.edu



Resumen

Los Bienes de Interés Cultural representan el nivel superior de protección con el que la legislación española dota a nuestro Patrimonio Histórico. Su expresión máxima se concreta en la prohibición de exportación de los mismos, entendida ésta como la salida no autorizada de los BIC del territorio español. Dado que esta salida no autorizada se configura en el ámbito penal como un delito de contrabando, las consecuencias que lleva aparejadas sobrepasan el ámbito administrativo, en el que habitualmente se enmarcan la mayoría de normas relativas al Patrimonio Histórico y a su salvaguarda, pudiendo llegar a ser causa de penas tanto pecuniarias como de privación de libertad. Así las cosas, el caso Picasso-Botín es paradigmático de este juego de normas y penas, a caballo entre lo administrativo y lo penal, sirviendo de claro ejemplo de las consecuencias de exportar ilícitamente un BIC.

Palabras clave: Patrimonio histórico; Bien de interés cultural; Contrabando; Exportación ilícita; Picasso; Botín; Mercado del arte.

Abstract

The Assets of Cultural Interest represent the highest level of protection that Spanish legislation provides for our Historical Heritage. Its maximum expression is the prohibition of their export, understood as the unauthorised exit of BICs from Spanish territory. Given that this unauthorised removal is defined in criminal law as a smuggling offence, the consequences that it entails go beyond the administrative sphere, in which most of regulations relating to Historical Heritage and its safeguarding are usually framed, and can lead to both pecuniary penalties and imprisonment. Thus, the Picasso-Botín case is paradigmatic of this interplay of rules and penalties, halfway between the administrative and the criminal, serving as a clear example of the consequences of illegally exporting a BIC.

Keywords: Historical heritage; Asset of cultural interest; Smuggling; Illicit export; Picasso; Botín; Art market.

Recibido/Received: 20/02/2024
Aceptado/Accepted: 01/07/2024

| Introducción |

El objeto del presente artículo es realizar un análisis sobre la especial protección que la Ley de Patrimonio Histórico Español otorga a los Bienes de Interés Cultural, concretamente, en lo que se refiere a la prohibición de su exportación, teniendo en cuenta la relación de esta legislación con el delito de contrabando.

La justificación principal de la elección de este tema recae sobre la vital importancia del concepto de Patrimonio Histórico y de su consiguiente protección. Así, dicho Patrimonio ostenta un valor sociocultural incalculable, configurándose como piedra angular de nuestra identidad colectiva, y como reflejo de nuestra sociedad y de sus variadas costumbres y tradiciones a lo largo del tiempo. Tal es la importancia del Patrimonio Histórico para nuestra cultura y para nosotros, tanto como individuos como colectivo, que incluso podría decirse que es la expresión máxima de lo que somos. Es por todo esto por lo que dicho Patrimonio Histórico es merecedor de una especial protección jurídica, la cual viene recogida, principalmente, en la Ley de Patrimonio Histórico Español, y la cual tiene como máxima expresión la prohibición de la exportación de los Bienes de Interés Cultural. En resumen, la protección legal de nuestro Patrimonio Histórico es merecedora de especial análisis, y eso mismo se va a llevar a cabo en el presente escrito.

Para realizar dicho análisis se procederá de la siguiente manera: en primer lugar, se explicará el marco normativo administrativo de protección del patrimonio histórico-cultural. En segundo lugar, se analizará a fondo la prohibición de la exportación de los Bienes de Interés Cultural, y se explicará el delito de contrabando, cuestión que se ilustrará mediante el análisis del caso Picasso-Botín, resuelto en años recientes por los Tribunales españoles.

La metodología para llevar a cabo este escrito será el análisis de fuentes primarias y secundarias, refiriéndose las primeras a legislación española y a la Jurisprudencia más importante, y las segundas a la doctrina más relevante en esta materia.

| Marco normativo: protección administrativa de los BIC |

La Constitución Española de 1978, como norma máxima de nuestro ordenamiento, hace referencia en su texto en repetidas ocasiones a la noción de patrimonio histórico-artístico.

En primer lugar, el artículo 44 de la Constitución establece que “los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho”. Asimismo, el artículo 46 dicta que “los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad”, añadiendo que “la ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”. De esta forma, los artículos 44 y 46 de la Constitución Española blindan explícitamente tanto el acceso por parte de la ciudadanía –estableciendo el acceso a la cultura como un derecho

constitucional— como la protección institucional y legal del patrimonio histórico, cultural y artístico español.

Además, los artículos 148 y 149 de la Constitución también hacen referencia directa al patrimonio histórico, cultural y artístico español. Así, el artículo 148.1 dota a las Comunidades Autónomas con la posibilidad de asumir las competencias relativas a “museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma” (apartado 15) y a “patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma” (apartado 16). Inversamente, el artículo 149.1.28.^a de la Constitución establece la reserva de la competencia exclusiva para el Estado en materia de “defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación”, así como de “museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas”. Esto es, puede darse una asunción competencial por parte de las Comunidades Autónomas en relación a la competencia relativa a museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, si bien la titularidad no dejará de ser estatal. Además, el artículo 149.2 de la Constitución también hace mención explícita de la realidad cultural de nuestro país, al decir que “sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas”.

Asimismo, y antes de entrar en la materia concreta, resulta de capital importancia apuntar que las normas de ámbito estatal son las que regulan la exportación de los BIC, tema central del presente artículo, dado que en la ya mencionada distribución de competencias es el Estado el que asume la protección de los BIC en lo que respecta a su salida de territorio español. Es por esto por lo que en este análisis se tratará únicamente el nivel normativo estatal de protección, prescindiendo así de la normativa autonómica.

En cuanto a la regulación legislativa, la normativa principal actualmente vigente es la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español (en adelante, “LPH”), así como su Real Decreto de desarrollo, ambas leyes integradas en lo que jurisprudencialmente se denomina como “leyes administrativas sobre propiedades especiales”¹. De acuerdo con el texto de la LPH, integran el Patrimonio Histórico Español “los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico”, así como el “patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas”, “los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico”, y “los bienes que integren el Patrimonio Cultural inmaterial” (artículo 1.2 de la LPH), regulados mediante una legislación especial².

¹ La Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 27 de Madrid de 14 de enero de 2020, n.º 3/2020, así lo dicta, y añade que, como se verá más tarde, estas Leyes “establecen una serie de límites y restricciones dominicales de los propietarios sobre sus bienes, ello está justificado en el art. 33 de la CE, que permite las restricciones a la propiedad privada siempre que sea de acuerdo con su función social...” (Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 27 de Madrid de 14 de enero de 2020, n.º 3/2020, id. CENDOJ: 28079510272020100001).

² Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial.

Si bien la protección ofrecida por la LPH se extiende a una amplia variedad de categorías de bienes, el régimen general establecido por la Ley se divide en tres niveles de protección en función de la singular relevancia del bien. Así, la totalidad de los bienes que integran el Patrimonio Histórico-Cultural Español, sean del carácter que sean, se ven divididos en tres categorías de protección diferenciadas: i) Patrimonio Histórico Español; ii) Inventario General de Bienes Muebles; y iii) Bienes de Interés Cultural.

Aunque la presente investigación tiene como objeto principal la regulación relativa a los Bienes de Interés Cultural, resulta de especial interés ofrecer una breve explicación relativa a los otros dos niveles –inferiores– de protección, para así obtener una visión completa de la regulación actual. Los bienes contenidos en la categoría de “Patrimonio Histórico Español” obtienen el nivel más bajo de protección, dado que se trata de la categoría más general y en la que se incardina, como su propio nombre indica, todo el Patrimonio Histórico Español. El segundo nivel de protección, más alto que el anterior, viene dado a todos los bienes muebles que se encuentren inscritos en el Inventario General de Bienes Muebles, y que, por supuesto, posean “un notable valor histórico, arqueológico, científico, artístico, técnico o cultural”. Cabe añadir que, como resulta lógico, la protección ofrecida en virtud de la inscripción en el Inventario General de Bienes Muebles será de aplicación a los bienes muebles que, teniendo un notable valor, no hayan alcanzado la denominación de Bienes de Interés Cultural.

Siguiendo esta lógica, el artículo 3 de la LPH declara que “los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser inventariados-esto es, inscritos en el Inventario General de Bienes Muebles- o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley”. A modo de refuerzo de esta idea, el artículo 26.1 de la LPH establece que serán integrantes del Inventario General los “bienes muebles del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural que tengan singular relevancia”. Así, los bienes contenidos en dicho Inventario constituirán lo que podría llamarse una categoría “intermedia”, entre el conjunto del Patrimonio Histórico Español y los bienes relevantes en tal medida que merecen ser denominados de Interés Cultural.

Como se desprende del párrafo anterior, la denominación de Bien de Interés Cultural (en adelante, BIC), que viene determinada mediante procedimiento administrativo, dota al bien que la haya obtenido de una especial protección y tutela por parte de la Administración Pública, además de imponer ciertas obligaciones y prohibiciones al propietario del bien denominado BIC.

A este respecto, resulta de especial interés apuntar que todos los BIC han de ser registrados en el Registro General de Bienes de Interés Cultural, siguiendo la misma lógica del Inventario General de Bienes Muebles. Además, hay que añadir que, si bien la LPH habilita un procedimiento administrativo específico para la concesión de la denominación de BIC a instancia de parte (mediante Real Decreto del Consejo de Ministros o acuerdo del Consejo de Gobierno, previo expediente administrativo), existen BIC que obtienen dicha denominación a instancia de la propia Ley. Así, el artículo 27 de la LPH establece que serán considerados BIC “los bienes muebles contenidos en un inmueble que haya sido objeto de dicha declaración –de BIC– y que

ésta los reconozca como parte esencial de su historia”. Además, “las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre” (artículo 40.2 de la LPH), “los inmuebles destinados a la instalación de Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal, así como los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español en ellos custodiados” (artículo 60.1 de la LPH), y “los bienes a que se contraen los Decretos de 22 de abril de 1949, 571/1963 y 449/1973” –en referencia a “castillos, emblemas, cruces de término y otras piezas similares” y a “hórreos o cabazos antiguos existentes en Asturias y Galicia” (Disposición adicional segunda de la LPH)–, también serán considerados BIC por ministerio de la Ley.

En resumen, el Título IV de la LPH, denominado como “núcleo duro del régimen jurídico del Patrimonio Histórico español y de los bienes que lo integran” por la doctrina (Alegre, 1994, p. 186), regula la protección de los bienes muebles e inmuebles. Dicha protección comprende, como ya se ha establecido anteriormente, los tres distintos niveles existentes en la legislación actual (Patrimonio Histórico Español, Bienes incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles, y Bienes de Interés Cultural).

Ésta alusión a tres niveles diferenciados de protección se corresponde con la necesidad, ya planteada en la Exposición de Motivos de la LPH, de establecer una diferenciación entre el total de los bienes que integran el Patrimonio Histórico español y los bienes que, en atención a su naturaleza, características u otros criterios han resultado ser merecedores de especial atención, y, por tanto, de especial protección jurídica (dentro de esta categoría “elevada” de bienes podríamos diferenciar, a su vez, dos tipologías de bienes merecedoras de especial atención: los bienes inventariados y los BIC, los cuales representan el grado máximo de protección ofrecido por la LPH).

| Prohibición de la exportación de los BIC Análisis de la prohibición de la exportación |

Como se ha apuntado anteriormente, la expresión máxima de la especial protección que reciben los BIC en virtud de la LPH es la prohibición de exportación recogida en su artículo 5.3³. Si bien esta prohibición de exportación impuesta directamente por el Estado podría tomarse como intervencionista, su naturaleza responde a la imperiosa necesidad de salvaguarda del Patrimonio Histórico, dado que su libre exportación supondría “un gravísimo riesgo para la integridad de este Patrimonio” (Bassols, 1987, p. 109).

En este sentido, la noción de exportación recogida en la LPH dista, en cierto grado, de lo que comúnmente se entiende por exportación, dado que la Ley del Patrimonio

³ Artículo 5.3 de la LPH: “...queda prohibida la exportación de los bienes declarados de interés cultural, así como la de aquellos otros que, por su pertenencia al Patrimonio Histórico Español, la Administración del Estado declare expresamente inexportables, como medida cautelar hasta que se incoe expediente para incluir el bien en alguna de las categorías de protección especial previstas en esta Ley”. A efectos del término “exportación”, y como ya se ha apuntado anteriormente, el concepto viene definido en el apartado primero del artículo 5 de la LPH, el cual dicta que “a los efectos de la presente Ley se entiende por exportación la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español”.

Histórico Español define el término de manera amplia, al hablar de “la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español”. Así, no se atiende al carácter tradicionalmente económico –o comercial, si se prefiere– de la exportación⁴, de tal suerte que la LPH no contempla la finalidad –lícita o ilícita– para la cual el bien ha sido extraído del territorio español (Alonso, 1992; Alvarez, 1989). Asimismo, tampoco atiende la LPH a si se trata de una salida temporal o permanente.

En cuanto a este carácter amplio de la exportación, la Jurisprudencia lo respalda. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de noviembre de 2004 apunta que “a tenor del artículo 5.1 de la Ley la exportación no se contempla en su aspecto negocial o lucrativo, sino como el hecho puramente material consistente en la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio Histórico”.

Como ya se ha apuntado en el apartado anterior, y a modo de refuerzo de esta idea de la amplitud de la noción de exportación recogida en la LPH, hay que añadir que su Real Decreto de desarrollo, en su artículo 45, apartado primero, también contempla como salida del territorio español “aquellas que tengan por destino los países de la Unión Europea”⁵. En este sentido, y pese a la posible controversia, el artículo 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) contempla y aprueba la posibilidad de establecer prohibiciones o restricciones a las exportaciones a razón de la “protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional”. A este respecto, apunta ALEGRE ÁVILA que la razón de ser del ya citado artículo 36 del TFUE ha de basarse en parámetros de proporcionalidad o, lo que es lo mismo, las medidas de restricción o prohibición de exportación “han de ser necesarias y adecuadas para conseguir el objetivo que legitima su válida implantación, la protección del patrimonio” (Alegre, 2000, p. 214). Esta cuestión resulta extrapolable a la razón de ser de la prohibición de exportación recogida en la LPH.

Como ya se ha expuesto, los únicos bienes libremente exportables serán los que, siendo parte integrante del Patrimonio Histórico, tengan menos de cien años de antigüedad y no hayan sido ni inventariados ni declarados BIC, ni sean parte de procedimiento administrativo para obtener alguna de dichas calificaciones, ni hayan sido expresamente declarada su inexportabilidad. Así, podría concluirse que las obras contemporáneas serán las más fácilmente exportables. A este respecto cabe añadir que este factor de temporalidad aplicable al régimen de exportación del Patrimonio Histórico puede derivar en escenarios en los que, no teniendo más de cien años de antigüedad, un bien de alto valor cultural pueda ser exportado (Alegre, 1994).

⁴ En este sentido, el Diccionario de la Real Academia Española define el término “exportar” como “vender géneros a otro país”, o como “vender bienes en otro Estado que no pertenezca al mismo territorio aduanero”. Merece la pena hacer especial referencia a que, en ambas definiciones, cobra una notable referencia el término “vender”, dotando a la exportación de cierto carácter económico o comercial, mientras que la LPH contempla como exportación, como ya se ha dicho, cualquier salida del territorio español.

⁵ Artículo 45.1 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español: “A los efectos del presente Real Decreto, se entiende por exportación la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, incluidas aquellas que tengan por destino los países de la Unión Europea”.

El mismo autor apunta también, cuestión suscrita por la doctrina, que las previsiones legales contenidas en los artículos 5.2 y 30 de la LPH, en relación a la posibilidad de obtención de autorización para la exportación⁶, complican enormemente el entendimiento de cuáles son los bienes integrantes del Patrimonio Histórico que efectivamente necesitan autorización administrativa expresa para su exportación (Alegre, 1994; Carrancho, 2001).

En cuanto a la solicitud de exportación, si bien queda prohibida en relación a los BIC, la misma, en atención a la especial relevancia de la “fuga” del Patrimonio Histórico del territorio español plasmada en el texto de la LPH, ha de estar lógicamente inspirada en unos principios restrictivos que dificulten la salida al exterior de nuestro Patrimonio Histórico, de tal suerte que la dificultad para llevar a cabo la exportación de forma legal se configure como una medida de protección (Alegre, 1994). Así, esta dificultad queda plasmada a través de las distintas técnicas –disuasorias, si se quiere– utilizadas en la LPH, tales como la sujeción a autorización administrativa, el devengo de la tasa por exportación y el posible ejercicio de la facultad de adquisición preferente por parte de la Administración Pública. Asimismo, hay que añadir que la mera solicitud de exportación llevará aparejada una oferta de venta irrevocable por el valor de la obra recogido en la propia solicitud, por parte del propietario del bien objeto de solicitud, al Estado⁷.

En resumen, la LPH contempla dos escenarios diferentes en cuanto a lo que exportación de Patrimonio Histórico se refiere. De un lado, se requerirá autorización administrativa expresa para llevar a cabo la exportación de los bienes cuya antigüedad supere los cien años y de los bienes que hayan sido incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles o que se hallen incursos en proceso de inclusión mediante el correspondiente expediente administrativo. De otro lado, y de acuerdo con lo establecido en el ya mencionado artículo 5.3 de la LPH, queda terminantemente prohibida la salida del territorio español, y, por ende, la exportación, de los BIC, así como de los bienes que hayan sido declarados inexportables por la Administración Pública⁸.

A este respecto cabe matizar que, como apunta el artículo 31 de la LPH, existe la posibilidad de que los bienes inexportables puedan salir del territorio español, siempre y cuando medie autorización administrativa y dicha salida tenga, necesariamente,

⁶ El apartado primero del artículo 30 de la LPH dice así: “la autorización para la exportación de cualquier bien mueble integrante del Patrimonio Histórico Español estará sujeta a una tasa...”, mientras que el artículo 5.2 dice así: “los propietarios o poseedores de tales bienes con más de cien años de antigüedad y, en todo caso, de los inscritos en el Inventario General previsto en el artículo 26 de esta Ley precisarán para su exportación autorización expresa y previa de la Administración del Estado en la forma y condiciones que se establezcan por vía reglamentaria. Asimismo, el apartado 3 del artículo 5 establece que “queda prohibida la exportación de los bienes declarados de interés cultural, así como la de aquellos otros que, por su pertenencia al Patrimonio Histórico Español, la Administración del Estado declare expresamente inexportables...”.

⁷ Existe el peligro de valorar a la baja el bien objeto de solicitud para pagar menos tasa de exportación, dado que, como la solicitud lleva aparejada la oferta de venta irrevocable por el precio plasmado en la misma, el Estado podría proceder a la compra del bien por un valor menor al valor real.

⁸ Asimismo, el artículo 28, apartado primero, de la LPH también declara como inexportables “los bienes muebles declarados de interés cultural y los incluidos en el Inventario General que estén en posesión de instituciones eclesiásticas, en cualquiera de sus establecimientos o dependencias”, al apuntar que “no podrán transmitirse por título oneroso o gratuito ni cederse a particulares ni a entidades mercantiles”. El apartado segundo del mismo artículo hace también referencia a la inexportabilidad, al dictar que “los bienes muebles que forman parte del Patrimonio Histórico Español no podrán ser enajenados por las Administraciones Públicas, salvo las transmisiones que entre sí mismas efectúen y lo dispuesto en los artículos 29 y 34 de esta Ley”.

carácter temporal⁹. Sobre esta excepción a la inexportabilidad, cabe comentar que su naturaleza responde a un intento a favor de promover el intercambio cultural “sin merma del patrimonio histórico de cada país” (Carrancho, 2001, p. 141). Asimismo, y sin adentrarse en el debate doctrinal que esta circunstancia pueda generar, también serán exportables, bajo una serie de estrictas condiciones, los bienes extranjeros que hayan sido previamente importados a territorio español¹⁰.

| El delito de contrabando |

En cuanto al delito de contrabando, podría decirse que el fenómeno de exportación ilícita podrá darse, a grandes rasgos, en dos ocasiones: en primer lugar, cuando se exporte un bien integrante del Patrimonio Histórico Español¹¹ sin la correspondiente autorización administrativa; y, en segundo lugar, cuando se exporte un bien inexportable, de tal suerte que esta segunda categoría se corresponderá, generalmente, con los BIC. También existirá ilicitud en los supuestos en los que se haya autorizado administrativamente la exportación con carácter temporal de un bien cuya exportación estaba, en un principio, prohibida, y no se hayan cumplido las condiciones establecidas para su retorno al territorio español (de acuerdo con lo establecido en el apartado segundo del artículo 31 de la LPH).

De acuerdo con el artículo 75, apartado primero, de la LPH, la exportación ilícita de un bien integrante del Patrimonio Histórico Español –esto es, la exportación sin la correspondiente autorización administrativa o la exportación de un bien inexportable– constituirá delito o infracción de contrabando¹². Así, y según la tipificación otorgada por el artículo 2.2 a) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando¹³ (en adelante, “LORC”), el delito de contrabando se refiere a quienes

⁹ El artículo 31.1 de la LPH dice lo siguiente: “la Administración del Estado podrá autorizar la salida temporal de España, en la forma y condiciones que reglamentariamente se determine, de bienes muebles sujetos al régimen previsto en el artículo 5.º de esta Ley. En todo caso deberá constar en la autorización el plazo y garantías de la exportación. Los bienes así exportados no podrán ser objeto del ejercicio del derecho de preferente adquisición”. Asimismo, el segundo apartado del mismo artículo apunta que “el incumplimiento de las condiciones para el retorno a España de los bienes que de ese modo se hayan exportado tendrá consideración de exportación ilícita”.

¹⁰ En cuanto a este último escenario de exportación de bienes extranjeros previamente importados a territorio español, existe un debate doctrinal que, a grandes rasgos, apunta a la necesidad –o a la falta de la misma– de que los bienes inexportables guarden un vínculo estrecho con la cultura española, en atención a que el sentido de dicha norma de prohibición de exportación responde, como ya se ha mencionado, a la necesidad de salvaguarda del Patrimonio Histórico Español.

¹¹ Como ya se ha dicho anteriormente, son exportables mediante autorización administrativa expresa los bienes cuya antigüedad supere los cien años, los bienes que hayan sido incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles y los que se hallen incursos en proceso de inclusión mediante el correspondiente expediente administrativo.

¹² El texto literal del artículo 75.1 de la LPH dice lo siguiente: “la exportación de un bien mueble integrante del Patrimonio Histórico Español que se realice sin la autorización prevista en el artículo 5.º de esta Ley constituirá delito, o en su caso, infracción de contrabando, de conformidad con la legislación en esta materia. Serán responsables solidarios de la infracción o delito cometido cuantas personas hayan intervenido en la exportación del bien y aquellas otras que por su actuación u omisión, dolosa o negligente, la hubieren facilitado o hecho posible”.

¹³ Respecto a la definición del término exportación, contenida en el artículo 1.8 de la LORC, es la siguiente: “la salida de mercancías del territorio español”, y resulta fácticamente igual a la ofrecida por la LPH. A pesar de este enorme parecido, la LORC, también en el apartado octavo de su artículo primero, matiza que “no se considerará exportación la salida de mercancías comunitarias del territorio español comprendido en el territorio aduanero de la Unión Europea con destino final al resto de dicho territorio aduanero”, lo cual choca enormemente con la noción de exportación ofrecida por la LPH y por su Real Decreto de desarrollo, el cual, como ya se ha visto, dicta, en su artículo 45, que las salidas del territorio español a las que se refiere la exportación también incluyen “las que tengan por destino los países de la Unión Europea”.

“exporten o expidan bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien con cualquier otro modo ilícito”, “siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros”.

En cuanto a la pena impuesta por la comisión del delito de contrabando, el artículo 3.1 de la LORC dicta que “los que cometieren del delito de contrabando serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y multa de tanto al séxtuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos”¹⁴. Asimismo, y como afirma la doctrina, en referencia al contenido del artículo 29 de la LPH, es de vital importancia apuntar que pertenecerá al Estado la titularidad de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español que hayan sido exportados de forma ilícita o, lo que es lo mismo, que hayan sido objeto de la comisión del delito de contrabando (Carrancho, 2001; Alegre, 2000). En este mismo sentido, aunque sin hacer referencia a la adquisición de la titularidad del bien, dicta el artículo 5 de la LORC, en su apartado primero, que la pena impuesta por la comisión del delito de contrabando llevará aparejado, a su vez, el comiso del bien objeto del delito, así como de las ganancias ilícitamente obtenidas y de los medios de transporte e instrumentos que se hayan utilizado para la comisión del delito¹⁵.

Además de la tipificación del delito de contrabando en la ya citada LORC, la LPH contiene también un título específico en relación a las infracciones administrativas y sus sanciones (Título IX: de las infracciones administrativas y sus sanciones). Merece especial mención el apartado segundo del artículo 75, el cual dicta que “la fijación del valor de los bienes exportados ilegalmente se realizará por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, dependiente de la Administración del Estado, cuya composición y funciones se establecerán por vía reglamentaria”. En este sentido, este precepto merece especial atención dado que, como se establece en el artículo 3.1 de la LORC, la multa correspondiente al delito de contrabando será del séxtuplo del valor del bien objeto de contrabando. En consecuencia, puede inferirse que el valor del bien objeto de contrabando, y la consiguiente fijación del mismo por parte de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, tendrán una especial relevancia a objeto de cuantificar

¹⁴ Además de la pena recogida en el artículo 3.1 de la LORC, el artículo 4 de la misma Ley fija la responsabilidad civil en “la totalidad de la deuda tributaria y aduanera no ingresada, que la Administración Tributaria no haya podido liquidar...”, o, lo que es lo mismo, la tasa de exportación que se habría abonado, de acuerdo con lo recogido en el artículo 30 de la LPH, de haber sido la exportación lícita.

¹⁵ El artículo 5.1 de la LORC dice, textualmente: “toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso de los siguientes bienes, efectos e instrumentos: a) las mercancías que constituyan el objeto del delito; b) los materiales, instrumentos o maquinaria empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos; c) los medios de transporte con los que se lleve a cabo la comisión del delito, salvo que pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en aquél y el Juez o el Tribunal competente estime que dicha pena accesoria resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y al importe de las mercancías objeto del contrabando; d) las ganancias obtenidas del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar; y e) cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión del delito”.

la multa que deberá abonar el que fuese hallado culpable de la comisión del ya citado delito de contrabando.

En resumen, son dos las consecuencias principales de la exportación ilícita: en primer lugar, la pérdida de la titularidad del bien objeto de contrabando por parte de su propietario, dado que dicha titularidad pasará a ser del Estado; y, en segundo lugar, la consecuencia sancionatoria que se recoge en el ya citado artículo 3.1 de la LORC (Alegre, 2000). A este respecto, cabe añadir una tercera consecuencia que se deriva de la exportación ilícita: la declaración de los bienes objeto de exportación ilícita como inalienables e imprescriptibles (Bassols, 1987). En este sentido, la inalienabilidad responderá a la necesidad de “reforzar la titularidad de la Administración del Estado – nueva titular del bien objeto de exportación ilícita– sobre esos bienes” (Alegre, 1994, p. 324), mientras que la imprescriptibilidad encuentra su sentido en tratar de evitar que dichos bienes puedan ser adquiridos mediante usucapión por su poseedor en el país al que hayan sido exportados ilícitamente (Carrancho, 2001, p. 156).

Si bien el Estado pasará a ser el titular único del bien que haya sido objeto de exportación ilícita, hay que matizar que, como dicta el apartado tercero del artículo 29 de la Ley de Patrimonio Histórico Español, existe la posibilidad de que su anterior titular recupere dicha titularidad del bien. Así, esta excepción se prevé para los supuestos en los que la exportación ilícita se haya debido a la pérdida o sustracción del objeto, la cual ha de ser acreditada por su anterior titular. Además de esta acreditación de pérdida o sustracción, el titular anterior deberá, a su vez, abonar los gastos que se hayan derivado de la recuperación del bien, así como el precio que hubiese pagado el Estado al adquirente de buena fe, en su caso¹⁶.

Respecto a la ya citada titularidad automática del Estado en los supuestos de exportación ilícita, hay que apuntar que, para que dicha titularidad resulte efectiva, primero habrá que proceder a la recuperación del bien. En este sentido, el propio artículo 29 de la LPH, en su apartado segundo, impone al Estado la obligación de “realizar los actos conducentes a la total recuperación de los bienes ilegalmente exportados”. Además, existen normas, tanto en el ámbito europeo como en el ámbito internacional, que actúan a modo de mecanismo de recuperación de bienes que hayan sido ilícitamente exportados. Así, los instrumentos principales son los siguientes: en el ámbito europeo, la Directiva 2014/60/UE; y, en el ámbito internacional, la Convención de la UNESCO de 1970 y el Convenio de UNIDROIT de 1995. En referencia a la problemática que pudiese derivarse de estas restituciones internacionales de bienes culturales ilícitamente exportados, ésta es una cuestión altamente delicada, dado que “entran en juego distintos ordenamientos que no siempre coinciden en la regulación de una misma materia, y que deben conjugarse con las normas de derecho internacional” (Carrancho, 2001, p. 159).

¹⁶ El apartado tercero del artículo 29 de la LPH dice lo siguiente: “cuando el anterior titular acreditase la pérdida o sustracción previa del bien ilegalmente exportado, podrá solicitar su cesión del Estado, obligándose a abonar el importe de los gastos derivados de su recuperación, y, en su caso, el reembolso del precio que hubiere satisfecho el Estado al adquirente de buena fe. Se presumirá la pérdida o sustracción del bien ilegalmente exportado cuando el anterior titular fuera una Entidad de derecho público”.

| Análisis del caso Picasso-Botín |

Antes de entrar en las concreciones del caso, resulta de capital importancia apuntar que el caso objeto de análisis se caracteriza, entre otras cosas, por un alto nivel de complejidad procesal, estando el mismo formado por varios procesos judiciales en distintas vías (penal y contencioso-administrativa) y siendo gran parte del argumentario debatido en las Sentencias que lo conforman relativa a cuestiones de índole procesal o técnica, si se quiere. Si bien estas cuestiones procesales resultan tan vitales a la hora de dictar Sentencia por parte de nuestros Tribunales como interesantes para analizar de forma específica y separada, el presente trabajo tiene como objetivo principal estudiar la Ley de Patrimonio Histórico Español y su relación con el delito de contrabando. Es por esto por lo que el presente análisis se va a centrar exclusivamente en el argumentario jurídico esgrimido por nuestros Tribunales en relación a la LPH y al delito de contrabando, regulado, como ya se ha dicho anteriormente, en la LORC.

El caso Picasso-Botín tiene por objeto la exportación ilícita del cuadro del artista español Pablo Ruiz Picasso “Cabeza de mujer joven”, pintado en 1906. La mencionada exportación ilícita fue perpetrada por Jaime Botín, banquero y coleccionista de arte de origen español, que adquirió el cuadro en subasta extranjera en 1977. Así, este caso resulta enormemente ilustrativo de las vicisitudes que lleva aparejada la exportación ilícita de obras de arte integrantes del Patrimonio Histórico Español, la cual es constitutiva del delito penalmente tipificado de contrabando.

La problemática presentada en el caso Picasso-Botín comienza en el año 2012, cuando Jaime Botín, propietario del cuadro de Picasso “Cabeza de mujer joven”, ubicado en su domicilio de Madrid, solicita a la renombrada casa de subastas internacional Christie’s que proceda a la venta en subasta de la citada obra de arte en la ciudad de Londres. Ante esta petición, el personal de Christie’s informa a Jaime Botín de que, dado que el cuadro tenía una antigüedad superior a 100 años (pintado por Picasso en 1906) y una gran relevancia, debía procederse a la solicitud de permiso de exportación. Así, Jaime Botín, actuando en uso de sus facultades como propietario de la obra, autoriza al personal de Christie’s Ibérica, SL para solicitar y tramitar las cuestiones relativas al permiso de exportación con posibilidad de venta. A este respecto hay que añadir que en dicha solicitud de exportación figuraban Jaime Botín como propietario único del cuadro, Madrid como su aduana de salida, y 26.200.000 euros como precio de la obra.

Ante esta solicitud, y previa consulta a la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español¹⁷, el Ministerio de Cultura, a través del

¹⁷ La Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico es un organismo consultivo y colegiado adscrito a la Dirección general de Patrimonio Cultural y Bellas artes, cuya función principal es la de analizar y emitir propuestas sobre solicitudes de exportación o importación de bienes culturales protegidos, así como propuestas sobre la adquisición de bienes culturales por parte del Estado, para que posteriormente dichos bienes pasen a formar parte de la colección de museos, archivos y bibliotecas estatales (definición de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico ofrecida por el Ministerio de Cultura y Deporte).

Director General de Bellas Artes, denegó tajantemente el permiso de exportación con posibilidad de venta del cuadro mediante la Resolución de 19 de diciembre de 2012, por tratarse el cuadro de “una de las pocas obras de Picasso del período “Gósol”, con influencia decisiva en el cubismo y en la evolución posterior de la pintura del siglo XX”, tal y como se hace saber en la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 27 de Madrid de 14 de enero de 2020¹⁸. Dicha Resolución fue notificada tanto al equipo de Christie’s como a Botín el 27 de diciembre de 2012 y el 2 de enero de 2013, respectivamente. Asimismo, el Ministerio de Cultura procedió a declarar la inexportabilidad de la obra de Picasso, como medida cautelar hasta su correspondiente declaración como BIC, mediante la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 2012. Dicha Orden fue notificada a Christie’s y a Botín el 15 de enero de 2013.

De forma posterior a las notificaciones tanto de la Resolución de 19 de diciembre de 2012 como de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 2012, Jaime Botín procedió al traslado, bajo el más absoluto secreto y con ánimo de ocultarlo a las autoridades, de la obra de arte a la goleta “Adix”, de su propiedad, la cual navegaba con bandera británica. No fue hasta junio de 2015 cuando, hallándose la goleta atracada en el puerto de Valencia, la Guardia Civil española realizó una inspección a la embarcación, requiriendo así al capitán de la misma que formulase listado de los bienes que se encontraban a bordo. El cuadro de Picasso no fue mencionado en dicho listado, a pesar de encontrarse en la goleta “Adix” en aquel momento. A este respecto, el capitán del “Adix” confesó, en el posterior procedimiento judicial, que fue el propio Jaime Botín quien le solicitó que ocultase el paradero de la obra.

Así las cosas, la goleta “Adix” atracó en el mes de julio de 2015 en el puerto de Calví, localidad situada en Córcega, Francia, con el cuadro de Picasso a bordo. A su vez, Jaime Botín procedió, en ese mismo mes, a la contratación de los servicios de una empresa de jets privados con destino a Ginebra, Suiza, presumiblemente para llevar a cabo el traslado del cuadro a dicha ciudad. Ante la noticia de que el cuadro de Picasso se encontraba en suelo francés y de que se estaba tramitando su salida por vía aérea, los servicios aduaneros franceses procedieron a realizar, a día 30 de julio de 2015, una inspección a la embarcación de Botín, encontrando así el cuadro ya embalado y listo para su partida con destino a Suiza. Tras la respectiva intervención de los servicios aduaneros franceses, el cuadro fue trasladado a España el 12 de agosto de 2015¹⁹, quedando depositado en Madrid, concretamente en el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, a disposición judicial. Finalmente, y en cuanto a la ya mencionada causa penal, Jaime Botín fue condenado por el Juzgado de lo Penal N.º 27 de Madrid, como culpable de la comisión del delito de contrabando, tal y como se recoge en la LORC, a una pena de multa de 91.700.000 euros (3,5 veces el valor del cuadro aportado por Christie’s) y a una pena de

¹⁸ A este respecto, hay que apuntar que “probablemente la Junta denegara el permiso ante el relieve que la obra en cuestión presenta desde el punto de vista artístico, en cuanto que se trataba de un cuadro pintado en uno de los periodos esenciales en el desarrollo de su pintura, ya que es allí (en Gósol) donde deja atrás los periodos azul y rosa (...) y donde, según la mayoría de los expertos, empieza a intuirse el cubismo en sus obras” (Domínguez, 2021, p. 62).

¹⁹ En virtud de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

prisión de tres años y un día²⁰. Asimismo, Botín también fue condenado al decomiso del cuadro de Picasso, así como a su atribución al Estado español, todo ello en virtud del ya mencionado apartado primero del artículo 29 de la LPH²¹. Tal pena fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Madrid mediante la Sentencia 9138/2020, de 1 de septiembre de 2020.

| Cuestiones del procedimiento penal |

Las cuestiones de fondo principales tratadas en sede penal, tal y como han sido plasmadas tanto por el Juzgado de lo Penal N.º 27 de Madrid como por la Audiencia Provincial de Madrid, son variadas. En cuanto a lo relativo a la Ley de Patrimonio Histórico Español y al delito de contrabando, merece especial atención la discusión sobre si el cuadro de Picasso es integrante del Patrimonio Histórico Español o no. Así, la Sentencia del Juzgado Penal N.º 27 de Madrid de 14 de enero apunta que “cualquier vínculo o proximidad a la españolidad basta para que se considere que el bien integra el Patrimonio Histórico Español”, y añade que “el hecho de que no haya una declaración específica como bienes que integren el Patrimonio Histórico Español o Bienes de Interés Cultural o incluidos en el inventario no quiere decir que los mismos no integren el Patrimonio Histórico Español”²², cuestión confirmada en apelación por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de septiembre de 2020, al decir que “no es necesario que estén inventariados o declarados de interés cultural, para que existan bienes del Patrimonio Histórico Español”.

También es discutida la existencia de permiso de exportación como requisito del tipo penal del delito de contrabando y la injerencia de la localización exacta del cuadro sobre esta cuestión²³. Sobre esto comenta la Sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 27 de Madrid que, al igual que no resulta creíble que cupiese duda alguna sobre la localización de la obra, dado que el personal de Christie’s se encargó en persona de proceder a su examen y valoración, tampoco es de relevancia que el buque “Adix” navegase con bandera británica, dado que la goleta se hallaba atracada en el puerto de Valencia a fecha de solicitud de exportación (en el año 2012). Así las cosas, el Tribunal considera

²⁰ Si bien la Sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 27 de Madrid (SJP 3/2020, de 14 de enero de 2020, n.º 3/2020) condenó inicialmente a Jaime Botín a una pena de multa de 52.400.000 euros y a una pena de prisión de dieciocho meses, este fallo fue posteriormente corregido mediante el Auto de 30 de enero de 2020 (AAJP 1/2020, de 30 de enero de 2020, n.º 1/2020), el cual dictó las penas de multa y de prisión arriba mencionadas. La corrección llevada a cabo mediante Auto responde a la disposición recogida en el artículo 3.1 de la LORC, la cual no fue tenida en cuenta en la Sentencia del Juzgado de lo Penal de 14 de enero de 2020 y dicta que la pena se impondrá en su mitad superior para los casos de contrabando de bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, entre otros.

²¹ El texto del apartado primero del artículo 29 de la LPH dice, literalmente, que “pertenecen al Estado los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5.º de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles”.

²² Continúa la misma Sentencia este argumento al apuntar que “de hecho, hay muchos bienes que son desconocidos por la Administración General del Estado, porque sus propietarios, a pesar de tener la obligación, no los han declarado y no por ello dejan de ser del Patrimonio Histórico Español, pero cuando la Administración tiene noticia de que existen, entonces empiezan a funcionar todos los mecanismos de protección administrativa para cumplir el mandato constitucional del art. 47 que ampara la conservación y el enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español”.

²³ Dado que uno de los ejes de la defensa de Botín fue alegar que, como el cuadro se hallaba en la goleta “Adix”, de bandera británica, el cuadro nunca estuvo, o al menos no lo estuvo a fecha de solicitud de exportación, en territorio español.

de nula relevancia que la obra estuviese en el domicilio de Jaime Botín (en Madrid) o en la embarcación “Adix” al tiempo de presentar la solicitud de exportación, dado que, en cualquiera de los dos escenarios, el cuadro de Picasso se hallaba en territorio español. Esta cuestión se ve ratificada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de septiembre de 2020²⁴.

Asimismo, alegó Botín en sede penal que la inexportabilidad del cuadro no resultaba procedente, por haber sido declarada como medida cautelar hasta la incoación del correspondiente expediente administrativo de declaración BIC, y por no haberse incoado expediente alguno. A este respecto, coinciden tanto el Juzgado de lo Penal N.º 27 de Madrid como la Audiencia Provincial de Madrid en dictar que, si bien efectivamente se trataba dicha declaración de inexportabilidad de una medida cautelar, la misma fue adoptada mediante la ya citada Orden Ministerial de 28 de diciembre de 2012, y ésta “no había sido derogada ni suspendida”²⁵.

Finalmente, hay que añadir que uno de los ejes del recurso de apelación interpuesto por Jaime Botín fue tratar de impugnar el decomiso de la obra de Picasso. Como ya se ha mencionado, es el propio artículo 29.1 de la LPH el que recoge dicho precepto, así como el artículo 5.1 de la LORC, y la Audiencia Provincial de Madrid así lo entendió, dado que resolvió que el comiso de la obra era del todo acorde a la estricta aplicación de la Ley, no habiendo motivo para la revocación del comiso decretado²⁶.

| Cuestiones del procedimiento contencioso-administrativo |

En cuanto al procedimiento contencioso-administrativo, éste se centró principalmente en tratar de desarticular la prohibición de exportación del cuadro, y fue encauzado mediante dos vías procesales diferentes. De un lado, mediante un recurso contencioso-administrativo presentado por el propio Jaime Botín contra la Resolución de 19 de diciembre de 2012 y contra la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 2021; y, de otro lado, mediante otro recurso contencioso-administrativo presentado por una sociedad panameña, también tanto contra la Resolución de 19 de diciembre de 2021 como contra la Orden Ministerial de 28 de diciembre 2021²⁷. A este respecto hay que añadir, a modo

²⁴ A este respecto, comenta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de septiembre de 2020, n.º 9138/2020, que “es incontrovertido que el acusado dio instrucciones a Christie’s para que gestionara la autorización de exportación del cuadro a Londres desde Madrid, y no tendría sentido pedir autorización para exportar el cuadro, si ya estuviera en territorio inglés (según la bandera del Adix). El acusado contaba con un asesoramiento muy cualificado, que nunca dudó de que el cuadro integrase el Patrimonio Histórico Español, ni de que necesitase autorización, ni de que estuviera en España”.

²⁵ En este mismo sentido, apunta la SJP 3/2020, de 14 de enero de 2020, n.º 3/2020, que tanto la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 2012 como la Resolución de 19 de diciembre de 2012 “estaban plenamente vigentes ya que no consta que hubieran sido suspendidas ni judicial, ni administrativamente”.

²⁶ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de septiembre de 2020, n.º 9138/2020, cita a la STS 508/2015, de 27 de julio, la cual dice que “el comiso en el ordenamiento jurídico español no es solo una consecuencia accesorio de la pena de los procesos criminales, sino que también es una sanción administrativa susceptible de ser impuesta en los casos de infracciones a la legislación de contrabando, por lo que nada se opondría a su consideración como medida “sui generis” postdelictual que alcanzase a todo el patrimonio directa o indirectamente perteneciente al condenado”.

²⁷ Resuelto mediante la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2021, n.º 755/2021 y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2015, n.º 945/2015.

de matización, que esta duplicidad de recursos se debe a que Jaime Botín alegó, en el año 2012 y a modo de tratar de paliar la negativa a la exportación obtenida mediante la Resolución de 19 de diciembre de 2021 y la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 2021, que había incurrido en error en la solicitud de exportación porque él no era el verdadero propietario de la obra de Picasso, y que la misma no se hallaba en suelo español, siendo la verdadera propietaria del cuadro la ya citada sociedad panameña (de la cual Jaime Botín era accionista mayoritario), y hallándose el cuadro, a fecha de solicitud de exportación, en suelo británico (dado que la goleta “Adix” navegaba con bandera británica).

Así las cosas, este artículo se centrará en la vía contencioso-administrativa iniciada por el propio Jaime Botín, y no en la iniciada por la sociedad panameña, dado que son hechos probados que Jaime Botín era el propietario único de la obra “Cabeza de mujer joven”, del artista español Picasso, y no la sociedad panameña. La cuestión de si el cuadro se hallaba en territorio español es más discutida, pero, si bien suscita un gran interés, no resulta acotada al objeto de este escrito, dado que es una cuestión relativa a legislación marítima nacional e internacional.

Volviendo a la relevancia de este proceso contencioso-administrativo iniciado por Jaime Botín, lo primero que hay que apuntar es que, como se deduce de lo anteriormente mencionado, la pretensión de dicho proceso era dejar sin efecto las decisiones ministeriales que negaban el permiso de exportación de la obra y declaraban su inexportabilidad (decisiones ya mencionadas: la Resolución de 19 de diciembre de 2021 y la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 2012).

En este sentido, la Resolución del Ministerio de Cultura de 26 de junio de 2013 ratificó dicha prohibición de exportación. Contra esta Resolución de 26 de junio de 2013, interpuso Jaime Botín recurso, el cual fue resuelto por la Audiencia Nacional, mediante su Sentencia 1893/2015, de 20 de mayo de 2015, la cual ratificó también la prohibición de exportación. Finalmente, Jaime Botín interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual, a su vez, ratificó de una vez por todas la decisión ministerial de prohibir la exportación de la obra de Picasso, mediante su Sentencia 756/2021, de 4 de marzo de 2021.

Al igual que ocurre con el ya mencionado proceso penal, también son del todo variadas las cuestiones tratadas en vía contencioso-administrativa. La principal cuestión mencionada en el recurso de casación interpuesto por Botín era la posible desavenencia entre la prohibición de exportación del cuadro de Picasso y el principio de libre circulación de mercancías dentro del mercado europeo. Asimismo, también se plantean, en el recurso de casación, cuestiones relativas a la temporalidad de la prohibición de exportación como medida cautelar y a la posibilidad de existencia de prejudicialidad de la causa contencioso-administrativa por estar siendo tramitado el mismo caso mediante la vía penal.

Si bien se puede observar que los temas tratados en el recurso de casación son varios, afirma el propio Tribunal Supremo, siguiendo lo ya establecido por la Audiencia Nacional,

que la piedra angular de la argumentación esgrimida por Jaime Botín se basa en que, tanto en el momento de solicitar el permiso de exportación como en el momento de llevar el barco a puerto francés en la goleta “Adix”, el cuadro no se hallaba en territorio español, sino que estaba situado en la propia goleta, de bandera británica. A este respecto, el cual resulta ser central para la resolución del caso, determina el Tribunal Supremo, mediante su Sentencia de 4 de marzo de 2021, y confirmando a su vez lo dictado por demás Tribunales (tanto en vía penal como en vía contencioso-administrativa), que “esta Sala no puede, al resolver un recurso de casación, apartarse de la fijación y valoración de los hechos efectuada por la sentencia impugnada”, añadiendo después que “de la lectura de la sentencia impugnada resulta que la Sala de instancia entendió que, en el momento de presentación de la solicitud de exportación del cuadro, éste estaba en Madrid”²⁸. Así, de una vez por todas y sin lugar a duda, desmonta el Tribunal Supremo la base de la defensa de Botín.

En cuanto a la problemática del principio de libre circulación de mercancías dentro de la Unión Europea, el Tribunal Supremo observó, siguiendo el argumentario planteado por el Abogado del Estado, que dicha cuestión parte de la base de que el cuadro de Picasso no se hallaba, al momento de embarcar hacia Francia, en territorio español, argumento que ha sido ya desestimado por nuestros Tribunales.

Como ya se ha dicho, otra de las cuestiones planteadas por Botín en sede contencioso-administrativa era la de la invalidez de la prohibición de exportación, por su excesiva dilatación en el tiempo, como medida cautelar previa a la declaración administrativa de BIC de la obra de Picasso. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de marzo de 2021, ratificó lo ya expuesto por la Audiencia Nacional, al apuntar lo siguiente: “que a la prohibición de exportación deba luego seguir otro procedimiento administrativo nada dice sobre la regularidad o irregularidad de aquélla. Si después de que una obra de arte sea declarada inexportable no se siguen los trámites pertinentes, dicha declaración podrá dejar de surtir efectos; pero en ningún caso podrá ser tachada de inválida *ab initio*”. Sobre esta misma cuestión se pronunció de manera idéntica la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 20 de mayo de 2015, al dictar que “toda vez que la denegación del permiso de exportación no necesita de una previa declaración del bien como BIC, y así se deduce precisamente del art. 5.3 de la LPH para aquellos bienes que aunque no sean bienes declarados de interés cultural, ... por su pertenencia al Patrimonio Histórico Español, la Administración del Estado declare expresamente inexportables, que es precisamente lo ocurrido en el presente caso”.

La cuestión de la existencia de prejudicialidad por estar siendo tratado el caso en vía penal también fue resuelta por los Tribunales. A este respecto, dictó el Tribunal

²⁸ En este sentido, el Tribunal Supremo confirma lo que ya afirmó la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2015, n.º 1893/2021, la cual dictó que “admitido por las partes que la ubicación en territorio español determina la competencia territorial de las autoridades culturales españolas (art. 5 de la LPHE –Ley 16/1985–) no puede decirse en modo alguno que dicho cuadro no se halle en territorio español en el momento de la solicitud”.

Supremo, en la ya citada Sentencia 756/2021, de 4 de marzo de 2021, la no existencia de prejudicialidad alguna, por haber sido condenado Jaime Botín a la correspondiente pena de multa y prisión, además del decomiso del cuadro de Picasso, mediante la ya mencionada Sentencia del Juzgado de lo Penal N. 27 de Madrid, de 14 de enero de 2020, la cual fue ratificada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de septiembre de 2020²⁹.

Finalmente, cabe señalar que también se dio cierta problemática en torno al decomiso de la obra de Picasso y su legalidad. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 6 de octubre de 2016 dictó, además de la total legalidad del propio acto de decomiso, que “los preceptos de la LPH, del Patrimonio Histórico Español son claros al establecer una presunción de titularidad dominical de los bienes exportados ilegalmente tal como se desprende del art. 29”.

| Conclusiones |

PRIMERA- La Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, así como su Real Decreto de desarrollo, recogen de forma concreta la noción de Patrimonio Histórico Español y la protección que esta tipificación de bienes lleva legalmente aparejada. Así, dicha protección se divide en tres niveles, según la denominación específica que haya recibido cada bien. En primer lugar, el nivel más bajo de protección viene dado a todos los bienes, muebles e inmuebles, que integren el Patrimonio Histórico Español, de acuerdo con la definición recogida en nuestra Ley. En segundo lugar, los bienes muebles que se hallen inscritos en el Registro General de Bienes Muebles recibirán un nivel más alto de protección. Y, finalmente, el nivel máximo de protección vendrá dado a los Bienes de Interés Cultural, los cuales –ya sean muebles o inmuebles– representan los bienes merecedores de mayor relevancia, en atención a sus características específicas y su importancia para el conjunto del Patrimonio Histórico Español. Asimismo, hay que apuntar que la protección recibida por los bienes inventariados y por los BIC resulta equiparable en ciertos aspectos, si bien, como ya se ha dicho, los BIC reciben el nivel más alto de protección, el cual encuentra su máxima expresión en la prohibición de la exportación que recae sobre los mismos.

SEGUNDA- Tal y como se ha visto a lo largo del análisis recogido en este texto, la declaración de BIC no es baladí, dado que conlleva importantes consecuencias aparejadas a su naturaleza, siendo la principal la ya mencionada prohibición de la exportación que recae sobre los mismos. Así, y mediante este doctrinalmente denominado principio

²⁹ En cuanto al proceso penal contra Jaime Botín, el Tribunal Supremo, en la misma Sentencia, destaca ciertos aspectos probados en sede penal “A) Que el recurrente tenía en cuadro “en su domicilio sito en la URBANIZACIÓN000 (Madrid)” cuando se puso en contacto con la casa de subastas. B) Que autorizó a la casa de subastas para gestionar la licencia de exportación “haciendo constar que el cuadro se hallaba en Madrid, y como aduana de salida Madrid”. C) Que más tarde “pese a ser plenamente consciente de la prohibición administrativa, el acusado trasladó el cuadro a la goleta “DIRECCIÓN000” de su propiedad, atracada en el mes de junio en el puerto de Valencia, con la finalidad de sacarlo de España”.

proteccionista, queda legislativamente reflejada la especial relevancia, por razón de su naturaleza e importancia cultural e histórica, que merecen los BIC. Este principio general de inexportabilidad se configura como la piedra angular de un sistema de protección cultural cuyo fin último es el de evitar una posible fuga masiva de patrimonio, lo cual implicaría la consiguiente merma del propio Patrimonio Histórico Español.

TERCERA- La principal consecuencia que se puede inferir de esta prohibición de la exportación es, como resulta lógico, la ilicitud de cualquier exportación de un BIC que se lleve a cabo sin la preceptiva autorización administrativa. Así, y de acuerdo con los preceptos penales mencionados a lo largo del presente trabajo, la exportación ilícita –esto es, la que no haya sido autorizada– de un BIC será constitutiva del tipo penal de contrabando, el cual se encuentra penado con una pena de prisión de uno a cinco años y pena de multa de tanto al séxtuplo del valor del bien ilícitamente exportado.

CUARTA- Con el fin de ilustrar la relación entre la prohibición de la exportación de los BIC y el delito de contrabando se ha llevado a cabo un breve análisis del caso Picasso-Botín. Las cuestiones tratadas en el caso son del todo variadas, dado que no solo se centran en aspectos relativos a la Ley de Patrimonio Histórico Español y a la relevancia del cuadro de Picasso como BIC, sino que también cobran gran relevancia cuestiones procesales y de otra índole. En lo que a este trabajo resulta pertinente, son de especial atención las controversias sobre la efectiva naturaleza del cuadro como BIC, a pesar de no haber sido expresamente declarado como tal, y la prohibición de la exportación del mismo como medida cautelar; la cuestión de la localización del cuadro al tiempo de ser exportado, puesto que la proveniencia del mismo de territorio español se nos revela como aspecto necesario para la concurrencia efectiva de los requisitos de exportación ilícita; y lo azaroso del decomiso del cuadro de Picasso y su posterior adjudicación automática al Estado, entre otras.

QUINTA- Ante este último punto, tomado el mismo en conjunción con las ya mencionadas penas de prisión y de multa del tanto al séxtuplo del valor del cuadro (aunque en realidad la pena de multa no se impuso en toda su extensión, sino en 3,5 veces el valor declarado del cuadro), se ha generado un gran debate sobre si la incautación del bien, además de la imposición de las penas de multa y de prisión, se configura como una doble pena para un solo hecho delictivo. Si bien el decomiso es un aspecto necesario y parejo al delito de contrabando, resulta debatible, a ojos de un público tan informado como desinformado a partes iguales, si dicho decomiso, tratándose el caso de una obra de arte cuya naturaleza no es nociva en sí misma –tal y como podría pasar con el contrabando de sustancias estupefacientes y el decomiso de las mismas, por ejemplo– no es una medida ejemplarizante cuya naturaleza pudiese contener una doble penalización del mismo hecho delictivo. Así las cosas, Jaime Botín hubo de pagar la multa dictada en sede penal por el Juzgado de lo Penal N. 27 de Madrid y allanarse a acatar el decomiso del cuadro de Picasso, si bien, por razones de salud y debido a su avanzada edad, pudo eludir el ingreso en prisión.

| Referencias |

Legislación

Constitución Española, Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, de 14 de noviembre de 1970.

Convenio de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente, de 24 de junio de 1995.

Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 (refundición), DO L 159 de 28 de mayo de 2014.

Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, Boletín Oficial del Estado, núm. 155, de 29 de junio de 1985.

Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, Boletín Oficial del Estado, núm. 282, de 21 de noviembre de 2014.

Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, Boletín Oficial del Estado, núm. 126, de 27 de mayo de 2015.

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, Boletín Oficial del Estado, núm. 93, de 19 de abril de 2017.

Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, Boletín Oficial del Estado, núm. 297, de 13 de diciembre de 1995.

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, Boletín Oficial del Estado, núm. 97, de 22 de abril de 1996.

Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, Boletín Oficial del Estado, núm. 24, de 28 de enero de 1986.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada, Diario Oficial de la Unión Europea, 30 de marzo de 2010.

Jurisprudencia

STS o Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2021, n.º 756/2021, id. CENDOJ: 28079130042021100071.

ATS o Auto del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2021, n.º 6746/2021, id. CENDOJ: 28079130042021200076.

SAN o Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2015, n.º 1893/2021, id. CENDOJ: 28079230062015100162.

SAP M o Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de septiembre de 2020, n.º 9138/2020, id. CENDOJ: 28079370012020100646.

STSJ M o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de noviembre de 2004, ref. ARANZADI: JUR\2007\80131.

STSJ M o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso, de 6 de octubre de 2016, n.º 11113/2016, id. CENDOJ: 28079330062016100525.

SJP o Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 27 de Madrid de 14 de enero de 2020, n.º 3/2020, id. CENDOJ: 28079510272020100001.

AAJP o Auto Aclaratorio del Juzgado de lo Penal n.º 27 de Madrid de 30 de enero de 2020, n.º 1/2020, id. CENDOJ: 28079510272020800001.

Obras doctrinales

Alegre, J. M. (1994). *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico: La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (Tomo II)*. Ministerio de Cultura.

Alegre, J. M. (2000). El Patrimonio Histórico Español: Régimen Jurídico de la Propiedad Histórica. *Revista Galega de Administración Pública*, 25, 179-222.

Alonso, M. R. (1992). *El Patrimonio Histórico, Destino Público y Valor Cultural*. Cívitas.

Alvarez, J. L. (1989). *Estudios sobre el patrimonio histórico español, y la Ley de 25 de junio de 1985*. Cívitas.

Anguita, L. A. (2020). Reflexiones sobre la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. *Liber Amicorum*, 1339-1360.

Bassols, M. (1987). El Patrimonio Histórico Español: Aspectos de su Régimen Jurídico. *Revista de Administración Pública*, 114, 93-125.

Carrancho, M. T. (2001). *La circulación de bienes culturales muebles*. Dykinson.

Domínguez, E. M. (2021). *Transmisión de bienes culturales y resolución extrajudicial de conflictos*. Dykinson.

García, J. (2008). La reforma de la Ley 16/85, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español. *Actas de la III Bienal de Restauración Monumental. Sobre la des-Restauración*, 507-524.

Rivera, J. (2008). Veinte años de la Ley de Patrimonio Histórico Español y de restauración (1985-2005). El problema de los criterios. *Actas de la III Bienal de Restauración Monumental. Sobre la des-Restauración*, 525-530.

Santos, J. A. (2002). Algunas observaciones sobre la actual legislación española del patrimonio arqueológico. *Revista de la Antigüedad*, 5, 7-20.

Villarreal, P. (2020). En torno a la idea del mercado del arte. *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, 20, 293-320.

Villarreal, P. (2023). Conflicto judicial sobre «Fin de Jornada» de Joaquín Sorolla. *Studia Humanitatis Journal*, 3(1), 140-161.

| Nota biográfica |

Javier Lajusticia Díez es graduado en Derecho y Relaciones Internacionales por la Universidad de Deusto, Bilbao (2018-2023), y alumno del Doble Máster de Acceso a la Abogacía y Asesoría Jurídica de Empresas (bilingüe) en el Instituto de Empresa, Madrid (2023-2024). También ha realizado cursos de especialización en el área del Derecho del Mercado del Arte (CEF e IGECA), y en el área de la Historia del Arte (Sotheby's Intitute of Art). Adicionalmente, ha realizado su Erasmus en Florencia (Italia), y prácticas de verano en Subastas Segre (Madrid). En resumen, apasionado del Arte y del Derecho.