HOLOCAUSTO y BIENES CULTURALES

LUIS PÉREZ-PRAT DURBÁN
GLORIA FERNÁNDEZ ARRIBAS
(EDS.)

uhu.es
PUBLICACIONES

Holocausto
y
bienes culturales

Holocausto
y
bienes culturales

Luis Pérez-Prat Durbán
Gloria Fernández Arribas
(Eds.)

uhu.es
PUBLICACIONES

uhu.es PUBLICACIONES
COLLECTANEA
219

DATOS EDICIÓN

Primera edicion en formato ebook: agosto 2019
Primera edición en formato papel: agosto 2019

© Servicio de Publicaciones
Universidad de Huelva
© Luis Pérez-Prat Durbán
© Gloria Fernández Arribas

I.S.B.N. (papel): 978-84-17776-18-3
EI.S.B.N. (pdf): 978-84-17776-19-0
EI.S.B.N. (epub): 978-84-17776-20-6

Depósito legal: H 70- 2019

PAPEL

Papel
Offset industrial ahuesado de 90 g/m²
Impreso en papel de bosque certificado

Encuadernación
Tapa dura, cola PUR

Printed in Spain. Impreso en España.

Maquetación y Ebook
MAQUETACCIÓN

CEP

Holocausto y bienes culturales / Luis Pérez-Prat Durbán/Gloria Fernández Arribas (eds.) – Huelva : Universidad de Huelva, 2019

272 p. ; 24 cm.—(Collectanea (Universidad de Huelva ; 219)

ISBN (papel) 978-84-17776-18-3
ISBN (.pdf) 978-84-17776-19-0
ISBN (epub) 978-84-17776-20-6

1. Holocausto judío 2. Patrimonio histórico – Protección – Derecho. 3. Derecho internacional. 4. Guerra, 1939-1945 (Mundial, 2ª) – Confiscaciones y contribuciones I. Pérez-Prat Durbán, Luis. II. Universidad de Huelva. III. Título. IV. Serie

341.324.5(100)"1939/45"
351.852/.853(100)

Obra sometida al proceso de evaluación de calidad editorial por el sistema de revisión por pares.

Publicaciones de la Univesidad de Huelva es miembro de UNE

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutivo de delito contra la propiedad intelectual.

Clique para mayor información

Proyecto financiado por el Ministerio de Economía, Hacienda y Competitividad. Referencia proyecto: Ruinas, expolios e intervenciones en el patrimonio cultural. DER2014-52947-P

Cubierta: 50. Geburtstag Hitler, Gratulation Himmler. Fot.: Hoffmann y recurso gráfico bandera: desktopbackground.org
Guardas: Diseño Art Déco. Freepik

EL EBOOK LE PERMITE

Citar el libro

Navegar por marcadores e hipervínculos

Realizar notas y búsquedas internas

Volver al índice pulsando el centro del pie de la página

Comparte #LibrosUHU

Únete y comenta

Novedades a golpe de clik

Nuestras publicaciones en movimiento

Suscribete a nuestras novedades

Índice

Gloria Fernández Arribas, Luis Pérez-Prat Durbán
Prólogo.....9

1. *Luis Pérez-Prat Durbán*
Holocausto, bienes culturales y la acción normativa de la comunidad internacional.....17

2. *Tullio Scovazzi*
La restituzione di opere d'arte depredate durante la seconda guerra mondiale: alcuni casi relativi all'Italia.....45

3. *Colette Avital*
Looted Art Restitution.....65

4. *Miguel Martorell Linares*
Cualquier obra de tipo medio alcanza aquí precios extraordinariamente buenos: España en la dispersión del expolio artístico nazi.....83

5. *Therese O´Donell*
The Transitional Justice Potential of Holocaust-Era Looted Art Claims: Re-Weaving Law´s Lattice.....115

6. *Gloria Fernández Arribas*
La inmunidad del Estado como límite a la restitución de los bienes expoliados durante el holocausto.....153

7. *Elena Rodríguez Pineau*
¿Retener o retornar? Reflexiones sobre la solución material del asunto Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza.....177

8. *Soledad Torrecuadrada García-Lozano*
Algunas reflexiones sobre en el caso Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza desde el Derecho Internacional Público.....203

9. *Celia M. Caamiña Domínguez*
El caso o los casos Gurlitt.....245

Prólogo

Gloria Fernández Arribas,
Luis Pérez-Prat Durbán

Las consecuencias del Holocausto sobre los bienes culturales, los que fueron expoliados durante el régimen nazi a los judíos en Alemania y en los territorios ocupados, que tan bien fueron descritas por obras como las de Héctor Feliciano –*El museo desaparecido. La conspiración nazi para robar las obras maestras del arte mundial*[1]- o de Nicholas M. O'Donnell, -*A Tragic Fate: Law and Ethics in the Battle Over Nazi-Looted Art*[2]**-,** ni con mucho han dejado de manifestarse a estas alturas del siglo siguiente. Y ello porque tanta fue la magnitud de lo expoliado como lo que queda todavía mucho por esclarecer. Por ejemplo, en estos días se daba noticia de la devolución por Alemania a la colección del Palazzo Pitti de Florencia de la obra *Vaso di fiori*, debida al pintor holandés del siglo XVIII Jan van Huysum, que fue expoliada durante la ocupación nazi de Italia durante la Segunda Guerra Mundial[3]

No se trata de una cuestión cerrada, por lo tanto, y ello es lo que ha movido a la publicación de este volumen, que es un fruto más del Proyecto de I+D del Ministerio de Economía y Competitividad, "Ruinas, expolios e intervenciones en el patrimonio cultural" (DER2014-52947-P). Por ello, queremos dar las gracias al Ministerio por la subvención otorgada, que nos ha permitido, entre otras cosas, la publicación de este volumen y, antes, la organización de las actividades que a él han conducido. En efecto, en el marco de este proyecto, los investigadores hemos trabajado en la línea del expolio en dos direcciones: una, que ha sido muy fructífera, referida al expolio de bienes culturales en Iberoamérica, y que ha dado lugar a la tesis doctoral de Zara Ruiz Romero sobre "Arte prehispánico en disputa. revalorización y protección del legado peruano", leída el 15 de marzo de 2019; y, la otra, la relativa al Holocausto y los bienes culturales.

En este último caso, se han celebrado en la Universidad Pablo de Olavide, a lo largo de los años que ha durado el proyecto de investiga-

1 Héctor Feliciano –*El museo desaparecido. La conspiración nazi para robar las obras maestras del arte mundial,* Ediciones Destino, 2004.

2 Nicholas M. O'Donnell, -*A Tragic Fate: Law and Ethics in the Battle Over Nazi-Looted Art,* Ankerwycke, 2017.

3 La noticia en El País, de 30 de junio de 2019.

ción, tres sesiones del seminario "El Holocausto y la restitución de los bienes culturales", en las que han participado, exponiendo lo que luego han sido sus aportaciones a este libro, los autores que en él participan. Abrió las sesiones, el 4 de marzo de 2016, Tullio Scovazzi, catedrático de Derecho Internacional de la Universidad Milano-Bicocca. Scovazzi es un experto en diversos ámbitos del Derecho Internacional, entre ellos el Derecho del Mar y el patrimonio cultural. Ha sido representante de su país en múltiples foros internacionales, entre ellos en la UNESCO -Comité para el fomento del retorno de los bienes culturales a sus países de origen-, consultor de organizaciones internacionales y ONG, cuenta con una sólida y numerosa obra científica. En su ponencia, posteriormente modificada para su publicación en este libro, aborda el análisis de la restitución de las obras de arte expoliadas durante la Segunda Guerra Mundial, con un examen concreto de diversos casos, como el de la colección Kaumheimer o la obra *Santa Caterina d'Alessandria* de Bernardo Strozzi. En esta publicación, el trabajo de Tullio Scovazzi viene antecedido por la aportación de Luis Pérez-Prat Durbán, catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Pablo de Olavide, y uno de los investigadores principales del proyecto de investigación del Ministerio –el otro es la profesora María del Valle Gómez de Terreros Guardiola, catedrática de Historia del Arte de la Universidad Pablo de Olavide-, que analiza la normativa internacional adoptada desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros día sobre la restitución de los bienes culturales expoliados por los nazis, sobre todo en lo que hace a la adopción de declaraciones y actos de carácter no vinculante.

La segunda sesión del seminario tuvo lugar el 14 de febrero de 2017 y se celebró gracias a la colaboración de la Embajada de Israel en España, el Centro Sefarad-Israel y la Fundación Tres Culturas. A las tres instituciones queremos agradecerles su ayuda y patrocinio. En esta sesión intervinieron los siguientes tres autores de este libro: Colette Avital, Miguel Martorell Linares y Thérèse O'Donnell. La primera de ellas, Colette Avital, es una diplomática y política israelí de larga trayectoria, que ha sido miembro de la Knesset –el parlamento israelí, entre 1999 y 2009. En el terreno que nos ocupa, Avital ha presidido en dicho parlamento la comisión de investigación para la identificación y el retorno de la propiedad a las víctimas del Holocausto. En su aportación a esta obra, la autora se dedica a pasar revista a la restitución del arte expoliado, a la complejidad de esta cuestión, principiando por exponer el caso Cassierer, para luego revisar el proceso de expolio seguido por los nazis, desde sus estructuras organizativas, las medidas adoptadas para

el expolio, el almacenamiento de los bienes expoliados y los esfuerzos de restitución tras la guerra.

Por su parte, Miguel Martorell Linares, que es catedrático de Historia del pensamiento y de los Movimientos Sociales y Políticos en la UNED y que fue el autor del informe realizado en 1998 para la Comisión de Investigación de las Transacciones de Oro procedente del Tercer Reich durante la Segunda Guerra Mundial, el único informe elaborado en nuestro país sobre el particular, analiza y pone al día precisamente la dispersión y el tránsito del expolio artístico nazi por España, preguntándose si hubo un mercado del arte español para dichos bienes culturales. La aportación de Thérèse O'Donnell, Reader in Law en la Law School de la Universidad de Strathclyde, y especialista en Derecho Internacional Público y Derechos Humanos, desmenuza las dificultades que el derecho presenta a los reclamantes de bienes culturales expoliados en el Holocausto nazi y escoge el marco de la justicia transicional para visualizar sus efectos sobre los casos de restitución, culminando con una análisis de casos sometidos a métodos alternativos de solución.

La tercera sesión del seminario sobre "Holocausto y restitución de bienes culturales" tuvo lugar el 27 de octubre de 2017 y en ella intervinieron Gloria Fernández Arribas, Elena Rodríguez Pineau, Soledad Torrecuadrada García-Lozano y Celia Caamiña Domínguez. Gloria Fernández Arribas es Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Pablo de Olavide, ha coordinado la organización de las diversas sesiones de este seminario y coedita este libro. En él su aportación trata de la inmunidad del Estado en relación a la restitución de los bienes expoliados durante el Holocausto, examinando la normativa relativa a aquella en su aplicación a la restitución de estas obras, tanto en la vertiente de la inmunidad de jurisdicción como en la de ejecución. Elena Rodríguez Pineau, que es Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid, analiza desde la perspectiva de su disciplina el asunto Cassirer v. Fundación Thyssen-Bornemisza, mientras que Soledad Torrecuadrada García-Lozano –catedrática acreditada de Derecho Internacional Público de la U.A.M.- lo hace desde el punto de vista del Derecho Internacional Público. Dos aportaciones, pues, que desmenuzan todos los aspectos internacionalistas de un caso cuya última sentencia ha sorprendido a esta obra en prensa y que, por lo tanto, no han podido ambas autoras incorporar a su reflexión.

Permítasenos a nosotros, como prologuistas, simplemente dar noticia de la adopción de la sentencia de 17 de mayo de 2019 adoptada en el

caso David Cassirer et al. V. Thyssen Bornemisza Collection Foundation[4], por la que el juez de distrito de California concluye que no tiene otra alternativa que, en aplicación del derecho español, entender que la Fundación Thyssen Bornemisza es el propietario legal del cuadro de Camilla Pisarro que estaba en disputa. Sin embargo, es relevante una última consideración del juez, que incluye en sede de conclusiones. En su virtud, el juez no deja de notar que España se comprometió en diciembre de 1998 con los Principios de Washington sobre el Arte confiscado por los nazis que, aunque no son vinculantes, sostienen que, si pueden ser identificados los propietarios de la obra de arte confiscada por los nazis o sus herederos, "deberían darse expeditivamente pasos para lograr una solución justa y equitativa, reconociendo que eso puede variar de acuerdo con los hechos y con las circunstancias que rodean un caso particular". También recuerda el juez que España reafirmó dicho compromiso al firmar la Declaración de Terezín en 2009. Esta Declaración reitera que "los Principios de Washington estaban basados en el principio moral de que el arte y la propiedad cultural confiscada por los nazis a las víctimas del Holocausto debería ser retornada a ellos o a sus herederos, en forma consistente con las leyes y reglamentos nacionales así como con las obligaciones internacionales en orden a lograr soluciones justas y equitativas". Este recordatorio del juez le encamina a dictaminar que la negativa de la Fundación Thyssen Bornemisza a devolver el cuadro a los Cassirer es inconsistente con los Principios de Washington y con la Declaración de Terezín, ambas suscritas por España. Pero que el Tribunal no tiene otra alternativa que aplicar el derecho español y no puede forzar a España o a la Fundación Thyssen Bornemisza a "cumplir con sus compromisos morales". Una interesante colusión entre el derecho y al moral, a ojos del juez, que parece entender que la solución justa y equitativa a la que llaman los Principios de Washington es el retorno del cuadro de Camilla Pisarro a los Casirer. Reiteramos que las autoras que han tratado el caso Cassirer no han tenido ocasión de abordar el examen de esta sentencia y de su peculiar coda.

Finalmente, y superado este inciso, la última de las aportaciones a este libro se debe a la pluma de Celia Caamiña Domínguez, Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, que se ha dedicado al estudio del caso suscitado por la apa-

4 Pueden verse las conclusiones del juez, que son de 30 de abril de 2019, en https://www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2019/05/CassirerThyssen-JUDGMENT.pdf

rición sorpresiva de las obras de arte heredadas por Cornelius Gurlitt de su padre Hildebrand Gurlitt, marchante de obras de arte con gran vinculación con el régimen nazi. Celia Caamiña analiza la *herencia* de Cornelius Gurlitt, el acuerdo suscrito por Alemania, el estado de Baviera y el Museo de Arte de Berna y las restituciones derivadas del mismo.

Finalmente, quisieramos agradecer, una vez más, al Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva y, en especial a su director, Dimas Borrero, todas las gestiones para la edición de esta obra, así como las facilidades y buen hacer durante el proceso editorial. Las otras obras que este proyecto de investigación ha publicado con la Universidad de Huelva, de magnífica factura editorial, hacen presagiar un mismo futuro para la que ahora prologamos; en cuanto al contenido, es de responsabilidad de los autores y queda en manos de los lectores.

Gloria Fernández Arribas
Luis Pérez-Prat Durbán
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

1.

Holocausto, bienes culturales y la acción normativa de la comunidad internacional

Luis Pérez-Prat Durbán

1. Introducción

A pesar de los años transcurridos desde el final de la Segunda Guerra Mundial, las consecuencias del Holocausto nazi sobre la dispersión de los bienes culturales judíos expoliados sistemáticamente entre 1933 y 1945 en Alemania y toda la Europa ocupada no se han restañado todavía. Ni mucho menos. Aunque es difícil llevar a cabo una cuantificación de lo que todavía no ha emergido como bienes expoliados, diversas estimaciones lo sitúan en una generosa franja que va de los cien mil a los doscientos mil objetos[1]. Dada la ingente cantidad de lo expoliado, de lo no devuelto, la incertidumbre acerca de su existencia y esencia, de su localización, el desconocido tráfico posterior de que habrían sido objeto y, por supuesto, una voluntad reluctante de no pocos actores –de sus actuales tenedores, de los Estados en cuyo territorio podrían encontrase- a proceder a la devolución, cuando se les requiere en casos individuales, todo ello explica la situación en la que nos encontramos: casos que van goteando y que, por regla general, conducen a tribunales o a las comisiones de reclamación establecidas por determinados países, como el Reino Unido o los Países Bajos. Y, por supuesto, también la ausencia de normas internacionales obligatorias, de un tratado internacional que aborde con vocación de universalidad todos los complejos aspectos que se reúnen en una hipotética disputa entre el posible reclamante y el actual poseedor del bien expoliado, que uniformice y ahorme una respuesta jurídica plausible y que intente dar una solución justa y adecuada a este espinoso asunto.

1 De la primera cifra se hace eco Lawrence M. Kaye, en su artículo "Avoidance and Resolution of Cultural Heritage Disputes: Recovery of Art Looted during the Holocaust", 14 *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 2006, p. 244. De la segunda, Barbara J. Tyler, en su trabajo "The Stolen Museum: Have United States Museums Become Inadvertent Fences for Stolen Art Works Looted by the Nazis in World War II?", 30 *Rutgers Law Journal*, 1991, p. 441.

Una buena muestra de lo candente del problema es que continúan apareciendo objetos de arte expoliados. Algunos de ellos han surgido de forma inopinada -como sucede con las obras atesoradas por Cornelius Gurlitt en Munich, caso estudiado por Celia Caamiña en esta publicación-; otros se encuentran reclamados y en proceso de adjudicación –tal es la situación de la demanda presentada por Claude Cassirer para obtener la devolución del cuadro de Camille Pisarro "Rue Saint-Honoré, por la tarde. Efecto de la lluvia", que se expone en el Museo Thyssen-Bornemisza de Madrid, caso analizado en estas páginas por Soledad Torrecuadrada y Elena Rodríguez Pineau-. En otros supuestos ha sido negada la devolución a sus reclamantes, como ha ocurrido recientemente con el cuadro "Painting with Houses", de Wassily Kandinsky, actualmente en la tenencia del Consejo de la ciudad de Ámsterdam, cuya posesión ha sido refrendada por la opinión vinculante de 28 de octubre de 2018 adoptada por la Restitutiecommissie de los Países Bajos[2]. Doce años antes, sin embargo, era favorable a los reclamantes, los herederos de Jacques Goudstikker, la decisión de ese mismo órgano, de 6 de febrero de 2006, relativa a la posesión de una colección compuesta por doscientas obras, que habían sido adquiridas por Hermann Goering en sospechosas circunstancias durante la Segunda Guerra Mundial[3]. Por su parte, y como una muestra de la actividad del Spoliation Advisory Panel británico, establecido en 2000, que adopta decisiones no vinculantes frente a reclamaciones de devolución de bienes expoliados que se encuentran en posesión de instituciones públicas del Reino Unido, también encontramos casos en los que se aconseja la devolución de bienes a sus reclamantes, como sucede con un cuadro de John Constable, "Beaching a Boat. Brighton", en posesión de la Tate Gallery[4]. Tras aceptar la recomendación, la pintura fue posteriormente subastada en Christie's en 2016 por los herederos del barón húngaro Ferenc Hatvany.

En el presente trabajo tenemos un objetivo principal: pasar revista a los esfuerzos normativos de la comunidad internacional, que se han concretado en la adopción de determinados actos, siempre no vinculantes, tomados por lo general en conferencias de Estados, aunque tam-

2 Véase la decisión en https://www.restitutiecommissie.nl/en/recommendations/recommendation_rc_3141.html

3 Un análisis del caso en Anne Laure Bandle, Alessandro Chechi, Marc-André Renold, "Case 200 Paintings – Goudstikker Heirs and the Netherlands," Platform ArThemis (http://unige.ch/art-adr), Centre of Art-Law, University of Geneva.

4 Véase el Informe en https://www.gov.uk/government/publications/report-of-the-spoliation-advisory-panel-constable-painting-in-the-tate-gallery

bién algunas organizaciones internacionales han considerado de interés terciar en el tema mediante la aprobación de decisiones o proyectos de resoluciones, igualmente de carácter recomendatorio. Entiéndase por acción normativa no la que culmina en la adopción de un acto vinculante al estilo de un tratado internacional fruto de la cooperación entre Estados, o de una resolución obligatoria en el caso de una organización internacional, sino el acto que concreta estándares de conducta para sus destinatarios, reglas que sin ser de carácter jurídico aspiran a influir en el curso de la conducta de Estados, órganos internos de los países, o los mismos particulares. Quizás debamos anticipar la sensación de falta de completitud, de insuficiencia, que transmite este proceso de adopción de actos no vinculantes ante un problema que, como reconocía la resolución de 2009 del Parlamento Europeo, que más adelante examinaremos, presenta claramente ribetes transfronterizos y llama a formular una aproximación coherente y también transfronteriza. ¿Es este tipo de aproximación la lograda por un rosario de actos como los que vamos a examinar? No dejan en la actualidad de alzarse voces a favor de la adopción de un tratado internacional que aborde esta problemática de la devolución de los objetos culturales a sus legítimos y originarios propietarios o a sus herederos, pero tales voces surgen más bien del corpus doctrinal y no de la posición oficial de los Estados afectados que, una y otra vez, han logrado reafirmar el carácter no vinculante de los actos emanados de las conferencias internacionales.

2. La declaración de Londres de 1943

¿Cuál ha sido la reacción de la comunidad internacional frente a este expolio sistemático de obras de arte tan tempranamente iniciado y que llegó a causar una alarma general ya durante la Segunda Guerra Mundial? Sin perjuicio de la existencia de normas internacionales de longa data que condenan la práctica del pillaje en el marco de un conflicto armado, como la expresada en el art. 4 da la Convención de La Haya de 1954 sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, antes de eso y cuando ya eran evidentes las dimensiones del expolio de bienes por los Nazis en los territorios ocupados, la reacción internacional se concretó en fecha tan temprana como 1943, cuando se adoptó la Declaración de Londres o *Declaración Inter-aliada contra los actos de desposesión cometidos en territorio bajo ocupación o control enemigo*[5], aunque el título original era *Declaration on Torced Transfers of Property in Enemy-Controlled territory*. En julio de 1942, a iniciativa británica, se planteó la necesidad de lanzar una

5 Véase en https://www.lootedartcommission.com/inter-allied-declaration

advertencia a los países del Eje, dirigida a reafirmar el no reconocimiento de las transferencias de propiedad que estaban teniendo en los territorios ocupados, revistieran o no forma legal[6]. Como sostiene Evelien Campfens[7], se trataba de un anuncio formal y una advertencia sobre la reversibilidad del robo y venta forzada de objetos artísticos. La Declaración de Londres fue suscrita por los gobiernos de Sudáfrica, Estados Unidos, Australia, Bélgica, Canadá, China, Checoslovaquia, Reino Unido, Grecia, India, Luxemburgo, los Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, la URSS, Yugoslavia y el Comité Nacional francés. Es brevísima, y se acompaña con una Nota sobre su significado, alcance y aplicación. Como se menciona en el primer parágrafo de la Nota aneja a la Declaración, entre los que la suscribieron se encontraban los gobiernos de los países ocupados "who have suffered the invasion of their national territory by brutal and rapacious enemies".

En cuanto a la propia Declaración, apenas se limita a afirmar en dos breves párrafos, primero, que los países firmantes lanzan una advertencia general, sobre todo a las personas de los países neutrales, en el sentido de que pretenden hacer lo posible para derrotar los métodos de desposesión practicados por los gobiernos del Eje; y, segundo, que los gobiernos firmantes se reservan todos los derechos para declarar inválida "any transfers of, or dealings with, property, rights and interests of any description whatsoever which are, or have been, situated in the territories which have come under the occupation or control, direct of indirect of the Governments with which they are at war, or which belong, or have belonged to persons (including juridical persons) resident in such territories". Considerando, a este último respecto, que la advertencia de invalidez se aplica a "such transfers of dealings have taken the form of open looting or plunder, or of transactions apparently legal in form, even when they purport to be voluntarily effected".

Como se esclarece en la Nota sobre el significado, alcance y aplicación de la Declaración de 1943, se concretaba un ámbito espacial de aplicación, un tipo de comportamiento al que aplicarse, un principio regulador, y una regla general de relativa a los procedimientos para resolver tras la guerra la desposesión de los bienes sufrida durante la

6 Cfr. William Z. Slany, *U.S. and Allied Efforts to Recover and Restore Gold and Other Asstes Stolen or Hidden by Germany During World War II*, 1997, p. 6, que puede consultarse en https://fcit.usf.edu/holocaust/resource/gold/gold.pdf.

7 Evelien Campfens, "Sources of Inspiration: Old and New Rules for Looted Art", en Evelien Campfens (ed.), *Fair and Just Solutions? Alternatives to Litigation in Nazi-looted Art Disputes: Status Quo and New Developments*, Eleven International Publishing, The Hague, 2015, p. 16.

ocupación. El parágrafo 2 de la Nota aneja a la Declaración mostraba la intención de los firmantes de abrir al resto de las Naciones Unidas la posibilidad de adherirse a ella. Esa expresión utilizada en la Declaración, la de Naciones Unidas, ya había sido acuñada previamente en 1942 por Franklin D. Roosevelt, aunque la creación de la Organización de las Naciones Unidas tendría que esperar dos años más. En cuanto al ámbito espacial, "it applies to transfers and dealings affected in territory under the indirect control of the enemy (such as the former «unoccupied zone« in France) just as much as it applies to such transactions in territory which is under his direct physical control". Podría entenderse del tenor literal de la declaración que las transferencias forzadas de bienes que tuvieran lugar en el propio territorio de los Estados del Eje no caían bajo el ámbito de la declaración, dado el principio de territorialidad que se establecía y que Alemania, como es evidente, no la suscribió. En cuanto al ámbito objetivo, los comportamientos se referían a "the acts of dispossession of whatever nature, which have been, and are being increasingly, practised by the enemy Powers in the territories which they have occupied or brought under their control". Se subraya en la declaración que se cubren todas las formas de pillaje, que pueden variar de un territorio a otro. Por lo tanto, no se trataba en exclusiva de desposesión de los objetos artísticos. En realidad, la única mención que se les hacía se realizaba a guisa de ejemplo, para ilustrar que la Declaración cubre todas las formas de expolio, pues "it applies, e.g. to the stealing or forced purchase of works of art just as much as to the theft or forced transfer of bearer bonds". En cuanto a los principios aplicables, la indeterminación y el grado de abstracción de la Declaración son considerables. Es más, se auto-adjetivaba como "una forma de declaración general de la actitud" de los países firmantes, una reserva de todos los derechos de las partes a declarar inválidos la transferencia "or dealings with property, rights, &c., which have taken place during the period of enemy occupation or control of the territories in question".

Si nos atenemos al ámbito procedimental de la Declaración, se consideraba que era imposible una mayor concreción a los efectos de definir exactamente la acción requerida para revertir la desposesión tras el final de la guerra, y acabó por optarse por dejar en manos de cada Estados, una vez finalizada la contienda, la adopción de las medidas adecuadas. Eso sí, se hacía un llamamiento a la solidaridad de los respectivos gobiernos, que se concretaba en dos direcciones. La primera, que los gobiernos "are mutually pledged to assist one another as may be required, and in conformity with the principles of equity, to exa-

mine and if necessary to implement the invalidation of transfers or dealings with property, rights, &c., which may extend across national frontiers and require action by two or more Governments". La base de la devolución y, previamente, de la invalidez de las transferencias que se hayan producido, se encuentra pues en el principio de equidad. Y la segunda, que los países firmantes, sin perjuicio de su soberanía y de las diferencias que prevalecen en cada uno de los territorios, están de acuerdo en la medida de lo posible en seguir en la materia en cuestión la misma línea política.

Finalmente, se acordó la constitución de un Comité de Expertos con la doble responsabilidad, uno, de considerar el alcance y la suficiencia de la legislación de los países aliados que pudiera encaminarse a invalidar las transferencias de bienes a las que se refiere la Declaración; y, dos, de recopilar información sobre los métodos adoptados por los gobiernos enemigos para echar mano de los citados bienes. Los informes del Comité serían examinados por los gobiernos de los países firmantes de la Declaración.

¿Qué juicio debe merecer la Declaración? En primer termino, la Declaración es un texto de carácter político y no un tratado internacional, que se dirigía a los Estados que la suscribieron para que, si lo estimaban oportuno, adoptaran la pertinente legislación interna con vistas al cumplimiento de los objetivos por ella marcados. Y así ha sido, como advierte Lyndel Prott[8], pues se ha adoptado no poca legislación en Europa, en los primeros años tras la Segunda Guerra Mundial, que traía causa de la Declaración de Londres. Ciertamente, la irradiación en ese sentido de la Declaración alcanzó mayor auge en esos primeros años, perdiendo con posterioridad potencial en esa dirección. Añadamos que la Declaración no tenía sólo vocación de circunscribirse a los países firmantes. También señalaba a Estados neutrales y terceros Estados la voluntad de los firmantes de no reconocer los actos de desposesión de bienes realizados por los Estados del Eje. En cuanto a su contenido, ¿podría tener carácter obligatorio a pesar de la eminente naturaleza no vinculante de la Declaración? Para Therese O'Donnell[9], "although the Declaration announced, rather than created, a general norm of restitution this is in-

8 Lyndel Prott, "Resolution of Disputes concerning Cultural Heritage displaced during the Second World War", en Elisabeth Simpson (ed.), *The Spoils of War. World War II an its Aftermath: The Loss, Reappearance and Recovery of Cultural Property,* Harry N. Abrams Publisher, New York, 1997, p. 226.

9 Thérèse O'Donnell, "The Restitution of Holocaust Looted Art and Transitional Justice: The Perfect Storm or the Raft of the Medusa?", en *European Journal of International Law* Vol. 22 Nº 1, 2011, p. 60.

disputable only in inter-states terms. Its non-binding form indicates the main signatories hesitancy regarding enforceable obligations". En efecto, el tenor literal –"los firmantes se reservan sus derechos de declarar inválida cualquier transferencia"- deja al arbitrio estatal ejercer o no sus derechos en ese sentido. Aunque, en lectura inversa, sí que se revela un contundente mensaje en la Declaración acerca de la ilegalidad de tales transferencias, incluso en el caso en que fuesen aparentemente legales en la forma, "even when they purport to be voluntarily effected".

3. Los principios de Washington de 1998

Tuvieron que pasar más de cincuenta años, y culminar la Guerra Fría, para que la comunidad internacional diera otro paso normativo, ya que los programas de restitución aplicados por los diferentes países durante los años anteriores no habían ni mucho menos resuelto todos los casos, aparte de que, además, seguían apareciendo e identificándose nuevos objetos artísticos expoliados por los Nazis. En los años noventa, según indica Jessica Mullery[10], surgió un renovado interés en la restitución del arte expoliado por los Nazis. Tal interés se debió a diversas causas: el impacto en los gobiernos, la opinión pública y en el mundo del arte de la revisión de casos muy notorios en Estados Unidos durante los anteriores años ochenta; el mismo fin de la Guerra Fría y el colapso de la URSS activaron el interés en las cuestiones relativas a la Segunda Guerra Mundial, no resueltas durante el citado período, como ocurría con la devolución del arte expoliado por los Nazis; el activismo en las tareas de restitución de organizaciones judías, como el World Jewish Congress y la World Jewish Restitution Organization; y, finalmente, la decidida voluntad de la Administración Clinton en la resolución de los casos pendientes derivados del Holocausto Nazi.

Todo ello condujo a la organización de la Conferencia de Washington sobre los bienes de la Era del Holocausto, celebrada del 30 de noviembre al 3 de diciembre de 1998, a la que asistieron cuarenta y cuatro Estados y trece ONG. En la misma se aprobaron una serie de Principios sobre Arte confiscado por los Nazis, de carácter no vinculante, por lo que, en este sentido, se siguió la tónica de la Declaración de Londres de 1943, un documento, como hemos visto, que no establecía obligaciones jurídicas. El objetivo de la Conferencia, en palabras de Stuart E. Eizenstat, Subsecretario de Estado de Economía de los

10 Cfr. Jessica Mullery, "Fulfilling the Washington Principles: A Proposal for Arbitration Panels to Resolve Holocaust-Era Art Claims", en 11 *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Spring 2010, p. 649.

Estados Unidos[11], era "to forge an international consensus on how governments and other entities can cooperate to redress grave injustices that remain from the Holocaust era".

Tal consenso, como dijimos no vinculante, se concretó en once Principios que, en realidad, giran sobre tres ideas centrales: primera, la identificación de los objetos artísticos expoliados por los Nazis; segunda, el fomento de la presentación de reclamaciones a la devolución de bienes por los propietarios anteriores a la Guerra o sus herederos; y, tercera, el logro de una solución justa y equitativa a tales reclamaciones. En efecto, el Principio I sostenía que el arte confiscado por los Nazis y que no hubiera sido restituido debería ser identificado. En aras de lograr tal objetivo, registro y archivos deben abrirse y ser accesibles a los investigadores (Principio II) y deben destinarse recursos y personal a tal efecto (Principio III). En la tarea de establecer la proveniencia de los objetos de arte confiscados, deben considerarse los inevitables vacíos o incertidumbres a la luz del paso del tiempo y de las circunstancias en la época del Holocausto (Principio IV). En puridad, y como indica el Principio V, lo que quieren los Estados firmantes es que se realicen todos los esfuerzos para publicitar el arte confiscado por los Nazis y no restituido, con el objetivo de localizar a sus propietarios de antes de la Guerra o a sus herederos. Uno de tales esfuerzos será el establecimiento de un registro central para hacer acopio de tal información (Principio VI).

En cuanto a la segunda y a la tercera ideas fuerza de los Principios de Washington, el Principio VII anima a los antiguos propietarios de bienes incautados por los Nazis a dar a conocer sus reclamaciones. Y si los propietarios o sus herederos pueden ser identificados, deben darse los pasos expeditivos necesarios para lograr una solución justa y equitativa, reconociendo que esta puede variar de acuerdo con los hechos y las circunstancias que rodean el caso concreto (Principio VIII). Y del mismo modo, si no pueden ser identificados, deben darse los pasos expeditivos para llegar a una solución justa y equitativa (Principio IX). Finalmente, se postula que las comisiones y otros organismos que se establezcan para identificar el arte confiscado por los Nazis tengan una membresía equilibrada (Principio X) y se anima a los países a que desarrollen procesos nacionales para aplicar los Principios de Washington, particularmente lo relativo a los medios alternativos de solución de controversias para la solución de cuestiones de propiedad (Principio XI).

11 Puede consultarse en https://fcit.usf.edu/holocaust/resource/assets/holocaus.htm

Por lo tanto, la aportación de los Principios de Washington, un documento de carácter no vinculante, se ciñe a formular un consenso entre los Estados firmantes, relativo en primer lugar a la obligación de identificar el arte confiscado por los Nazis y no restituido; en segundo lugar, a la política encaminada a fomentar entre los propietarios antiguos o sus herederos la presentación de las reclamaciones para su devolución; y, en tercer lugar, al objetivo de llegar ante esas reclamaciones a una solución justa y equitativa. Obsérvese que, con todas las limitaciones, la Declaración de Londres apuntaba cierta contundencia, en contraste con el matizado mensaje de los Principios de Washington. Mientras que aquélla reservaba los derechos de los países firmantes a declarar la invalidez de cualquier transferencia, los Principios optan por dar cierta validez a algunas de esas transferencias. El transcurso del tiempo, la existencia de transmisiones de bienes que pudieran haberse realizado de buena fe, apuntan a esa solución justa y equitativa que defienden los Principios de Washington y que, por lo tanto, no siempre se posicionan a favor de la devolución a sus antiguos propietarios o sus herederos de la obra confiscada por los Nazis. Aunque es evidente que el clima moral que crean los Principios tienden más hacia la restitución de los bienes expoliados, pues lo justo y equitativo de la solución que se alcance parece quedar más cerca de los originales propietarios o sus herederos que de los actuales tenedores. No obstante, el carácter indeterminado de la fórmula genera un margen de apreciación que limita el automatismo que hubiera tenido una regla que apuntara unívocamente a la restitución en toda circunstancia.

Otra diferencia sustancial entre las Declaración de Londres y los Principios de Washington radica en sus destinatarios. Mientras que la primera es abiertamente interestatal –Estados que advierten a otros Estados sobre el no reconocimiento de la transferencia ilegítima y forzosa de bienes-, los segundos se dirigen, bien que indirectamente y en ocasiones, a otros actores no estatales, a los originarios propietarios de los bienes expoliados o sus herederos, animándolos a presentar sus reclamaciones.

La influencia e irradiación de los Principios de Washington ha sido muy notoria, como se observará a continuación. Las subsiguientes declaraciones o resoluciones de organizaciones internacionales siempre han ratificado los Principios, colocándose en su órbita, en la de la búsqueda de una solución justa y equitativa, llamando expresamente a su cumplimiento. Pero también han repercutido los Principios en las órbitas de los Estados y de la opinión pública, agitando el clima hacia la concienciación de la sociedad sobre el problema del expolio de bienes culturales judíos y la necesidad de proveer a su restitución, llamando

a la adopción de legislación interna en esa dirección, conduciendo a la creación de comisiones que examinen las reclamaciones.

4. Resolución 1205 (1999) del Consejo de Europa sobre bienes culturales de los judíos expoliados

En una fecha cercana a la adopción de los Principios de Washington, el Consejo de Europa tomó posición sobre el expolio de bienes culturales a los judíos en el periodo previo y durante la Segunda Guerra Mundial y lo hizo mediante la resolución 1205 (1999), adoptada el 4 de noviembre de ese año. En efecto, fue la comisión permanente, la que, actuando en nombre de la Asamblea Parlamentaria de la organización paneuropea, tomó la referida decisión. En la resolución se amplía el abanico de países condenables por el expolio de bienes culturales judíos. En efecto, en ella, tras aludir a la destrucción del patrimonio cultural judío por los nazis, y al proceso que conllevó su sistemática identificación, incautación y dispersión (parágrafos 1 y 2), la resolución alude a las expropiaciones y nacionalizaciones de propiedad cultural judía, expropiada o no, por regímenes comunistas, incluida la Unión Soviética, entendidas como ilegales (par. 3). Considérese que en la fecha de la adopción de la resolución, como la misma reconoce en su parágrafo 7, el Consejo de Europa abarcaba ya una gran Europa, que incluía a los países ex-comunistas y a Rusia. A estos efectos, este último país, como es sabido, va a desarrollar una vigorosa política contraria a la devolución de bienes culturales "obtenidos" durante la Segunda Guerra Mundial –fuera o no de origen judío-, con la justificación de retenerlos a título de compensación por los expolios del patrimonio cultural ruso sufridos a manos de los nazis. Tal posición tendrá inclusive una concreción legislativa y un pronunciamiento constitucional. En efecto, la Ley federal sobre bienes culturales desplazados a la URSS por resultado de la Segunda Guerra Mundial y localizados en el territorio de la Federación Rusa, adoptada por la Duma el 5 de marzo de 1997, fue inicialmente vetada por el presidente Yeltsin, pero el Tribunal Constitucional ruso, mediante decisiones de 6 de abril de 1998 y 20 de julio de 1999, afirmó su constitucionalidad. Sería Vladimir Putin quien firmara definitivamente la Ley el 25 de mayo de 2000, una ley de dudosa conformidad con el Derecho Internacional. Sin embargo, como recuerda Kelly Ann Falconer[12], de la ley quedaron exceptuadas

12 Kelly Ann Falconer, "When Honor will not suffice: the Need for a legally binding International Agreement regarding Ownership of Nazi-looted Art", en *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 21, Iss. 2 (2014), p. 393.

las obras de arte que alguna vez pertenecieron a grupos religiosos o a personas perseguidas por su raza o sus opiniones políticas.

Tras reconocer que un considerable número de bienes culturales expoliados permanecen en manos privadas y públicas (par. 4) y referirse a avances como las conferencias de Londres y Washington, la Asamblea Parlamentaria entiende que la restitución de la propiedad expoliada a sus propietarios originales o sus herederos o países "is a significant way of enabling the reconstitution of the place of Jewish culture in Europe itself" (par. 8). Para ello dirige una invitación a los parlamentarios europeos de todos los Estados miembros del Consejo de Europa a considerar todas las vías para facilitar el retorno de tales bienes (par. 10), removiendo todos los impedimentos, entre ellos los relativos a su identificación, por lo que señala que "Russia in particular should keep open its files on Jewish heritage" (par. 11). Resulta especialmente relevante el parágrafo 13, relativo a la recomendación de los cambios legislativos necesarios para facilitar la restitución de los bienes culturales. En concreto, se incluyen cuatro medidas: una, la extensión o remoción de los períodos de prescripción (statutory limitation periods); dos, la remoción de las restricciones a la enajenación de los bienes; tres, la garantía de inmunidad a los responsables de colecciones que habrían faltado a su responsabilidad; y, cuatro, la supresión de los controles a la exportación. Tras advertir que estos cambios legislativos podría requerir modificaciones y clarificaciones de la normativa sobre derechos humanos en relación a la seguridad y al disfrute de la propiedad (par. 14), se añaden en el parágrafo 15 otras medidas que pueden ser consideradas: a saber, uno, el suministro de garantías a los que devuelven propiedad expoliada a los Judíos frente a otras demandas de personas diferentes; dos, suavizar o anular estatutos anti-incautación que protegen los préstamos de las obras de arte de acciones judiciales; y, tres, anular el título adquirido subsecuentemente a la renuncia.

En otros parágrafos, la resolución de la Asamblea Parlamentaria llama al recurso de métodos de arreglo de controversias alternativos a los procedimientos judiciales (par. 16) y a la necesidad de imponer la diligencia debida a los compradores y marchantes de obras de arte mediante la aplicación de la Convención UNIDROIT sobre bienes culturales robados o ilegalmente exportados, de 1995 (par. 17). También es relevante, el llamamiento a que se adopten disposiciones legales para que alerten a las autoridades los compradores de obras de arte y marchantes que conozcan o sospechen del origen ilícito de determinados bienes culturales (par. 18).

Como puede desprenderse del texto de la resolución, aunque no se trate de una decisión de carácter vinculante, el grado de concreción es mucho mayor que el que alcanzan los Principios de Washington, en cuyo cercano horizonte temporal se sitúa. Es verdad que la Resolución 1205 (1999) se pronuncia con su recomendación indirectamente, pues se dirige a los legisladores de los Estados miembros, no a éstos, pero a cambio, la tarea encomendada alcanza un mayor rigor, al no quedarse sólo en el principio básico del fomento del retorno de los bienes culturales a sus propietarios originales o sus herederos, sino que aborda la remoción de algunos de los obstáculos tradicionales, como el juego de la prescripción. En todo caso, la resolución constituye un vigoroso llamamiento al retorno de los bienes culturales expoliados a los judíos, a su devolución a los originales propietarios o a sus herederos. Como sostiene Bert Demarsin[13], en este sentido contrasta fuertemente con el más morigerado mensaje de los Principios de Washington, que hacen votos como gran objetivo del logro de una solución justa y equitativa. Una muestra de esa ambición, señala el autor citado[14], es que esta resolución ni ha influenciado en el Comité de Ministros del Consejo de Europa para que adoptara una resolución, ni ha dado lugar a cambios legislativos en los Estados miembros. Además, la radical diferencia entre ambos textos se sitúa en el papel otorgado a la antigua URSS y a los países de su órbita en la expropiación y nacionalización de bienes culturales que pudieran corresponder al patrimonio cultural judío expropiado por los nazis. Finalmente, la Resolución 1205 (1999) pretendía establecer una cierta continuidad, pues en su parágrafo 19 hacía un llamamiento a la convocatoria de una conferencia europea cuyo objeto especial fuese el retorno de la propiedad cultural y las reformas legislativas relevantes. El eco de este llamado dio lugar a la Declaración de Vilnius de 2000.

5. Declaración del Foro de Vilnius de 2000

Siguiendo los dictados del mencionado parágrafo 19 de la Resolución 1205 (1999) del Consejo de Europa, bajo los auspicios del Secretario General de esta organización y del primer ministro de Lituania, tuvo lugar en la capital de este país, del 3 al 5 de octubre de 2000, un Foro Internacional sobre los bienes culturales expoliados en la era del

13 Bert Demarsin, "Let's not talk about Terezin: Restitution of Nazi Era looted Art and the tenuousness of Public International Law", 37 *Brooklyn Journal of International* Law, 2011, p. 141.

14 Ibid., p. 142.

Holocausto, al que asistieron 38 gobiernos. A resultas de ello se acordó entre los participantes la Declaración de Vilnius. Esta declaración, un paso más en la concienciación acerca del destino de los objetos de arte expoliados por los Nazis, no contiene sin embargo novedades radicales, si se la compara con sus inmediatos precedentes. Es más, su objetivo no deja de ser coadyuvar a que los Estados miembros acaben por aplicar los Principios de Washington y la recientemente adoptada Resolución 1205 (1999) del Consejo de Europa. Al menos así se pronuncia en su preámbulo. Eso sí, como los Principios, pone un particular énfasis en lograr soluciones justas y equitativas a la restitución de los bienes culturales, aceptando que tales soluciones pueden variar de acuerdo con los diversos sistemas legales de los países y las circunstancias que rodeen al caso específico. En su articulado, el parágrafo 1 de la Declaración pide a los gobiernos firmantes que adopten todos los esfuerzos razonables para la restitución de los bienes culturales expoliados durante la era del Holocausto a sus originales propietarios o a sus herederos. A continuación, la mayor parte del contenido de los seis parágrafos se destina a la necesidad de garantizar la información y la identificación de los bienes culturales. En este sentido, el Foro de Vilnius hace en su declaración un llamamiento a que gobiernos, museos, el mercado del arte y otras agencias relevantes suministren la información necesaria para la restitución de los bienes culturales expoliados. Ello, se especifica, implica la identificación de los bienes expoliados, la identificación y acceso a los archivos y el suministro de todos los datos sobre las demandas interpuestas desde la época del Holocausto hasta la actualidad. A los gobiernos, además, la declaración de Vilnius les exige el establecimiento de un punto central de referencia que suministre la información sobre los bienes expoliados y que asista en relación con ellos, los archivos y demandas en cada país. De particular importancia es el parágrafo 4, en el que la declaración reconoce la urgencia de la necesidad de llegar a una solución justa y equitativa sobre el arte expoliado por los Nazis, cuando no pueden ser identificados los propietarios originarios o sus herederos, reconociendo previamente la propiedad judía de dichos bienes expoliados. Eso sí, queda absolutamente indeterminado en qué consiste esa solución justa y equitativa.

Coincidimos con Bert Dermasin[15] en que los resultados de la Declaración de Vilnius no supusieron en realidad un cambio drástico respecto de sus precedentes, no se añadió ni un aspecto significativo de calado respecto de los Principios de Washington. Pero sí en cambio lo

15 Ibid. p. 143.

hubiera sido el proyecto que se sometió a la consideración del Foro de Vilnius, cuyas propuestas más audaces fueron radicalmente cercenadas. Entre ellas, la posible adopción de una convención internacional aplicable a los aspectos legales de la restitución de los bienes culturales, o el establecimiento de una Task Force para supervisar la aplicación en Europa de los Principios de Washington y de la Resolución 1205 del Consejo de Europa. Como nos informa Patrick J. O´Keefe[16], no fueron pocos los Estados que se mostraron reluctantes a estas ideas y a enmendar sus sistemas jurídicos nacionales. De ahí que el acervo sobre bienes culturales expoliados en la época del Holocausto no se enriqueció en exceso con la aportación de la Declaración de Vilnius, dada la reluctancia de los Estados participantes en el Foro a dar pasos más allá de los Principios de Washington y la Resolución 1205 del Consejo de Europa.

6. La posición del Parlamento Europeo

En el ámbito de la integración europea, el interés por el destino de los bienes culturales expoliados por los Nazis a las comunidades judías ha sido enarbolado por una única institución, el Parlamento Europeo, con diversas resoluciones, la primera de las cuales ha antecedido a los Principios de Washington, al adoptarse en 1995, mientras que la última, de 2019, aborda un elenco más amplio de problemas, bajo la rúbrica de "Solicitudes transfronterizas de restitución de obras de arte y bienes culturales saqueados en conflictos armados y guerras", al calor de la destrucción intencionada y el expolio de bienes culturales en Siria e Irak. En ese abanico de temas también ocupa un lugar específico el expolio de bienes culturales a los judíos con ocasión de la Segunda Guerra Mundial.

La primera de las resoluciones adoptada por el Parlamento Europeo sobre el expolio de bienes culturales por los Nazis fue la Resolución de 14 de diciembre de 1995 sobre el retorno de la propiedad expoliada a las comunidades judías[17], en la que se ponía el énfasis no sólo en el expolio nazi sino en el llevado a cabo también por los regímenes comunistas tras la Segunda Guerra Mundial. Aunque se daba la bienvenida a la actitud de determinados países de Europa central, como Hungría y Rumanía, que ya en esas fechas habían aceptado el principio moral del retorno de los bienes culturales de las comunidades judías a sus

16 Patrick J. O'Keefe, "Conference Report. Vilnius International Forum on Holocaust- era Looted Cultural Assets: Vilnius, Lithuania (October 3-5, 2000)", en *International Journal of Cultural Property*, Vol. 10, Issue 1, January 2001, p. 127.

17 JOCE C 17, de 22.1.1996, p. 141.

propietarios originarios, la resolución hacía un llamamiento a todos los demás países que no habían todavía aceptado tal principio a adoptar la legislación pertinente sobre el retorno de la propiedad expoliada a las instituciones judías o a sus legítimos propietarios, de acuerdo con los principios de la justicia y la moral. En este sentido, la posición del Parlamento Europeo reflejaba dos cuestiones relevantes: una, la extensión de la responsabilidad por el expolio más allá del provocado por los Nazis, apuntando a los regímenes comunistas; y, dos, que la base del principio de retorno de los bienes culturales a sus legítimos propietarios no era legal, o mejor dicho, no se aducía base legal alguna, sino que se fundamentaba en la justicia y la moral. Por lo demás, la resolución no apuntaba a la regulación de los problemas que pudieran generarse en el proceso de devolución de los bienes culturales, silenciaba por tanto el tratamiento de cualquier conflicto entre poseedores actuales y originarios de los bienes expoliados.

Una segunda resolución, adoptada el 16 de julio de 1998[18], suponía un paso más allá en el activismo del Parlamento Europeo pues, tras constatar que determinados bienes expoliados no habían sido devueltos, habiendo sido algunos localizados en instituciones bancarias de Suiza, aunque también en otros países -tanto miembros como no miembros de la Unión Europea-, pedía al Consejo y a la Comisión que ejercieran todas las presiones posibles sobre los gobiernos concernidos a fin de que los bienes fueran identificados y restituidos a sus propietarios o a los que tuvieran derecho a ello. Lo que resulta interesante de esta resolución, más allá del apremio aplicado a las instituciones de la Unión por el Parlamento Europeo, se sitúa en sus motivaciones. Porque en el considerando H se califica como botín de guerra el expolio de los bienes culturales por los nazis, mientras que en el parágrafo 1 del brevísimo articulado fundamenta su petición al Consejo y la Comisión en el respeto a la memoria de las víctimas y en los derechos más elementales del hombre. Evidentemente son una concreción mayor que la apelación a la moral y a la justicia que se hacía en le previa resolución de 1995. Pero como línea argumental, no dejaba de abandonar el campo de lo indeterminado. Por ejemplo, en cuanto a la condición de botín de guerra, hubiera sido posible esbozar simplemente la posibilidad de invocar la prohibición del pillaje de bienes culturales, por otra parte establecida tanto en la Convención de La Haya de 1954 sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, como también parte integrante del derecho consuetudinario.

18 JOCE C 292, de 21.9.1998, p. 112.

El 13 de diciembre de 2003, el Parlamento Europeo aprobó una resolución sobre el marco legal para el libre movimiento dentro del mercado interior de bienes cuya propiedad es probable que sea contestada. Tal resolución endosaba también un Informe del Comité de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior[19]. Tanto una como otro alcanzaban un grado de concreción muy superior al de las precedentes resoluciones de 1995 y 1998. Como novedad respecto de ellas, la resolución de 2003 se hace eco de las dificultades que sufren los demandantes privados debido al conflicto de leyes o la diversidad de períodos de prescripción. Y en consonancia con ello, el Parlamento solicitaba de la Comisión, para fines de 2004, la elaboración de un estudio que, entre otros extremos, analizase los siguientes aspectos: el establecimiento de un sistema común de catalogación sobre la situación de la propiedad expoliada y el estatus de las demandas existentes; el desarrollo de principios comunes para el acceso a archivos que contuviesen información sobre la identificación de la propiedad y su localización; la identificación de principios comunes sobre el establecimiento del título de propiedad sobre los bienes, sobre la prescripción, sobre los estándares de pruebas y sobre los derechos de exportación e importación de la propiedad que ha sido recuperada; la exploración de posibles mecanismos de resolución de disputas alternativos a los procesos judiciales; la creación de una autoridad de coordinación administrativa transfronteriza que trate las disputas sobre la titularidad de los bienes culturales. En cuanto a peticiones directas, el Parlamento llamaba a los Estados miembros a realizar todos los esfuerzos necesarios para adoptar medidas que asegurasen la creación de mecanismos favorecedores del retorno de la propiedad expoliada. En ese mismo parágrafo del articulado (par. 5) se solicitaba a los Estados miembros que fueran conscientes de que el retorno de los bienes culturales, expoliados como parte de un crimen contra la humanidad, a sus demandantes legítimos es una materia de interés general, atendiendo al artículo 1 del Protocolo I de la Convención Europea sobre derechos humanos, que protege el derecho de propiedad.

Como conclusión, en línea con lo expuesto en la resolución, el extenso Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior, que repasaba el *status quaestionis* legal, desarrollaba in extenso la percepción de que la cuestión de la propiedad expoliada por los Nazis a la comunidad judía era un problema de carácter jurídico necesitado de una acción de la Unión Europea. Pero no encontró eco en las instituciones de la Unión.

19 Véase en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-0408+0+DOC+XML+V0//EN#title2

La última resolución que aborda la cuestión de la restitución de los bienes culturales expoliados a los judíos es la resolución de 17 de enero de 2019 sobre "Solicitudes transfronterizas de restitución de obras de arte y bienes culturales saqueados en conflictos armados y guerras"[20], que incluye el tratamiento de los bienes culturales expoliados a los judíos en torno a la Segunda Guerra Mundial aunque su principal desarrollo se deba a la destrucción intencional y al tráfico ilegal de bienes culturales propiciado por el Estado Islámico en Siria e Irak. Respecto del tema que nos ocupa, y tras recordar que los Principios de Washington, y las declaraciones de Vilnius y Terezín ponen el acento en la restitución de tales bienes, la resolución de 2019 recuerda algunas cifras sobre el particular, que inciden en la persistencia del problema en la actualidad; en concreto, la resolución incide en que, frente a las mil o dos mil obras restituidas desde la Conferencia de Washington de 1998, la Claims Conference (The Conference on Jewish Material Claims Against Germany) de la World Jewish Restitution Organization sostiene que quedan sin devolver unas 100.000 obras, de las 650.000 que se robaron. A continuación, en su considerando H, la resolución plantea algunos de los problemas que tienen que afrontar los litigantes que quieren recuperar las obras de arte expoliadas, desde la especificidad de las propias reclamaciones a la expiración de las leyes sobre restitución aprobadas tras la Segunda Guerra Mundial, pasando por la no retroactividad de las normas de los convenios internacionales sobre bienes culturales –tanto el Convenio de La Haya de 1954 sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, como la Convención de la UNESCO de 1970 sobre medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales, y el Convenio de UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente-, la ausencia de una definición relativa a obra de arte saqueada, las disposiciones relativas a la prescripción de las reclamaciones y las disposiciones sobre la usucapión y la buena fe.

La resolución de 2019 no asume en ningún momento la vía declarativa, la adopción de actos no vinculantes, como forma de responder a problemas irresueltos como los antes señalados. Es más, entiende que el tratamiento de los mismos no debe concebirse tanto desde el Derecho Internacional Público, ordenamiento desde el que ha partido el abordaje tradicional –según la resolución, aunque esta referencia se

20 En http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2019-0037+0+DOC+PDF+V0//ES

aplica menos a la ristra de declaraciones que estamos aquí analizando que a los convenios no retroactivos antes mencionados-, como desde "otras normas más estrictas de derecho internacional privado" (considerando I), cuyo escaso desarrollo a nivel europeo e internacional hasta ahora "contribuyen a la incertidumbre jurídica…no sólo respecto a las transacciones ya realizadas de arte expoliado por los nazis" (considerando J). La resolución constata también una carencia, que "no existe ninguna legislación de la Unión que regule de forma explícita y exhaustiva las solicitudes de restitución de obras de arte y los bienes culturales expoliados por particulares durante conflictos armados" (considerando K).

En su extenso articulado, en el que se hacen votos por "una intervención legislativa a nivel de la Unión, incluida la dimensión de derecho internacional privado", se reconoce, sin embargo que "sería apropiada solo para las transacciones futuras" (numeral 12), lo que no deja de ser una limitación importante para los casos de bienes expoliados por los nazis. Respecto de estos bienes, la resolución menciona específicamente "que debe prestarse atención a la creación de una lista completa de todos los objetos culturales, incluidos los de propiedad judía robados por los nazis y sus aliados, desde el momento de su expolio hasta el presente". En este sentido, la resolución exhorta a la Comisión a que apoye un sistema de catalogación a fin de reunir datos sobre la situación de los bienes culturales saqueados, robados y obtenidos de forma ilícita y el estado exacto de las reclamaciones existentes (numeral 18).

La resolución también pone el acento en el examen de la procedencia de los bienes culturales. Ello, en primer lugar, porque considera que esa cuestión está estrechamente ligada a la obligación de diligencia debida aplicable a la adquisición de obras de arte, pues la adquisición deliberada o negligente de obras de arte robadas está castigada por varios derechos nacionales (cfr. numeral 17). La resolución considera que, para permitir una investigación adecuada sobre la procedencia de los bienes culturales, sería necesaria la creación de un registro documental o de operaciones previas lo más detallado posible, para lo que solicita de la Comisión que apoye la elaboración de orientaciones comunes sobre estos registros y que adopte las medidas oportunas para animar a los Estados miembros a introducir una obligación general para los profesionales de los mercados del arte de mantener un registro de operaciones de estas características (numeral 18). En la misma línea, se solicita de la Comisión la elaboración de principios comunes para el acceso a archivos públicos y privados a fin de facilitar la identificación de los bienes reclamados, y que se prevea la elaboración de una base de

datos central, complementaria del registro anteriormente mencionado, donde se recoja la información de los bienes con un sistema común de catalogación, base de datos que debe estar conectada con la que sobre objetos de arte robados posee Interpol (numeral 26).

En cuanto a la diligencia debida, en relación con la buena fe, la resolución solicita de la Comisión que aclare tal concepto, visto la falta de coordinación a escala de los Estados miembros en lo que se refiere a su interpretación (numeral 25).

Otro de los temas que aborda la resolución es el fomento de los medios alternativos a los judiciales para la gestión de las solicitudes de reclamación de los bienes culturales, solicitando el Parlamento en este caso a la Comisión que considere el establecimiento de un mecanismo de este tipo, por ejemplo una forma híbrida de arbitraje y mediación, subrayando además la importancia de unas normas claras y de procedimientos transparentes y neutrales (numeral 21). También trata la resolución la cuestión problemática de los plazos de prescripción, para lo que pondera un justo equilibrio en el que se tengan en cuenta los intereses de las víctimas y los del mercado, poniendo en esta dirección como ejemplo de un tratamiento adecuado la ley estadounidense sobre recuperación del arte expropiado durante el Holocausto (numeral 22).

Finalmente, el Parlamento también se dirige a los Estados miembros, a los que insta a que realicen todos los esfuerzos para adoptar las medidas destinadas a garantizar la creación de mecanismos que favorezcan el retorno de los bienes culturales, en el entendido de que "la devolución, a los demandantes legítimos, de obras de arte saqueadas, robadas u obtenidas de forma ilícita como consecuencia de delitos contra la humanidad es un asunto de interés general de conformidad con el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos" (numeral 30).

En definitiva, como puede colegirse, una toma de posición de considerable calado la de la resolución de 2019 que, movida por el deseo de responder al problema genérico de las transferencias ilegales de bienes con ocasión de las guerras y los conflictos armados, no tiene por menos que tratar el caso de los objetos artísticos expoliados por los nazis con ocasión de la Segunda Guerra Mundial. El contenido de la resolución de 2019, sin perjuicio de que encuentre apoyo en los Principios de Washington y las declaraciones de Vilnius y Terezín, va bastante más allá de lo establecido por estos actos, haciendo decididas incursiones en el terreno jurídico, sin abandonar el leit motif de la solución justa y equitativa, que aflora, por ejemplo, cuando pide normas que reflejen, a los efectos de la prescripción, un equilibrio entre los legítimos intereses

de los propietarios originarios y el mercado. Aunque ese más allá no se sitúa en el plano de la creación de nuevas normas vinculantes, pues este tipo de resoluciones no es el marco adecuado para realizarlo, sino en el territorio de la instigación a que esas normas y acciones políticas se adopten en la dirección que marca la resolución, por la Comisión, por los Estados miembros, inclusive mediante legislación de la Unión. Quizás aquí se encuentre el hecho diferencial de mayor calado de la resolución de 2019 respecto de los Principios de Washington y las posteriores declaraciones: la constatación de que el plano de la moral y la equidad no resulta totalmente satisfactorio para solventar los problemas que surgen a los reclamantes de bienes culturales expoliados por los nazis. Eso sí, tampoco llega la resolución a la posición maximalista en este caso, a solicitar un nuevo convenio internacional sobre esta temática, pero, ¿acaso la legislación de la Unión no sería una solución del mismo tenor y ambición? Claro que, como el mismo Parlamento confiesa, resultaría aplicable a las transferencias ilegítimas de bienes culturales realizadas con posterioridad a su aprobación.

7. La declaración de Terezín, de 2009

A partir del 26 de junio de 2009, organizada por el gobierno checo, con los auspicios de la Unión Europea, tuvo lugar la Conferencia de Praga sobre bienes de la era del Holocausto. Tal Conferencia, a la que asistieron cuarenta y seis países, culminaría con la adopción de una declaración más, en este caso la Declaración de Terezín. En cuanto a la naturaleza de la misma, la propia declaración se cuidaba de subrayar su condición de legalmente no vinculante, aunque los países firmantes tomaban en consideración las responsabilidades morales, todo ello sin perjuicio del Derecho internacional y de las obligaciones aplicables. De esta manera, continuaba la serie de declaraciones de carácter político con sustrato moral que hasta la fecha habían jalonado la toma de posición de la comunidad internacional sobre el tratamiento de los bienes culturales expoliados a los judíos.

La Declaración no trataba sólo de ese tipo de bienes, aunque a estos les dedicaba un tratamiento concreto, que es al que vamos a hacer referencia y que no contenía novedad alguna pues, a la postre, se trataba de una reafirmación de los Principios de Washington de 1998. A ello se refería tanto el preámbulo como el primer parágrafo del articulado, pertenecientes ambos a la sección que, bajo el título "Nazi-confiscated and Looted Art", dedicaba la Declaración de Terezín al particular. En efecto, lo que en el primer parágrafo del articulado se solicitaba de las instituciones públicas, privadas y particulares era que aplicaran los

mencionados Principios de Washington. Y a partir de esa idea-fuerza básica, la Declaración concretaba dos direcciones de trabajo, una relativa a la intensificación de la investigación sobre la información del origen de los bienes, con acceso a archivos públicos y privados y la recomendación del establecimiento de mecanismos de asistencia a los demandantes (par. 2); y, otra, que solicitaba de los países participantes que aseguraran que sus sistemas jurídicos, aún teniendo en cuenta las diferentes tradiciones legales, facilitasen soluciones justas y equitativas sobre los bienes confiscados y expoliados por los Nazis. En concreto pedían que las demandas para recuperar tales bienes fueran resueltas de manera expeditiva y basándose en los hechos y en las cuestiones de fondo de cada caso. Además, los gobiernos deberían considerar todas las cuestiones relevantes al aplicar disposiciones legales que pudieran impedir la restitución de la propiedad cultural expoliada, en orden a llegar a una solución justa y equitativa. Como puede observarse, la música de los Principios de Washington, encarnada en la búsqueda de esa solución justa y equitativa, constituye el objeto principal de la Declaración de Terezín, que no da un paso más en las posiciones esbozadas en 1998, atrincheradas siempre en el carácter no vinculante de las sucesivas declaraciones.

8. El proyecto de Declaración de la UNESCO sobre los principios relativos a los objetos culturales desplazados en conexión con la Segunda Guerra Mundial, de 2009

El mismo año en que se adopta la Declaración de Terezín examina la Conferencia General de la UNESCO, el 31 de julio de 2009, un ítem en su agenda relativo a un proyecto de Declaración. Éste tiene por objeto la formulación de unos Principios sobre los objetos culturales desplazados en conexión con la Segunda Guerra Mundial, en los que la UNESCO había estado trabajando durante siete años, y que debían ser de aplicación a las relaciones interestatales, siguiendo el marco propiciado por la Declaración inter-aliada de 1943[21]. Por lo tanto, nada en el proyecto de Declaración de la UNESCO se dirige a formular recomendaciones para la solución de disputas entre particulares. En realidad, el sentido de los Principios, que se proclaman en el Principio I de carácter no vinculante, es el de suministrar directrices a los Estados que vayan a afrontar la tarea de celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales sobre objetos culturales que fueron desplazados a causa de la Segunda Guerra Mundial.

21 Cfr. Evelien Campfens, "Sources of Inspiration: Old and New Rules for Looted Art", ob. cit., p. 35

En esta dirección, lo primero que se hace, también en el Principio I, es definir a qué tipo de objetos culturales se aplican. Para ello se toman en consideración dos elementos, uno material, que reenvía a las diversas categorías de bienes culturales incluidas en la definición contenida en el art. 1 de la Convención de la UNESCO de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales; y, otro, temporal y espacial a la vez, puesto que se determina que los bienes culturales a los que se aplican los Principios tienen que haber sido removidos o perdida la posesión en un territorio en que hubiera hostilidades o hubiera sido ocupado en conexión con la Segunda Guerra Mundial. Por lo tanto, cabe deducir que el alcance temporal de los principios no cubre todos los casos de desposesión de sus bienes culturales a miembros de la comunidad judía por los Nazis, puesto que actos de este tipo comenzaron con anterioridad al desencadenamiento de la Segunda Guerra Mundial.

La pérdida de posesión o remoción del bien resulta definida en el Principio II, abarcando los supuestos de saqueo; apropiación contraria al derecho vigente o conforme con ese derecho cuando éste es contrario a los principios de humanidad o los dictados de la conciencia pública; transferencia mediante una transacción aparentemente viciada por cualquier motivo; o pérdidas de posesión en circunstancias que violenten los principios de humanidad o los dictados de la conciencia pública.

Los Principios III a VI se refieren a las medidas a adoptar por los Estados responsables, los Estados donde se localizan los bienes o los Estados receptores de los mismos. Diseñan diversas obligaciones para dichos Estados que trazan el itinerario que deben seguir los bienes culturales. Entre otras: la del Estado responsable de la pérdida de posesión o remoción del objeto cultural, que debería retornarlo a las autoridades competentes del territorio donde fue removido o donde se perdió la posesión; la de los Estados no responsables de la pérdida o desposesión, en cuyo territorio no obstante se encuentran localizados los bienes, que deberían tomar todas las medidas apropiadas para promover y facilitar el retorno de los bienes culturales a las autoridades competentes del territorio donde fueron removidos o donde se perdió su posesión. Y, por su parte, el Estado receptor de los bienes, cuyas autoridades competentes deberían ejercer la diligencia debida para identificar a la persona o entidad que ostentó la titularidad de los bienes en el momento de la desposesión y entregárselos.

De los restantes principios, resulta relevante el Principio IX, que excluye las reparaciones de guerra, en concreto, que los objetos culturales

desplazados nunca deberán ser retenidos a título de reparaciones de guerra. Lo que no deja de ser un mensaje directo a la política desarrollada al respecto por Rusia y a la que antes hicimos mención.

9. Conclusiones

La acción normativa de la comunidad internacional ante el expolio de bienes culturales a los judíos con ocasión del Holocausto, con el anticipo de la Declaración de Londres de 1943, ha sido una consecuencia más del fin de la guerra fría, desencadenándose a partir de la década de los noventa y propulsándose al ritmo de declaraciones no vinculantes adoptadas en el seno de conferencias de Estados, junto con las resoluciones emanadas de órganos de algunas instituciones internacionales. Este carácter no vinculante de la acción normativa nos conduce a interpretar el término normativo en referencia a reglas distintas de la jurídica, en concreto, a la textura de las normas de conducta derivadas de la ética. En concreto, la obligación moral de devolver a sus antiguos propietarios o a sus herederos los bienes expoliados por los nazis a los judíos. Esa ha sido, sin duda, la gran aportación de lo acordado en el terreno de la moral por la comunidad internacional. En esta línea se sitúan sus diversos pronunciamientos, iniciados por los Principios de Washington de 1998 y su recurso a la búsqueda de una solución justa y equitativa. La insistencia en que los sucesivos actos adoptados por dichas conferencias intergubernamentales fueran no vinculantes ha sido más que notable. Y de ahí se deduce el ferviente deseo de los Estados de no ir más allá en el plano jurídico de lo que libremente cada uno pudiera decidir conforme a sus legislaciones internas y/o, como hacen algunos, constituyendo comisiones que examinen las reclamaciones de restitución de bienes expoliados. Todo ello, se entiende, en aras de dar cumplimiento al anteriormente mencionado mandato moral: la restitución de los bienes culturales expoliados por los nazis a sus legítimos propietarios o sus herederos, siempre que esa sea la solución justa y equitativa, y no la continuidad de la posesión de esos bienes en otras manos.

¿No existe una obligación jurídica que sancione el deber de devolver tales bienes? Esta puede existir y derivarse de los convenios internacionales sobre patrimonio cultural, en concreto de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de la Convención de la UNESCO de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, y del Convenio de UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente. Pero tales convenios cuentan con

flancos débiles de cara a su aplicación en el caso de los bienes culturales expoliados a los judíos por los Nazis. En primer lugar, su irretroactividad, que hace que se aplique a supuestos de pillaje con posterioridad a las respectivas fechas de las entradas en vigor de estos convenios. En segundo lugar, su carácter mayoritariamente interestatal, que perjudica el juego de las reclamaciones de particulares y hace entendible el llamamiento del Parlamento Europeo a la adopción de instrumentos internacionales que contengan sobre todo normas de derecho internacional privado. En tercer lugar, derivado de su eminente carácter interestatal, la falta de aplicabilidad directa de las disposiciones que prohìben el pillaje o el robo en estos convenios, que no suministran posibilidades de defensa judicial a los particulares que hubieran sido desposeidos, salvo en el caso del Convenio de UNIDROIT de 1995.

Pero lo que no hay es un convenio internacional regulador de la obligación específica de restituir a sus antiguos propietarios judíos los bienes culturales expoliados por los nazis con ocasión del Holocausto, a pesar de que no dejan de alzarse voces que se pronuncian a favor de la naturaleza transfronteriza de esta cuestión y, por ello, de la necesidad de activar soluciones normativas por la vía de la cooperación internacional, esto es, mediante la adopción de un convenio internacional. Las voces, sin embargo, son más bien doctrinales –como las de Bert Demarsin[22] o Kelly Anne Falconer[23], no de países u organismos internacionales. Dada la escasa simpatía de los Estados por esta vía, se avizora utópico que se enfrasquen en una negociación en el seno de una conferencia internacional con vistas a la elaboración de un convenio de esta índole.

En cuanto a los organismos internacionales, los que se han pronunciado sobre el particular –el Consejo de Europa, el Parlamento Europeo y la tentativa frustrada de la UNESCO-, sus resoluciones –singularmente las del Parlamento Europeo- contrastan con las declaraciones adoptadas en los foros de Estados. Estas son más morigeradas, con un mayor grado de abstracción, con menores referencias a los problemas concretos que atenazan a los reclamantes de los bienes –plazos de prescripción, diligencia debida y buena fe, etc.- que las resoluciones de las organizaciones internacionales, singularmente las del Parlamento

22 Bert Demarsin, "Let's not talk about Terezin: Restitution of Nazi Era looted Art and the tenuousness of Public International Law", 37 *Brooklyn Journal of International* Law, 2011, p. 182.

23 Kelly Ann Falconer, "When Honor will not suffice: the Need for a legally binding International Agreement regarding Ownership of Nazi-looted Art", ob. cit, p. 384.

Europeo y, sobre todo, la última de ellas, la resolución de 2019. Pero estas resoluciones tienen sus limitaciones, porque su juego de acción no es el de crear directamente normas, sino que se dirige a incentivar la capacidad normativa, en su caso, de otros actores, bien de los Estados miembros mediante sus legislaciones, bien de otras instituciones de la Unión Europea participantes del proceso normativo, cuando sea el caso de las resoluciones del Parlamento Europeo.

De todo este magma de actos y resoluciones, emergen fundamentalmente los Principios de Washington de 1998 como el momento culminante en que se llena de contenido moral la obligación de restitución de los bienes culturales. A partir de esa fecha, los demás actos siempre acaban refrendándolos y llamando a su cumplimiento –moral por supuestos- por los países firmantes. Respecto de su eficacia, no deja de sembrar dudas la ingente tarea que todavía queda, cifrada en más de cien mil objetos pendientes de devolución.

2.

La restituzione di opere d'arte depredate durante la Seconda Guerra Mondiale: alcuni casi relativi all'Italia

Tullio Scovazzi

1. Premessa

Il problema della restituzione di beni culturali rimossi assume oggi una nuova dimensione[1]. Non sono sufficienti, nonostante i loro meriti, i trattati multilaterali in vigore, che hanno varie lacune, che sono efficaci soltanto per gli Stati parte e non si possono applicare retroattivamente[2]. Vi è l'esigenza di disporre di strumenti più adeguati a fare fronte a un sempre più ampio traffico internazionale illecito, basato oggi su furti, scavi clandestini ed esportazioni non consentite. Vi è anche la tendenza a valutare con nuovi criteri situazioni che hanno radici nel passato e che sono dovute a guerre, occupazioni coloniali, gravi violazioni dei diritti umani (come nel caso dei beni sottratti alle vittime del genocidio). In questa materia, il diritto internazionale dei beni culturali richiede nuovi impulsi, che consentano di trasformare evidenti esigenze morali e culturali in norme giuridiche che in maniera più adeguata

1 Cfr., tra l'altro, Prott & O'Keefe, *National Legal Control of Illicit Traffic in Cultural Property*, Paris, 1983; Carducci, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, Paris, 1997; O'Keefe, *Trade in Antiquities: Reducing Destruction and Theft*, London, 1997; Palmer (ed.), *The Recovery of Stolen Art: A Collection of Essays*, London, 1998; Hoffman (ed.), *Art and Cultural Heritage - Law, Policy and Practice*, New York, 2006; Frigo, *La circolazione dei beni culturali*, Milano, 2007; Nafziger & Scovazzi (eds.), *Le patrimoine culturel de l'humanité – Cultural Heritage of Mankind*, Leiden, 2008; Prott (ed.), *Witnesses to History – Documents and Writings on the Return of Cultural Objects*, Paris, 2009; Vrdoljak, *International Law, Museums and the Return of Cultural Objects*, Cambridge, 2008; Nafziger & Nicgorski, *Cultural Heritage Issues: The Legacy of Conquest, Colonization, and Commerce*, Leiden, 2009; Stamatoudi, *Cultural Property Law and Restitution*, Cheltenham, 2011; Scovazzi, (a cura di), *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, Milano, 2014; Vadi & H. Schneider (ed.), *Art, Cultural Heritage and the Market*, Heidelberg, 2014; Scovazzi, *Evolutionary Trends as regards the Return of Removed Cultural Property*, in Pérez-Prat Durbán & Lazari (coord.), *El tráfico de bienes culturales*, Valencia, 2015, p. 25.

2 Si tratta della Convenzione sui mezzi per proibire e prevenire l'importazione, l'esportazione e il trasferimento illeciti di beni culturali (Parigi, 1970) e della Convenzione dell'UNIDROIT sulla restituzione internazionale di beni culturali rubati o illegalmente esportati (Roma, 1995).

riflettano tali principi ed esigenze. Un maggior peso dovrebbe avere l'esigenza morale di non premiare chi ha abusato della debolezza di un altro soggetto per sottrargli dei beni culturali o l'esigenza culturale di preservare l'integrità di monumenti e siti nel contesto in cui essi sono stati creati.

Il proposito di questo breve scritto non è tanto una proiezione verso sviluppi futuri, ma un'esposizione sulle origini del principio che le opere d'arte arbitrariamente rimosse vanno restituite e non possono costituire il bottino del più forte. Il primo precedente al riguardo è dato dalle restituzioni da parte della Francia delle opere d'arte sistematicamente rimosse sul finire del secolo XVIII nel corso delle campagne militari di Napoleone in vari paesi europei e soprattutto negli Stati della penisola italiana. Molte di queste opere d'arte furono rese poco dopo la caduta di Napoleone, a seguito delle pressioni svolte in questo senso dalla Gran Bretagna e grazie a una celebre missione a Parigi dello scultore Antonio Canova, nominato dal Papa suo inviato speciale[3]. Per la prima volta era superata la pratica millenaria di consentire allo Stato vincitore di saccheggiare le opere d'arte dello Stato vinto.

Il secondo precedente di restituzioni su grande scala di beni culturali depredati nel corso di eventi bellici si è verificato alla fine della Seconda Guerra Mondiale. Su queste vicende intende soffermarsi il presente contributo.

2. Acquisti e saccheggi

sia nella Francia napoleonica che nella Germania nazista il saccheggio dei beni culturali altrui faceva parte di un ampio disegno diretto a dimostrare una superiorità non solo militare e politica, ma anche culturale, di uno Stato su tutti gli altri Stati[4]. Contribuirono al saccheggio la passione di Adolf Hitler[5] e di Hermann Göring[6] per il collezionismo

3 Cfr. Scovazzi, *Un'importante missione diplomatica di Antonio Canova*, in *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 673.

4 Sulle rimozioni di opere d'arte da parte della Germania cfr. Nicholas, *The Rape of Europa - The Fate of Europe's Treasures in the Third Reich and the Second World War*, New York, 1994.

5 Hitler, che in gioventù aveva fallito l'esame di ammissione all'Accademia di Belle Arti di Vienna, aveva inclinazioni artistiche tendenti al classicismo e al romanticismo e detestava l'espressionismo e l'astrattismo, come dimostra la famosa esposizione sull'"arte degenerata" (*entartete Kunst*), organizzata a Monaco nel 1937. Nel corso della sua visita in Italia del 1938, Hitler visitò con molto interesse la Galleria Borghese di Roma e il Museo degli Uffizi di Firenze.

6 "I knew my passion for collecting (...) since I had put my entire fortune into these works of art" (dichiarazione resa da Göring al processo di Norimberga, in *The*

di opere d'arte e il progetto di un *Führermuseum*, che avrebbe dovuto essere aperto nella città di Linz, nei pressi del villaggio natale di Hitler, per ospitare la più grande esposizione di arte europea[7].

Anche prima dell'inizio della guerra, Hitler, tramite mandatari, e Göring usavano acquistare in Italia opere d'arte di elevato pregio che poi erano esportate o in aperta violazione delle norme italiane o con autorizzazioni ottenute a seguito di forti pressioni politiche[8]. Ad esempio, nel 1937 il principe di Assia, inviato a Roma per trattare opere d'arte per conto della Germania e di acquirenti tedeschi, acquistò dalla famiglia Lancellotti il *Discobolo Lancellotti*, una celebre statua in marmo, copia di un originale greco, che era stata rinvenuta a Roma nel 1781. Il Consiglio Superiore delle Scienze e delle Arti rifiutò l'autorizzazione all'esportazione, necessaria in base al diritto italiano allora vigente (legge 20 giugno 1909, n. 364). Ma l'esportazione avvenne ugualmente a seguito delle pressioni del Ministero degli Affari Esteri e, quindi, per evidente interessamento del ministro, Galeazzo Ciano, che si faceva portatore del desiderio di Hitler stesso ("in vista del personale interessamento del Cancelliere del Reich"[9]). Un altro caso significativo riguar-

---

Trial of German Major War Criminals - Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany, vol. 9, London, 1947, p. 270). Tra l'altro, Göring si fece merito della rimozione degli oggetti e dei codici dell'abbazia di Montecassino, trasferiti in Vaticano e così salvati dai bombardamenti alleati che poi distrussero l'abbazia: "If my troops had not intervened, these priceless art treasures which were stored in Monte Cassino and belonged to the monastery there would have been entirely destroyed by enemy bombardment, that is to say, the British-American bombardment. Thus they have been saved" (*ibidem*, p. 271).

7 "L'instruction secrète, rédigée le 5 novembre par Göring lui-même, établissait la clef de distribution des œuvres d'art ainsi séquestrées. Hitler devait être le premier à choisir: venaient en second lieu les œuvres d'art 'se prêtant à compléter les collections du maréchal du Reich'; les universités (allemandes) venaient en troisième lieu et les musées en quatrième" (Nahlik, *La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 120, 1967, p. 108).

8 In una dichiarazione scritta del 28 novembre 1953 (conservata all'Archivio Siviero del Ministero degli Affari Esteri italiano) l'ex-ministro dell'Educazione nazionale, Giuseppe Bottai, ricordava le "esportazioni clandestine di opere d'arte da parte dei gerarchi nazisti, che sfruttavano impunemente i rapporti amichevoli con l'Italia" e la "scandalosa attività di governanti tedeschi che andava da esportazioni clandestine a permessi sollecitati con ogni sorta di pressione politica e che non avrebbero mai potuto ottenere per via legale", aggiungendo che "il mio Ministero aveva cercato fino ai limiti del possibile di stroncare questa attività".

9 Cfr. Siviero, *L'artee il nazismo*, Firenze, 1984, p. 20. La corrispondenza che documenta le pressioni esercitate per ottenere le autorizzazioni all'esportazione di alcune opere d'arte è riprodotta in Siviero, *Seconda mostra nazionale delle opere d'arte recuperate in Germania*, Firenze, 1950.

da due dipinti di Bernardo Strozzi, la *Santa Caterina* e la *Santa Cecilia*, come documenta una lettera del 31 marzo 1941 del Ministero degli Affari esteri al Ministero per l'Educazione nazionale:

> "(…) si ha il pregio di informare codesto Ministero che il Principe d'Assia vorrebbe spedire in dono al Führer due quadri dello Strozzi che egli ha recentemente acquistato (…). Sebbene si tratti di opere di alto valore artistico, come ha fatto conoscere codesto Ministero, si prega di voler facilitare la loro esportazione in considerazione dell'Alta personalità alla quale detti quadri sono indirizzati"[10].

Göring usava caricare le opere d'arte acquistate in Italia (ad esempio il *Satiro e Ninfa* di Veronese, acquistato nel 1941) sul suo treno speciale, che andava di fatto esente dai controlli dei doganieri italiani. Nel 1942 egli barattò con un antiquario di Firenze quattordici dipinti di scuola italiana in cambio di nove dipinti di celebri maestri impressionisti che si era molto facilmente procurato, dopo che erano stati sottratti a famiglie ebree di Parigi[11].

Dopo l'armistizio del 1943 tra le Potenze Alleate e l'Italia, la situazione peggiorò, perché le truppe tedesche approfittarono degli eventi bellici sul territorio italiano per asportare sistematicamente molte opere d'arte e trasportarle in Germania.

3. Gli effetti dell'art. 77 del trattato di pace con l'Italia

Già durante la guerra, diciotto Potenze Alleate adottarono la Dichiarazione di Londra del 5 gennaio 1943, con la quale si riservavano il diritto di dichiarare invalidi i trasferimenti di beni in generale che erano situati nei territori occupati o controllati da Stati nemici. Erano in particolare riservati

> "all their rights to declare invalid any transfers of, or dealings with, property, rights and interests of any description whatsoever which are, or have been, situated in the territories which have been under the occupation or control, direct or indirect, of the

10 In Siviero, *Seconda mostra* cit., opera n. 19.

11"Göring arrivò al punto (…) di realizzare uno scambio di dipinti sequestrati dalla Gestapo a ebrei francesi con opere d'arte in possesso di un antiquario fiorentino. Rintracciati a Firenze i nove impressionisti (opere di Van Gogh, Cézanne, Degas, Utrillo, Renoir), li consegnai all'ambasciatore di Francia a Roma tra un nugolo di proteste di pseudo giuristi che pretendevano che prima fossero restituite le opera italiane che aveva ricevuto Göring in cambio" (così Siviero, *Esodo e ritorno delle opere d'arte italiane asportate durante la Seconda Guerra Mondiale*, in *L'opera ritrovata – Omaggio a Rodolfo Siviero*, Firenze, 1984, p. 17).

> governments with which they are at war or which belong or have belonged to persons, including juridical persons, resident in such territories. This warning applies whether such transfers or dealings have taken the form of open looting or plunder, or of transactions apparently legal in form, even when they purport to be voluntarily effected".

Alla fine della guerra, le truppe alleate trovarono in Germania oltre un migliaio di depositi, in castelli, conventi, miniere e altri luoghi protetti, che custodivano non solo opere d'arte sottratte dai territori in precedenza occupati dalla Germania, ma anche opere di collezioni tedesche rimosse per assicurare la protezione dagli eventi bellici. Il tutto fu riunito in due principali punti di raccolta, a Monaco e a Wiesbaden. La politica generalmente adottata fu di consegnare ai precedenti proprietari le opere che erano state rimosse dai territori occupati e di consegnare ai governi dei territori da cui provenivano, e non già ai privati venditori, le opere che erano state acquistate all'estero da compratori tedeschi.

Sebbene nessun trattato di pace stia stato concluso con la Germania, il Trattato di pace tra le Potenze Alleate e Associate e l'Italia (Parigi, 10 febbraio 1947)[12] prevedeva, tra l'altro, la restituzione all'Italia di quei beni, inclusi quindi i beni culturali, che fossero stati rimossi con la forza o la minaccia ad opera della Germania nel corso di eventi bellici sul territorio italiano:

> "Identifiable property of Italy and of Italian nationals removed by force or duress from Italian territory to Germany by German forces or authorities after 3 September 1943 shall be eligible for restitution.
>
> The restoration and restitution of Italian property in Germany shall be effected in accordance with measures which will be determined by the Powers in occupation of Germany" (art. 77, par. 2 e 3)[13].

12 Le Potenze Alleate e Associate erano Unione Sovietica, Regno Unito, Stati Uniti, Cina, Francia, Australia, Belgio, Bielorussia, Brasile, Canada, Cecoslovacchia, Etiopia, Grecia, India, Paesi Bassi, Nuova Zelanda, Polonia, Ucraina, Sud Africa e Iugoslavia. Il trattato prevedeva anche obblighi specifici di restituzione di beni culturali dall'Italia alla Iugoslavia (art. 12) e dall'Italia all'Etiopia (art. 37).

13 Il progetto originario del Trattato di pace non conteneva queste disposizioni, che furono introdotte su richiesta dell'Italia: "Biens italiens transportés indûment en Allemagne par les Allemands. Dans ce cas rien ne peut être objecté, semble-t-il, contre le bon droit à en obtenir la restitution si ces biens ont été retrouvés sur le territoire allemand ou ailleurs" (cfr. Vedovato, *Il Trattato di pace con l'Italia*, Firenze, 1971, p. 465).

Si trattava in concreto di un obbligo gravante soprattutto sulle Potenze Alleate (Francia, Regno Unito, Stati Uniti, Unione Sovietica) che occupavano il territorio tedesco di fare in modo che l'Italia rientrasse in possesso dei beni in questione. Nella pratica l'Italia riuscì a far valere l'argomento che andassero restituite non solo le opere d'arte sottratte dalla Germania con forza o minaccia, ma anche quelle acquistate da compratori tedeschi negli anni precedenti la guerra, dato che esse erano comunque state esportate a seguito di violazioni del diritto italiano vigente[14]. In questo modo, l'Italia ottenne la restituzione di numerose opere d'arte che erano state rimosse, come documentato da due celebri esposizioni tenute a Roma nel 1947[15] e nel 1950[16]. Tra le molte opere esposte, nella prima fu possibile ammirare il già ricordato *Discobolo Lancellotti*[17], l'*Apollo Citarista* (scultura pompeiana, riproducente un originale greco del V secolo a.C., prelevata dal Museo Archeologico Nazionale di Napoli), la *Danae* di Tiziano, l'*Antea* di Parmigianino e la *Parabola dei ciechi* di Pieter Bruegel (tre dipinti sottratti nel 1943 alla Galleria Capodimonte di Napoli dai paracadutisti della divisione *Hermann* Göring)[18]; nella seconda furono esposti la *Leda* di Leonardo da Vinci (venduta a Hitler nel 1941 ed esportata illegalmente), il *Ritratto di gentiluomo* di Hans Memling (venduto a Hitler per ordine di Mussolini nel 1941), la *Leda* di Tintoretto e il *Satiro e Ninfa* di Veronese (entrambi venduti a Göring nel 1941 ed esportati illegalmente), le *Quattro portelle d'altare dipinte con scene della vita della Madonna e scene della Passione di Cristo* di Hans Multscher (provenienti da Vipiteno e donate da Mussolini a Göring), la *Santa Caterina* e la *Santa Cecilia* di Bernardo Strozzi (donate a Hitler dal Principe d'Assia ed esportate per ordine di Ciano), il *Ritratto equestre di un principe Doria* di Pieter Paul Rubens (venduto a Hitler per ordine di Mussolini nel 1941), la *Giuditta con la testa di Oloferne* dello stesso Rubens

14 Nella difficile opera di recupero l'Italia si avvalse delle qualità di Rodolfo Siviero: "Nell'azione diplomatica (…) Siviero si giovò delle lettere che comprovavano come l'autorizzazione agli espatrii fosse sempre stata data da organi incompetenti, come il capo del governo o il ministro degli Esteri e come perciò, a meno di legittimare gli arbitrii di un governo autoritario, dovessero considerarsi illegali. Accettando questa tesi, gli Alleati hanno implicitamente affermato sia l'illegalità sostanziale di qualsiasi governo autoritario sia la sostanziale estraneità del patrimonio culturale rispetto ad ogni criterio di opportunità politica" (Argan, *Discorso commemorativo pronunciato in Palazzo Vecchio il 26 novembre 1983*, in *L'opera ritrovata* cit., p. 34).

15 Cfr. il catalogo: Ministero della Pubblica Istruzione, *Mostra delle opere d'arte recuperate in Germania*, Roma, 1947.

16 Cfr. il catalogo: Siviero, *Seconda mostra* cit.

17 Oggi esposto al Museo Nazionale Romano.

18 Pare che la *Danae* fosse stata donata a Göring nel 1944 in occasione del suo compleanno e fosse in esposizione nella residenza privata del maresciallo.

(venduta a Göring nel 1942 ed esportata illegalmente), la *Venere e Amore* di Paris Bordone (venduta a Göring nel 1942 ed esportata illegalmente), la *Diana e le Ninfe* di Sebastiano Ricci (venduta a Göring nel 1941 ed esportata illegalmente), il *Paesaggio con laguna* e il *Paesaggio con arco di trionfo* di Canaletto (venduti a Göring nel 1941 ed esportati illegalmente).

L'Italia adottò una normativa nazionale diretta al recupero dei beni culturali rimossi. Il decreto legislativo luogotenenziale 5 maggio 1946, n. 601 (Norme per il recupero delle opere d'arte sottratte dalla Germania durante la guerra)[19] prevedeva l'obbligo di consegna per chi detenesse beni culturali rimossi in Italia o all'estero da parte della Germania, senza che il detentore potesse eventualmente invocare la propria buona fede (questa è un'interessante eccezione alla regola della presunzione della buona fede dell'acquirente):

> "Chiunque detiene a qualsiasi titolo opere bibliografiche o di pittura o di scultura o, in generale, di interesse artistico ai sensi della legge 1° giugno 1939, n. 1089, delle quali lo Stato germanico o enti o sudditi germanici siano venuti comunque in possesso in Italia durante il cessato stato di guerra, è obbligato a farne consegna entro trenta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, al locale ufficio di pubblica sicurezza o, se questo manchi, al Comando dei reali carabinieri.
>
> Il medesimo obbligo incombe a chi detiene a qualsiasi titolo opere bibliografiche o di pittura o di scultura o, in generale, opere d'interesse artistico, che in paesi esteri, durante il tempo in cui questi furono soggetti ad occupazione militare, siano venute comunque in possesso dello Stato germanico o di enti o di sudditi germanici ovvero siano state da chiunque asportate dai detti paesi.
>
> Chi è obbligato alla consegna non può invocare in proprio favore l'acquisto della proprietà delle opere o di altri diritti sulle medesime, anche se l'acquisto sia avvenuto in buona fede, salvo l'eventuale regresso verso il dante causa" (art. 1)[20].

19 *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 167 del 27 luglio 1946.

20 Secondo l'art. 2, "l'ufficio di pubblica sicurezza o il Comando dei carabinieri informa prontamente dell'avvenuta consegna delle opere la Sopraintendenza per le gallerie, competente per territorio, la quale cura al più presto il ritiro delle opere, dandone notizia al Ministero della pubblica istruzione. Il predetto Ministero impartisce alle Sopraintendenze le occorrenti disposizioni per la restituzione agli aventi diritto delle opere o, se si tratta di opere provenienti da paesi esteri, prende accordi con il Ministero degli affari esteri per la restituzione di esse ai Governi dei paesi di provenienza". Secondo l'art. 4, "le disposizioni degli articoli precedenti si applicano altresì per le opere bibliografiche o di pittura o di scultura e in genere per le opere d'interesse artistico che siano state cedute, durante il regime fascista da autorità italiane allo Stato germanico o ad enti o a sudditi germanici anche prima

La materia delle restituzioni fu in seguito regolata anche dal decreto legislativo 24 aprile 1948, n. 896 (Riconsegna dei beni asportati dai tedeschi)[21] e dalla legge 14 gennaio 1950, n. 77[22].

Nella ricerca delle opere sottratte l'Italia ottenne anche la cooperazione della Germania Federale. I due Stati conclusero uno scambio di note relativo alla restituzione di opere d'arte (Roma, 27 febbraio 1953)[23] che istituiva un'apposita commissione bilaterale. Come si legge nella nota del cancelliere tedesco, Konrad Adenauer,

> "(…) Le confermo che la Repubblica Federale di Germania è d'accordo perché sia costituita una Commissione Mista italo-germanica di esperti che dovrà trattare le questioni di cui sopra [= della restituzione delle opere d'arte italiane].
>
> La competenza in materia di restituzione delle opere d'arte è tuttora interamente in mano agli Alleati. Ciò nonostante il Governo Federale si dichiara disposto ad agevolare ed a sollecitare per quanto in suo potere i lavori di questa Commissione ed a fare di tutto per rendere possibile la restituzione delle opere d'arte e del materiale bibliografico asportati illegittimamente dall'Italia durante il periodo nazional-socialista, già reperiti o da reperire".

Come si legge nella nota del presidente del consiglio italiano, Alcide De Gasperi,

---

dell'inizio del cessato stato di guerra o per quelle opere da chiunque sottratte in qualunque modo ai legittimi proprietari dopo l'8 settembre 1943, anche se in esecuzione di provvedimenti emanati dal sedicente governo della repubblica sociale italiana".

21 In *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 162 del 15 luglio 1948, n. 162. "I beni che risultino asportati ad Amministrazioni dello Stato sono riconsegnati a quella che li deteneva, anche se non ne faccia richiesta. Gli altri beni sono riconsegnati a chi ne faccia domanda secondo le disposizioni degli articoli seguenti. Divengono di proprietà dello Stato i beni per i quali non sia stata presentata o sia stata rigettata la domanda di riconsegna ed in ogni caso quelli per i quali l'interessato sia incorso nella decadenza del diritto alla riconsegna" (art. 4).

22 In *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 162 del 30 marzo 1950, n. 66. "Le opere d'interesse artistico e bibliografico, che nel periodo dal 1° gennaio 1936 all'8 maggio 1945 furono trasferite in proprietà e a qualsiasi titolo allo Stato germanico, a personalità politiche del regime nazista o a sudditi germanici e delle quali il Governo italiano ha ottenuto la restituzione da parte del Governo militare alleato in Germania, sono acquisite al patrimonio artistico, storico e bibliografico dello Stato e conservate in musei o biblioteche pubbliche" (art. 1). "Non è ammessa azione per la rivendica o per conseguire eventuali indennizzi da parte degli enti, degli istituti pubblici, o dei privati, che avevano effettuato, a qualsiasi titolo, la cessione delle opere di cui all'articolo precedente, a favore delle autorità o dei sudditi germanici" (art. 2).

23 Lo scambio di note non è stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*.

> "(…) mi è gradito assicurare all'Eccellenza Vostra che a sua volta il Governo Italiano è disposto a restituire alla Germania quelle opere d'arte di pertinenza germanica che a causa degli eventi bellici fossero venute a trovarsi illegalmente in territorio italiano".

Un'altra importante mostra, tenuta a Firenze nel 1984, ulteriormente documentò le successive restituzioni provenienti dalla Germania[24].

La perdurante mancanza di alcune opere rimosse durante la Seconda Guerra Mondiale[25] è soprattutto, ma non soltanto[26], dovuta al fatto che esse sono andate disperse a seguito degli eventi bellici e non sono state più localizzate. Non è sta più ritrovata, ad esempio, la *Testa di fauno*, un piccolo marmo considerato la prima scultura di Michelangelo che era esposto al Museo nazionale del Bargello di Firenze[27]. In alcuni casi vi è il sospetto che le opere, dopo essere state depredate dalla Germania all'Italia siano state successivamente depredate dall'Unione Sovietica, nel momento in cui essa, sul finire della guerra, aveva occupato la parte orientale della Germania[28].

Un caso particolare, per la presenza di un terzo Stato coinvolto nella restituzione, è quello della *Venere tipo Capitolina*, detta *Venere di Leptis Magna*, una statua in marmo alta m 1,72, risalente al II sec. d. C. e replica romana dall'originale dello scultore greco Prassitele, rinvenuta in Libia, nelle terme di Leptis Magna. Nel 1940 essa fu donata da Italo Balbo, governatore italiano della Libia, a Göring e da questi trasportata in Germania, in violazione del diritto vigente nella colonia. A seguito di un accordo concluso a Berlino il 22 luglio 1999 dall'Italia e dalla *Stiftung Preussischer Kulturbesitz*, la *Venere* e altre due

24 Cfr. il catalogo: *L'opera ritrovata* cit.

25 Per le opere ricercate cfr. *Suchliste – Kunstwerke aus italienischem Besitz*, Hamburg, 1973 (che contiene una lista di 255 opere) e Ministero degli Affari Esteri & Ministero per i Beni Culturali e Ambientali, *L'opera da ritrovare – Repertorio del patrimonio artistico italiano disperso all'epoca della Seconda Guerra Mondiale*, Roma, 1995 (che contiene una lista di 790 opere, oltre a numerose altre elencate in liste aggiuntive). Alcune delle opere presenti nei repertori sono state in seguito localizzate e restituite.

26 Ad esempio il dipinto *Madonna con Bambino* di Paolo Veneziano (n. 28 di *L'opera da ritrovare* cit.) si trova al Museo Nazionale di Belgrado.

27 Cfr. Giannella, *Le patrimoine artistique italien pendant la Seconde Guerre Mondiale: les trésors retrouvés et ceux qui ne sont pas revenus*, in Négri (sous la direction de), *Le patrimoine culturel, cible des conflits armés*, Bruxelles, 2014, p. 82.

28 Sulla posizione dell'Unione Sovietica e, oggi, della Russia. Cfe. Gattini, *Restitution by Russia of Works of Art Removed from German Territory at the End of the Second World War*, in *European Journal of International Law*, 1996, n. 67.

opere che si trovavano negli *Staatliche Museen* di Berlino[29] furono restituite all'Italia[30]. Subito dopo il restauro, nel dicembre 1999 la *Venere* fu restituita dall'Italia alla Libia, dando così luogo a un interessante caso di doppia restituzione.

4. I beni culturali delle vittime dell'Olocausto

Tra tutti i casi in cui i trasferimenti e, spesso, le esportazioni di beni culturali sono avvenuti in condizioni di manifesta ingiustizia, il più evidente è quello dei beni appartenenti alle vittime dell'Olocausto, che evoca il sinistro crimine di genocidio[31]. Pur non esistendo alcun trattato che regoli questa specifica materia, va ricordata in proposito la dichiarazione adottata nel 2000 dai trentotto Stati (Italia compresa) partecipanti al Forum internazionale di Vilnius sui beni culturali saccheggiati all'epoca dell'Olocausto, promosso dal Consiglio d'Europa[32]. Con la dichiarazione, che richiama il "massiccio saccheggio senza precedenti e l'appropriazione di opere d'arte e altri beni culturali posseduti da individui e comunità ebraiche", si richiede ai governi "di fare ogni sforzo ragionevole per ottenere la restituzione di beni culturali saccheggiati durante il periodo dell'Olocausto ai proprietari originari o ai loro eredi" (art. 1)[33].

In Italia, a seguito del decreto-legge 17 novembre 1938, n. 1728 (Provvedimenti per la difesa della razza italiana), il Ministero dell'Educa-

29 Si tratta di un *Torso virile* e di una *Statua femminile*, che figuravano ai n. 9 e 10 di *L'opera da ritrovare* cit.

30 Questo strumento costituisce un interessante esempio di accordo tra uno Stato e un istituto culturale straniero. La consegna ad opera della parte tedesca è avvenuta senza riconoscimento di un obbligo giuridico ("ohne Anerkennung einer Rechtspflicht").

31 Si vedano gli eventi descritti in Feliciano, *The Lost Museum – The Nazi Conspiracy to Steal the World's Greatest Works of Art*, New York, 1997 (trad. inglese); Müller & Tatzkow (eds.), *Lost Lives, Lost Art*, London, 2010. Per gli aspetti giuridici cfr. Palmer, *Museums and the Holocaust: Law, Principles and Practice*, Leicester, 2000; Kaye, *Recovery of Art Looted during the Holocaust*, in Nafziger & Nicgorski, *Cultural* cit., p. 351; Vrdoljak, *Genocide and Restitution: Ensuring Each Group's Contribution to Humanity*, in *European Journal of International Law*, 2011, p. 17; O'Donnell, *The Restitution of Holocaust Looted Art and Transitional Justice: The Perfect Storm or the Raft of the Medusa?*, *ibidem*, p. 49.

32 In base alla risoluzione 1205 del 1999, l'Assemblea del Consiglio d'Europa ha invitato "the parliaments of all member states to give immediate consideration to ways in which they may be able to facilitate the return of looted Jewish cultural property".

33 In precedenza, i Principi sull'arte confiscata dai nazisti, adottati a Washington nel 1998 da una riunione cui avevano partecipato quarantaquattro Stati, invitavano gli Stati a prendere speditamente misure per raggiungere un'equa soluzione nel caso di beni culturali confiscati dai nazisti, indipendentemente dal fatto che gli originari proprietari potessero o meno venire identificati.

zione nazionale emanò la circolare 4 marzo 1939, n. 43 (Provvedimenti in difesa del patrimonio artistico nazionale in mano agli ebrei). In occasione dell'allontanamento dall'Italia degli ebrei stranieri, la circolare invitava gli uffici addetti al rilascio di nulla-osta per l'esportazione di oggetti di antichità e di arte a creare difficoltà e a scoraggiare tali esportazioni. Inoltre, la circolare 13 settembre 1940, n. 63886, del Ministero dell'Interno prevedeva il divieto dell'esercizio del commercio di oggetti antichi e d'arte agli appartenenti alla razza ebraica.

Dopo l'armistizio, nell'ambito della Repubblica sociale italiana fu approvato il decreto legislativo del duce 4 gennaio 1944, n. 2 (Nuove disposizioni concernenti i beni posseduti dai cittadini di razza ebraica)[34], che vietava agli ebrei italiani, tra l'altro, "di essere proprietari di (…) beni mobiliari di qualsiasi natura" (art. 1, *c*). Già nel novembre 1943 era stato predisposto un decreto legislativo del duce concernente il sequestro dei beni artistici, archeologici, storici e bibliografici appartenenti a ebrei o a istituzioni ebraiche. Benché il decreto non fosse mai stato pubblicato, in sua attuazione il Ministero dell'educazione nazionale emanò la circolare del 1° dicembre 1943, n. 665, relativa alla requisizione delle opere d'arte di proprietà ebraica. Come tali s'intendevano "non solo le opere d'arte figurativa (pittura, scultura, incisione, ecc.), ma anche le opere d'arte applicata, quando, per il loro pregio, non possono essere considerate oggetti di uso comune".

Come risulta dal rapporto presentato nel 2001 dalla Commissione parlamentare per la ricostruzione delle vicende che hanno caratterizzato in Italia le attività di acquisizione dei beni dei cittadini ebrei da parte di organismi pubblici e privati[35], presieduta da Tina Anselmi, furono numerose le depredazioni di beni artistici, culturali e religiosi alle vittime di persecuzioni razziali:

> "la circolare n. 665 appare molto articolata ed incisiva e rivela con chiarezza l'intendimento di raggiungere la più ampia conoscenza delle opere d'arte attraverso la rispettiva denuncia (qualità delle opere ed una loro sommaria descrizione; autore; località dove l'opera è conservata) ai fini del successivo sequestro. Appare di particolare interesse il punto 7) dove veniva testualmente affermato: 'le opere d'arte non denunciate e gli oggetti sui quali siano state fornite indicazioni false o incomplete allo scopo di

34 *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* n. 6 del 10 gennaio 1944.

35 Cfr. Sarfatti, *The Work and the Findings of the "Commissione Anselmi" on Italian Jewish Assets, 1998-2001*, relazione presentata al convegno "Confronting History, the Historical Commission of Inquiry", Gerusalemme, 2002-2003.

> evitare il sequestro potranno essere confiscate. Il decreto sarà emesso dal capo della provincia e le cose che ne formano oggetto saranno prese in consegna dal soprintendente alle gallerie, ove trattasi di opere d'arte, o dai soprintendenti alle antichità o dai soprintendenti bibliografici, ove trattasi rispettivamente di oggetti di interesse archeologico o bibliografico"[36].

La depredazione dei beni culturali fu favorita dall'arresto dei cittadini ebrei e dalla loro deportazione. Alle spoliazioni effettuate nell'ambito delle disposizioni emanate e, quindi, assoggettate al rispetto di requisiti formali, si aggiunsero le vendite forzate, i furti, i saccheggi, gli atti vandalici. In alcune province dell'Italia nord-orientale occupate dalla Germania i sequestri e le depredazioni avvennero ad opera delle forze tedesche.

Dopo la fine della guerra, l'Italia adottò norme dirette a trasferire all'Unione delle comunità ebraiche italiane i beni lasciati da cittadini ebrei che erano deceduti senza eredi o erano scomparsi a causa delle persecuzioni razziali (decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 11 maggio, 1947, n. 364[37], e legge 18 luglio 1997, n. 233[38]). Tuttavia, a differenza di qualche altro Stato (ad esempio, il Regno Unito), l'Italia non ha finora adottato una normativa specificamente diretta a facilitare la restituzione di beni culturali alle vittime dell'Olocausto o ai loro eredi, benché in diversi casi tali richieste siano state avanzate, come gli esempi riportati qui di seguito dimostrano[39].

36 *Rapporto della Commissione parlamentare per la ricostruzione delle vicende che hanno caratterizzato in Italia le attività di acquisizione dei beni dei cittadini ebrei da parte di organismi pubblici e privati*, Roma 2001, p. 144. La circolare del 13 aprile 1944, n. 5, del Ministero dell'educazione nazionale rafforzò la precedente circolare n. 665 del 1943.

37 "Le eredità degli israeliti, deceduti in dipendenza di atti di persecuzione razziale subiti dopo l'8 settembre 1943, devolute allo Stato a termini dell'articolo 586 del Codice civile, sono trasferite a titolo gratuito alla Unione delle comunità israelitiche italiane, la quale risponde dei debiti ereditari e dei legati nei limiti di cui al secondo comma del citato articolo. (…) (art. unico)".

38 "I beni sottratti per ragioni di persecuzione razziale a cittadini ebrei o a persone ritenute tali, che non sia stato possibile restituire ai legittimi proprietari per la scomparsa o l'irreperibilità degli stessi e dei loro eredi e che sono tuttora eventualmente custoditi o detenuti dallo Stato italiano a qualsiasi titolo, sono assegnati all'Unione delle Comunità ebraiche italiane, che provvede ad attribuirli alle singole Comunità tenuto conto della provenienza dei beni stessi e dei luoghi in cui fu compiuta la sottrazione" (art. 2, c. 1).

39 Per un altro caso, relativo a cinque quadri di pittori macchiaioli (*Villa con alberi* e *La bottega del fornaio a Settignano* di Telemaco Signorini, *Cavalleggero con due cavalli* di Giovanni Fattori, *Donna che cuce seduta vicino a una finestra* di Silvestro Lega e *Giovane donna che culla il Bambino* di Odoardo Bottani), depredati durante la guerra alla collezione Vitta e poi acquistati dalla *Public Art Gallery* di Dunedin (Nuova Zelanda), cfr. Palmer, *Museums* cit., p. 17. Il caso si concluse nel 1999 con una transazione.

4.1. La collezione Kaumheimer

Come esempio di applicazione della normativa razzista italiana si può richiamare la vicenda della collezione di porcellane del cittadino tedesco ebreo Julius Kaumheimer. Questi era emigrato nel 1935 a Merano per sfuggire alla situazione politica instauratasi in Germania. Nel 1939, dopo l'emanazione della normativa italiana in questione, egli cercò di lasciare anche questo paese per trasferirsi negli Stati Uniti. Ma alla dogana, nascoste tra le sue masserizie, furono scoperte sessantanove statuette di porcellana tedesca del XVII secolo. A Kaumheimer fu inflitta una multa, commisurata al valore degli oggetti. La sua collezione fu sequestrata, confiscata a favore dello Stato italiano e fu in seguito esposta nel Museo nazionale di Trento (poi Museo provinciale d'arte). La sorte di Kaumheimer rimane tuttora ignota.

Esempio egregio di mentalità refrattaria a evidenti esigenze d'ordine morale è la lettera che, molti anni dopo (il 23 maggio 2000), l'assessore all'istruzione, formazione professionale e cultura della provincia di Trento inviò alla presidente della già richiamata Commissione parlamentare, nell'intento di mantenere il possesso della collezione:

> "(…) appare chiaro come il Museo conservi legalmente la collezione, pur restando il fatto, tragico e dolorosissimo, che imputato del reato fosse un ebreo costretto alla fuga a causa delle leggi razziali. Tali tremende circostanze, come appare chiaramente dagli atti in possesso di questa amministrazione, non appaiono comunque come la ragione dichiarata del sequestro, dovuto, come detto, alla applicazione di una legge di tutela del patrimonio artistico nazionale"[40].

Alla fine, nonostante la lettera dell'assessore, il 5 ottobre 2001 la Giunta della Provincia di Trento, vista anche la sopra citata legge n. 233 del 1997, deliberò di consegnare la collezione alla Comunità ebraica di Merano, non essendo più rintracciabili né Kaumheimer, né i suoi eventuali eredi.

4.2. La Santa Caterina d'Alessandria di Bernardo Strozzi

Charles Alexander Loeser, un collezionista e storico dell'arte americano, morì nel 1928 a Firenze, dove aveva raccolto un'importante collezione d'opere d'arte. Nel testamento, Loeser aveva disposto di

40 *Rapporto* cit., p. 147. Evidentemente, l'assessore non vedeva che vi era una totale contraddizione tra il fatto di trarre vantaggio da un'evidente ingiustizia e il fatto di qualificare tale ingiustizia come tragica e dolorosissima. Al di fuori della portata dell'assessore era il ragionamento in base al quale occorreva, nel caso specifico, valutare le ragioni per le quali Kaumheimer si era trasformato in un contrabbandiere di beni culturali.

lasciare in legato al Comune di Firenze alcune delle sue opere, a condizione (onere modale) che le altre potessero essere esportate dall'Italia durante un periodo di tempo che sarebbe venuto a scadenza due anni dopo la morte della figlia, Matilde Loeser Calnan (evento che si verificò nel 2002). L'onere modale fu accettato dallo Stato e dal Comune di Firenze. In seguito, la famiglia Loeser, colpita dalla sopra richiamata legislazione razzista italiana del 1938, fu costretta a riparare in Svizzera. Nel 1942, i beni immobili e mobili della famiglia rimasti in Italia furono sequestrati e posti sotto la custodia dello Stato. Nel 1944, uno dei dipinti, la *Santa Caterina d'Alessandria* di Bernardo Strozzi[41], fu prestato al quartier generale delle truppe tedesche. Per molti anni si persero le tracce del dipinto, fino a quando, nel 2009, i Carabinieri di Monza lo ritrovarono e lo restituirono alla cittadina americana Philippa Calnan, nipote ed erede dell'originario proprietario.

Alla Calnan furono però anche notificati i provvedimenti con cui il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, in base all'art. 13 del decreto legislativo n. 24 del 2004, aveva dichiarato l'interesse culturale del dipinto. Questo impediva alla Calnan di esportarlo negli Stati Uniti, dove essa risiede. Contro i provvedimenti l'interessata propose ricorso davanti alla giurisdizione amministrativa. La principale questione in gioco riguardava la scadenza del termine di libera esportazione del dipinto: se, cioè, essa rimanesse ferma a due anni dalla morte della figlia del Loeser oppure se, date le particolari circostanze, essa potesse essere rideterminata a due anni da quando la nipote del Loeser aveva ottenuto la disponibilità del dipinto.

In primo grado, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, con sentenza dell'8 febbraio 2011 (*P.C. c. Ministero per i Beni e le Attività Culturali*), preferì la prima delle due alternative, ritenendo che all'Italia non potesse essere imputato il fatto che per circa sessantacinque anni il dipinto fosse stato sottratto alla disponibilità della famiglia:

> "Poiché, ai sensi dell'art. 673 c.c., l'obbligazione dell'onerato si estingue se, dopo la morte del testatore, la prestazione è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile, la circostanza che dal 2002 al 2004 il quadro non fosse nella disponibilità della ricorrente comporta l'estinzione dell'onere, trattandosi di una impossibilità sopravvenuta non imputabile all'onerato".

Molto meno formalistica e molto più adeguata alle circostanze del caso si presenta la sentenza di secondo grado, resa dal Consiglio di Sta-

41 Si tratta di un dipinto diverso della Santa Caterina dello stesso pittore menzionata supra, par. 3.

to il 19 febbraio 2013 (*Philippa Calnan c. Ministero per i Beni e le Attività Culturali*). Il Consiglio di Stato, a differenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, muove dall'assunto che le norme giuridiche non operano come pure astrazioni, ma vanno applicate e interpretate alla luce delle specifiche situazioni di fatto. Questo consente al Consiglio di Stato di cogliere l'aspetto essenziale del caso concreto:

> "(…) a tale data [= nel 2004] il dipinto non poteva dai suoi proprietari essere esportato poiché, come detto, non più in loro possesso dall'epoca disgraziatissima (1944) in cui la loro proprietà venne depredata dai militari tedeschi con il consenso (più o meno forzato) delle autorità italiane operanti a Firenze sotto il loro peso. Del resto già da anni i proprietari, siccome razzialmente discriminati dovettero premunirsi di rifugiarsi fuori d'Italia e, dall'altro, non poterono portare con sé i loro averi, comunque entrati nella sfera dell'onere di diligente custodia gravante sulle Autorità italiane, atta a preservare le facoltà optative degli eredi del legante nei termini sopraindicati, né poterono, quanto ai quadri, allora invocare il diritto di esportazione di cui godevano pure in quell'epoca".

Era evidente la corresponsabilità dell'Italia (con la Germania) nella depredazione subita dalla famiglia Loeser, con l'altrettanto evidente conseguenza – che però il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia non aveva minimamente visto – che mai l'Italia potrebbe trarre oggi un vantaggio dagli effetti delle leggi razziste che essa aveva in passato emanato:

> "In effetti, semmai, lo Stato italiano si rese inadempiente all'obbligo di custodia del bene e di generale preservazione *ex bona fide* delle ragioni dell'avente diritto – principio generale racchiuso nell'art. 1358 c.c. – chiaramente insorgenti dalla convenzione *inter partes*, con un atteggiamento di indirizzo 'politico' ('manifesto della razza' e successive leggi razziali del 1938), che violava, per radicale incompatibilità, le norme di principio civilistico naturalmente integrative dei reciproci rapporti nascenti dalla originaria convenzione.
>
> Lo stesso coinvolgimento del bene nel trafugamento da parte delle truppe di occupazione naziste si connette a tale quadro, tanto più che le autorità italiane, pur disponendo la 'custodia' dei beni ereditari nel 1942, non diedero seguito diligentemente a tale determinazione, resa poi inconfigurabile dal detto trafugamento, ma solo come punto di arrivo di un processo causale in cui l'atteggiamento dello Stato italiano fu dettato da un genera-

> le indirizzo politico incompatibile con la volontà di adempiere correttamente ai propri obblighi di preservazione delle ragioni di controparte, riconosciute con l'avallo pubblicistico della convenzione riassumente i termini dell'accettazione del legato"[42].

Un altro passo della sentenza mostra come il Consiglio di Stato abbia pienamente inteso la sostanza del caso che gli era sottoposto:

> "La singolarità di questa lontana sequenza di eventi segna tuttora il perimetro concettuale e giuridico della lite che, pur presentandosi sotto forma di censure a due atti amministrativi recenti, investe in ultima analisi il tema di grande rilievo della tutela delle vittime (in questo caso per fortuna colpite solo nei loro averi) di violazioni gravi dello stesso diritto internazionale e dei diritti fondamentali che esso assicura (almeno nelle sue concezioni più recenti ed evolute, sorte dalla 'universalizzazione' dei diritti medesimi), quali rintracciabili nelle Costituzioni democratiche successive al secondo conflitto mondiale e, con certezza, nell'attuale Costituzione italiana.
>
> Anche la pienezza del recupero delle proprietà, specie se artistiche, illecitamente sottratte *manu militari* – nella specie con azione italo-tedesca – esige la deroga a molte regole tradizionali del diritto interno, fra varie ad es. quella sulla usucapione".

Sembra implicita nel passo sopra riprodotto una considerazione di carattere giuridico-cronologico che assume un rilievo generale in materia di restituzione di beni culturali. Il fatto che uno Stato (Italia compresa) pretenda oggi di mantenere il possesso di beni depredati alle vittime di genocidio o di persecuzioni razziali non può essere inteso come osservanza di formalismi giuridici fondati sull'usucapione o sulla scadenza di termini, ma (molto peggio) rappresenta una violazione di norme fondamentali sulla tutela dei diritti umani che stanno oggi alla base dei diritto internazionale e del diritto italiano. Non si tratta di misurare gli effetti del decorso del tempo su trasferimenti di beni avvenuti in passato, ma si tratta di valutare come il possesso dei beni, e cioè una situazione che perdura anche oggi, possa essere compatibile con il diritto dell'individuo a non essere sottoposto a genocidio o a persecuzione razziale. Se i beni non sono restituiti, uno degli effetti del genocidio o della persecuzione razziale perdura anche oggi[43].

42 Vale la pena di fare uno sforzo per capire il lungo e involuto periodo da ultimo riportato, perché, nella sostanza, esso è di una precisione esemplare.

43 Poco importa, ai fini del rilievo generale di questa conclusione, che la controversia specifica riguardasse non il possesso, ma soltanto il diritto di esportazione, di un bene culturale.

In base alla sua impeccabile valutazione della sostanza dei fatti e delle norme ad essi applicabili, il Consiglio di Stato non ebbe difficoltà a rimettere la ricorrente nel termine per esportare il dipinto di Strozzi[44], annullando i provvedimenti amministrativi che lo vietavano. Tutto questo discendeva

> "a) da una ermeneutica adeguatrice volta a neutralizzare gli effetti di sopravvenienze imprevedibili che resero inesigibile in epoca precedente l'esercizio del diritto;
>
> b) dalla agevole possibilità, se occorresse andare oltre l'orizzonte ermeneutico, di disporre la rimessione in termini secondo un principio generale del nostro ordinamento che vale nella specie a più forte ragione posto che il mancato esercizio del diritto fra la fine degli anni '30 e il 2009 è dipeso addirittura (e almeno in parte) da violazioni di diritti fondamentali della famiglia Loeser con indubbi riflessi sul regime di esportabilità garantitole, che ne è rimasto a lungo fuorviato e ostacolato"[45].

5. Considerazioni conclusive

I dati della pratica internazionale sopra richiamati e molti altri che si potrebbero aggiungere[46] dimostrano che il diritto internazionale sta oggi evolvendo verso una nuova norma di natura generale. La norma prevede che le richieste di restituzione di beni culturali rimossi debbano essere valutate ciascuna alla luce delle sue specifiche caratteristiche e in modo da raggiungere un'equa soluzione, tenendo conto di una serie di fattori, quali la sostanziale ingiustizia della rimozione, l'esigenza di mantenere integri i contesti culturali, il carattere emblematico di alcuni beni culturali, il tempo trascorso dalla rimozione, la cura che lo Stato di destinazione ha riservato al bene che ha acquisito, la cura che lo Stato di origine riserverebbe al bene se gli fosse restituito.

Nel caso dello opere d'arte sottratte alle vittime del genocidio l'ingiustizia della rimozione si manifesta nella sua forma più grave.

44 La sentenza contiene un'annotazione sullo stesso Strozzi: "un religioso pittore genovese egli pure incorso in problematiche legali e processuali felicemente risolte con l'approdo nella tollerante Venezia".

45 In precedenza, il Consiglio di Stato aveva osservato che la ricorrente si era attivata "non appena la situazione ha ridato un senso attuale e concreto ai suoi diritti che, fino al novembre 2009, ben poteva ritenere travolti e dispersi dalla materiale scomparsa dell'oggetto fisico del suo diritto di opzione".

46 Per vari altri esempi cfr. Scovazzi, *Evolutionary* cit.

3.
Looted Art Restitution

Colette Avital

1. Introduction

For sixteen years a Jewish family in California has been trying to retrieve a painting by Camille Pissaro "Rue St, Honore, Paris" which is now exhibited permanently at the Thyssen- Bornemizsa Museum in Madrid.

This painting belonged to a Jewish couple, the Cassirers, who lived in Germany and had to flee German persecution in 1939, on the eve of Second World War (WWII). They had to surrender it in exchange for their lives.

Over the years the work travelled to the United States through the hands of many art dealers and collectors. Finally it was bought in 1976 in a gallery in New York by Baron Hans-Heinrich Bornemizsa, the son of a very wealthy family who owned the Thyssen steel empire. The Baron died in 2002, but he had already given this painting and the rest of his collection to the Spanish Government who, in 1993 created a museum in Madrid bearing his name.

For many years, the family thought that the painting had been lost or destroyed. And then, when one of their friends came back from Spain and told them that he had seen the painting in the Museum, the grand -daughter of Lilly Cassirer decided to claim it.

This case which I chose to bring as an opening example for our meeting here today shows the complexity of the issue of the restitution of looted art. There is, on the one hand, the critical issue of trying to right terrible wrongs that had their origin in Nazi persecution, and on the other hand the rights of people or institutions in all honesty bought the work of art and therefore believe that it belongs to them. To complicate matters even more in this specific case, Lilly Cassirer accepted from Germany in 1958 a small sum of money, as compensation for the loss of the painting.

The identification and restitution of art and other cultural property plundered or otherwise taken during the Nazi era is a major

part of unfinished business of the 20th Century. It is an issue ranging over a great number of museums in a wide number of countries. In terms of morality, it is particularly important in regard to art objects, cultural and religious property taken from victims of the Holocaust in other words not simply plundered, but plundered in the context of genocide.

Looted art is a very vast subject, a tradition that goes back to ancient times. During wars, conquering armies brought back to their countries as spoils of war works of art, etc. Thus National Museums — from the British Museum to the Louvre, and even smaller museums possess huge collections of antique art, from prehistoric to Greek and Roman times, to Egyptian and Mesopotamian art, and we know how these must have come in their possession.

In more recent times, it was Napoleon who was known for his plunder of art works wherever his armies conquered lands. His army was always accompanied by archeologists and art experts whose task it was to select on the ground works of art that would be brought back to France. He actually assembled immense collections from all over Europe. And then, during his expedition to Egypt he assembled a small unit: the 167 men in the *Commission des Sciences et des Arts* headed by Dominique Vivant, a writer and archeologist who later became the first director of the Louvre. So, many of the works of art you see in Museums in France, especially in the Louvre, come from that time.

2. Nazi Germany

But our subject today brings us to more recent times, the plunder of works of Art by Nazi Germany before and during the Second World War, by agents acting on behalf of the ruling Nazi Party.

"Looted art" as defined for the purposes of this lecture, consists of art works, including paintings, prints and sculptures, as well as other cultural property plundered from Jews by the Nazis, their allies and collaborators. It includes *Judaica*, meaning not only ritual objects but also libraries and archival material relating to Judaism and to Jewish organizations and Jewish life generally.

As a background to our discussion, just a few words about Nazi Germany or the Third *Reich,* which was the name used by the Nazis during the period between 1933-1945 when its Government was controlled by Adolf Hitler. Very soon after the Nazi Party came to power, it started to quickly eliminate all political opposition. Racism, especially anti-Semitism was a main tenet of society. The *Gestapo* (the Secret Police) under Heinrich Himmler destroyed dissenting elements: liberal,

socialist and communist political parties and oversaw the persecution and mass murder of Jews throughout Nazi occupied territories.

As soon as 1933 the government started to enact a series of laws specifically directed at the Jewish population, with the aim of abolishing their citizenship, their freedom, their human and civil rights, including the right to exercise their professions.

The plundering actually started in 1933 with laws and regulations against the Jews, and were carried out by special military units known as *Kunstschutz*. In addition to gold, silver and currency, cultural items were confiscated or stolen — paintings, ceramics, statues, books and religious articles.

There was on the one hand the State policy of extermination of everything Jewish: the Jews themselves and the destruction of their culture in favor of the Aryan, the superior race. To do so, Hitler set up a tremendous propaganda machine to advance that the Jews were not human beings, but "*untermenchen*".

And then there was also Hitler's plan to create the Fuhrer Museum in Linz, his home town, in which he intended to assemble European art. But even though Hitler had been an art student and an unsuccessful painter, he considered himself a *connoisseur* of the Arts. He hated all forms of modern Art: Cubism, Dadaism, Futurism, which he considered Decadent Art. So he decided that all the modern Twentieth century works of art found in German museums had to be either sold or destroyed, and that the money raised from the sales of such art would finance both the establishment of his Museum and the war machine.

He entrusted the task of selling 16,000 of such objects — paintings and sculptures seized from german museums, to a few art dealers whose names we will hear again today Hilderbrand Gurlitt, Karl Bucholz, Ferdinand Moeller and Bernhard Boehmer.

But because this art was so much mocked and degraded by the new establishment, Gurlitt and his colleagues did not have much success in selling it. So in March 1939 they set fire to a large number of works of art. When news of that fire became known, museums and collectors came with money and bought the rest.

Some of these works were sold to Switzerland, others were shipped to America. But some of these art dealers also kept some of the works for themselves, as was discovered, in 2014, when the Gurlitt collection was made public.

As to the looting of art, from the moment Hitler came to power, he conducted a systematic and well-documented campaign of plundering.

He created a number of organizations to determine which collections were most valuable for the Nazi regime.

In 1940 a new organization was formed: the EER — *Einsatzstab Reichleiter Rosenberg for Bezetzten Gebiete* —The Reichleiter Rosenberg Institute for the Occupied Territories — headed by Alfred Rosenberg

The first unit was set up in France, and it covered France, Belgium and The Netherlands. Its first mission was to collect Jewish and Free Mason books and send them to Germany for the further study of the Institute.

But in fact, from 1940 it was *Reichsmarshall* Hermann Goring who controlled the EER and he collected for himself also important items. Goring actually changed the mission of the EER and mandated the officials to seize first of all, Jewish art collections and objects. All the looted objects were first deposited at the Jeu de Paume Museum in Paris, where they were exhibited, inventoried and then sent on to Germany.

There were other Nazi organizations that took away art, mainly from private individuals and families: one run by art historian Hans Posser, another one operated by Kajetan Muhlman in the Netherlands and Belgium, and then there was another organization connected with Foreign Minister of Germany von Ribbentrop which operated in France and then in Russia and North Africa.

Those numerous agencies both inside the *Reich* and outside of the Nazi-occupied territories were responsible for what can be called the biggest theft in the history of humanity. It is assessed that 20% of all art in Europe was plundered by the Nazis —both from museums and from private collections. Art collections from prominent Jewish families like the Rothschilds, the Rosenbergs, the Wildensteins and the Schloss families were targets of confiscation because of their significant value.

3. Special measures of persecution of the Jews

I would like now to address more specifically the issue of the persecution of Jews and their dispossession.

As you probably know, Hitler and the Nazi Party initiated a policy of the supremacy of the Aryan race. According to that ideology, they had to eliminate elements that endangered the purity of the race — the handicapped, the gypsies and the Jews.

For that to happen, a strong propaganda machine was set up, advancing that the Jews were not really human beings — they were *untermenchen*, and therefore had to be eliminated. But this happened only

gradually, and a number of racial laws, from 1933 onwards, under the collective name of the Nuremberg laws were enacted. Those laws and decrees enabled and sanctioned not only the exclusion of Jews from their own society, but provided the legal framework for the looting and expropriation of individual, communal and commercial properties.

These laws placed severe racial restrictions on the Jews. First on their civil status and liberties and then on their properties, all of this before sending them to extermination camps. They were no longer allowed to be citizens of the *Reich*, and they were denied basic rights. 30,000 Jews lost immediately their jobs in the civil service, universities, schools, government and corporations.

Jewish doctors could not treat Aryan patients, Jews who owned newspapers, publishing houses and departments stores lost everything. That means that they had to sell their possessions in order to survive.

Everyone knew that the Nuremberg laws forced Jews to sell their furniture, their rugs and their paintings for 5 percent of what it was worth.

In 1938 under the "Decree of Registration of Jewish Properties" Jews in Germany were compelled to fill forms listing all their possessions. And then there was the "Law on the confiscation of products of Degenerate art". An additional law in 1938 was the "Decree on the Mobilization of Jewish Properties" issued by the Reich Economics Ministry.

In 1940 there was the "Decree on the Treatment of Enemy Property", in 1941 the Decree issued by the *Fuhrer* regarding the utilization of confiscated property from the enemies of the *Reich*, and in 1943 the "Thirteenth Decree to the Reich Citizenship" which stipulated that the *Reich* is the legal heir to all property of a deceased Jew.

Those decrees and laws gave a legal basis for the Nazis to confiscate whatever items were of interest to them and to inherit the properties of Jews whom they sent to the Death Camps.

The spoliation of Jewish cultural and religious property was an official part of the Nazi campaign against those labeled as "ideological enemies of the Reich". So in fact aside from *objets d'art*, a great number of Jewish cultural and religious objects were also looted from 1933 to 1945 including various kinds of *Judaica*, such as ritual sacred objects, books and archives. Looting within the *Reich* started already in 1933, but one of the most terrible operation was during the night between November 9th to 10th, the *Kristall Nacht*, when over 1000 synagogues were burnt around the country, stores and houses were broken in and properties taken away.

Among the looted objects were the holdings of the Berlin, Breslau, Hamburg, Dresden, Munich and Frankfurt rabbinical seminaries.

4. The Looting Agencies

Numerous looting agencies were set up both, within the *Reich*, that is, including the territories occupied and annexed by Germany, as well as outside the *Reich*.

4.1. Inside the Reich

Among those agencies operating inside the *Reich* was the RHSA — *Reichs Sichercheits hauptamt* (the Reich Security Main Office) — and the *Gestapo* so it was mainly the Police and the *Gestapo* that provided the framework for the extensive looting of the Jewish cultural property. Its predecessor had been the SD, the German security force headed by Reinhardt Heydrich, which was given the task already in 1931 to observe and study the "enemy". Those were various groups, not only Jews, they were Marxists, communists, free masons, etc. Literature of these groups was looted and confiscated for further analysis. In 1934 the SD created a central scientific library to include books which were defined as subversive and damaging —they included political books, *Judaica*, liberalism, sexology, psychoanalysis, masonic literature etc.

At the same time another organization called the *Sonderkommando Paulson* after its commander Peter Paulson was established to confiscate cultural objects in Poland. Between October and December 1939 they were able to loot numerous objects and special libraries, mostly in Cracow, Sandomir, Warsaw and Lublin. Its most spectacular looted object was the altar at the Maria church in Cracow.

A few words about the *Gestapo* — the secret police that was established in April 1933 by Herman Goring, who was then the Minister of Interior. It was the main operational center for anti-Jewish persecution. By 1944 it employed 32,000 people. Between 1938-1941 it confiscated mainly Jewish cultural and religious property including objects from synagogues and museums.

By 1941 it started liquidating its inventory. Hitler and his people were given a first choice, but most objects were sold by an agency called *Vugesta*. Proceeds from these sales which fed the war machine accounted for 14 million *Reichsmarks*.

Now back to the RSHA which was created to combine all these forces. The main department responsible for looting Jewish cultural treasures was Department 7. As early as 1937 it had planned to establish a Jewish Library, the *Judensbibliotek*. In 1943 it already had over 10,000 books from public and private collections in Germany, Austria and then from Poland. Altogether it possessed later over 1 million books.

4.2. Looting agencies outside of the Reich

Outside of the Reich one of the most well-known looting Agency was the Kunsberg Special Command and it was operated by the German Foreign Office.

However, the most important and large organization was the EER, the *Einstazstab Reichsleiter Rosenberg fur die Besetzen Gebiete* (the Reichleiter Rosenberg Task force for the Occupied Territories) which had agencies in various countries and acted systematically.

Alfred Rosenberg who had a long and distinguished career with the Nazi Party, was the chief racial theorist of Nazi Germany. He was appointed by Hitler in January 1934 to direct the "Plenipotentiary for the Fuhrer for the Supervision of the Entire intellectual and ideological Enlightenment of the Nazi Party". Following Hitler's appointment in 1940 he was responsible for the development of the *Hoche Schule* or Nazi Center for higher ideological education (Professor Saul Friedlander calls it the Nazi University) including the Institute or Research of the Jewish Question in Frankfurt for he wished to gather all library and archival materials relevant to the Jews and other "enemies" of the *Reich*. What began as the theft of libraries turned into the theft of art as well under the influence of Hermann Goring.

The EER which Rosenberg created consisted of several individual command Forces called *Sonderstabe*. Over time, each of the branches of the EER abroad had its own *Sonderstab*, covering a wide range of fields such as visual arts, theatre, folklore, prehistory, churches, archives, science etc. One of the advantages of Rosenberg's team was that they were authorized to loot both in the western and in the eastern spheres. The largest unit was the Special Task Force (*Einzastab*) headed by Rosenberg himself which operated in the West and it focused mainly on Jewish-owned art collections in France, Belgium the Netherlands, Italy, Yugoslavia and Greece. But in the East where everything had anyhow been nationalized by the Communists, the focus shifted on palaces and museums.

Even though the EER was originally created to collect books and archives, Hermann Goring, who in fact controlled the EER, issued an order that changed its mission mandating it to seize Jewish art collections and other objects. And then there was Otto Kummel, Director of the Prussian Museum in Berlin, who was responsible for a 1940 report that advocated the taking back of all artworks that had been removed from Germany in previous wars and eras as well as the taking of all artworks relevant to German culture.

The EER Special Command Forces started, as I said before, their operations in occupied France in June/July 1940 but it spread out its operations to Belgium and the Netherlands. The chief of this operation was Kurt von Behr.

It should be noted that although our attention is mostly given to the German looting of the art, the collaborators of Nazi Germany did likewise. There has been seizing of art in Italy under Mussolini, and also by the Hungarian, Croatian and other fascist regimes.

5. Storage

The war loot had to be collected in a central place in Paris the Musee Jeu de Paume. At this collection point worked art historians and other personnel who inventoried the loot before it went to Germany. Goring also commanded that the loot would first be divided between himself and Hitler. Hitler later commanded that the loot would be made available directly to him.

Clearly if we are speaking about cultural property, the number of the items is in the millions. Given the number of Jews murdered, six million, the number of households destroyed and robbed was in the millions.

From the end of 1940 to the end of 1942, Goring travelled 20 times to Paris to personally follow and examine the progress of the loot and he selected some 594 pieces for his own collection.

As the Allied forces started advancing and gaining ground, Germany began storing artworks in salt mines and caves so as to protect them from the bombing. These places also offered the appropriate conditions that is humidity and the right temperature. Some of these mines were in Altaussee and Siegen.

Note that there is no good answer to the question often asked regarding how many art objects were taken. We know that it was in the millions. The Monuments Men returned millions of items within Germany alone. Partly the problem is one of definition: Are we speaking only of high art? Are we including archeological artifacts, manuscripts, silverware, furniture, rare books etc.? Is every single miniature or coin in a collection to be counted or is the collection itself to be counted as a single unit?

Journalists often insist on a figure for "high art" meaning primarily paintings and sculptures. An estimate of these that was presented by historian Jonathan Petropoulos at the Washington Conference on Holocaust-era assets in 1998 was 650,000. But it was a guess. We were told that many are still missing — probably 100,000 or so. But this was also a guess. The number of artworks that have been restituted during

the last two decades is at most a few thousand, so the magnitude of the problem remains unchanged.

Even before the war ended the allies, including at that time the Soviet Union recognized that all transfers of property under the Nazi regime, however done, were invalid.

When the war ended, the fate of the objects depended on where they were stored. The Allies found artworks in some 1050 repositories in Germany and Austria. A large number of works were shipped to the collecting point in Wiesbaden and they included antiquities, Islamic artifacts and paintings from the Kaiser Friedrich Museum. At its highest point, the collecting point in Wiesbaden identified and restituted some 700,000 objects including paintings and sculptures. Art was also brought to Munich, at what became known as the Munich Central collecting point. But the United States wanted to get out of the business of art restitution as soon as possible, particularly since the Cold war was beginning and it had other more important issues to handle. As a result, they developed a policy in regard to other countries called the "external restitution". From the collecting point in Munich art works were returned to the countries from which they had been taken and it was up to those countries to decide if and when to return them to their previous owners. Books, manuscripts, archives and ritual objects were stored at the Offenbach Archival depot, not far from Frankfurt. There were millions of items there.

6. Restitution efforts after the war

Already in 1943, during the war, the United States, in anticipation of the huge amount of loot, appointed the Roberts Commission which established the Monuments, Fine Arts, and Archives (MFAA) program. The MFAA was ultimately charged, after the war, with managing some of the warehouses which housed the looted art. The places where they worked became known as the allied collecting points or depots. Given the experience following WWI and the development of the Marshall Plan by the US (after the war) a clear policy was established to return artworks to their original owners and heirs. That policy was called "internal restitution".

The MFAA created the Monuments Men, a group of some 345 men and women from 14 nations — who served as volunteers in Europe to protect monuments and other cultural treasures. They were museum directors, art historians, curators artists, architects and educators. About a dozen Monuments Men braved the front lines to locate and recover looted objects — two of them were killed in combat while protecting works of art. Several hundred remained in Europe and Japan after the

war for years to coordinate the return of the stolen works of art they could identify. By the time they left Europe in 1951, the Monuments Men had overseen the return of some 5 million cultural objects.

Upon returning to their countries many became, over time, directors and curators of world renowned museums, including the MOMA, the National Gallery of Art, and the Toledo Museum.

6.1. Restitution and Russia

When the war ended in 1945, the fate of art objects depended greatly on where they were located at that time.

In 1943 Igor Grabar recommended to Stalin that in response to the enormous destruction and theft of cultural property in the Soviet Union by the Germans, the USSR should create "trophy brigades" that would identify and seize German and other enemy cultural property in compensation. This policy was called "compensatory restitution" and initially soviet experts drew up lists of desiderata, mostly Italian artworks. In 1945 Italy was no longer at war, however Soviet Trophy brigades began to remove everything in their path. Millions of objects were taken, including such enormous items as the Pergamon Altar.

This policy was justified with reference to the Versailles treaty at the end of WWI by which Germany was forced to provide books and archives to Belgium to compensate the burning of libraries at Leuven (Liege), but actually there is no justification in International Law.

In the 1960's the Soviet Union returned some 1.5 million objects to the then Communist countries in Eastern Europe — including the Pergamon Altar to East Germany. But at least the same amount of items remain in what is now the Russian Federation, including many that the Nazis took from Jews and other victims.

6.2 Restitution and the Jewish World

Even before WWII ended the need to correctly distribute heirless religious artifacts in Western Europe was approached by Jewish leaders. The Jews of the world, especially after the Holocaust did not accept the idea of "external restitution" meaning that properties, artworks, books and ritual objects would be returned to the Governments of the countries that had oppressed them. As a result, for the first time in history, restitution was made to a minority rather than to a country. This was done by agreement with the American Army. Shortly before the war ended, the Jewish Restitution Successor Organization (JSRO)

was created, and then immediately after the war, an additional organization the Jewish Reconstruction Organization ORO) came into being.

As you know, after the end of the war, Germany was occupied by the Allies. It was divided into four zones: American, British, French and Russian. Large troves of art were found in the American Zone and to a lesser extent in the French and British zones. The Jewish restitution successor Organization operated in the American zone. The Jewish Trust Corporation —JTC which was created in England for the same purpose operated in the British Zone. And the Jewish Trust Corporation — French branch, operated in the French zone.

The Jewish Successor Organization and the Jewish Reconstruction Organization were both concerned with the need to distribute to surviving communities books and ritual Jewish objects. These usually include Torah Scrolls — scrolls made of pergament on which the five first books of the bible are handwritten and are read during services in the Synagogues. These books are considered sacred.

Both organizations had similar purposes, but the Successor Organization served as a trustee for receiving properties of economic value, whereas the Reconstruction Organization worked to assemble and identify property of cultural value. Somehow their work overlapped, so in 1947 they signed an agreement and joined their efforts.

Another organization which was formed around the same time was the Commission on European Jewish Reconstruction. That organization was different. It was created by Jewish religious leaders, like the famous Rabbi Leo Baeck, scholars and teachers. It was headed by Professor Salo Baron, an American historian, described as the greatest Jewish historian of the 20th Century. Its purpose was mainly to provide research and data and indeed it published important lists that provided information on institutions, books, and documents looted by the Nazis. The list was originally prepared by the Jewish National and University Library in Jerusalem under the guidance of another important person Hannah Arendt, a well-known writer, philosopher and journalist.

In 1946, after a meeting with General Lucius Clay (who succeeded General Eisenhower as the Military Governor of Occupied Germany), the JSRO and the Commission merged and created a joint organization serving as an umbrella for all the other Jewish organizations, called the Jewish Restitution Commission. Finally when other organizations joined in, and at the request of the American Military Authorities, the Jewish Restitution Organization agreed to change its name into the Jewish Restitution Successor Organization and it began to actively implement Military Government Law 59, which provided for property

restitution. This law in fact meant that the JSRO would represent the victims as a whole and act on their behalf.

Few years later, after Germany recovered its independence, direct negotiations on reparations to the Jewish people began with two delegations at the same time: one representing the new-born State of Israel, the other representing the rest of the Jewish world. That second delegation was a newly formed umbrella comprising all the important Jewish organizations in the world, and it received the name of the Jewish Material Claims Conference against Germany (claims conference for short). The agreements between the two entities and Germany, called the Luxemburg agreements, were signed in September 1952. Since then, the 24th Claims Conference has been recognized as the Successor Organization representing the victims as a whole and is entitled to negotiate and receive heirless properties in Germany that had initially belonged to Jews who perished in the Holocaust.

So today the main organizations of the world Jewish community active in the restitution of the property looted from victims of the Holocaust are the Claims Conference and the World Jewish Restitution Organization (WJRO) , and they have been focusing on creating a process that will enable more owners and heirs to get back their property. For that aim they have been working with governments, museums and cultural institutions to create the rules and the tools necessary for this work.

7. Major international developments

Major intergovernmental conferences and resolutions during the past decade and a half established international principles regarding the restitution of art and other cultural property, most notably:

* The Washington Conference Principles on Nazi confiscated Art in 1998,
* Resolution 1205 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (1999) ,
* The Declaration of the Vilnius international Forum on Holocaust-Era Looted Cultural Assets (2000) and more recently
* The Terezin Declaration that resulted from the Holocaust-Era Assets Conference in Prague in 2009.

A few words to elaborate on these important international steps:

a. The Washington Conference, the first pioneering step was attended by 44 countries that first elaborated very important principles. Be-

cause this was a voluntary gathering, and because legal systems are different in each country, the principles are non-binding. Here are some of the main principles which serve as a basis for the later gatherings and declarations:

1. Art that has been confiscated by the Nazis and not identified should be identified.
2. Relevant records and archives should be open to researchers.
3. In establishing that a work of art has been confiscated by the Nazis, it is important to do provenance research.
4. Efforts should be made to publicize art that is found to have been confiscated and non restituted to the owners.
5. Efforts should be made to establish a central registry with information.
6. Pre war owners or their heirs should be encouraged to claim their art works As mentioned these principles applied to countries but also to Museums who now had to try to find out the origins of works of art that had reached their collections during and after the war.

b. Resolution 1205 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (4 November 1999) refers specifically and only to Jewish cultural property, says among other things that it recognizes the Jewish contribution to Jewish Culture. And calls upon parliaments and countries to enact laws that would facilitate the return of property, or amend where necessary legislation which prevents access to relevant information or archives. It also states that bodies that receive government funds and hold looted Jewish cultural property should return it.

c. The Vilnius Forum Declaration.

1. Encourages states to take reasonable measures to implement the Washington Principles.
2. Asks governments, museums, the art trade and other relevant agencies to provide all the necessary information necessary to the restitution and make this information available on websites.
3. Asks each government to maintain or establish a central reference and point of inquire so that information can be provided.

d. The Terezin Declaration 2009.

This declaration was signed by 47 countries that attended the Prague Holocaust era Assets Conference. It recognizes not only that art was confiscated or looted, but also forced sales and sales under duress.

It addresses mainly the need for knowledge and stresses the importance of continuing and intensifying provenance research in both public and private archives. This information should be made available to all via the internet.

Furthermore, the Terezin Declaration recognizes the need for proper legislation and encourages governments and parliaments to take such necessary steps. To date only a third of the 43 countries for which there is sufficient information have made major or substantial progress.

But there is now doubt that the most important development is the bill that was passed in the Senate of the United States recently, in December 2016. This law actually abolishes the statute of limitation which have previously prevented victims of the Holocaust to reclaim their property. From now on, victims of the theft or their heirs will have six years to make a claim after identifying pieces taken from them and proving their right to them.

8. Recent developments

November 5, 2013, headlines in major newspapers the world over: paintings have been discovered in Germany, hundreds of forgotten artworks were found hidden in a Munich apartment: Fragonard and Delacroix, Pissaro, Picasso and Matisse, Max Beckman, Edward Munch, Claude Monet, Marc Chagall are among the works found in a Nazi art stash. The unfinished business of WWII. On September 22, 2010, customs officials carrying a routine inspection search Cornelius Gurlitt on a train trip from Zurich to Munich. They discover 9000 euros in cash and an investigation is carried out to find out where this money comes from and why Gurlitt never paid taxes.

Since he is suspected of tax evasion, the District court of Hamburg grants the Public Prosecutor a search warrant and a seizure order for the apartment of Gurlitt. 1258 paintings are found in his apartment. An additional 239 works are found in his residence in Salzburg.

The story remains unknown to the public for two years because the issue is tackled as a matter of taxation, and besides Gurlitt's lawyers say that this is a private matter. So the German Government does not reveal the story. It is, as usual the leak of a courageous person that brings about a first publication in "Focus" magazine, and from there it reaches the rest of the German and international press.

Cornelius Gurlitt is the son of Hildebrand Gurlitt, one of the art dealers that Hitler entrusted, at the time, with the sale of Decadent Art.

As expected the Gurlitt trove generated a lot of interest in the world and it has been the subject of interest over time. The question of course was who these works of art had belonged to. The Minister of Culture of Germany proposed the establishment of a German Lost Art Foundation - the aim of which would be to research public and private institutions. She also appointed a Task force — a group of specialists to do provenance research on the Gurlitt "Schwabing art trove", and the group began its work in May 2014. The Jewish world insisted in being part of it. So two art specialists from the US and two museum specialists from Israel joined the committee that researched the collection. Now there is also discussion of changes in the German law.

Gurlitt died in the meantime and left his whole collection to the Bern Museum of Fine Arts and the latter Museum committed itself to continue to do the research.

Only a few owners have been found in the meantime, and the works have been restituted to them. Obviously one of the keys for finding more owners, and also for the future so that there will be no more organized thefts the like we have discussed is to encourage Governemnts to provide funding for provenance research. Germany for one, has gone the furthest in this regard and is providing some 6 million euros per year for that purpose. There are also additional moneys in Germany provided by the various lander (states). Other countries have also provided funds, but to a lesser degree. France, the Netherlands, Austria have provided funds for the research of their own collections. In the United States there is some money through the Smithsonian Institute and the Kresge Foundation (a private foundation).

And perhaps another positive development is the fact that the Simferopol Art Museum and the National Academy of Sciences of the Ukraine published a book "Art in the Flames of War: West European Paintings in the collections of the Simferopol Art Museum, Catalogue and Album". It documents the museum's holdings brought to the Soviet Union by the Soviet "Trophy Brigades" from Aachen, Dresden, Berlin and elsewhere. This is the first time that an institution in the former Soviet Union has made a complete listing of such holdings in its collection public.

And perhaps, I should end with another story. After 75 years a painting that belonged to a Jewish family in France is restituted. During the war the Nazis looted in 1942 from the family of Leone Meyer a painting. It was found in the possession of a prominent art dealer

Christophe Bernouli. When the Meyer family attempted to negotiate its restitution, Mr. Bernouli offered to sell it to them at full market price. Does this sound right to you? Fifteen years later this painting was purchased by Clara and Aharon Weisenhoper in a New York gallery. In the year 2000 the couple donated the painting to the Museum of the Oklahoma University.

Mrs. Meyer fought for years to recover the family painting. Even though documents in Switzerland proved that her father has purchased this painting, the Swiss court rejected her plea on the grounds that the people who got the painting after war purchased it legally. Meyer then went on and introduced the issue in a New York court who rejected her plea on similar grounds. She then turned to the President of the Oklahoma University, who rejected her claim saying that the University has immunity against such claims.

In the end, negotiations took place between representatives of the University and representatives of Mrs. Meyer, and the university recognized Mrs. Meyer's right to the painting. This painting has been evaluated at 1.5 million US$. In the settlement reached, the painting will be lent to a French Museum for five years and then will be on display, alternatively in Museums in Oklahoma and in France.

This is one way of settling a very complex question of property.

What we need to do now is to stop this from happening again. We cannot go back and change what has happened. All we can do is to stop the continuation of this crime. All we must do is to try to leave a better world behind us.

Please remember that for practically every piece of stolen art a crime was committed. More than 70 years after the end of WWII and the Holocaust, an end to this problem is long overdue.

4.

Cualquier obra de tipo medio alcanza aquí precios extraordinariamente buenos: España en la dispersión del expolio artístico nazi

Miguel Martorell Linares

El 5 de enero de 1943 Estados Unidos, Gran Bretaña, la URSS, el Comité Francés en el exilio y otros catorce países suscribieron la que habría de ser la declaración número 18 de las Naciones Unidas. El preámbulo denunciaba el saqueo sistemático cometido por los nazis y sus aliados en los países ocupados. Saqueo que comprendía las obras de arte, las reservas de oro y plata, monedas y billetes, las acciones y titularidad de empresas y, en general, cualquier bien "que pudiera beneficiar a los agresores y mantener subyugada la economía de los agredidos"[1]. Un saqueo en toda regla, llevado a cabo a través de incautaciones y requisas, pero también de compras o de otro tipo de transferencias aparentemente legales. Ambas vías conducían al mismo resultado: el despojo masivo de recursos económicos, pero también culturales, y su transferencia a Alemania. El Tercer Reich estaba esquilmando Europa.

Sin embargo, al comenzar el año 1943, con el frenazo de la ofensiva alemana hacia el Este, las tornas empezaron a cambiar y los aliados detectaron que parte del botín expoliado salía del territorio del Reich hacia los países neutrales, en busca de un refugio seguro. Tendencia acentuada conforme los gobiernos del Eje retrocedieron en sus conquistas. Los aliados no querían permitir que los bienes saqueados acabaran en territorio neutral. Así lo anunciaron a través de la declaración 18 en la cual, como primera medida preventiva, proclamaron el derecho a considerar nulo su trasvase entre los ocupantes y los ocupados, cualquiera que fuese el modo en que éste se hiciera:

> "Los gobiernos que hacen esta declaración y el comité francés se reservan su derecho a declarar nulas toda clase de transferencias y operaciones con bienes, propiedades, derechos e intereses de cualquier clase, que estén o hayan estado situados en

1 La cita corresponde a la Declaración de Naciones Unidas del 5 de enero de 1943, que puede encontrarse en http://www.lootedartcommission.com/inter-allied-declaration

> los territorios que sufren o han sufrido la ocupación o control directo o indirecto de los países con los cuales están en guerra o que pertenezcan o hayan pertenecido a personas naturales o jurídicas residentes en tales territorios"

En julio de 1944, la Resolución VI de la Conferencia de Bretton Woods ratificó esta decisión. Además, proclamó la voluntad de "tomar medidas para restaurar" los bienes expoliados a "sus propietarios legales"[2]. Y, con el fin de evitar su dispersión, exigió a los gobiernos neutrales que prohibieran dentro de su territorio la transferencia de todo tipo de bien –público o privado- de cualquier país ocupado por las potencias del Eje, así como la entrega a los aliados, una vez firmado el armisticio, de todas las propiedades de los ciudadanos, empresas e instituciones estatales de los países del Eje.

Bajo presión aliada, los gobiernos neutrales fueron poco a poco suscribiendo la Resolución VI de Bretton Woods. Salvo la dictadura franquista, que resistió cuanto pudo. El 1 de mayo de 1945, en tono conminatorio, las embajadas inglesa y norteamericana en Madrid manifestaron al gobierno español "su firme interés" en que España firmara la resolución, censara e inmovilizara todos el patrimonio de los súbditos del Eje o de países ocupados por el Eje, bien ejercieran estos directamente la propiedad, bien la ejercieran a través de testaferros, e impidiera toda transacción entre españoles y ciudadanos de los países del Eje u ocupados por el Eje. La presión indignó a las autoridades franquistas, y al día siguiente un informe del Ministerio de Asuntos Exteriores calificó el comunicado de contrario al derecho internacional, pues obligaba "a un país neutral a participar en toda una serie de medidas de específica beligerancia"[3].

La reticencia no era de extrañar. Acabada la guerra civil, aun cuando las relaciones entre Franco y Hitler no siempre fueran buenas, España se integró en el nuevo orden diseñado por el Tercer Reich, aquello que el falangista Juan Beneyto denominó en 1939 la "organización contemporánea del nuevo estilo europeo", que incluía a Italia, a Alemania, a los países satélites de ambos y a los territorios que ocuparon, pero también, alegaba Beneyto, a estados neutrales proclives al Reich como España,

2 La cita corresponde a la Resolución VI de Bretton Woods, de julio de 1944, que puede encontrarse en http://www.lootedartcommission.com/bretton-woods.

3 Informe del Ministerio, 02/05/1945, en Archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores de España (AMAE), leg. R 5462/15. El archivo histórico del Ministerio de Asuntos Exteriores está en proceso de traslado al Archivo General de la Administración. Las citas que aparecen en este texto corresponden a sus viejas referencias. Desconozco si el AGA las respetará o las cambiará por otras.

Portugal o Turquía[4]. Un Nuevo Orden Europeo por entonces flamante, que a la altura de 1940 parecía destinado a imperar mucho tiempo, hasta el punto de que en ese año España cambió su status de neutral por el de no-beligerante, la condición de quien toma partido por uno de los contendientes sin por ello participar abiertamente en la guerra.

La sintonía ideológica era evidente, pues el franquismo, aunque evolucionaría en otra dirección, al finalizar la guerra civil y en los primeros años de la mundial aún se definía como un régimen totalitario. Además, la dictadura contribuyó a afianzar este nuevo orden a través de diferentes vías. Participó en la "cruzada europea contra el bolchevismo", comandada por el Tercer Reich, y mandó cerca de 50.000 soldados a combatir en el frente ruso[5]. Además de tropas, España envió a Alemania miles de trabajadores voluntarios que suplieron en las fábricas de armas de la retaguardia a los obreros alemanes movilizados hacia el frente[6]. También surtió de materias primas a la industria germana, sobre todo de los minerales necesarios para fabricar armamento, como el wolframio[7]. Los puertos y las aguas españolas abastecieron a submarinos alemanes. Franco, además, colaboró con los servicios de espionaje nacionalsocialistas: España acogió una de las mayores concentraciones de espías alemanes durante la guerra, suministró información relevante al Tercer Reich porque desde su condición de no beligerante mantuvo relaciones diplomáticas plenas con los aliados, y se convirtió en el enlace europeo con las redes de espionaje nazi en América Latina[8].

Mas ante la evidente derrota de Alemania, Franco tuvo que ceder. El 5 de mayo 1945, mediante un decreto-ley, el gobierno español se solida-

4 Beneyto Pérez, J.: *El nuevo Estado español. El régimen nacional sindicalista ante la tradición y los demás sistemas totalitarios*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1939, 5.

5 La bibliografía reciente sobre la División Azul es abundante. Véanse Moreno Juliá, X.: *La división azul: sangre española en Ruisa (1941-1945)*, Barcelona: Crítica, 2005; Martínez Reverte, J.: *La división azul: Rusia, 1941-1944*, Barcelona, RBA, 2011 y Núñez Seixas, X. M.: *Camarada invierno: experiencia y memoria de la División Azul (1941-1945)*, Barcelona, Crítica, 2016.

6 Rodríguez Jiménez, J.L.: *Los esclavos españoles de Hitler,* Planeta, Barcelona: 2002; García Pérez, R.: "El envío de trabajadores españoles a Alemania durante la Segunda Guerra Mundial", *Hispania,* XLVIII/170 (1988), pp. 1031-1065.

7 García Pérez, R.: *Franquismo y Tercer Reich: las relaciones económicas hispano-alemanas durante la Segunda Guerra Mundial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994; Martorell Linares, M.: "La liquidación de los activos alemanes en España (1945-1958)", en E. Fuentes Quintana (dir) y F. Comín Comín (coord): *Economía y economistas españoles en la guerra civil*, Tomo II, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 607 y ss; Thomàs, J. M.: *La batalla del wolframio. Estados Unidos y España de Pearl Harbour a la Guerra Fría (1941-1947)*, Madrid, Cátedra, 2010.

8 Ros Agudo, M.: *La guerra secreta de Franco (1939-1945)*, Barcelona, Crítica, 2002.

rizó con los principios de la declaración 18 de Naciones Unidas de 1943 y la Resolución VI de Bretton Woods, y ordenó bloquear los bienes "pertenecientes a extranjeros súbditos del Eje o de países que han sido dominados por el mismo"[9]. España firmó la Resolución VI forzada por las circunstancias y bajo presión, tres días antes de que el Tercer Reich se rindiera incondicionalmente. Esta renuencia se traduciría más adelante en falta de colaboración con las autoridades aliadas y en un obstruccionismo pasivo frente a sus demandas, como se pudo constatar en el principal caso relacionado con el expolio de obras de arte detectado en España: el relacionado con las 22 pinturas intervenidas al súbdito alemán Alois Miedl y retenidas durante cinco años en el Puerto Franco de Bilbao, pertenecientes en su mayoría a la Colección Goudstikker.

Jacques Goudstikker, marchante holandés de origen judío y uno de los principales coleccionistas de arte europeos, murió al huir de Holanda con su familia hacia América, tras la invasión nazi. Su viuda sí logró llegar a Estados Unidos, pero en julio de 1940, contra su voluntad, bajo la amenaza de las circunstancias y a un precio inferior a su valor, Miedl compró la Galería Goudstikker a los accionistas que permanecieron en Holanda. Cedió parte de sus fondos a Hermann Goering, pero se quedó el resto del stock, las propiedades inmobiliarias de la sociedad y, sobre todo, el prestigio de la firma[10]. En mayo de 1944, intuyendo la derrota alemana, Miedl se refugió en España con un número indeterminado de pinturas, de las cuales quiso pasar 22 a través del Puerto Franco de Bilbao. Este lote fue detectado por los aliados y, a instancias suyas, en un amago de colaboración, el gobierno español lo retuvo en los depósitos del puerto franco. Pero la cooperación se limitó al bloqueo. Para los aliados la compra de la colección Goudstikker era ilegal conforme a la Declaración 18 de Naciones Unidas y la Resolución VI de Bretton Woods, suscrita por España, y exigieron su devolución a Holanda. Sin embargo el gobierno español alegó que Miedl poseía un contrato de compra y la colección, por tanto, era suya. Tras cinco años de negociaciones, avanzada la Guerra Fría, España devolvió las pinturas a Miedl con el beneplácito de los gobiernos aliados, ya más preocupados por combatir al enemigo soviético que en resolver los problemas heredados de la conflagración[11].

9 Martorell Linares, M.: "La liquidación de los activos alemanes...

10 Compra de la colección Goudstikker, en Aalders, G.: *Nazi Looting. The plunder of Dutch Jewry during the Second World War*, New York, Berg, 75 y ss. Biografía de Goudstikker e historia de la colección y su restitución, en Sutton, P.C. (ed): *Reclaimed. Paintings from the Collection of Jacques Goudstikker*, New Haven, Yale University Press, 2008.

11 Sobre el pleito entre las autoridades españolas y aliadas acerca del Caso Miedl

Sin duda, el Caso Miedl fue el más importante de los localizados en España. No obstante, como explica este texto, los servicios secretos aliados sometieron al país a una intensa vigilancia, identificaron las posibles vías de entrada de obras de arte procedentes del expolio y analizaron el mercado de arte para detectar cualquier movimiento que indicara el tráfico con ellas. Antes de entrar en materia, no obstante, es preciso apuntar algunas ideas generales sobre el pillaje de obras de arte cometido por los nazis en Europa.

1. El saqueo: de las incautaciones a la compra masiva de obras de arte

La Declaración 18 de 1943 y la Resolución VI de 1944 consideraban las obras de arte como un objetivo más en el contexto más amplio del saqueo global de todo tipo de recursos cometido por el Tercer Reich en los territorios ocupados. No obstante, el expolio del patrimonio artístico y cultural europeo constituyó una preocupación de primer orden para los aliados, que establecieron unidades específicas de investigación tanto en sus estructuras militares como en sus servicios secretos. En septiembre de 1943 el presidente Roosevelt creó la Comisión Estadounidense para la Protección y Salvamento de Monumentos Artísticos e Históricos de Europa, presidida por el magistrado del Tribunal Supremo Owen Roberts. La Comisión Roberts propuso la formación de una unidad militar destinada a preservar el patrimonio cultural europeo en el avance de las operaciones militares, pero también a su reconstrucción durante la paz: la *Monuments, Fine Arts, and Archives* (MFAA), integrada por expertos procedentes del mundo del arte, en su mayoría estadounidenses aunque también albergó a militares de otros doce países aliados. Por otra parte, en 1944, el gobierno norteamericano fundó dentro de la OSS, su servicio secreto, una sección especial dedicada a investigar el expolio artístico: la *Art Looting Intelligence Unit* (ALIU)[12].

El 12 de febrero de 1945, los ministerios de educación de Bélgica, Francia, Luxemburgo y Holanda firmaron un acuerdo que abordaba la restitución de "obras de arte, bibliotecas y archivos y, en líneas generales, del patrimonio cultural" saqueados por los nazis, y se comprometía a reintegrar "todos los bienes, muebles o inmuebles, derechos o intereses de los cuales los estados aliados o sus habitantes hayan sido

escribí un artículo hace ya unos años: Martorell Linares, M.: "España y el expolio nazi de obras de arte", *Ayer*, núm. 55, 2004 (3), 151-173.

12 La creación de la MFAA y la ALIU en, por ejemplo, Kurtz, M. J.: *America and the return of Nazi Cotraband. The recovery of Europe´s Cultural Treasures*, Cambridge, 2006.

desposeídos durante la guerra". El texto reflejaba las dos grandes preocupaciones que, a la altura de 1945, obsesionaban a los gobiernos de los países occidentales ocupados: la reconstrucción de sus patrimonios artísticos nacionales, y la restitución de las obras incautadas a sus legítimos propietarios. Y definía como bienes culturales expoliados todos aquellos que

> "durante la ocupación de todo o parte del territorio nacional han sido sustraídos por ciudadanos enemigos o por sus agentes a su patrimonio nacional tal cual existía antes de la ocupación, ya sea directamente por actos de secuestro o incautación, ya sea indirectamente por compras o transacciones, cualquiera que hayan sido los medios de pago empleados"[13].

Incautaciones y compras masivas de obras de arte y antigüedades: a través de ambas vías los nazis saquearon el patrimonio artístico y cultural en los territorios que invadieron. Solo en Francia, el trasvase de cuadros, esculturas, muebles antiguos, tapices, antigüedades, colecciones de libros y otros bienes culturales hacia Alemania rondó en torno a los 100.000 objetos. Incautaciones y compras han captado el interés de los investigadores que trabajan sobre el expolio desde 1995, año en que la historiadora Lynn H. Nicholas publicó el libro seminal *The rape of Europa*[14]*,* el periodista Héctor Feliciano hizo lo propio con *Le Musée Disparu*[15]*,* y el *Bard Graduate Center* organizó el congreso internacional sobre el tema *Spoils of war*[16]. Buena parte de las capturas fueron encargadas por los dos principales coleccionistas del Tercer Reich: Adolf Hitler y Herman Goering. Imitando su actividad frenética, numerosos jerarcas también amasaron arte compulsivamente, con el apoyo del Estado y las organizaciones paraestatales alemanas, de los gobiernos títeres y de ciudadanos colaboracionistas en los países sometidos, y la

13 "Restitutions des biens culturels", RG 239, London Files, 1943-1945, Background material, 66835106, Entry A1 12, National Archives and Records Administration (NARA).

14 Nicholas, L.: *The rape of Europe. The fate of Europe´s Treasures in the Third Reich and the Second World War*, Nueva York, Vintage Books, 1995.

15 Feliciano, H.: *Le musée disparu: Enquête sur le pillage des œuvres d'art en France par les nazis*, París, Austral, 1995.

16 Simpson, E. (ed.): *The Spoils of war: World War II and its aftermath: The loss, reappearance, and recovery of cultural property*, New York, Harry N. Abrams, 1997. En los años noventa proliferaron las investigaciones sobre el expolio nazi de obras de arte, asunto que hasta entonces no había recibido atención historiográfica. Baste con recordar dos libros que hoy siguen siendo fundamentales: Akinsha, K. y Kozlov, G: *Stolen treasure the hunt for the world's lost masterpieces*, London, Weidenfeld Nicolson, 1995, y Petropoulos, J.: *Art as politics in the Third Reich*, University of North Carolina Press, 1996.

colaboración de una pléyade de marchantes, historiadores y especialistas de arte encargados de localizar y seleccionar las piezas. Los museos y otras instituciones, así como incontables integrantes de las nuevas élites económicas y sociales que ascendieron al calor del nazismo, se sumaron al festín[17].

La incautación de obras de arte y otros bienes culturales respondió, en la mayoría de los casos, a la política de supremacía racial, a la convicción de que la cultura germana, fruto de la raza aria, era superior a otras culturas europeas que debían ser subordinadas o, directamente, exterminadas hasta eliminar su más mínimo rastro[18]. Así ocurrió con los ciudadanos de origen judío. La requisa de sus propiedades comenzó en Alemania, Austria y Bohemia antes de que empezara la guerra y proseguiría después en los territorios ocupados. Es un tema que ha ocupado un lugar secundario en la historiografía hasta los años noventa del siglo XX[19]. Pero como observó en el año 2000 la Comisión Mattéoli, no se trató de un problema menor, ni de una mera cuestión material, sino de una pieza intrínseca del Holocausto: "antes que un asunto económico, el expolio fue parte de una persecución cuyo fin era el exterminio", pues solo se priva de todo su patrimonio a quien ya no se pretende reintegrar a la sociedad[20]. El pillaje de los bienes artísticos encaja en el contexto más amplio de la desposesión de todas sus propiedades con el fin deliberado de borrar su memoria, de erradicar todo rastro de su presencia en la sociedad europea: desde empresas y viviendas hasta los ajuares de dormitorio o baño, o los simples enseres de cocina, requisados en Francia u Holanda de los apartamentos ya vacíos, una vez deportados sus ocupantes, y dispersados por Alemania en el marco de la *Mobel Aktion*[21]. El caso de las obras de arte, además, advirtió mediada la década de los noventa Elan Steinberg, presidente entonces del Congreso Mundial Judío, es un capítulo irresuelto del Holocausto, el "capítulo

17 Petropoulos, J.: *The Faustian bargain: The art world in Nazi Germany*, London, Penguin, 2001.

18 Petropopulos, J: *Art as politics...,* 7.

19 Dean, M.; Goschler, C. and Ther, P. (eds.): *Robbery and Restitution. The conflict over Jewish Property in Europe*, Bergham Books, New York, 2017.

20 La Mission d´étude sur la spoliation des juifs de France, conocida como Comisión Mattéoli por el nombre de su presidente, Jean Mattéoli, fue creada por el gobierno francés en 1997 y publicó sus informes en 2000. Mission d´étude sur la spoliation des juifs de France: *Rapport général*, Paris, 2000, 170.

21 Sobre el pillaje y la erradicación de cualquier rastro de la presencia judía, véase Aalders, G.: *Nazi Looting. The plunder of Dutch Jewry during the Second World War*, New York, Berg, 2004 (ed. or. 1999). La Mobel Aktion, en Wieviorka, A. y Azoulay F.: *Le pillage des appartements et son indemnisation*, Paris: La Documentation française, 2000.

final", dada la abundancia de pinturas que secuestraron los nazis y aún no han sido restituidas a sus legítimos propietarios o a sus herederos[22].

También respondió a criterios raciales la depredación de los objetos artísticos y culturales pertenecientes a los ciudadanos, instituciones privadas o estatales y confesiones religiosas en Europa del Este. Los nazis consideraban que los pueblos eslavos, bárbaros e incivilizados, no estaban capacitados para apreciar o comprender el arte. Además, su destino en el nuevo orden europeo era ejercer tareas serviles. De ahí que al avanzar hacia el Este, los alemanes destruyeran el patrimonio cultural identificado como eslavo –las casas-museo de Pushkin, Chéjov o Tchaikokvski, por ejemplo- y se apropiaran de aquellas obras de arte que asociaban a la cultura germana u occidental, ya formaran parte de colecciones estatales, privadas o eclesiásticas[23]. Por el contrario, salvo excepciones, en occidente los museos estatales o las posesiones de la Iglesia permanecieron intactas. Más allá de los criterios raciales, el Reich también confiscó las propiedades de otro tipo de enemigos: masones, cuyas bibliotecas "fueron saqueadas a lo largo de toda Europa" -constató un informe de la MFAA en 1946-[24], u organizaciones obreras[25].

Pero en los países ocupados de Europa occidental, el saqueo del patrimonio cultural no se limitó a las incautaciones. Los nazis también llevaron a cabo una campaña descomunal, desmedida de compra masiva de obras de arte en el mercado privado. Sin duda, es de menor importancia cualitativa que las requisas y embargos, vinculados en la mayoría de los casos al Holocausto y a otras políticas de genocidio cultural[26]. No obstante, el volumen de obras de arte afectado fue cuantitativa-

22 Steinberg, en RICKMAN, G. J.: *Conquest and redemption. A history of Jewish assets from the Holocaust*, Transaction Publishers, 2015, 335.

23 Para esto, Nicholas, L.: *The rape of Europe...,* 57-81 y 185-203.

24 "From Edith A Stanton to Allen Raymond", 29/11/1946, RG 260, Ardelia Hall Collection, Administrative records, Correspondence: General - Division, May 1946-December 1947, Roll 023, NARA.

25 Sobre las organizaciones obreras, véase, por ejemplo, el expolio de los fondos del International Institute of Social History, de Ámsterdam, en Kennedy Grimsted, P.: *Documenting Nazi Cultural Looting and Postwar Retrieval: Surviving, Archives of the Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg (ERR)*, Paper presented at the launch of the online publication by Patricia Kennedy Grimsted, Reconstructing the Record of Nazi Cultural Plunder. A Survey of the Dispersed Archives of the Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg (ERR), at the expert meeting "Cultural Plunder During the Second World War", 19 October, 2011, Jewish Historical Museum, Amsterdam.

26 Nicholas, L. H.: "World war II and the displacement or art and cultural property", in Simpson, E. (ed.): *The Spoils of war*…, 42.

mente mayor. De hecho, la suma de incautaciones y compras masivas fue percibida por los gobiernos de los países ocupados, durante el exilio o ya en la posguerra, como parte de un todo, de una esquilmación global del patrimonio artístico nacional: una transferencia masiva de arte y objetos culturales desde los países ocupados hacia colecciones estatales o privadas en Alemania. De ahí la referencia a la restauración del "patrimonio nacional tal cual existía antes de la ocupación", presente en el acuerdo sobre restitución de obras de arte firmado por Francia y lo países del Benelux en febrero de 1945.

Las compras se vieron favorecidas, entre otras razones, por la sobrevaloración artificial del marco, cuyo cambio oficial los nazis fijaron en Francia en 20 francos, cifra que equivalía a una depreciación superior al 30 por 100 de la divisa francesa respecto al marco de antes de la guerra[27]. Theodore Rousseau, teniente de la ALIU, constató en sus informes cómo "los compradores alemanes llegaban a París por centenares"[28], o cómo en Holanda tuvo lugar "un éxodo casi completo de las obras de arte propiedad de particulares, debido al ejército de compradores alemanes que entraban continuamente en el país"[29]. La adquisición de obras de arte alcanzó tal envergadura que el valor de las pinturas al óleo se triplicó en Francia o quintuplicó en Holanda[30].

Hitler y Goering nutrieron parte de su colección con las compras realizadas en los mercados occidentales, al igual que los museos alemanes. La posesión de obras de arte se convirtió en un elemento de distinción entre las nuevas élites políticas, económicas y sociales que medraron al calor del nazismo[31], desde comerciantes que "no sabían qué hacer con su dinero" hasta "los propietarios de castillos o pabellones de caza" que "necesitaban colgar cualquier cosa en las paredes de sus estancias vacías y corredores sin preguntar por su valía artística"[32], explicó el gestor de un pequeño museo alemán. Más allá del gusto por

27 P. Sanders: *Histoire du marché noir. 1940-1946*, Perrin, Paris, 2001, 167.

28 CIR nº 2, The Goering Collection, p. 33, RG 239, Subject Files, compiled 1944-1946, Roll 0088, NARA.

29 Miedl case, Report nº 4, RG 260, Restitution Research Records, compiled 1945-1950, Interrogations: Miedl Case, Roll 133, NARA.

30 Alza del precio del mercado, en David, G., Euwe, J., Goldman, N. y Oosterlinck, K.: (2017), "Preise spielen gar keine Rolle. "The booming art market in occupied Western Europe, 1940-1945", in Fleckner, U.; Gaehtgens, T. and Huemer, Ch. (eds.): *Markt und Macht. Der Kunsthandel im "Dritten Reich*, De Gruyter, 27-48.

31 Petropoulos, J.: *Art as politics*... 287 y ss.

32 "Wallraf-Richartz Museum", RG 239, Roberts Commission, MFAA Field reports. Development Of The Pictore Gallery Of The Wallraf-Richartz-Museum 1933-1944 By Otto H. Foerster [AMG-373], 66879991, A1 62, Roll 079, NARA.

el arte, la pintura era una inversión segura y rentable –como las joyas o los títulos de deuda-, cuando cualquier divisa estaba expuesta a derrumbarse en un momento u otro[33]. Tan rentable que a rebufo de las ingentes transacciones realizadas por los alemanes, el mercado del arte atrajo a individuos de los propios países ocupados –entre ellos, quienes habían hecho fortuna en las distintas vertientes del mercado negro-, así como de los países neutrales o de otros beligerantes. En la adquisición de arte y antigüedades, los nazis contaron con la cooperación –voluntaria o forzada por las circunstancias- de muchos ciudadanos que, animados por el alza de precios, vendieron su patrimonio al ocupante. También con la ayuda de un volumen notable de marchantes, galeristas o intermediarios cuyas actividades caían de lleno en la colaboración con el invasor.

Conforme se hizo evidente el próximo fin de la guerra, los aliados detectaron que los nazis estaban desviando parte de los beneficios obtenidos del saqueo hacia los países neutrales. Por esta razón, para evitar que establecieran en ellos bases sólidas y asegurar que la riqueza alemana se destinaría a la reconstrucción europea y al pago de reparaciones, desarrollaron diversos planes estratégicos denominados programas *safehaven*, dependientes de la agencia norteamericana encargada de coordinar la política económica exterior: la *Foreign Economic Administration (FEA)*[34]. Tanto la MMFA como la ALIU situaron desde un primer momento a España en su punto de mira, y constataron que a lo largo de la guerra y, sobre todo, desde la liberación de Francia, entraron en nuestro país una cantidad indeterminada de objetos artísticos procedentes del expolio. Entre 1944 y 1946 dejaron constancia de abundantes noticias al respecto, no siempre precisas, generalmente basadas en confidencias de sus informantes o en rumores.

Averiguar qué se movía en el mercado del arte español no era tarea fácil, máxime porque la dictadura nunca estuvo dispuesta a colaborar de buen grado, ni antes de firmar la declaración de Bretton Woods, ni después. Además, Estados Unidos tampoco mantuvo una política clara hacia España. La FEA y la OSS eran partidarias de una vigilancia extrema, coacciones y duras medidas de presión para obligar a Franco a distanciarse de los nazis[35]; por el contrario, el embajador en España

33 Oosterlinck, K.: *Art as a Wartime Investment: Conspicuous Consumption and Discretion*, Centre Emile Bernheim, CEB Working Paper N° 13/039, October 2013.

34 Los programas Safehaven, en Calvi, F. y Masurovsky, M. J: *Le festin du Reich. Le pillage de la France occupée 1940-1945*, Fayard, Paris, 2006, 453- y ss.

35 Diferencias entre Hayes, la FEA y la OS, en Calvi, F. y Masurovsky, M. J: *Le festin du Reich*... 472 y ss. Una semblanza de Hayes y de sus tensiones con los partidarios de una política más agresiva frente al franquismo, en Thomàs, J. M.: *La batalla del wolframio*...

Carlton Hayes defendía una actitud gradualista, contemporizadora, sin estridencias, que a través del diálogo ganara poco a poco el apoyo de Franco a la causa aliada. Hayes chocó con el aparato de administrativo de los programas *safehaven* y llegó, incluso, a proponer que se expulsara de España a los agentes de la OSS. Por otra parte, la MFAA y la ALIU, las agencias especializadas en localizar los frutos del saqueo artístico nazi, contaban con escaso personal, la mayor parte del cual estaba destinado en el teatro de operaciones europeo. Franco, desde luego, supo sacar partido a todas estas contradicciones.

Al llegar la paz, una sensación de desánimo se extendía entre la MFAA y la ALIU respecto al caso español. "A pesar de los rumores que reflejan lo contrario, muy poco arte expoliado ha sido descubierto en España" reconoció, con cierta frustración, un informe en mayo de 1945; sentencia que se repetiría como una letanía en otros posteriores[36].

2. España en la dispersión del saqueo: las vías de entrada

Los aliados no se equivocaban: conforme el resultado de la guerra comenzó a ser incierto para Alemania, los nazis empezaron a dispersar los beneficios procedentes del saqueo. Martín Bormann fue el ideólogo de un programa destinado a salvar activos en países neutrales: desde oro y piedras preciosas hasta títulos de deuda y acciones[37]. Y, por supuesto, obras de arte, mercancía de cómodo transporte y fácil venta en el exilio. Todo indica que Suiza fue el principal mercado exterior para el arte expoliado. Antes de 1939 los nazis ya vendían fuera de Alemania a través de Suiza las obras de vanguardia reputadas como *arte degenerado,* requisadas a los museos alemanes o compradas a precios ridículos y bajo coacción a ciudadanos de origen judío[38]. Muchas de estas piezas se trocaron por cuadros afines al gusto nacionalsocialista: preferentemente viejos maestros medievales, renacentistas y barrocos o paisajes del siglo XIX; otras fueron vendidas para sostener el esfuerzo bélico.

Sin embargo, un informe de la ALIU, de mayo de 1945, constató que España y Portugal fueron desde un primer momento territorio de paso hacia América Latina, ruta acrecentada desde que Estados Unidos

36 "Looted art in Occupied territories, neutral countries and Latin America", p. 27, 5/05/1945, RG 239, Monuments, Fine Arts and Archives Branch (MFAA) Field Reports, compiled 1943-1946, 1537270, A1 62, Roll 070, NARA

37 Bormann, en Harclerode, P. & Pittaway, B., *The lost masters. World War II and the Looting of Europe´s Treasurhouses*, New York, 2000, 147 y ss.

38 Sobre el gusto artístico nazi y la construcción de la categoría "arte degenerado", véase Petropoulos, J.: *Art as politics in the Third Reich*... 51 y ss.

entró en la guerra y sus fronteras se cerraron para los envíos procedentes de Alemania[39]. El tráfico entre España y América probablemente fue constante hasta avanzada la posguerra: "los envíos de Alemania a través de España llegaban a Colombia muy fácilmente. Los ingleses lograron interceptar muchas cosas, pero otras muchas lograron pasar", comentaba en una carta de 1943 un funcionario americano[40].

No obstante, más allá de planes organizados a gran escala, desde mediados de 1943 jerarcas nazis de primer y segundo rango, oficiales del ejército y de las fuerzas de seguridad del Estado, marchantes que habían acrecentado sus colecciones al calor del expolio, espías o mafiosos enriquecidos en el mercado negro, intentaron poner a buen recaudo en los países neutrales los beneficios acumulados. Al principiar la fuga, no solo el *arte degenerado* abandonó el territorio ocupado por el Reich: los nazis y sus colaboradores llevaron consigo todo tipo de pinturas, de cualquier época o estilo. Preferiblemente obras de tamaño pequeño o medio, fáciles de transportar, que por esta razón se cotizaron más que las obras de gran formato en los mercados del arte francés, holandés o belga[41]. Los prófugos, evidentemente, procuraban no dejar rastro de la dispersión, máxime desde que en enero de 1943 las Naciones Unidas decidieron investigar y tratar de impedir las transacciones desde los países del Eje hacia los estados neurales. La clandestinidad contribuyó a que los aliados solo encontraran pruebas concluyentes de un limitado número de casos.

La valija diplomática, que garantizaba la confidencialidad de su contenido, fue un recurso habitual en la dispersión de todo tipo de activos expoliados fuera del territorio ocupado por el Reich[42]. Los aliados tuvieron constancia de que los alemanes exportaban obras de arte por esta vía hacia Suiza, Suecia, España, Portugal o los países de América Latina. Pero con frecuencia hubieron de conformarse con las noticias imprecisas, a veces distorsionada, que les proporcionaban sus servicios secretos, pues la inmunidad diplomática y los esfuerzos de los estados neutrales por defender su soberanía frente a la presión aliada estorbaban la identificación detallada de casos concretos. Así, por ejemplo,

39 "Looted art in Occupied territories, neutral countries and Latin America", 5/05/1945, RG 239, Monuments, Fine Arts and Archives Branch (MFAA) Field Reports, compiled 1943-1946, 1537270, A1 62, Roll 070, NARA.

40 Carta de William Dismoor a Huntington Cairns, 11 de diciembre de 1943, citada en Nicholas, L.: *The rape of Europe...,* 164.

41 Oosterlinck, K: *Art as a Wartime Investment...,* 33.

42 Aalders, G. "By diplomatic pouch: art smuggling by the Nazis", *Spoils of War*, No. 3, (autumn 1996), en http://www.lootedart.com/MG8BV055362_showwholedoctree;1

los servicios secretos americanos constataron en marzo de 1945 que un avión de Lufthansa había descargado en Barcelona el equipaje del embajador español en Alemania junto con siete cajones con pinturas y nueve contenedores sellados. Es probable que se tratara del mobiliario de la legación española en Berlín, que había cerrado sus puertas poco antes. Pero, además, el mismo avión contenía otros veintiún cajones enviados por el gobierno alemán a su embajada en Madrid, aparentemente repletos de tapices, tesoros religiosos y joyas remitidos oficialmente a España para su restauración. No parece que los aliados obtuvieran una información más concreta sobre el caso[43].

Es imposible saber cuántos bienes artísticos o culturales penetraron en España a lo largo de la guerra por valija diplomática: Franco no rompió relaciones con el Tercer Reich hasta el 5 de mayo, tres días antes de la rendición alemana, y los vuelos de la Lufthansa fueron frecuentes hasta ese mismo momento. Además, acabada la contienda, el gobierno español permitió que los alemanes dispersaran el patrimonio de su embajada y destruyeran toda la documentación. Tras el 8 de mayo, el personal diplomático alemán entregó a las autoridades españolas todos los edificios oficiales, que los retuvieron hasta la firma del Acta de Rendición del 5 de junio. Durante un mes, en el que enviaron continuas notas de protesta al gobierno español, ingleses y americanos asistieron atónitos al saqueo. Cuando ocuparon los inmuebles no había un papel y cualquier artículo susceptible de hallar salida en el mercado negro había desaparecido: máquinas de escribir, material de oficina, aparatos de radio, vehículos, depósitos de gasolina... "hasta el extremo de llevarse los aparatos de luz y la fontanería exterior"[44].

Por supuesto, no quedó ni en la embajada ni en la residencia del embajador un solo objeto artístico: ni de los que habitualmente ornaban sus habitaciones y despachos, ni –en el caso de que hubiera llegado algún envío reciente- de los que hubieran podido penetrar el país mediante la valija diplomática. Los americanos achacaron la depredación de los edificios a Hans J. Lazar, jefe de prensa de la embajada, que se habría llevado "cuadros y otros valiosos objetos de arte, artículos de plata y oro"[45]. Nunca pudo demostrarse, porque el gobierno español protegió a

43 "Barcelona Shipment", 18/03/1945, RG 239, Records of the American Commission for the Protection and Salvage of Artistic and Historic Monuments in War Areas, 1942 - 1946, Subject Files 1944-1946, Spain, 66890417, A1 73, Roll 092, NARA

44 "Nota verbal núm. 469 de la Embajada de Estados Unidos", 25/06/1945, AMAE, leg. R 5813/1.

45 "Nota verbal núm. 469 de la Embajada de Estados Unidos", 25/06/ 1945, AMAE, leg. R 5813/1.

Lazar aunque los aliados reclamaran por activa y por pasiva su repatriación a Alemania. La dictadura tenía contraída una notable deuda con él, pues había contribuido a la organización de los servicios de propaganda franquistas durante la guerra civil[46]. Todavía en 1950 los aliados seguían presionando al gobierno español para que investigara los "objetos de arte, que se hallan en posesión del Sr. Lazar"[47]. No obtuvieron respuesta.

Otra vía para la entrada de obras de arte en España fue la frontera francesa. En esta empresa tuvieron un notable protagonismo las organizaciones criminales que colaboraron con los alemanes en el saqueo económico de Francia, singularmente los delincuentes vinculados al Bureau Otto, parte de los cuales buscaron refugio en España[48]. Desde la invasión de Francia y los países del Benelux y hasta la derrota de Alemania, el crimen organizado desempeñó un papel esencial en el entramado de poder nacionalsocialista en Europa occidental. Decenas de asesinos, atracadores, estafadores, ladrones violentos o de guante blanco, contrabandistas y trúhanes de toda ralea, muchos liberados de la cárcel por los ocupantes al principio de la contienda, integraron lo que de un modo general se conoció en aquel momento como la Gestapo francesa, aunque sus miembros pertenecieran a distintas ramas de las fuerzas del orden o de los servicios secretos militares alemanes[49].

Constituían una suerte de policía indígena que trabajó para los invasores proveyéndoles de materias primas y productos manufacturados adquiridos o decomisados en el mercado negro, localizando ciudadanos judíos e incautando sus pertenencias, o desmantelando grupos de resistentes. Al tiempo que servían a sus nuevos amos, ejercieron sus viejos oficios con total impunidad, hicieron fortuna e invirtieron sus ganancias en artículos seguros como oro, acciones, títulos de deuda, joyas u obras de arte[50]. Algunos, como Georges Delfanne, Rudy de Merode, Andreas

46 Peñalba-Sotorrío, M; "German Propaganda in Francoist Spain: Diplomatic Information Bulletins as a Primary Tool of Nazi Propaganda," *Bulletin for Spanish and Portuguese Historical Studies*: Vol. 37, Iss. 1, Article 3, 2012, 47-63.

47 "Memorándum, núm. 1.002", 10/01/1950, AMAE, leg. 5658/4.

48 El Bureau Otto era una organización dependiente de la Abwher, dirigida por oficiales alemanes e integrada en su mayoría por delincuentes afincados en Francia, cuya misión principal consistía en obtener materias primas y productos manufacturados en el mercado negro; véase Delarue, J; *Trafics et crimes sous l'occupation*, Pluriel, Paris, 2013 (ed. or. 1968), 27 y ss. Bureau Otto en España, en Calvi, F. y Masurovsky, M. J: *Le festin du Reich*..., 316 y ss.

49 Imbricación entre ocupantes y organizaciones criminales en Francia, en el libro ya citado de Delarue, J.; *Trafics et crimes sous l'occupation*... Aziz, P.; *Tu trahiras sans vergogne*, Fayard, Paris, 1970; Sanders, P; *Histoire du marché noir, Perrin 1940-1946*, Paris, 2001; Auda, G; *Les belles années du milieu, 1940-1944*, Michalon, Paris, 2013.

50 Inversiones en arte de los gánsteres asociados a la Gestapo francesa en, por

Folmer, Manfred Katz o André Gabison, ya formaban parte de la maquinaria de espionaje alemán en España antes de que acabara la guerra, por cuenta de la Abwehr o de la RSHA, y habían establecido redes que les permitían transferir materias primas o productos manufacturados desde el territorio español hacia el ocupado por el Tercer Reich, de modo que disponían de sus propias redes de contrabando en la frontera. Muchos cruzaron a España tras la liberación de Francia y aquí siguieron trabajando para los alemanes hasta su rendición[51].

El contrabando de obras de arte, por su cuenta o por cuenta de otros, fue una de sus actividades hasta la liberación de Francia. Dado que era una práctica clandestina, la MFAA y la ALIU solo captaron noticias equívocas y difusas, referencias imprecisas no siempre basadas en pistas fiables, y que difícilmente permitían construir casos sólidos. Pocas fueron las certezas y esa vaguedad ha llegado a nosotros en sus informes. No dudaban –por ejemplo- de que Jean Colonna, alias Jean Duval, pertenecía a la mafia marsellesa y se dedicaba "al tráfico ilícito de cuadros, joyas y automóviles"[52]. O sabían que André Gabison estaba «envuelto en la venta ilícita en España de objetos artísticos franceses» al igual que Andrés Otlet Linden, contrabandista belga que operó en el mercado negro francés[53]. Pero rara vez pudieron atribuirles casos concretos que permitieran detectar una obra de arte procedente del expolio. Una de esas escasas ocasiones llegó cuando demostraron que la ayuda de Colonna y Georges Delfanne fue crucial para que Alois Miedl cruzara la frontera española[54].

Es presumible pensar que en su huida a España los integrantes de la mafia colaboracionista llevaron consigo parte del botín acumulado

---

ejemplo, los expedientes sobre Frederic van Houten o Manfred Katz en el Archive de la Prefecture de Police, París (APPP): Affaire Rudy de Merode, J B 8 y Affaire Masuy, J B 7, respectivamente.

51 Las actividades de Delfanne o Gabison en España, Calvi, F. y Masurovsky, M. J: *Le festin du Reich*..., pp. 371 y ss., 347 y ss. Para Katz en España, véase Affaire Masuy, J B 7, APPP y Sala Rose, R. y García-Planas, P., *El marqués y la esvástica*, Barcelona, Anagrama, 278 y ss. Gabison en España, en Castillo, F: *Noche y niebla en el París ocupado. Traficantes, espías y mercado negro*, Madrid, Fórcila, 2012. Sobre Merode, Affaire Rudy de Merode, J B 8, APPP.

52 "Jean Duval, Colonna real name", May 1945, RG 239, The Roberts Commission, Card File on Art-Looting Suspects, compiled 1943–1946, C-D, Spain, 1518884, Roll 045, NARA.

53 Gabison y Otlet, en "FEA report on looted art", RG 239, Subject Files, 1944 - 1946, 66885182, A1 73, Roll 093, NARA.

54 Colaboración de la delincuencia colaboracionista en la entrada de Miedl, en Martorell Linares, M.: "España y el expolio nazi de obras de arte...

durante la guerra. La MFAA, por ejemplo, siguió los pasos de Michel Skolnikoff, judío de origen ruso que hizo fortuna trabajando para los alemanes en el mercado negro francés y tras la liberación de Francia se instaló en nuestro país. En abril de 1945 detectó que un miembro de su banda, Mario Nat, intentaba vender en Madrid un Velázquez –*Niño con una jarra*- y un Murillo –*Retrato de una mujer*-. Quizás la información no llegara a ser contrastada, pero lo cierto es que los aliados no siguieron –o no pudieron seguir- esta pista[55].

Al igual que otros jerarcas nazis y colaboracionistas[56], varios de estos delincuentes de rango menor se establecieron en España, se movieron con notable impunidad durante la posguerra mundial y más de uno se convertiría en empresario de éxito. Una década después, alguno aún traficaba con obras de arte. En 1955 la policía española detectó que el alemán Manfred Katz trataba de vender "un cuadro atribuido a Rubens", introducido "subrepticiamente" en España. Un informe de la Comisión de Valoraciones y Exportaciones de la Dirección General de Bellas Artes constató que la pintura era "de alguna importancia", aunque no podía ser atribuida a Rubens. El expediente policial sobre el caso no aportaba más datos: ni explicaba cuándo había entrado la pintura en el país, ni de qué obra se trataba exactamente, ni si al final Katz logró venderla[57].

3. ¿Hubo un mercado español para el arte procedente del expolio?

La MFAA y la ALIU, por lo tanto, tuvieron constancia de que a lo largo de la guerra y, sobre todo, desde la liberación de Francia, entraron en España una cantidad indeterminada de objetos artísticos procedentes del saqueo acometido por los nazis y sus aliados en Europa. Aunque consideraban que muchos habían seguido camino hacia América, no descartaron que España también pudiera ser el destino final de una parte y estudiaron las oportunidades que ofrecía el mercado español: desde coleccionistas privados hasta marchantes o galeristas, con la sospecha –no siempre fundamentada- de que cualquier obra de arte que se vendiera en el país era susceptible de proceder del expolio europeo.

55 MFAA to Douglas Cooper, Ministry of Economic Warfare, 28th april 1945, FO 837-1154, National Archives (NA).

56 Nazis refugiados en España, en Irujo, J. M.: *La lista negra: los espías nazis protegidos por Franco y la Iglesia*, Madrid, Aguilar, 2003; Collado Seidel, C.: *España, refugio nazi*, Madrid, Temas de Hoy, 2005; Juárez, J.: *La guarida del lobo: nazis y colaboracionistas en España*, Malabar, 2007.

57 Manfred Katz, expediente 85439, Archivo del Ministerio del Interior (AMI).

Un informe de la ALIU, de febrero de 1945, descartó la posibilidad de que permanecieran en España "obras famosas", piezas de primer rango y fama internacional, que hubieran sido fácilmente detectables. Creía, por el contrario, que había un espacio para las pinturas de grado medio: las menos conocidas de grandes artistas, de sus talleres o escuelas, o atribuidas a ellos; imágenes de pintores de segundo rango, pero que caían en la amplia categoría de "viejos maestros", pintura europea de los siglos XVI al XVIII; cuadros de pequeños tamaño, fáciles de transportar y de esconder si era preciso ocultarlos

> "Cualquier obra de tipo medio alcanza aquí precios extraordinariamente buenos, como en cualquier otro lugar del mundo. Es muy probable que los españoles compren una buena pintura u otros objetos, bien con el fin de guardarlos durante varios años hasta que la guerra se haya olvidado, o bien con el fin de exportarlos clandestinamente hacia Sudamérica. La facilidad con la que estas pinturas, ya sea sobre lienzo o tabla, pueden ocultarse es una verdadera tentación para quien quiera esconderlas. Los controles marítimos de Gibraltar o Trinidad no están realmente equipados para localizar este tipo de contrabando"[58].

Al igual que ocurrió en otros lugares de Europa durante la guerra, al crecer la demanda de pinturas, antigüedades y otros objetos artísticos –ya fuera para vender en España o en América- aumentó su cotización. Y al calor del negocio entraron en el mercado del arte individuos ajenos a él hasta la fecha, prestos a realizar una buena inversión. Fue el caso, por ejemplo, de Juan A. Conde, herbolario de la calle Fuencarral de Madrid, que compró en España una treintena de cuadros con el fin de colocarlos en Argentina: pintura italiana o flamenca del siglo XVII y pintores españoles del XIX como Jiménez Aranda o Pradilla. Pensaba trasladarlos allí personalmente, explicó a su hermano José Luis en una carta interceptada por los servicios secretos norteamericanos, para estudiar sobre el terreno las preferencias del mercado argentino, qué artistas eran allí los favoritos, y tantear si merecía la pena ese negocio[59].

58 "Recommendations concerning ORION´S activities in Spain", 13/02/1945, RG 263, Records of de CIA, Series: Select Documents of the Office of Strategic Services Released Under the Nazi War, Crimes Disclosure Act, Documents 134-167, 26285024, A1 90, NARA. El estudio de Cristina Zabala sobre las galerías de arte de Barcelona en los años 40 coincide en la apreciación aliada de que podían encontrarse en estos años "interesantes piezas" de viejos maestros. Zabala Adrada, C.: *Las galerías de ate de Barcelona en los años 40*, 2009, en https://cristinazabalaadrada.com/escritos/

59 "Postal censorship, from Juan A. Conde to José Luis Conde", 02/01/1945, FO 837-1154, NA.

Conde constató en su carta uno de los problemas del mercado español, común al resto de los europeos en aquellos años: la consideración de "obra de tipo de medio" a la cual aludía la ALIU encubría mucha morralla. "Es un negocio difícil –escribía a su hermano- puesto que hay verdaderamente pocas obras de calidad en venta y los precios son insultantes… las pinturas malas y las falsificaciones abundan en exceso. Hay un infinito número de pinturas cuyas firmas no son auténticas y hay que poner el mayor cuidado para que no te estafen"[60].

La MFAA constató esta misma impresión en más de una ocasión. En marzo de 1945 detectó que el mallorquín de origen alemán, Juan Buxó Gottsleben, intentaba vender un Rubens, *La incredulidad de Santo Tomás*, presumiblemente expoliado en París. Al principio habría pedido 250.000 pesetas, pero necesitaba hacer dinero rápido y pronto bajó a 70.000[61]. El consulado británico en Barcelona investigó el caso y en julio la embajada redactó un informe. Buxó no pudo demostrar la propiedad: aseguró que lo había traído de Maguncia, entre sus muebles, pero que el documento de propiedad estaba enterrado en una caja fuerte en algún lugar de Alemania. Trató, sin éxito, de vendérselo al millonario y coleccionista Juan March por 60 o 70.000 pesetas. Después lo expuso en el Círculo de Bellas Artes de Palma, donde tampoco halló comprador. Harto, se trasladó a Barcelona y pidió un informe al director del Museo de Bellas Artes, quien aseguró que era una copia con no más de sesenta años de antigüedad, realizada por alguno de los tres hermanos que a finales del siglo XIX reproducían en Colonia obras maestras. Al final, Buxó lo vendió por 10.000 pesetas a Santiago Marco, residente en Barcelona. Los expertos aliados creían que podía haber sacado más, pues se trataba de una buena copia. Y se desentendieron del caso[62].

La elevada demanda, y el aluvión de compradores inexpertos deseosos de hacer negocio rápido, habían sobrecargado el mercado artístico europeo de maulas y no parece que España fuera una excepción. Copias de viejos maestros realizadas décadas o siglos tras su muerte circulaban como auténticas y pululaban los falsificadores. Era preciso andar con tiento porque en un tiempo en el que apenas estaban desarrolladas las técnicas científicas que hoy permiten certificar la autentici-

60 "Postal censorship, from Juan A. Conde to José Luis Conde", 02/01/1945, FO 837-1154, NA.

61 "Information dated 8th March, 1945", RG 239, Roberts Commission, Subject Files 1944-1946, Spain, 1940-1946, 66890417, A1 73, Roll 092, NARA.

62 "Confidential, Safehaven Report, July 7, 1945", RG 239, Roberts Commission, Reports from Advisors Overseas, 1944 – 1945, London Dispatch No. 24195, Dated July 11, 1945, From John H. Scarff, 1944-1945, 66836975, A1 13, Roll 034, NARA.

dad de una pintura, el fraude estaba a la orden del día. Proliferaban las imposturas de calidad, algunas magníficas, hechas sobre tablas o lienzos de la época o con pigmentos obtenidos al raspar viejas pinturas auténticas de escasa valía, pero también las chapuzas solo aptas para cazar incautos. Circulaban imágenes de escuela o taller retocadas, recortadas o sobrescritas con la firma de grandes maestros. Y no faltaban expertos dispuestos a ganar un dinero extra avalando cualquier mixtificación[63].

No parecía que los aliados estuvieran preocupados porque los grandes museos españoles acrecentaran sus fondos con obras procedentes del expolio, aunque tampoco se les escapó que el Museo del Prado seguía con interés la entrada de pinturas procedentes de la Europa ocupada[64]. Sí les inquietaba la dispersión a través del mercado privado, más difícil de controlar, y por ello centraron su atención en los galeristas, marchantes y casas de subastas, así como en los coleccionistas particulares. Alguno de estos últimos fue identificado porque figuraba en la documentación localizada tras la guerra en el territorio que ocupó el Reich. Así, por ejemplo, pudieron constatar que Alfred Zantop, agente de la Abwehr residente en Barcelona desde los años treinta, sospechoso de encubrir bienes alemanes en España, compró en octubre de 1940 a su compatriota Alois Miedl un cuadro procedente de la Galería Goudstikker. Se trataba de una *Alegoría*, de Rubens, por la que habría pagado 175.000 pesetas[65]. No consta que los aliados plantearan oficialmente al gobierno español ninguna reclamación al respecto.

Los servicios secretos norteamericanos también acechaban al embajador japonés en Madrid, Yakichiro Suma, hombre de formación humanista, bien relacionado, amigo de Mariano Benlliure, miembro de la Academia Breve de Crítica de Arte que fundó Eugenio D´Ors en 1942 y, sobre todo, coleccionista de arte español. Llegó a atesorar en Madrid una colección que rondaba las 2.500 piezas, desde arte medieval hasta cuadros de Solana o Mariano Fortuny, parte de la cual

63 Falsificaciones durante la Segunda Guerra Mundial, en Lopez, J.: *The man who made Vermeers. Unvarnishing the legend of master forger Han van Meegeren*, Mariner Books, New York, 2009.

64 "Report on looted works of art in Spain--Miedl case", 13/02/1945, RG 239, Roberts Commission, Subject Files 1944-1946, Menten, H. W. 1940-1946, 66888651, A1 73, Roll 90, NARA.

65 "Alfred Zantop", s/f, RG 239, Roberts Commission, Subject Files 1944-1946, Spain, 1940-1946, 66890417, A1 73, Roll 092, NARA y "Kunsthandel v. h. J. Goudstikker" 17/12/1940, RG 239, Roberts Commission, Subject Files 1944-1946, Spain, 66888651, A1 73, Roll 92, NARA.

se expone hoy en el Museo de Arte de Nagasaki[66]. Creían los aliados que, dada su condición de comprador compulsivo, Suma probablemente habría adquirido obras de arte procedentes del expolio –recelaban, sobre todo, de cuatro Goyas de temática religiosa- y temían que pudiera enviar su colección hacia Japón antes de ser convenientemente escrutada. Pero no parece que llegaran a concretar sus dudas[67]. Entre los grandes coleccionistas españoles bajo sospecha figuró también Francesc Cambó, exiliado en Argentina. Uno de sus principales proveedores había sido Theodore Fischer, el galerista suizo que más transacciones realizó con los nazis. Ante el requerimiento de la ALIU, Cambó replicó que no tenía tratos con él desde 1929 y ahí quedó el asunto[68].

No resultó fácil para los aliados investigar a los coleccionistas españoles implicados en la compra-venta de obras de arte procedentes de la Europa ocupada. Una vía para detectar arte expoliado radicó en seguir la pista a las galerías, las casas de subastas y los mercados habituales. El teniente Theodore Rousseau, el experto en España de la ALIU, consignó en sus notas toda noticia que consideró sospechosa sobre transacciones más o menos públicas. El 5 de marzo de 1944, por ejemplo, apuntó que en el Rastro habían aparecido varias obras de Hans Memling, dos de Jacob van Ruisdael y uno de Lucas van Leyden. Al día siguiente le escamó una exposición de la Sala Vilches de Madrid, en la avenida de José Antonio 4, con tablas flamencas de los siglos XV-XVII. "¿Habrá pinturas de calidad?", se preguntaba[69]. En noviembre un memorándum francés llamó la atención sobre un alemán, cuyo nombre no citaba, que expuso ciento cincuenta cuadros de maestros franceses modernos en Bilbao, en la Sala de Exposiciones Alonso. Las firmas eran de primer orden: Monet, Daumier, Rousseau...[70] En marzo de 1945 los británicos daban cuenta de una venta privada de viejos maestros en Barcelona: tablas atribuidas a Rafael, Rubens, Ticiano,

66 Una buena imagen de la colección de Suma y de su pasión por el arte español, la entrevista que le hizo el crítico de arte de ABC, Cecilio Barberán, *ABC*, 18 de agosto de 1943.

67 "Suma. Japanese minister of Madrid", RG 239, Roberts Commission, Geographical Card Files on Possible Art-Looting Subjects, 1943-1946, Spain, 1943-1946, 66853221, A1 27, Roll 050, NARA.

68 Memorandum to Leonard Woolley, 15/12/1944, y Letter from British Embassy, Buenos Aires, 17/04/1945, FO 837-1154, NA

69 "Miedl. Dossier", RG 239, Roberts Commission, Subject Files 1944-1946, Menten, H. W. 1940-1946, 66888651, A1 73, Roll 90, NARA.

70 "Memorándum", 09/11/1944, RG 239, Roberts Commission, Subject Files 1944-1946, Menten, H. W. 1940-1946, 66888651, A1 73, Roll 90, NARA.

Ribera, Madrazo, Berrguete, El Greco...[71]. No parece que ninguna de estas pistas desembocara en nada concreto.

También detectaron qué galeristas y marchantes eran susceptibles de tratar con arte procedente del expolio. Consideraban que solo tres eran lo suficientemente grandes como para realizar "las transacciones importantes". Eutiquiano García Calles, propietario de una galería de arte en Madrid, en la calle Santa Catalina, que también vendía objetos de oro y antigüedades, y a quien la ALIU le tenía por un decidido germanófilo. Al igual que a Apolinar Sánchez, con tienda en la calle Santa Catalina, de Madrid, que estaba en contacto permanente con Hans Lazar, entre cuyos clientes figuraba el embajador japonés Yukichiro Suma, y que presumiblemente vendía obras de arte traídas a España desde Rusia por los integrantes de la División Azul. También figuraba como germanófilo en los informes aliados Felipe Sanz, anticuario con tienda en la Plaza de las Cortes y propietario del café Aquarium y del night club Casablanca[72].

Estos eran, a juicio de la MFAA, los marchantes de relieve que podrían tratar con obras de procedentes del expolio. Pero las sospechas abarcaban a muchos más. Pequeños, como El Cojo, un vendedor del Rastro que tenía tratos con Hans Lazar y que aparecía en las notas del teniente Rousseau[73]. O más grandes, como el librero Karl Buchholz, con sucursal en Madrid aunque residía en Lisboa, y al que los aliados consideraban como un agente alemán que en sus frecuentes viajes por América Latina traficaba con arte expoliado[74]. O medianos, como el anticuario francés Pierre Lottier, que regentaba en Barcelona la casa Muebles Manonellas. La policía española sabía que Lottier era contrabandista: el 27 de julio fue detenido por introducir en España "determinados objetos de arte" de forma clandestina. Los peritos de aduanas tasaron la mercancía aprehendida en 24.050 pesetas y le multaron con 16.092, aunque no comunicaron esto a los aliados. Es probable que fuera el único marchante imputado por la policía en algún caso relacionado con el contrabando de obras de arte procedentes de Francia[75]. Su historial no impidió que

71 "Letter from Joan Lynam", March 1945, T 209/9, NA.

72 "Transaction in looted art objects in Portugal", 28/02/1945, RG 239, Roberts Commission, Subject Files 1944-1946, Spain, 1940-1946, 66890417, A1 73, Roll 92, NARA.

73 "Dealers, Madrid. Nota manuscrita de Rousseau", 28/02/1945, RG 239, Roberts Commission, Subject Files 1944-1946, Spain, 1940-1946, 66890417, A1 73, Roll 92, NARA.

74 "Buchholz, Karl Horst"", RG 239, Roberts Commission, Geographical Card Files on Possible Art-Looting Subjects, 1943 - 1946, Portugal, 1943-1946, 66853125, A1 27, Roll 50, NARA.

75 La documentación española sobre el caso, en AMAE, leg. R 2163/96.

más adelante rigiera un boyante negocio de "Decoración, Restauración, Antigüedades y reproducciones", ni que firmara contratas con el Estado, como la suscrita a principios de 1952 para decorar "las habitaciones principales de la parte noble" del nuevo edificio del Instituto de Cultura Hispánica, en la Ciudad Universitaria. Percibió por amueblar los despachos del director y el secretario general la suma de 200.000 pesetas[76].

4. El cónsul español en Hendaya: un caso que escapó al control aliado

Lo cierto es que ni la MFAA ni la ALIU tenían medios eficaces para fiscalizar las compras realizadas en España por particulares, ni contaron en ningún momento con la complicidad del gobierno español. Tampoco resulta sencillo detectar hoy en día transacciones que apenas han dejado rastros documentales públicos. Por eso el caso del cónsul de España en Hendaya desde marzo de 1943, Antonio María de Aguirre y Gonzalo, es singular, pues gestionó buena parte de sus compras en el mercado francés desde su despacho y los movimientos para acrecentar su colección aparecen fielmente reflejados en la correspondencia consular. Contaba con una amplia red de amigos, agentes y ojeadores en París y otras ciudades francesas, que conocían sus preferencias y le tenían al tanto de las piezas que salían al mercado y le podían interesar. Figuraban entre ellos los pintores Julian Tellaeche y Federico Beltrán Masses; Lucas de la Peña Moreno, marchante y miembro de la Cámara de Comercio de España en Francia; Francisco Ferrer, de la Comisión de recuperación de bienes españoles en el extranjero o Pedro Villanova, de la *Ancienne Maison Mora, Josset et cie*.

Aguirre demandaba a sus intermediarios obras de calidad: "Yo que soy más impertinente y que tengo ya una buena colección, necesito una calidad muy superior, sin que me importe pagar, si es muy bueno o auténtico, y responde a los deseos nuestros", escribe en diciembre de 1944 a Enrique Cujo, de la empresa parisina *Commerces d´importation et d´exportation*[77]. Le gustaban los viejos maestros flamencos, italianos, holandeses o franceses de los siglos XV al XVIII, aunque también codiciaba a los pintores españoles del siglo XIX. Tellaeche le tentó con un cuadro de Mathieu Schoewaerdts, pintor flamenco del XVII y otro de Salomon de Bray: *El bautismo del centurión*; acabaría comprando a tra-

76 "Facturas de Pierre Lottier y de Romley", 9 de febrero de 1952, AMAE, leg. R 6985/79.

77 Carta de Antonio Aguirre a Enrique Cujo, 5 de diciembre de 1944, (10) 30 54/03883, AGA.

vés de él una obra del holandés Frederik de Moucheron[78]. Con Beltrán Masses trató la posibilidad de hacerse con una tabla del flamenco Frans Snyders[79]. Lucas de la Peña Moreno le habló de un Jacopo Bassano cuya adquisición probablemente gestionó al fin Pedro Vilanova[80]. Vilanova medió para que lograra, al menos, una de las tres telas de Federico Madrazo que sumó a su colección por estos años, y otra de Fra Carnevale. Además, llamó su atención sobre un lienzo de la escuela de Bueghel y otro de Elizabeth Vigée Le Brun[81]. Enrique Cujo le habló de dos cuadros de Michel Ange Cerquozzi, de la escuela italiana del XVII[82].

Además de pintura, buscaba muebles de época y antigüedades: tapices Luis XV o basados en imágenes de David Teniers, relojes, muebles Imperio, alfombras... Tanto en París, como en Burdeos o en Toulouse, donde por una cómoda Luis XVI, un buró Luis XIV y una mesa Luis XV pagó 120.000 francos, además de halagar al anticuario con un saco de ocho kilos de naranjas y dos de limones[83]. Los detalles con los proveedores –una suerte de pago en especies muy eficaz en la Francia desabastecida, despojada por los invasores- eran una de sus estrategias habituales. En agosto de 1944 le pidió a Pedro Vilanova que cerrara un trato por dos sillas holandesas con "15.000 francos y lo que quiera Vd. prometerle de alimentos: café, arroz o chocolate"[84].

Aguirre utilizaba agentes para acrecentar su colección. Pero desde su posición privilegiada de cónsul en la frontera francesa, él mismo actuó como intermediario en las adquisiciones de otros políticos españoles, o bien veló para que llegaran sin problemas a España. Gracias a su correspondencia sabemos que José María de Areilza, conde de Motrico, compró tres obras de la escuela francesa del siglo XVIII en la galería de D´Atri, marchante italiano afincado en París; Aguirre se aseguró de que el lote llegara sin problemas desde París hasta

78 Cartas de Julián Tellaeche a Antonio Aguirre, 7 y 17 de diciembre de 1943, (10) 30 54/03880, AGA y de Aguirre a Tellaeche, 25 de abril de 1944, (10) 30 54/03882, AGA.

79 Carta de Beltrán Masses a Aguirre, s/f (1944), (10) 30 54/03882, AGA.

80 Carta de Lucas de la Peña Moreno a Aguirre, 8 de noviembre de 1943, (10) 30 54/03880, AGA y de Pedro Vilanova a Aguirre, 14 de abril de 1944, (10) 30 54/03883.

81 Cartas de Aguirre a Pedro Vilanova, 29 de enero y 5 de julio de 1944, y de Pedro Vilanova a Aguirre, 24 de marzo y 16 de junio de 1944 (10) 30 54/03883, AGA.

82 Carta de Enrique Cujo a Aguirre, 5 de diciembre de 1944, (10) 30 54/03883, AGA.

83 Carta de Aguirre a "Objects d´art Ch. Gely", s/f/ (1944), (10) 30 54/03883, AGA.

84 Carta de Aguirre a Pedro Vilanova, 29 9 d agosto de 1944, (10) 30 54/03883, AGA.

España[85]. También actuó como ojeador para Emilio Navasqüés, uno de los directores de la política económica exterior del país desde el Ministerio de Industria y Comercio. Al igual que él, Navasqüés perseguía muebles antiguos y pinturas de los viejos maestros: quiso que Aguirre le gestionara la compra de un *secretaire* holandés, y de una tabla de la escuela de Brueghel. Ambos compartían como intermediario a Pedro Vilanova, y por él estamos al corriente de que Navasqüés compró "a un precio muy razonable" un cuadro de escuela holandesa de la colección Christofle[86].

Todas estas transacciones entraban en el ámbito de "las transferencias y operaciones con bienes, propiedades, derechos e intereses de cualquier clase" que los aliados se habían reservado el derecho a declarar nulas conforme a la Declaración del 5 de enero de 1943. Muchos ciudadanos franceses, holandeses o belgas se deshicieron de las obras de arte o las antigüedades que poseían. Con frecuencia, las ventas vinieron forzadas por las condiciones impuestas por la ocupación alemana: la pauperización de las economías familiares en los territorios ocupados o la devaluación forzosa de las divisas. Tras la invasión, el marco había pasado por ley a valer veinte francos franceses, una medida que significó una devaluación del 30 por 100. Pero la caída del franco se reflejó, incluso, en monedas de economías débiles como la española. El 21 de diciembre de 1943, el embajador en Vichy notificó al cónsul Aguirre que el cambio oficial entre la peseta y el franco pasaba de 21 pesetas por 100 francos a 12,80 pesetas por 100 francos[87]. Los compradores españoles de obras de arte se beneficiaban de las leoninas condiciones impuestas por los nazis a la economía francesa. "Hay que aprovechar", le recomendó a Aguirre el pintor Federico Beltrán y Masses[88].

Pero por encima de que esto fuera más o menos ético, estaba el problema del origen, pues en el mercado francés, holandés o belga se entremezclaban sin distinción las obras de arte procedentes de ventas más o menos voluntarias, con las que habían sido incautadas por los nazis a familias de origen judío. Aguirre y los compradores españoles a los que ayudó se acoplaron a la maquinaria alemana del expolio, pues sus intermediarios y proveedores fueron los mismos que trabajaban

85 Cartas de D´Atri a Aguirre, 13 de noviembre de 1943, (10) 30 54/03880, AGA y del conde de Motrico a Aguirre, 31 de enero de 1944, (10) 30 54/03883, AGA.

86 Cartas de Vilanova a Aguirre, 3 de febrero de 1944, (10) 30 54/03883 y de Emilio Navasqüés a Aguirre, 9 de agosto de 1944, (10) 30 54/03882, AGA.

87 Nota de la Embajada en Vichy al Consulado en Hendaya, 21 de diciembre de 1943, (10) 30 54/11773.

88 Carta de Beltrán y Masses a Aguirre, s/f (1944), (10) 30 54/03882, AGA.

para los nazis e integraban la categoría de "ciudadanos enemigos" o "sus agentes" citada en el acuerdo sobre restitución de bienes firmado por Francia y los países del Benelux el 12 de febrero de 1945. D´Atri, el marchante italiano afincado en París de quien Areilza consiguió varios cuadros trabajaba para Andreas Hofer, agente de Goering, y para Kajetan Muhlmann, jefe de la Dienstelle Muhlmann y uno de los principales responsables del expolio artístico en Austria, Polonia y Holanda[89]. Los aliados creían que Lucas de la Peña Moreno, el asesor de Aguirre, comerciaba con los nazis[90], y la policía francesa consideraba colaboracionista a Federico Beltrán y Masses, delegado de Bellas Artes de Falange en Francia, que residía en el hotelito de un ciudadano de origen judío deportado a un campo de concentración[91].

Beltrán y Masses encomendó a Aguirre al marchante Pierre Blanc: "con él harás buenos tratos, pues tiene materia, se entiende y es ladrón". Los aliados consideraban a Blanc "muy peligroso", un gran amigo del embajador alemán Otto Abetz que había trabajado para los alemanes denunciando colecciones judías; en 1945 huyó de Francia hacia Italia o Suiza[92]. André Schoeller, el experto que trabajaba para la Casa Drouot certificando la autenticidad de pinturas, y al que solía recurrir Aguirre si recelaba de la autoría de una obra, era descrito por los aliados como un "oportunista sin escrúpulos" que había hecho una considerable fortuna durante la ocupación y que aprovechaba su trabajo como certificador para informar a los alemanes sobre obras o incluso sobre colecciones enteras[93]. El Santo Bey de Semo, un exótico marchante de origen turco, con el que Aguirre también tenía tratos y a quien facilitó en alguna ocasión su paso a España, actuó como intérprete para los alemanes y comerció con ellos, gracias a lo cual también hizo una notable fortuna durante la ocupación[94].

A través de Pedro Vilanova, Aguirre compró un Madrazo al marchante René Brimo de Laroussilhe. Especialista en tapices y objetos

89 "Art Looting Investigation Unit. Final report", p. 88, 01/05/1946, RG 239, Roberts Commission, Reports 1944-1946, 66808646, A1 6, Roll 009, NARA.

90 "Lucas Moreno", RG 239, Roberts Commission, Card File on Art-Looting Suspects, 1943 – 1946, [Blank], 1943-1946, 66848519, A1 26, Roll 047, NARA.

91 Federico Beltrán Masses, 77W509-196643, APPP. Beltrán Masses como colaboracionista, en Sala Rose, R. y García-Planas, P., *El marqués*..., 252 y ss.

92 "Pierre Blanc", RG 239, Roberts Commission, Card File on Art-Looting Suspects, 1943 – 1946, Records of the Roberts Commission, 1943-1946, 66846546, A1 26, Roll 044, NARA.

93 "André Schoeller", RG 239, Roberts Commission, Card File on Art-Looting Suspects in France and Germany, France (A-S), 1943-1946, A1 34, Roll 052, NARA.

94 Santo Bey de Semo, 77W221-126039, APPP.

artísticos de la Edad Media. Brimo había trabajado para buena parte de los agentes de Hitler y Goering en Francia: Andreas Hofer, Alma Dietrich, Josef Muhlmann –hermano de Kajetan-, Karl Haberstock, Walter Bornheim… Para este último hizo de guía en un tour por la Francia de Vichy, durante el cual le puso en contacto con galeristas de Toulouse, Marsella y Lyon[95]. Tras la compra del Madrazo, Brimo emitió una factura bien detallada a nombre de Aguirre. Al cónsul no se le debía escapar que cualquier cuadro comprado en Francia por esos días, y más a un marchante que estaba trabajando con los nazis, era susceptible de haber sido incautado, expropiado, robado, y se la devolvió para que la modificara:

> "Le devuelvo la factura puesto que yo no necesito ningún justificante de paso –eso me trae sin cuidado- lo que necesito es que quiten el autor y el tamaño del cuadro por si acaso algún fresco se presenta a reclamarlo. Le devuelvo la factura para que hagan la corrección correspondiente, quitando el tamaño y el autor"[96]

Aguirre temía que tras la guerra alguien pudiera reclamar las pinturas que estaba comprando en Francia y trató de cubrirse las espaldas. Por si las moscas…

5. Conclusiones

A lo largo de la Segunda Guerra Mundial, y especialmente a partir de 1943, cuando la derrota de los países del Eje fue cada vez más previsible y los aliados empezaron a temer que Alemania y sus socios desviaran hacia los países neutrales parte del botín saqueado en la Europa ocupada, España fue sometida a vigilancia por las agencias aliadas encargadas de investigar el expolio nazi de obras de arte: la MFAA y la ALIU, esta última dependiente de la OSS. La acción de ambas organizaciones en España probablemente se vio entorpecida por la escasez de personal y los conflictos internos entre los servicios secretos norteamericanos y la embajada, al menos durante el mandato de Carlton J. H. Hayes. También por la nula colaboración del gobierno español.

El cambio en la deriva de la guerra obligó a España a distanciarse de los países del Eje, con los cuales la dictadura franquista entabló

95 "Brimo de Laroussilhe", p. 94, 01/05/1946, RG 239, Roberts Commission, Reports 1944-1946, 66808646, A1 6, Roll 009, NARA. También, Alford, K. H.: *Hermann Göring and the Nazi Art Collection. The looting of Europe´s art treasures and their dispersal after World War II*, London McFarland, 2012, 62.

96 Carta de Aguirre a Pedro Villanova, 28 de marzo de 1944, (10) 30 54/03883, AGA.

una clara sintonía ideológica en sus primeros años y cuyo esfuerzo bélico respaldó con soldados, trabajadores voluntarios, avituallamiento y suministro de materias primas necesarias para la fábrica de armas, al tiempo que apoyaba su red de espionaje. Pero que el Tercer Reich fuera derrotado no significa que Franco se alineara con los aliados. Al menos, no voluntariamente. La política angloamericana destinada a evitar la supervivencia de tramas nacionalsocialistas fuera de Alemania y a impedir que los nazis pusieran a salvo en los países neutrales parte de los bienes expoliados, constituyó un claro ejemplo. Mientras que el resto de los estados neutrales fueron plegándose a la presión angloamericana y firmaron la Resolución VI de la Declaración de Bretton Woods, España se resistió cuanto pudo: todavía el 2 de mayo de 1945, el Ministerio de Asuntos Exteriores español aseguraba que no se podía obligar "a un país neutral a participar en toda una serie de medidas de específica beligerancia". Sin embargo, ante la evidente derrota alemana, España suscribió la Resolución VI el 5 de mayo, tres días antes de la rendición oficial del Tercer Reich.

Que el gobierno español firmara la Declaración número 18 de Naciones Unidas o la Resolución VI de Bretton Woods no significa que respetara el espíritu que insuflaba ambos textos. El caso del arte expoliado es un claro ejemplo. En ningún momento, España cooperó con los aliados de buen grado y así se refleja en el caso de las veintidós pinturas bloqueadas al súbdito alemán Alois Miedl, procedentes de la Colección Goudstikker, que tras una larga serie de fintas diplomáticas le fueron restituidas en 1949. También en el hecho de que el gobierno español permitiera que Hans J. Lazar extrajera y conservara las obras de arte que tras la rendición del Tercer Reich permanecían en la embajada alemana en Madrid, e hiciera caso omiso de todas las peticiones aliadas para actuar al respecto; demandas que aún proseguían en 1950. O que España se convirtiera en refugio o escala de paso en la huida de nazis y colaboracionistas –y sus pertenencias- hacia América. Nazis y colaboracionistas que trajeron consigo, para poner a salvo, cuanto pudieron movilizar del fruto del expolio, incluidas las obras de arte.

Por encima de todo, el gobierno español hurtó información a los aliados. La colaboración fue nula. La MFAA y la ALIU sometieron a escrutinio el mercado del arte español, hallaron claros indicios de que algo se estaba moviendo, pero apenas pudieron probar nada. Estudiaron las posibles vías de entrada en España para el arte procedente del expolio. Constataron que, a punto de acabar la guerra llegaban de Alemania cargamentos con bienes culturales en aviones de Lufthansa –que mantuvo operativas sus líneas entre ambos países hasta el final de

la contienda- bajo cobertura de la valija diplomática, pero no lograron inventariar ningún caso con detalle. Pudieron reconstruir los pasos dados por las redes de espionaje y contrabando que ayudaron a entrar en España a los integrantes de la mafia colaboracionista francesa o belga, cuya pista siguieron en España. Sus pesquisas apuntaban a que muchos de ellos vendían obras de arte. Pero tampoco llegaron a demostrarlo fehacientemente.

Los aliados estaban convencidos de que una parte considerable de las obras de arte expoliadas que entraron en España siguieron camino hacia América. Pero también de que el mercado español podía absorber, quizás no grandes piezas maestras, pero sí obras de tipo medio, que estaban alcanzando aquí un elevado valor al igual que ocurría en otros lugares de Europa. También constataron que con el alza de precios entraron en el mercado del arte personas ajenas a él hasta la fecha, dispuestas a invertir un capital para hacer negocio, y comprobaron que circulaban como auténticas numerosas falsificaciones, obras de escuela o de taller y copias de viejos maestros realizadas décadas o siglos después de su muerte.

Vigilaron a los galeristas y detectaron cuáles probablemente estaban dispuestos a tratar con obras de dudoso origen. Cruzaron la información hallada en la Europa ocupada tras la guerra con las pistas que les llegaban de sus confidentes y colaboradores en España. Siguieron el rastro a varios de los grandes coleccionistas españoles, pero no pudieron abarcar todo: era prácticamente imposible detectar si alguien estaba, por ejemplo, comprando pinturas en Francia a los mismos marchantes que suministraban material a los nazis, máxime si –como hizo Antonio María de Aguirre, el cónsul de España en Hendaya-, había una voluntad expresa de no dejar ningún registro de sus transacciones permitieron seguir el rastro de obras adquiridas. La falta de investigaciones sobre los hábitos coleccionistas de las élites franquistas –y en general sobre el mercado del arte español en los años cuarenta- hace difícil saber hasta qué punto los casos de Aguirre, Areilza o Navasqüés, y sus compras en el mercado francés durante la Segunda Guerra Mundial, fueron aislados o responden a un patrón más extendido.

La documentación sobre España que recabaron la MFAA y la ALIU resultó copiosa y es más que posible que solo fuera la punta del iceberg. Revela que –en efecto- el mercado español del arte no estaba en fase de absoluta atonía y que la posibilidad de que parte de las transacciones que se realizaban dentro del país procedieran del expolio nazi era considerable. También es cierto que los aliados carecían de información suficiente para contrastar los datos que iban recibiendo.

No disponían de estudios sobre el mundo del arte en los años previos que permitieran constatar hasta qué punto las compraventas habían aumentado, aunque sus impresiones apuntaban en esa dirección. También es probable que todavía en aquellos años circulara un stock de obras de arte procedentes de la guerra civil: bien de robos y saqueos, bien de familias que se habían visto obligadas a vender su patrimonio[97]. No obstante, sus pesquisas permiten afirmar que en España había un notable volumen de comercio con obras de arte procedentes la Europa que habían ocupado los nazis.

A la postre, los aliados solo pudieron construir un caso de envergadura: el de las veintidós pinturas bloqueadas en el Puerto Franco de Bilbao al alemán Alois Miedl. Fue su reclamación más sólida al gobierno español, cuya escasa disposición a colaborar probablemente desalentó otras demandas asentadas sobre pruebas circunstanciales o informaciones imprecisas. Por lo demás, y como se vio obligada a reconocer la MFAA en más de un informe, "a pesar de los rumores que reflejan lo contrario, muy poco arte expoliado ha sido descubierto en España". Los rumores eran muchos; la convicción de que por España se movía un importante volumen de arte procedente del expolio, absoluta; las pruebas, escasas.

97 Zabala Adrada, C.: *Las galerías de ate de Barcelona en los años 40*, 2009, en https://cristinazabalaadrada.com/escritos/

5.

The transitional justice potential of holocaust-era looted art claims: re-weaving law's lattice

Therese O'Donell*

* Particular thanks are due to Professor Dino Kritsiotis of Nottingham University Law School, Professor Aileen McHarg of Strathclyde University Law School and Dr. Raymond Carragher.

1. Introduction

The Nazis engaged in a mammoth and organised programme of looting which began with the Third Reich's inception, spreading to epidemic levels throughout Europe and lasting until World War II's end. In Germany alone, US forces recovered 10.7 million art and cultural objects worth an estimated $5 billion.[1] As is discussed subsequently, the major body responsible for looting was the Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg für die Besetzten Gebiete (ERR)[2] but several satellite organisations ensured the tentacles of the spoliation programme spread as far as possible.[3] The Nazis constructed a legal web to facilitate the looting programme[4] which meant they '[r]arely kick[ed] down the front door [to] seize a painting off the wall, … rather the transactions were given an air of legitimacy through forced "legal" transactions'.[5] Despi-

1 600,000 artworks were looted from public and private collections in Europe and the USSR see J.Petropoulos 'Written Comments for House Banking Committee Hearing of 10 February 2000', http://archives-financialservices.house.gov/banking/21000pet.shtml Feliciano H., 'The Great Culture Robbery: the Plunder of Jewish-Owned Art' in Beker A. (ed.) *The Plunder of Jewish Property during the Holocaust*, Palgrave MacMillan, 2001, pp.164-176, p.166

2 The Reichsleiter Rosenberg Institute for the Occupied Territories

3 See for example the Sonderauftrag Linz, (which focused on amassing works for the planned Führermuseum in Linz), the Dienststelle Mühlmann (operated primarily in the Netherlands Belgium) and the Sonderkommando Künsberg (connected to Joachim von Ribbentrop, the Minister of Foreign Affairs and which spread from France, to Russia and North Africa).

4 For laws facilitating looting see Petropoulos, 'German Laws and Directives Bearing on the Appropriation of Cultural Property in the Third Reich' in Simpson E. (ed.) *The Spoils of War World War II and its Aftermath* Abrams, 1997 106. See also Pogany I, *Righting Wrongs in Eastern Europe,* Manchester, Manchester University Press, 1998, Chapter 2 and Bajohr F., 'Expropriation and Expulsion', in Stone D. (ed.), *The Historiography of the Holocaust* Palgrave Macmillan, 2005, pp.52-64, p.54.

5 Kaplan I., '3 Cases That Explain Why Restituting Nazi-Looted Art is So Difficult' *Artsy* July 15, 2017 https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-3-cases-explain-

te sterling investigative efforts made by the Monuments, Fine Arts and Archives Program agents (popularly known as the 'Monuments Men') unsurprisingly many cultural artefacts remain unreturned.[6]

Law appears as an obvious avenue of redress for dispossessed owners. However, law produces its own tyrannies. Difficulties facing claimants include the expense of claims, their multi-jurisdictional dimensions, the fact that items were often taken twice (once by the Nazis and subsequently by Soviet Trophy Brigades), legal disparities in rules relating to good-faith purchasers,[7] and, in particular, the operation of statutes of limitation. The difficult interplay of public and private international law adds another level of complication.[8] There are particular problems concerning heirless property,[9] plus tensions between victim groups and Israel's role as custodian of the heritage of Jewish people,[10] which combine to highlight the complexity of these claims. It is an irony that Jewish law itself recognises the concept of 'forsaking hope' of reclaiming a lost property.[11] Unsurprisingly many claims are

---

restituting-nazi-looted-art-difficult

6 Fedoruk A., 'Ukraine: The Lost Cultural Treasures and the Problem of Their Return' in Simpson n.4, 72, Henson E.J. 'The Last Prisoners of War: returning World War II art to its rightful owners – can moral obligations be translated into legal duties?' *DePaul L.Rev.* Vol.51, 2002, num. 4, pp.1103-1158, Parker J. 'World War II & Heirless Art: unleashing the final prisoners of war' *Cardozo J.Int'l&Comp.L.* Vol. 13, 2005, pp.661-696

7 Weil S.E., 'The American Legal Response to the Problem of Holocaust Art' (1999) *A.A.&L.* Vol.4, 1999, num.4 285, p.290. Due diligence can defeat the rule, Bazyler M.J., *Holocaust Justice*, New York, NYU Press, 2003, 212, Sykes 'Recovery of Stolen and Looted Works of Art: London December 10 1998' Vol. 4 *A.A&L.,* 1999, num.1, 81, 82

8 Roodt C., *Private International Law, Art and Cultural Heritage*, Cheltenham, Elgar, 2015, Chapter 6

9 Berenbaum M., 'Let Us Not Fight over the Yerusha' Sh'ma special edition June 2002, http://shma.com/2002/06/let-us-not-fight-over-the-yerushah/. In June 2008, an exhibition entitled 'Looking for Owners' opened at the Parisian Musée d'Art et d'Histoire du Judaïsme exhibiting 53 works whose pre-war owners remained untraced.

10 Zuckerman A., 'The Holocaust Restitution Enterprise: An Israeli Perspective', in Bazyler M.J. & Alford R.P (eds.), *Holocaust Restitution* New York, New York University Press, 2006, pp.322-330, 326, 329, and Bazyler, n.7, 277, and in Berenbaum n.9, Israeli Foreign Minister Moshe Sharett explicitly referred to Israel as the rights-bearer of the slaughtered in his 1951 Four Powers note Government of Israel 1951, Note of 12 March. See also Moses S. *Die Judishen Nachkriegsforderungen*, 1944 referred to in Barkan E., *The Guilt of Nations*, Norton, 2000, 4-5. Although see Kurtz M.J, 'Inheritance of Jewish property', *Cardozo L Rev* Vol.20, 1998, num. 2, pp.625-656, 643 and Merryman J.H. 'Two Ways of Thinking About Cultural Property' *AJIL* Vol. 80, 1986, num.4, pp.831-853

11 Broyde M.J. & Hecht M. 'The Return of Lost Property According to Jewish

inhibited pre-commencement and in legal terms, appear as 'subversive property.'[12] However, this chapter maintains that restitution is a component in the post-Holocaust justice process and is best understood as manifesting a facet of transitional justice because such restitution recognises an original wrong,[13] a context of persecution[14] and acknowledges systemic and societal responsibility.[15] Thus, restitution and reconciliation can be mutually supportive.[16] While life and death do not have an "Undo button",[17] if it is accepted that Nazi looting programmes dehumanized those deemed unworthy of ownership, restitution allows, in a small way, the return of an artefact representing pre-atrocity life and some reinstatement of status.[18]

As with law in general, international law locates its *raison d'être* and authority via its capacity for enforcement. In 2005 the UN General Assembly drew together key documents such as the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenants on Human Rights, and the Vienna Declaration and Programme of Action, in order to clearly articulate the imperative for grassroots implementation. The resulting UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law,[19] define restitution as broadly encompassing dignity, worth, identity and family. 'Holocaust survivors' were ordinary people too with families, homes, possessions, jobs, social lives and positions. Restitution can re-humanise,[20] resurrecting stories and 'dissipating shadows created by years of oblivion'.[21] Restitution also allows for the reification and veneration

---

and Common Law: A Comparison' *J.L. & Religion* Vol.12, 1995, pp.225-253, p.227

12 Keenan S, *Subversive Property: Law and the Production of Spaces of Belonging*, Abingdon, Routledge, 2015

13 Louise Ellman MP, *Hansard* General Committee Debs. 10.6.09 Col.14

14 Count Lambsdorff 'The Evolution and Objectives of The Holocaust Restitution Initiatives' (Symposium on Holocaust Restitution) *Fordham Int'l L.J.* Vol.25, 2001, num.6, pp.145-176, pp.171 & 175, (hereinafter 'Symposium')

15 Kritz N. (ed.) *Transitional Justice* Washington D.C., USIP 1995, xxxvii

16 Symposium, n.14, 147

17 Elster J., *Closing the Books*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 167, Cowen T, 'How Far Back Should We Go?' in Elster J. (ed.) *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*, Cambridge University Press, 2006, pp.17-32

18 Barkan, n.10, 22-23

19 Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 60/147 of 16 December 2005

20 Singer I., 'Why Now?', *Cardozo L Rev.* Vol.20, 1998, num.2, pp. 421-426, p.426

21 Feliciano n.1 and H. Feliciano, *The Lost Museum,* Basic Books, 1997, 244

of a culture which totalitarianism sought to make disappear. For survivors restitution could also generate personal reconstitution[22] which regains some pre-Holocaust, pre-survivorhood life. Former camp inmates emerge with something other than their victimization,[23] moving from being among history's objects to history's subjects.[24] For heirs, there can be a parallel recognition and remembrance of loved ones' existence as vibrant social beings. Law can construct legal spaces for the expression of collective memory, providing frameworks in which individual memory operates. As Macklem notes, law memorialises the past via

> ... principles, rules and procedures that invest historical moments with normative significance … Investing a minority's collective memory with legal significance strengthens its capacity to sustain its collective identity.[25]

Lest it be thought that these claims are now rare, the countervailing evidence illustrates the relevance of their analysis. On 6 November 2017, in a ceremony at The Mansion House, London, the Lord Mayor on behalf of the City of London Corporation restituted Jacob Ochtervelt's 'The Oyster Meal' to Mrs Charlotte Bischoff von Heemskerck, the 96 year old surviving daughter of the late owner, Dr. J. H. Smidt van Gelder, director of the Children's Hospital of Arnhem, The Netherlands. The 17th century painting, looted in 1945, was the subject of a restitution claim submitted by the Commission for Looted Art in Europe.[26] In July 2016 the Bavarian Parliament agreed that the State Government was to publish a report on works of art which, with its assistance, had been returned to high-ranking Nazis (who stole it) and their families, rather than to the families from whom they were taken.[27] In June 2017 the Federal Appeals court in Washington, for the second time in four years, rejected Hungary's request to throw out a lawsuit that seeks the return of 40 pieces of art to the heirs of Baron Mor Lipot Herzog who assembled one of Europe's great private art

22 *Ibid* generally

23 Barkan, n.10, 24

24 Arendt H. *Origins of Totalitarianism,* Harcourt, 1973

25 Macklem P., 'Rybná 9, Praha 1: Restitution and Memory in International Human Rights Law', *EJIL* Vol.16, 2005, num.1, pp.1-23, pp.13-14

26 See 'Old Master painting looted by Nazis in WW2 reunited with Dutch family' http://www.lootedartcommission.com/SPX58N28006

27 'Bavaria to investigate return of art to high-ranking Nazi families – Dombauverein commits to restitution of Kraus family painting' http://www.lootedartcommission.com/RXMWO852181

collections.[28] The US Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016 sought to provide the victims of Holocaust-era persecution and their heirs a fair opportunity to recover works of art confiscated or misappropriated by the Nazis. This caused the revival of the protracted Cassirer v Thyssen-Bornemisza litigation involving a looted Pissarro painting.[29] In 2015 a prominently active law firm in this field compiled a table of resolved claims which ran to 46 pages.[30] Finally, as will be seen, the UK Spoliation Advisory Panel has continued its work throughout the 2010s and its Dutch counterpart decided six claims in 2017 alone. This is a rich (if sometimes disheartening) area for legal inquiry.

The particularities of legal difficulties which claimants face are so extensive as to merit separate detailed analysis.[31] Broadly speaking, both the traditional inter-state treaty mechanisms and the modern legal context have offered little to claimants legally, and even less in terms of reconciliatory goals. The landmark case examples offered in in Part I stress the case against traditional regulatory frameworks and highlight the particular difficulties raised in long-running 'legacy' cases. Part II considers the relationship between restitution and transitional justice and particularly explores the flexibility and capacity of contemporary notions of transitional justice to embrace Holocaust-era art claims. Transitional justice classically involves justice strategies in times of serious political and social change within post-atrocity societies. For some countries, notably Austria, art restitution encourages acknowledgement of a painful historical chapter. More widely, the reconciliatory ethos and inter-disciplinary methodology of transitional justice appear particularly pertinent in the context of these claims. The chapter acknowledges the risks of such restitution initiatives but argues that with careful handling these can be avoided or mitigated. Characterising the spoliation of this property as 'thefticide'[32] properly locates its identity in the Nazi genocidal process

28 *David L. De Csepel v. Republic of Hungary*, 16-7042, U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit (Washington) The ruling opens the way for the claims to proceed before a lower court judge.

29 Summary judgment granted No. 05-cv-3459 (C.D. Cal. June 4, 2015; rev'd and remanded, No. 15-5550 (9th Cir. July 10, 2017) 'Cassirer v Thyssen-Bornemisza: California Court revives claim to Pissarro yet again' Art@Law https://www.artatlaw.com/latest-articles/cassirer-v-thyssen-bornemisza-california-court-revives-claim-pissarro-yet

30 http://www.herrick.com/content/uploads/2016/01/Resolved-Stolen-Art-Claims.pdf

31 For extensive detail on relevant law see T. O'Donnell 'The Restitution of Holocaust Looted Art: The Perfect Storm or the Raft of the Medusa?' *EJIL*, Vol.22, 2011 num.1 pp.49-80, pp.59-72

32 Cotler I., 'The Holocaust, Thefticide, and Restitution: a Legal Perspective', *Car-*

and highlights the complementary transitional potential of accompanying restitution initiatives. Looted art restitution casts light upon: the self-identity of Nazi perpetrators and associates; their view of victims; survivors' view of their own pasts and the place of relics within that; the role of heirs, and how law facilitates or hampers the reversal of thefts which foreshadowed mass murder. Finally, Part III analyses a selective review of novel Alternative Dispute Resolution models. These appear as infinitely more fruitful routes for achieving restitution and, in turn, justice and reconciliation. In particular, the inter-disciplinary models of the New York Holocaust Claims Processing Office and the UK Spoliation Advisory Panel highlight dynamic, legally-mindful routes for resolution.

Several considerations and catalysts drove contemporary interest in Holocaust art restitution and led to the resurgence in claims. Key factors included the internet's arrival, the end of the Cold War, the establishment of the World Jewish Congress Commission for Art Recovery and the 1998 Washington Principles (which effectively internationalised the US Association of Art Museum Directors' Principles). A number of extremely high-profile claims, often involving significant works and major collections further highlighted the cause.[33] Finally, restitution's restorative goal perhaps seemed more apt at the 20th century's conclusion.[34] Although this chapter principally considers the context of looted art, it ponders moves beyond traditional judicial approaches to law which are discussed in contemporary debates in sociology of law. The shortcomings of conventional legal routes (exemplified by tortuous proceedings, perverse procedural diversions and incoherent and inconsistent settlements) are problematic enough in legal terms. They are certainly generally unfit for

dozo L Rev Vol.20, 1998, num.2, pp.601-624, at p.623

33 In 2000 the US National Gallery returned a painting whose provenance details recorded the notorious Paris-based collaborator Karl Haberstock, Petropoulos J., *Art as Politics in the Third Reich* UNC Press, 1996. In 1999 non-UK claims arising out of Max Silberberg's estate concerned a Van Gogh from the Foundation for Prussian Cultural Heritage in Germany and a Pissarro from the Israel Museum. See also the *Littmann* claims (http://www.dfs.ny.gov/consumer/holocaust/bio/bio_littmann.htm), *Warin v Wildenstein & Co.* (medieaval Christian manuscripts), *Bennigson* 2004 WL , and *Alsdorf,* 2004 WL 2806301. McCarter Collins P., 'Has The "Lost Museum" Been Found? Declassification of Government Documents and Report on Holocaust Assets Offer Real Opportunity to "Do Justice" For Holocaust Victims on the Issue of Nazi-Looted Art' *Me.L.Rev.* Vol. 54, 2002, num.1, pp.115-155, pp.115, 118. For more context see Bazyler & Alford 'Introduction', n.10, 3. US initiatives included legislative action (Holocaust Victims Redress Act 1998 and the Stolen Artwork Restitution Act 1998) Congressional hearings and a Presidential Advisory Commission on Holocaust Assets, http://govinfo.library.unt.edu/pcha/lawsinfo.htm

34 *Chorzow Factory Case* PCIJ Series A.No.17 47

the more challenging purpose of broadly and deeply understanding the contexts from which these claims have sprung. However, with creative re-thinking, restitution law can fulfil its reconciliatory potential.

2. The case against traditional regulatory frameworks

Conventional restitution cases anticipate the pursuit, via civil court processes, of a claim by petitioners against current holders of an item. However, such traditional mechanisms are often revealed as unsuitable for these particular claims and, as will be demonstrated, the landmark court cases self-incriminate in this regard. The legal, emotional and financial resources required to sustain them reveal much regarding the regarding byzantine difficulties facing claimants.

2.1. Portrait of Wally

The first example offered concerns involving the late Viennese Jewish art dealer Lea Bondi[35] who fled to London in 1937 with "nothing more than she could carry".[36] In 1998 the Austrian Leopold Museum lent Egon Schiele's 'Portrait of Wally', to New York's Museum of Modern Art (MoMA). Bondi's heirs demanded MoMA hold the work pending resolution of their claim. MoMA refused, citing contractual obligations under an anti-seizure statute (a standard safeguard for lending museums). The New York District Attorney subpoenaed the art as stolen property and prolonged, intensive litigation ensued. US Customs Authorities intervened, alleging the illegal import of stolen property. MoMA, joined by an amicus brief submitted by nine major museums and two museum associations, moved for dismissal. Concerns arose over the future of anti-seizure statutes and international museum co-operation. The court judged the art as no longer stolen once in Allied custody. However, realising that this effectively legitimised all stolen Holocaust property which subsequently passed through Allied hands, the court spectacularly reconsidered. After years of tortuous litigation, the case concluded, practically on the eve of the trial, in July 2010, with settlement terms including payment of US$19 million by the museum to Bondi's estate.[37]

35 *US v Portrait of Wally* 105 F. Supp. 2d 288 (S.D.N.Y. 2000), *US v Portrait of Wally* 2000 WL 1890403, (S.D.N.Y. 28 December, 2000), *Portrait of Wally*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 6445 (S.D.N.Y. 2002).

36 Judith H. Dobrzynski 'The Zealous Collector -- A special report; A Singular Passion For Amassing Art, One Way or Another' New York Times December 24, 1997

37 Spiegler H.N., 'Recovering Nazi-looted Art: Report from the Front Lines' 16 *Conn.J.Int'l.L.* Vol.16, 2001, 297, 310-312, Spiegler H. 'Portrait of Wally: The US Government's Role in Recovering Holocaust Looted Art' in Bazyler & Alford, n.10,

2.2. Altmann v Austria[38]

The *Altmann* case involved a legal 'swamp' and the saga came to widespread popular international attention via the film *Woman in Gold*. Adele Bloch-Bauer owned six Gustav Klimt paintings, including *Adele Bloch-Bauer I*. When she died in 1925, she bequeathed them to her husband, Ferdinand Bloch, requesting that he leave them to the Austrian Gallery in Vienna upon his death. Bloch fled Austria post-*Anschluss*, abandoned his property, ultimately died abroad in 1945 and passed his estate to surviving nieces and nephews. The gallery acquired the paintings and, despite post-war claims by surviving relatives and internal gallery anxieties, claimed good title.[39] The Austrian Federal Monument Agency also insisted the Klimts be donated to the Gallery in return for an export licence for other works (a practice characterised as a 'restitution compromise'[40] and subsequently denounced as a form of extortion[41]). Fifty years later exorbitant Austrian filing fees inhibited Ms. Altmann (Ferdinand's niece and a US resident) from suing in Austria. The Austrian authorities' attitude somewhat contradicted other simultaneous Austrian initiatives which sought compatible,[42] if not uniform, understandings of history between *Anschluss* victims and modern Austrian institutions. The latter approach embodied a decent transitional outcome. Ultimately Ms. Altmann sued in California

---

pp.280-287, Bazyler n.7, 226-238, Esterow 'The Law is an Ass' *ART*-NEWS September 2000, 192

38 In the arbitral case of *Maria V. Altmann and Others v. the Republic of Austria*, https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/6-klimt-paintings-2013-maria-altmann-and-austria/arbitral-award-5-klimt-paintings-maria-v-altmann-and-others-v-republic-of-austria-15-january-2004/view; *Altmann v. Republic of Austria*, 142 F Supp 2d 1187 (C.D.Cal., 2001), 317 F 3d 954 (9th Cir. 2002); *Republic of Austria v. Altmann*, 541 US 677 (2004). See also Schoenberg (Altmann's attorney) 'Whose Art is it Anyway?' in Bazyler & Alford n.10 288, Bazyler n.7 240 and Prof. J. Petropoulos' expert report http://www.bslaw.com/altmann/Klimt/Petropoulos.pdf. See Yonover G.J., 'The "Last Prisoners Of War": Unrestituted Nazi-Looted Art' *J.L&Soc. Challenges* Vol.6, 2004, num.1, pp.81-98, p.88

39 2001 proceedings, n.38 fn 8.

40 Rathkolb O., 'From "Legacy of Shame" to the Auction of "Heirless" Art in Vienna', available at: http://www.demokratiezentrum.org/fileadmin/media/pdf/rathkolb_artloot.pdf

41 Falconer K.A., 'When Honor Will Not Suffice: the need for a legally binding international agreement regard-ing ownership of Nazi-looted art', *U Pennsylvania J Int'l Economic L* Vol.21, 2000, num.2, pp.383-426, fn.202

42 Hornstein A.B, 'A Strange Case of Holocaust Art: the Historical and Cultural Property Debate Over Who "Owns" Bruno Schulz', *Columbia J East European L* Vol.1, 2007, num.1, pp.142-187, p.187

against both Austria and the gallery. However, both defendants were foreign states as defined in the 1976 Foreign Sovereign Immunities Act (being the Republic of Austria and the Austria Gallery, an instrumentality of the Republic)[43] and American courts generally cannot exercise jurisdiction over foreign sovereign governments. However, an exception applies if the taking of property by a government violates international law. With respect to the Klimts, Altmann claimed her property was taken in violation of either customary international law or the 1907 Hague Convention (IV) on the Laws and Customs of War on Land.[44] Austria and the Gallery argued that the FSIA's exception was inapplicable to events significantly pre-dating FSIA's enactment. Proceedings culminated before the US Supreme Court where Austria lost. Even after resolution of this extremely complicated side issue, the key restitution question remained and was referred back to trial. The matter was ultimately resolved by private arbitration under Austrian inheritance law which concluded that Adele's testatory term represented only a request to Ferdinand not an obligation. The litigation lasted approximately six years.

2.3. Statutes of Limitations[45]

Because of the passage of time in such claims, statutes of limitation present serious problems, both as regards their standard operation[46] and their inconsistent and unreasonable application.[47] Decisions

43 Balfe S.C, 'Case Comments: Retroactive application of Foreign Sovereign Immunities Act allows claims for pre-enactment conduct – Austria v Altmann 124 S. CT. 2240 (2004)' *Suffolk Transnat'l.L.Rev.* Vol. 28, 2005, num.2, pp.359-368, Goodman M.,'The Destruction of International Notions of Power and Sovereignty: The Supreme Court's Misguided Application of Retroactivity Doctrine to the Foreign Sovereign Immunities Act in Republic of Austria v Altmann', Geo.L.J. Vol.93, 2005, num.3, pp.1117-1142

44 Article 56 '[a]ll seizure . . .of works of art. . .is forbidden, and should be made the subject of legal proceedings.'

45 Kaye L.M., 'Cultural Property Theft During War: Application of the Statute of Limitations' in Briat M. & Freedberg J.A. (eds.), *Legal Aspects of International Trade in Art* ,199, 220. Cuba S.,'Stop the Clock: the case to suspend the statute of limitations on claims for Nazi-looted art' *Cardozo Arts & Ent.L.J.* Vol.17, 1999, num.2, pp.447-490, Lerner R. 'The Nazi Art Theft Problem and the Role of the Museum: a proposed solution to disputes over title' 31 *N.Y.U. J.Int'l.L.&Pol.* Vol.31, 1998, Fall Issue, pp.15-42

46 Jewish law does not generally recognise time-bars – Resnicoff S. 'The Jewish Perspective on the Theft of Artworks Stolen during World War II' *DePaul LCA J.Art&Ent.L.* Vol.10, 1999, num.1 pp.67-76, p.70. See for example *Detroit Institute of Arts v. Ullin*, No. 06–10333, 2007 WL 1016996 (E.D. Mich. Mar. 31, 2007)

47 Schwartz W., 'The Holocaust' *Cardozo L.Rev.* Vol. 20, 1998, num.2, pp.433-442, p.438

on when statutory periods commence (that is, when time begins to run) are regularly left to judicial discretion.[48] Limitation periods often begin when plaintiffs discover or, exercising reasonable diligence, should have discovered, an artwork's whereabouts. However, research pre-Internet and during the Cold War was difficult, with records existing in various languages and in libraries, offices and homes throughout Europe.[49] Two major, expert books (Lynn Nicholas' *The Rape of Europa* and Hector Feliciano's *The Lost Museum*) were not published until the 1990s.[50] The US imposed a time-limit on property recovery by Executive Orders in 1941 & 1942 which stated that 'any property within the United States owned or controlled by a designated enemy country or national thereof could be transferred ... to the Alien Property Custodian (operating within the Executive Office of the President) as ... necessary for the national interest.' Many missed the deadline of Spring 1955[51] and strong arguments were made for legislatively suspending statutes of limitation in these claims.[52]

The case of *Goodman v. Searle*, (1996)[53] concerned a Degas painting purchased in 1932 (and sent abroad in 1939) by Friedrich and Louise Gutmann, Dutch-Jewish converts to Christianity, who died in concentration camps. Their children's post-war attempts to locate the artwork were unsuccessful. In 1994 a grandson, Simon Goodman, discovered the painting in the US ownership of pharmaceutical magnate Daniel Searle, who had purchased it in 1987. Searle refused the demand for return citing statutory limitations, and claiming that with greater diligence the family could have made discovery well before 1987 (via published books and exhibits). The claimants maintained that they had immediately reported losses to Allied forces and government officials throughout Europe, Interpol, art experts and the International Foundation for Art Research. Indeed, Searle had employed provenance experts who missed that a previous owner was Hans Wendland, a key Nazi art fence.[54] Af-

48 Generally Henson n.6

49 McCarter Collins, n.33, p.141

50 *Rosenberg v. Seattle Art Museum v. Knoedler-Modarco, Inc.* 42 F.Supp.2d 1029 (W.D.Wash. 1999), *mot. for recons. granted*, 70 F.Supp.2d 1163 (W.D.Wash. 1999), *vacated on recons.*, 124 F.Supp.2d.1207 (W.D.Wash.2000). Spiegler 'Front Lines' n.37, 301, Bazyler, n.7, 222-226 and Perkins C.S., 'The Seattle Art Museum: A Good Faith Donee Injured in the Restoration of Art Stolen During World War II', *.J.Marshall L.Rev.* Vol.34, 2001, num. 2, pp.613-636, pp.614-15

51 McCarter Collins n.33

52 Cuba, n.45, 450

53 Spiegler, 'Front Lines' n.37, 302-303, Bazyler, n.7, 215-221

54 Bazyler, n.7, p.218, see also Broyde and Hecht for some interesting perspectives

ter four years, the parties settled at the last moment, agreeing to shared ownership and display of the work in the Art Institute of Chicago. An accompanying notice poignantly indicated the painting's history.[55] The settlement barely covered the Goodmans' litigation expenses.[56]

Although due diligence seems fair, given that it is itself an uncertain standard, imposes onerous duties on inexpert, under-resourced claimants, ignores their anxieties regarding prejudiced anti-Semitic backlashes and regularly intoned warnings of failure, that is a doubtful conclusion. The antonym of diligence is neglect, which seems a grossly inappropriate implication given the context of the artwork's taking[57]. Possible application of 'demand and refusal' rules (which stall commencement of limitations periods until owners make demands for return which the possessor refuses[58]) have been lauded as a pragmatic, equitable approach for Nazi-plundered art claims,[59] by impliedly acknowledging research responsibilities of affluent, time-rich purchasers.[60] However, that also fixes upon moments of acquisition when art world practices were below contemporary standards and beyond individual purchasers' control. Sometimes demand and refusal appears equally unrealistic and unfair. Shifting burdens onto original owners who were Holocaust victim survivors seems unacceptable. However, as claimants are now commonly heirs a heavier burden may seem more acceptable. In any event, somewhat predictably, inconsistency exists in the application of demand and refusal approaches.[61] Further, even legal initiatives such as a 2010 law,[62] which sought

---

from Jewish law, n.11, p.239

55 Yonover, n.38, 88

56 Their other claim relating to a Botticelli also settled, Kaye L.M. 'Looted Art: What can and should be done', *Cardozo L Rev*. Vol.20, 1998, pp.657-670, p. 659.

57 Weil n.7, 292-293

58 *Menzel v. List* 267 N. Y.S. 2d 804 (N.Y. Sup. Ct. 1966) concerned a Nazi-seized Chagall painting which was re-discovered in 1962. The court held that the cause of action arose 'not upon the stealing or the taking, but upon the defendant's refusal to convey the chattel upon demand'.

59 Although see Lerner, n.45, 25-27

60 *Ibid*

61 *DeWeerth v. Baldinger* 38 F.3d 1266 (2d.Cir. 1994), cert. denied 513 US 1001 (1994) concerned a Monet painting allegedly taken from a German woman's collection by American soldiers. It was held that the demand was not timeously made because search efforts, between 1957 and 1981, were insufficient. This approach was inconsistent with earlier cases (see *Kunstsammlungen Zu Weimar v. Elicofon,* 678 F.2d 1150 (2d.Cir. 1982). *De Weerth's* approach was ultimately rejected in *Solomon R. Guggenheim Foundation v Lubell* (1991) 569 N.E. 2d 426 (NY 1991). See also McCarter Collins n.33, 134 and Hawkins A. & Rothman R.A., et. al, 'A Tale of Two Innocents: Creating an Equitable Balance Between the Rights of Former Owners and Good Faith Purchasers of Stolen Art', *Fordham L.Rev.* Vol.64, 1995, num.1, pp.49-96, pp.54-64.

62 California Code of Civil Procedure § 354.3 This legislation authorised civil ac-

to relax the statute of limitations for lawsuits by owners or heirs trying to recover artwork, have themselves endured lengthy complex litigation, thereby replicating difficulties which the statute sought to eliminate and resulting in further corrective legislation in 2016.[63]

2.4. Niche Legal Routes

Whereas the foregoing discussion outlines the classical approaches to property restitution, appeals have been made to pursue more contemporary and specialised legal avenues. As war crimes and crimes against humanity, lootings are non-prescribable given Article 1 of the 1968 Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity. However, the US is a non-participant in this treaty, (as are many 'market' nations), moreover, individual criminal responsibility will not facilitate restitution. Criminal categorisation may, at best, simply disapply statutes of limitation. In any case, dispossessed German Jews do not fall within its terms because the International Military Tribunal at Nuremberg considered international law insufficiently crystallized to cover pre-1939 German confiscations.[64]

Another theoretical route for claimants involves the application of human rights law, notably the 1950 European Convention on Human Rights.

---

tions against a museum, gallery, auctioneer, or dealer for the recovery of fine artworks that were unlawfully taken or stolen (including a taking or theft by means of fraud or duress) to be commenced within six years of the actual discovery by claimants or their agents of the identity and whereabouts of the artwork and information or facts that are sufficient to indicate that the claimant has a claim for a possessory interest in the artwork. The provisions were intended to apply to pending and future actions commenced on or before December 31, 2017, and included any actions dismissed based on the expiration of statutes of limitation in effect prior to the date of the enactment of this bill if, prior to that date, the judgment in the action was not final or the time for filing an appeal from a decision on that action had not expired, provided that the action concerns a work of fine art that was taken within 100 years prior to the date of the bill's enactment. See Gold D.S., 'California Dreaming: The Continuing Debate in California Over the Constitutionality of Eliminating the Statute of Limitations on Holocaust-Era Art Repatriation Claims' *Entertainment, Arts and Sports Law Journal* Vol. 22, 2011, num.1

63 *von Saher v Norton Simon Museum of Art at Pasadena* 592 F. 3d 954 (the Goudstikker claim), For comment see 'Court rules museum can keep Nazi-looted Adam and Eve masterpieces with a hidden past' L.A.Times 22 August 2016. See also *Orkin v Taylor* 487 F.3d 734

64 Although Control Council Law No. 10 did not require a 'war nexus' for crimes against humanity, there was tribunal disagreement regarding this omission's significance, see the *Einsatzgruppen, Flick, Ministries and Justice* cases.

Retroactivity/temporality arguments[65] might be considered challengeable since the loss of artwork looted pre-ECHR represents a continuing violation of Article 1, Protocol 1.[66] In the quite different context of post-war Czechoslovakian expropriations under the Beneš decrees, the Grand Chamber in *Prinz Hans-Adam II of Lichtenstein v Germany* acknowledged that 'possessions' include claims where applicants arguably had 'legitimate expectations' of obtaining effective enjoyment of property rights. However, claims involving the hopeful recognition of old property rights' survival, which had long since been impossible to exercise effectively, could not be considered as "possessions" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1.[67] Continuing violations were distinguishable from instantaneous acts with lasting effects.[68] This finding indicates that any applicant would face a complex process involving multiple hurdles.[69] Further, even in a successful application the Strasbourg Court could only recognise a violation, not award restitution. As well as the obvious difficulties arising from the intricacies of relevant law, problems also abound regarding the fora within which these claims are traditionally made – courts.

2.5. The Limitations of Judicial Fora

Courts focus on 'legal peace' and the winner/loser paradigm often restricts their capacity for nuance or breadth of perspective. While these claims ostensibly focus on establishing rightful ownership and title to an artefact, claimants articulate broader goals such as reifying links with lost loved ones and commemorating that bereavement as part of a social process of de-personalisation and death. Courts are not concerned with historical research - a job for which they are not equipped and their actors are not suitably skilled.[70] However, they do promise to provide a remedy and so understanding the remedy sought is crucial. The 2005 UN Basic Principles on Remedies and Reparations previously mentioned, stress the importance of fact verification, pu-

65 App.No.343/57 *Nielsen v Denmark*, Comm. Dec., (1958–1959) 2 Yrbk 412

66 App.No.214/56 *De Becker v Belgium* Comm. Dec., (1959–60) 2 Yrbk (ECHR) 214.

67 App.No.42527/98 (2001) para. 83. See also *Gratzinger and Gratzingerova v Czech Republic* App. 397/94/98 35 EHRR (2002) CD202.

68 Gattini A., 'A Trojan Horse for Sudeten Claims? On Some Implications of the Prince of Liechtenstein v Germany' *EJIL* Vol. 13, 2002, num.2 pp.513-544, p527. See also *Malhous v Czech Republic* App.No.33071/96 ECHR.

69 For a discussion of the contrasting outcomes at the UN Human Rights Committee see Macklem n.25, 9-10

70 Even relations between claimants and commissioned historians can sour, *Feliciano v Rosenberg* No.602612/2001 (N.Y.Sup.Ct. Feb. 14, 2003) (dismissed)

blic disclosure of the truth, apologies and acceptance of responsibility. Although this infinitely more multi-faceted, potentially didactic, construction of a remedy might be a possibility for judicial proceedings, it is far from inevitable or straightforward.[71] More truthfully, law often simply poses as closure.[72] Given evil's existential character, any more ambitious project simply overwhelms law[73] and historians in particular, are very sceptical and uncomfortable about a court's ambition outstripping its ability.[74] Terms such as 'truth', 'justice' and 'history' are invoked in concert with law's power as an elite discipline to potentially create an invulnerable, monolithic conclusion.[75] In fact, courts generally establish rights to particular chattels saying little regarding related cultural implications.[76] This is not to say that judicial settlement has no worth. However, if the terms of the 2005 UN Basic Principles are to be realised they must at least be supported by complementary models of justice. Truth and reconciliation models are useful for contextualizing human rights atrocities. Similar functions could be performed in the context of restitution by invoking alternative methods such as arbitration and mediation. The New York Holocaust Claims Processing Office and the UK Spoliation Advisory Panel are possible models and are discussed below.

3. Making the case for restitution

3.1. transitional Justice

Transitional justice is considered crucial to a traumatised society's (re-) establishment of the rule of law. The United Nations defines it as the full range of processes and mechanisms associated with a society's attempt to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation.[77]

While transitional justice has traditionally been associated with societies emerging from recent periods of serious internal political and

71 Barkan & Weisberg, Symposium, n.14 p.162-164, see also Douglas L., *The Memory of Judgment* Yale, 2005

72 Curran, Symposium, n.14 p.165

73 Cotler n.32, p.603

74 Bloxham 'The Holocaust in the Courtroom' in Stone n.4, pp.397-419, p.398

75 Curran, Symposium, n.14, 160-162

76 Pruszyński 'Poland; the war losses, ‚Cultural Heritage and Cultural Legitimacy' in Simpson, n.4, 50

77 https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf

social strife,[78] its themes concerning the broad interest of rights, the recognition of systems and its ethos of serving justice in sustainable terms are clearly germane to the context of Holocaust-era art claims. Further, transitional justice stresses methodological techniques which allow analysis of these claims in 360 degrees. As well as achieving actual restitution and the establishment of accountability, this approach also elaborates on the processes and (perverse) rationale for victims' de-personalisation. In so doing, a pre-annihilation existence is acknowledged. Transitional justice also allows the possibility of legal recognition of genocide (and, in the context of Jewish ceremonial art and artefacts in particular, cultural genocide).[79]

The 2005 UN Guiding Principles stress the centrality of victims in the design and implementation of transitional justice processes and mechanisms and encourage a comprehensive approach towards combining various transitional justice processes and mechanisms. Efforts should also endeavour to take account of the root causes of repressive rule, and address violations of all rights. Thus, the UN's urgings echo the aforementioned concerns that human rights abuses and atrocities are not isolated, episodic events but reveal a systematicity of oppression. As the UN Secretary-General's 2010 Guidance Note accompanying the Principles observes, 'Violations of economic, social, and cultural rights not only exacerbate or spark social or political tensions resulting in conflict or repression, but conflict or repression often precipitate further violations of these rights.' Thus, strategic approaches must address the related violations of all rights, including economic, social, and cultural rights (for example the loss or deprivation of property rights). Systematic discrimination, must be addressed in a legitimate and fair manner by trusted public institutions. Crucial components of an effective transitional justice process are further considered to include '… both judicial and non-judicial processes and mechanisms … facilitating initiatives in respect of the right to truth, delivering reparations'. Again, the innovations in the art restitution programmes would seem to locate themselves firmly in this area. Although philosophical conundrums prevail for some (for example regarding the Holocaust's quantification or 'blood money'[80]) more creative methods of justice can preserve the essential integrity of legal process whilst

78 Teitel R.G., *Transitional Justice* Oxford University Press, 2002

79 Davidson L., *Cultural Genocide* Rutgers, 2012 and *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi* ICC-01/12-01/15 https://www.icc-cpi.int/mali/al-mahdi

80 Symposium, n.14, 147

avoiding its associated entanglements and nevertheless simultaneously contribute to a transitional project.

3.2. Relationships between Restitution and Transitional Justice

Relationships between restitution and transitional justice are not unknown and restitution has developed in conceptual terms and as a moral trend.[81] Clear illustrations exist in post-communist societies[82] regarding state-expropriations. Even more explicit are pressures on former imperial powers to return culturally significant artefacts to indigenous peoples.[83] However, transitional restitution need not be restricted to these paradigms since the goal of recognising historical wrongs in their particular contexts is a broad one. Whereas the return of artefacts to indigenous peoples preponderantly focuses on group restitution, Holocaust art claims are generally individualised, springing from a nationally heterogeneous diaspora and concern properties commonly residing with both museums and individuals (who are often good faith purchasers). Thus, these claims offer something particular to the discourse.

In socio-historical terms, Holocaust art claims utilise micro-accounts to throw light on major historical events and vice versa. As the claims identify, many of the relevant artworks were sold off at low prices in the 1930s through Nazi-collaborating dealers or via Aryanised auction houses (like the Berlin-based one of Paul Graupe discussed in UK Spoliation Advisory Panel claims below) and implicated a large number of private individuals. The looting and spoliation process thus related to the wider Nazi programme of *Gleichschaltung*, a social process which sought to wholly Aryanise German society. Indeed, re-examining collective responsibility was an explicit motivating force behind various initiatives in 1990s Austria, including the 1995 law establishing the National Fund of the Republic of Austria for Victims of National Socialism and the 1998 establishment of the Independent Historical Commission.[84] As well as

81 Skinner K.N. 'Restituting Nazi-Looted Art: Domestic, Legislative, and Binding Intervention to Balance the Interests of Victims and Museums' *Vand. J. Ent. & Tech. L.* Vol. 15, 2013, num.3 pp.673-712, 701

82 Quint P.E *The Imperfect Union* Princeton N.J., Princeton University Press, 1997, Cepl 'A Note on the Restitution of Property in Post-Communist Czechoslovakia' 7 *Journal of Communist Studies* Vol. 7, 1991, 368

83 Akhavan A. 'Cultural Genocide: Legal Label or Mourning Metaphor? *McGill L.J.* Vol.62, 2016, num.1, pp.243-272

84 Lessing H. & Azizi F. 'Austria Confronts Her Past' in Bazyler & Alford, n.10, pp.226-238, pp.228-229, http://www.en.nationalfonds.org/

engaging in the return of an artefact, restitution shines a light upon such macro-social processes thereby claiming a place in transitional studies.

Art claims also differ from the other Holocaust restitution initiatives because they are not faceless class actions;[85] rather, the artwork's individual, decades-long, cultural journey can be chronicled. Further, a clearer articulation of restitution's meaning for claimants is possible. If art ownership projects group and individual identities, then undoing the art looting process allows discussion of complex questions about cultural identities of victims, perpetrators and beneficiaries. Unlike apportioned compensatory awards, art claims (often only of symbolic[86] value) seek the actual object's return. Behind every looted piece lurks the Holocaust narrative.[87] Indeed, a prime example in this regard is the aforementioned *Altmann* claim which principally concerned the famous Klimt painting *Adele Bloch Bauer I*. First, it revealed the shortcomings and complications of litigation within domestic and international law regimes ultimately revealing arbitral resolution's attractiveness.[88] As noted earlier, Austria's paradoxical role post-*Anschluss* was highlighted and examined. Although the Altmanns had previously received $21.9 million from a banking-claim fund, it was the iconic 'Klimt claim' which told their story. This individualised case also illuminated understandings of national identity.[89] The Austrian Gallery depicted Klimt as quintessentially Austrian, stressed the perils of re-locating the paintings to a discombobulating US context and argued their centrality to its standing as a national gallery. However, as an early modernist artist, Klimt's relationship with the Jewish Adele Bloch-Bauer highlighted both Jewish acculturation of, and indisputable contributions to, Western European artistic culture.[90] Nazism's art-looting as a simultaneously dehumanizing and self-advancing programme was also revealed. Thus, restitution's revelatory potential is clear. It should not be hidebound by the unimaginative and mechanical practice of court-bound adversarialism.

85 Unlike the insurance and Swiss bank claims Bazyler n.7, p.209.

86 Curran V.G., 'Competing Frameworks for Assessing Contemporary Holocaust-Era Claims', 25 *Fordham Int'l.L.J.* Vol.25, 2001, Symposium Issue, S-107-S-132, German social psychologist Welzer H., 'Vorhanden/Nicht vorhanden. Über die Latenz der Dinge' in *Arisierung im Nationalsozialismus* (2000)

87 Cotler, n.32, pp.602-603.

88 See n.38

89 Cuno J., *Who Owns Antiquity?* Princeton N.J., PUP, 2010. See Poland/Israel's unpleasant exchanges regarding Bruno Scholz's frescoes, Hornstein n.42, pp.149-153.

90 Schorske C., *Fin-de siécle Vienna* Random House, 1981, Edmonds D. & Eidinow J. *Wittgenstein's Poker*, 2001, pp.65-66, 72-73

3.3. The Risks of Restitution

As noted, philosophical dilemmas surround restitution claims, yet avoiding group fragmentation is crucial in any reconciliatory process. Any notion of commodifying[91] or financially evaluating Auschwitz and Treblinka is impossible and repulsive.[92] Restitution cannot 'whitewash'[93] nor establish moral virtue by the purchase of 'a just and ethical past'.[94] It cannot erase responsibility.[95] German strategies during the 1950s compensation negotiations were termed *'Wiedergutmachung'* ('making whole' or 'making good again'), however, Holocaust claims usurp 'spoils of war' models.[96] Indeed, *Wiedergutmachung's* use was specifically rejected in the 1990s by senior officers of the Conference on Jewish Material Claims against Germany.[97] Upon signing the 1998 Holocaust Victims Redress Bill, President Clinton also distinguished between making whole any suffering and hastening restitution.[98] Perhaps a more explicit acknowledgment of the relationship between *Wiedergutmachung* and *Vergangenheitsbewältigung* (overcoming the past) would have alleviated matters.[99] Fears also exist regarding anti-Semitic backlashes[100] and while these should not inflict a heckler's veto on legitimate claims, negotiators should safeguard against media exploitation. Restitution needs a radical re-think 'in precedent and principle' (and in presentation) away from traditional civil/property law lenses to appear relevant and attractive[101] and to make its call irresistible.

91 Bazyler & Alford, n.10, 13

92 Eizenstat S.E., *Imperfect Justice* Public Affairs, 2003, p.ix

93 Bazyler & Alford, 'Introduction', n.10, p.1

94 Fogelman, Symposium, n.14, p.167

95 Cotler, n.32, 609, and Sturman, 'Germany's Re-examination of its Past through the Lens of the Holocaust Litigation', in Bazyler & Alford, supra note 10, p. 217.

96 Greenfield 'The Spoils of War' in Simpson, n.4, p.38

97 http://www.claimscon.org/?url=successor_org, Taylor *ibid* 167, Rabbi Miller 'The Conference on Jewish Material Claims Against Germany' 20 *Cardozo L. Rev.* Vol.20, 1998, num.2, pp.579-582

98 http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=55479

99 Lillteicher 'West Germany and the Restitution of Jewish Property in Europe' in Dean M., Goschler C., and Ther P. (eds), *Robbery and Restitution,* New York, Berghahn, 2008, p.109

100 e.g. anti-Semitic press cartoons appeared during the banking negotiations leading to Austria's Jewish community leader, Paul Grosz, stressing the importance of understating the success of Austrian art restitution Eizenstat n.92, 195, 284, 302-303, 328 & 340, Berenbaum M. 'Is the Memory of the Holocaust Being Exploited?', Midstream, Apr. 2004, available at: www.midstreamthf.com/200404/feature.html;48

101 Cotler n.32, pp.602, 609-610

3.4. Holocaust Art Claims' Wider Significance

Although further historical evidence of looting is intrinsically valuable, such phenomena must be comparatively analysed and classified[102] but, as yet, an analytical meta-framework awaits completion. While Holocaust claims models must not create restrictive narratives of suffering, their reflective and restrained invocation potentially allows them to speak to the experiences of other oppressed groups seeking legal and financial recognition. Future atrocities and their experience of post-hoc legal genealogy will likely reflect those of the Holocaust (criminal trials, preservation of historical memory and compensation/restitution).[103] Signposting concerns and obstacles potentially offers resources for the crafting of appropriate creative justice pathways.[104] Reframing Holocaust-era art claims in terms of their reconciliatory potential allows them both to contribute to the extensive knowledge already garnered via transitional justice processes,[105] and to develop this 'new discursive terrain of repair'.[106]

3.5. Thefticide – Linking Property and Criminal Law

Restitution claims are challengeable as simply privileging capitalistic, property-based understandings of rights. However, this perspective assumes the cases simply concern an item's return, thereby ignoring complex questions regarding cultural identity.[107] In fact, Nazi leaders exploited the expressive power art[108] and the looting programme's philosophical centrality was highlighted by the appointment of Hitler's Ideological Delegate Alfred Rosenberg as its head. During Rosenberg's trial at Nuremberg looting qualified as a crime against humanity and a war crime.[109] Although this recognised the linkage between cultural and physical genocide, the cultural dimension quickly fell out of sight and property claims were 'postponed'.[110] Consequently, despite its deep so-

102 Bajohr, n.4 pp. 59-60

103 Bazyler, 'The Holocaust Restitution Movement in Comparative Perspective' *BerkeleyJ.Int'l.L.* Vol.20, 2002, 11

104 Dugot 'The Holocaust Claims Processing Office' in Bazyler & Alford, n.10,p. 279

105 Teitel R.G. *Globalizing Transitional Justice* Oxford, OUP, 2015

106 Woolford A. & Wolejszo S.'Collecting on Moral Debts: reparations for the Holocaust and Porajmos' 40 *Law&Soc'yRev.* Vol.40, 2006, num. 4 pp.871-902, p.898

107 Barkan, n.10, p.318

108 Petropoulos, n.33, pp. 287 47-50, 287

109 IMT Charter Article 6, later re-emphasised as a 'grave breach' in Article 147 GC IV 1949 and AP I.

110 Weil n.7 p.287

cially embedded roots, physical genocide maintained its thematic dominance in both law and history for decades.[111] Thus, the Holocaust's most prominent, highest-profile legacy focussed upon industrialised, racist, mass murder of an ethnographic, xenophobic, sectarian or racist nature. However, contemporary restitution claims can reconstruct the link between spoliation and genocide. Indeed the aforementioned US Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016 refers to the Nazis' mass misappropriation of art throughout Europe as "part of their genocidal campaign against the Jewish people and other persecuted groups".

The track to death camps was not immediately laid in 1933. Lines were constructed over time which led to this ultimate terminus. As the second of Hilberg's six stages leading towards annihilation,[112] looting confirmed and fuelled the negation of those deemed unworthy of treasures.[113] The Nazis launched a process which began with social exclusion, discrimination, peer-shunning, and suppression of religious ritual. This, combined with dispossession, actual destruction of places of religious worship and associated artefacts and libraries, ultimately combined to produce civil death. This trajectory made the leap from civil eradication to actual annihilation infinitely easier by the time of the Conference on the shores of Lake Wannsee in January 1942. [114]

In the specific context of art, Nazi propaganda portrayed Jews as subverting the body-cultural of Aryan society. For pre-war Jews, art collecting as a bourgeois pursuit which projected particular group identities, was one indicator of assimilation into Western European, Christian, class-stratified society.[115] In the thriving pre-war Parisian art market, Jews participated extensively as collectors and dealers.[116] Key

111 Bajohr, n.4, p.52

112 Hilberg R. *The Destruction of the European Jews* (1985)

113 Bourdieu P., *Distinction: A Social Critique of the Judgement of Taste* (1984), 280. For pioneering discussions of Nazi Jewish economic-exclusion see Genschel H. *Die Verdrängung der Juden aus der Wirtschaft im Dritten* (1966)

114 Cotler, n.32 607

115 This persisted despite more significant assimilation-indicators such as intermarriage. See Edmonds and Eidinow, n.90 p.65, Beller S. *Vienna and the Jews, 1867-1938*, Wistrich R.S., *The Jews of Vienna in the Age of Franz Joseph*, Stalzer A. 'Jewish Intellectuals and Artists and their Contribution to the Cultural and Intellectual History of Vienna' (2009).

116 Feliciano n.21, 166-168, Hamon 'Spoliation and Recovery of Cultural Property in France, 1940-94' in Simpson, n.4 63, and generally *Mission d'étude sur la spoliation des Juifs de France* (2000)

collectors whose collections were looted included Paul Rosenberg (Picasso and Braque expert, divested of 300 paintings) the Bernheim-Jeunes (impressionist and post-impressionist specialists), Jacques Goudstikker (whose collection contained a significant number of prized 'Old Masters' paintings) and the Wildensteins.

Himmler's comparative exhibitions sought to emphasise gulfs between culturally consecrated Aryan ideals and 'valueless expressions of the *Untermenschen*'[117] and Jewish collectors simply could not win. Jewish attachment to bohemian 'degenerate' art proved them to be conduits of corrupting decadence. Alternatively, Jewish property was characterised as 'property stolen from the people' (*geraubtes Volksvermögen*)'. As outsiders lavishly enjoying ill-gotten gains, Jews had no right to proprietorial association with 'great treasures of European civilization'.[118] Thus, looting Jewish property constituted appropriate compensation for supposed pre-1933 sufferings. Indeed, a 1941 Himmler decree, claimed that pre-existing 'penetration[s] of the East by the German Cultural urge'[119] justified reclamation of certain works. Rosenberg's Nuremberg defence argued that many French 'safeguarded' works actually stemmed from painters of German origin or were influenced by the 'German spirit'.[120] Following this perverse logic, there was actually no theft when Jews or 'genuinely Aryan' works were involved. With these ideological justifications firmly in place, law was poised to cascade. In Austria, for example, over four hundred 'Aryanising' anti-Jewish property measures submerged individuals.[121] Despite the evidence of relationships like that between Adele Bloch-Bauer and Klimt, actual assimilation was bureaucratically dismantled and law drowned these, now, non-subjects.

Clearly therefore restitution claims highlight the inter-meshing of law, ethnicity and identity. Recasting looting as 'thefticide'[122] emphasises its criminality and that physical genocide cannot be comprehended without grasping it as a process rather than an episodic phenomenon. Such re-casting also links the technical subject of the claim (property)

117 Petropoulos n.33, p.252, L. Nicholas *The Rape of Europa* (1995) 146. See also Plaut 'Loot for the Master Race' 178 (9) The Atlantic Monthly (1946), Nuremberg Supp. B pp.1137-1138

118 Feliciano, n.21 165, Bajohr, n.4 59

119 http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/nca_vol1.asp, Vol.1 Chap. XIV 'The Plunder of Art Treasures'

120 Plaut n.117

121 Petropoulos, n.33, 84

122 Cotler, n.32, 601-602

with the nature of the act (an international crime). As Title II of the US 1998 Holocaust Victims Redress Act noted, looting and racial annihilation shared a pathology of domination, subjugation and extermination.[123] Every major institution is anchored by its monuments, and so, as the Vilnius Declaration notes, they become crucial to rebirth.[124] Vast libraries detailing Jewish culture, Yiddish texts, synagogues' religious objects, crucial chronicles of Jewish life and religious ritual, were taken, particularly in Eastern Europe. Restoring individually and communally-held property can reconstitute pre-war identity and memory and further undo Nazi attempts 'to impose a homogenous and limited cultural view on the world'.[125] Thefticide is genocide's only reversible aspect.

4. Alternative Dispute Resolution[126]

4.1. alternatives to Litigation

As noted, the relevant law is complex, contradictory and unpredictable, and court processes are similarly overwhelming. By contrast, negotiation, conciliation and mediation appear attractive, are endorsed by the US Association of Art Museum Directors, and are infinitely more accessible. Indeed, even in the context of inter-state disputes over representative national treasures, the UNESCO Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation, has accepted the addition of mediation and conciliation to its mandate, adopting rules and procedures in this connection.[127]

Confidentiality can protect auction houses/museums' reputations[128] (which might encourage their co-operation) and guarantee claimant anonymity which, as the UK Spoliation Advisory Panel claims

123 Falconer, n.41, 383, 395-396, citing Roxan & Wanstall, *The Rape of Art* (1964) 22

124 Eizenstat, n.92, 45, See also Council of Europe Resolution1205

125 Feliciano, n.1, 175

126 Pell O. 'The Potential for a Mediation/Arbitration Commission to Resolve Disputes Relating to Artworks Stolen or Looted During World War II 10 *DePaul-LCA J.Art & Ent.L.* Vol. 10, 1999, num.1 pp.27-66 and Pell 'Using Arbitral Tribunals to Resolve Disputes Relating to Holocaust-Looted Art' in *The Permanent Court of Arbitration/ Peace Palace Papers: Resolution of Cultural Property Disputes* (2004)

127 Recommendation No. 4 of September 2010 http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001896/189639E.pdf and Draft Rules and Procedures http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001834/183433e.pdf

128 Keim S. 'Filling the Gap Between Morality And Jurisprudence: The use of binding arbitration to resolve claims of restitution regarding Nazi-stolen art' *Pepp.Disp. Resol.L.J.* Vol.3, 2003, num.2 pp.295-316, p.312, fn 137 text.

discussed below highlight, is often desired.[129] The traditional 'winner takes all' litigation outcome seems particularly misplaced given that, nowadays, current owners are rarely the original takers. Non-traditional legal fora can also be more creative and nuanced in their dispositions which might include no-fault consensual returns,[130] *ex gratia* payments or retentions with accompanying signage acknowledging the initial seizure's wrongfulness.

Judicial settlement also only works if there is a claimant.[131] However, often the works are 'heirless' and galleries and museums may themselves locate works of questionable origin in 'provenance sweeps' and feel uncomfortable with simply retaining a piece. ADR bodies can suggest acceptable strategies such as a public auction of such works with proceeds being forwarded to Holocaust restitution funds. Indeed the Austrian National Fund was legally assigned the responsibility for disposing of heirless artworks transferred from public property, for the benefit of Nazi victims.[132] Indeed indigent Holocaust survivors[133] are identified as a key priority in the 2009 Terezin Declaration. Such bodies might also resolve extremely delicate conflicts arising between Holocaust victims/heirs and victim-representative-NGOs,[134] and between those who narrowly define 'Holocaust victimhood' and those who consider that funds should be spent (usually via NGOs) to ensure the existence of all Jewish people. Indeed this recalls the 1940s initiative whereby Jewish Cultural Reconstruction Inc. effected transfer of 'unidentifiable' cultural properties, held by OMGUS, to further the perpetuation of Jewish art and culture.[135]

ADR panels also countenance multi-disciplinary membership. In stressing its non-judicial nature and pragmatic approach, Membership of the French Drai Commission drew from the judiciary, academics

129 Indeed the UK Holocaust (Return of Cultural Objects Act) 2009, discussed below, was praised for effecting justice without furthering 'victim culture'. Hansard H.L.Debs. 10.7.09 col.905

130 See generally Palmer N., *Museums and the Holocaust* Institute of Art & Law, 2000 pp.105-109

131 Jordan M.J. 'Bittersweet Victories for Jews as Property is Returned' Christian Science Monitor November 1, 1996, https://www.csmonitor.com/1996/1101/110196.intl.intl.1.html

132 Lessing and Azizi, 'Austria Confronts Her Past', in Bazyler & Alford, n.10, pp.229-230

133 See generally Lash D.A. & Kamin M.A. 'Poor Justice: Holocaust Restitution and Forgotten, Indigent Survivors' in Bazyler & Alford, n.10, pp.315-321.

134 Swift R.A. 'Holocaust Litigation and Human Rights Jurisprudence', in Bazyler & Alford, n.10, pp.50-59, pp.54-58

135 Kurtz, n.10, p.640

and 'qualified persons', assisted by special investigating rapporteurs.[136] Such increasing and broadening of relevant expertise beyond lawyers allows for the necessary 'root cause analysis' to be performed and for examining the full historical context of an item's seizure. The New York Holocaust Claims Processing Office employed the diverse interdisciplinary backgrounds of its experts (including linguistics) to analyse relevant legal, historical and economic dimensions. Monica Dugot, HCPO's Deputy Director negotiated with the North Carolina Museum of Art which held *Madonna and Child in a Landscape* by Lucas Cranach the Elder. Presented with evidence of a 1940 forced sale from a Viennese collector, the museum returned the painting to his heirs. The impressed heirs sold it back to the Museum below market price as a 'partial donation'.[137] No attorneys were needed. In the UK context, the Spoliation Advisory Panel (SAP) has been active in deliberating some extremely delicate Holocaust-era restitution claims and its recommendations manifest a practical application of the foregoing theoretical imperatives regarding Holocaust-era art claims. SAP has been influential in the area of Holocaust-era art claims and provided the model for the equivalent Dutch Restitution Committee[138] which was established in 2002 and has been extremely active in over 100 claims, delivering a recommendation as recently as November 2017.[139]

4.2. UK Spoliation Advisory Panel

SAP was established in April 2000, by the UK Department for Culture, Media and Sport as an advisory non-departmental public body (NDPB). According to its terms of reference,[140] it considers claims from anyone (including their heirs) who lost possession of a cultural object during the Nazi era (1933-1945) where the object is now possessed by

136 French Prime Ministerial Edict (10 September 1999): (Drai) Commission for the Compensation of Victims of Spoliation Resulting from the Anti-Semitic Legislation in Force during the Occupation http://www.civs.gouv.fr/spip.php?rubrique39 (see in particular Article 6). Anglade 'Art, Law and the Holocaust: The French Situation' *AAL* Vol.4, 1999, num.4, p.301, p.308.

137 Eizenstat, n.92, 201-202, Spiegler 'Front Lines' n.37, 297, Bazyler, n.7, 249

138 The Advisory Committee on the Assessment of Restitution Applications for Items of Cultural Value and the Second World War (http://www.restitutiecommissie.nl/en) operates independently from the Ministry of Education, Culture and Science (OCW), and comprises lawyers, a historian and an art historian.

139 http://www.restitutiecommissie.nl/en/recommendations/recommendation_rc_1167.html

140 Available at https://www.gov.uk/government/groups/spoliation-advisory-panel#terms-of-reference.

a UK national collection or one established for the public benefit. SAP may also advise on claims regarding items in private collections at the joint request of claimants and owners. Notably, claims are unaffected by time-bars or statutes of limitation. In brief, SAP advises on what might be an appropriate solution in response to a claim and its advice is published in a report laid before Parliament. Although not binding, SAP's recommendations have been adopted by parties thus far. Despite its claim-determinant function, and the fact that its two Chairs, and one of its Deputy Chairs, are held by current and former members of the judiciary, SAP's function is explicitly not to determine legal rights. Indeed, the other Deputy Chair is held by an Emeritus Professor in History. Wider panel membership is equally multi-disciplinary. From the art world, members include the Director of the Scottish Portrait Gallery, the Director of the Whipple Museum, the Royal Library Librarian and Assistant Keeper of the Queen's Archives, the ex-director of the National Museums & Galleries of Wales and the Chairman of an art dealership. Government experience is represented by a former Permanent Secretary at the UK Department of the Environment. Finally, given that the claims involve quite profound questions of culture, ethics and identity, membership is appropriately extended to a former President of the Oxford Centre for Hebrew and Jewish Studies and two professors of philosophy.

SAP's mandate and membership embody its aim of bridging apparent dichotomies between morality and law. Indeed its work has been considered important enough to warrant legislative intervention to facilitate its agenda. An early problem confronting SAP concerned prohibitions on deaccessioning by museums and galleries. Such provisions had often been established by legislation for the purpose of guarding against unscrupulous directors who might seek to divest a collection of valuable objects. The unintended result was that despite SAP deciding that an applicant had a viable claim for return, the relevant collection was legally unable to facilitate it. This obstacle was overcome by the Holocaust (Return of Cultural Objects) Act 2009, which gave 17 UK national institutions, including the British Museum and the National Gallery, the power to return such items.

SAP's proceedings take place in confidence. Although the panel decides on the balance of probabilities, it does so while recognising claimants' specific difficulties and after considering the moral strength of the claimant's case and an institution's moral obligations. Its first claim highlighted SAP's ambition and concerned a painting by Jan Griffier the Elder held by the Tate Museum. Despite Tate's good legal title, SAP upheld the claim on

its moral strength, awarding an *ex gratia* payment.[141] Notwithstanding the legally unfamiliar nature of the outcome, the Government endorsed the ruling. Although the notion of 'moral title' poses its own challenges, as noted by some, an understanding of its role may even inform the resolution of disputes involving cultural heritage objects outside the context of the Nazi era.[142] Unsurprisingly, SAP can recommend the return of an item.[143] However, it stresses that it is not a pro-claimant institution and it tries to seek solutions equitable to both claimants and collections.[144] In fact, some claims have been brought jointly by a museum and claimant following provenance searches of collections.[145] Further, SAP has rejected claims as involving losses prompted by commercial reasons rather than Nazi action,[146] even if they occur, as in the *Magraf* claim discussed below, in a general context of Nazi oppression.

Such has been the perceived success of SAP that the expected end of its work in November 2019 (as envisaged in the 2009 Act) has been postponed. On 20 July 2017, the UK Government renewed its commitment to SAP and announced proposals to renew its powers indefinitely.[147] The SAP model is an example of the art world recognising moral duties and the panel reflects a willingness to attempt a more complex understanding of the terrain and context of these particular legal claims. Consequently, it exemplifies the UN's understandings of transitional justice. With these

141 Report concerning a claim in respect of a picture now in the possession of the Tate Gallery (18th January, 2001) https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/427722/Report_of_the_Spoliation_Advisory_Panel_in_respect_of_a_painting_now_in_the_possession_of_the_Tate_Gallery.pdf.

142 Woodhead, C. 'The changing tide of title to cultural heritage objects in UK museums' *I.J.C.P.* Vol.22, 2015, num.2/3, pp.229-257

143 Report in respect of a renewed claim by the Metropolitan chapter of Benevento for the return of the Beneventan Missal now in the possession of the British Library

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/78078/Benevento_5119_HC448_7-9.pdf

144 Report in respect of three Rubens paintings now in the possession of the Courtauld Institute of Art (28th November 2007)

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/250407/0063.pdf

145 Report in respect of pieces of porcelain now in the possession of the British Museum, London and the Fitzwilliam Museum, Cambridge (11th June, 2008) https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/250265/0602.pdf.

146 *Ibid*

147 UK Govt. Press Release 20 July 2017, John Glen, Minister for Arts, Heritage and Tourism

considerations in mind, it is best to reflect in greater depth on some of the specific points arising from claims made within this context, and what they reveal regarding different models of dispute resolution.

4.2.1. Biccherna Claim[148]

The *Biccherna Panel* claim was instituted by the surviving heirs of five former shareholders (of Jewish origin) of a Munich Art Gallery in respect of a 15th century painted wooden tablet possessed by the British Library. This was in fact the claimants' second SAP claim following one made in 2004 concerning a painting in Glasgow's Burrell Museum.[149] The two claims illustrated SAP's capacity for cumulative expertise as there was no need to rehearse evidence regarding the 2004 conclusion that a 1936 auction held at the Aryanised Berlin auction house of Paul Graupe (following a 1935 extortionate tax demand) was clearly a forced sale, arising directly from anti-Semitic discriminatory measures. The 1930 cost price of the panel was 15,000 Reichsmarks, yet it sold in 1936 for 2,800 Reichsmarks. Having passed through several hands, the piece was donated to the British Museum in 1968, and transferred to the British Library's collection in 1977. Because the panel/tablet was used as document cover (and because it was classed as bibliographic rather than artwork) it had been missed in a 1999/2000 'provenance sweep'. Although SAP concluded that the claimants had lost legal title by 1948, it considered their moral case was strong.

The British Library argued for retention for the purposes of public accessibility, for its placement in a uniquely stimulating research environment and its contextualisation with other works. Further, it reflected Petrucci patronage (a rival to the better-known Medici benefaction), enjoyed optimum conservation conditions and finally, dissemination of this cultural gem could be facilitated by national and international loans. These were all powerful cultural heritage arguments. However, SAP stressed that importance within national collection or ensuring a national collection's integrity were not priorities over the achievement of fair and just solutions. Transfer

148 Report in respect of a painted wooden tablet, the Biccherna Panel, now in the possession of the British Library: https://www.gov.uk/government/publications/report-of-the-spoliation-advisory-panel-in-respect-of-a-painted-wooden-tablet-the-biccherna-panel

149 Report in respect of a painting now in the possession of Glasgow City Council https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/427753/Report_of_the_Spoliation_Advisory_Panel_in_respect_of_a_painting_now_in_the_possession_of_Glasgow_City_Council.pdf

of the work to the claimants was recommended.[150] Interestingly in this claim, the shareholders' earlier receipt of compensation from the German Government (under the Federal Compensation Act) was irrelevant. The 2004 SAP decision found that only a 'tiny fraction' of that compensation would be attributable to any item in the 1936 sale

4.2.2. Magraf Claim[151]

In September 2015 SAP decided a claim concerning a Renoir oil painting *'The Coast at Cagnes'* in the possession of Bristol City Council. Although the formal claimant was Magraf & Co. GmBH (in liquidation) the story revolved around two employees, Jakob and Rosa Oppenheimer, both of Jewish origin, who had worked for Magraf for many years. When the owner (Mr. Loeske) died in 1929 he bequeathed shares to them. The Loeske family's unsuccessful challenge to the will was resolved in 1933, coinciding with the Nazis' ascendancy. Inheritance tax of RM 5,000,000 was levied on the bequest. The Nazis had clearly targeted Magraf (a globally-significant jewellery company in the early 20th century) and had singled out the Oppenheimers who fled to France in March 1933. The Nazis would take control of Magraf and its property was sold at Graupe Auctions, with the Renoir being sold in 1935 for an amount and to a buyer unknown. Ultimately the painting was acquired by another Jewish refugee who fled Germany and whose (non-Jewish) wife managed to bring their property to the UK. Jakob Oppenheimer died in France in 1941 after internment and Rosa Oppenheimer was murdered in Auschwitz in 1943. Three children and seven grandchildren survived them.

Initially the claim seemed a straightforward, classic case of racist persecution involving an indefensible forced sale with inevitable consequences. However, once SAP drilled down into the context of the 1920s/1930s, the claim's complexities were revealed. Given the Wall Street crash, the battle over Loeske's will and the inheritance tax, SAP concluded that Magraf was in deep financial trouble pre-1933. The claimants expressed serious anxieties regarding the sources upon which SAP was basing its findings. These concerns were acknowledged by the panel which was explicit about bearing in mind the potential partiality of the BADV files. SAP no doubt benefited from, and its analysis retai-

150 SAP indicated that it had no objection if claimants chose compensation *in lieu* of restitution.

151 Report in respect of an oil painting by Pierre-Auguste Renoir, 'The Coast at Cagnes' now in the possession of Bristol City Council, https://www.gov.uk/government/publications/report-by-the-spoliation-advisory-panel-in-respect-of-an-oil-painting-by-pierre-auguste-renoir-the-coast-at-cagnes

ned credibility due to, its expert historian membership. Ultimately, SAP concluded that the 1935 auction was a forced sale, but it was a commercially-forced sale, rather than a persecutory, Nazi-forced sale. Further, it was also unclear that the 1935 auction was at undervalue. The delicate handling of SAP's findings is highlighted by the repeated referencing within the decision to its awareness of the oppressive context of the times in which the Oppenheimers lived. Nevertheless, it concluded that the moral claim was weak and the painting was not spoliated. The heirs could claim for shares in Magraf Group but since shares did not fall within SAP'S remit, it could not adjudicate on such a matter.

4.2.3. Silberberg Claim[152]

As the aforementioned Biccherna claim highlighted, previous compensation awards will not pre-empt a subsequent SAP claim. This was reinforced in a February 2016 SAP decision concerning an ivory gothic relief held by the Ashmolean Museum. The claim was referred by lawyers acting on behalf of the late Gerta Silberberg's estate. Mrs. Silberberg's father-in-law Max Silberberg was an industrialist. He and his wife Johanna settled in the German city of Breslau (now Wroclaw, in Poland). As home to the third largest Jewish community in Germany, Breslau was an early target for oppression. The majority of the Silberberg art collection was sold via the Graupe auction house in 1935 and 1936. In 1941 the Silberbergs endured Silesian internment, removal to Theresienstadt and murder in Auschwitz. Their son (Alfred) escaped to UK with his wife (Gerta). Although Alfred Silberberg had previously received compensation, this had concerned the incarceration of his parents, the loss of his own economic prospects and the loss of a Courbet painting. The key question for SAP was whether the October 1935 Graupe auction represented a spoliation deprivation.

SAP decided that there was no moral obligation on museum. The Ashmolean had received the work in 2012 via a bequest and upon identifying the work, had reported its provenance and informed the Commission for Looted Art in Europe. The question of whether or not it was a forced sale was a thorny one. SAP drew on accounts of a contemporary chronicler in Breslau which reported Silberberg's financial difficulties, but it was ambiguous as to whether this referred to

152 Report in respect of a Gothic relief in ivory, now in the possession of the Ashmolean Museum, Oxford https://www.gov.uk/government/publications/report-of-the-spoliation-advisory-panel-in-respect-of-a-gothic-relief-in-ivory-now-in-the-possession-of-the-ashmolean-museum-oxford

his own or his firm's finances. SAP acknowledged the Estate's strong argument that SS occupation of the Silberberg home might have forced him to sell his whole collection or at least the larger items within it. That became a "less compelling" argument in the context of a (poignant) conclusion regarding a "tiny object, no longer than the index finger of a man's hand". Max Silberberg had received the 1935 auction proceeds and SAP concluded that the 1935 sale had not been at undervalue. The onus of proof was on the claimant and while "Nazi oppression may have contributed to the difficulties of Max Silberberg", SAP was unconvinced that this was a Nazi-forced sale.[153] There was thus an insufficient moral claim for restitution or an *ex gratia* payment. Instead, SAP recommended a display alongside the work detailing the Silberberg tragedy. The remedy of signage has been characterised as 'commemorative action'.[154]

4.2.4. Budge Claims

As is evident throughout this chapter, it is entirely possible for individuals to have an entitlement to launch multiple claims. Such a scenario arose in September 2011 regarding a series of claims commenced by lawyers acting for the estate of Emma Budge. The claims concerned a number of works (three Meissen figures,[155] a silver gilt Renaissance salt,[156] a tapestry fragment[157] and four Nymphemburg porcelain figures[158]) and various galleries (the Victoria & Albert, the Ashmolean, the Burrell Collection in Glasgow and the Higgins Gallery). An array of different outcomes resulted (partial return of two Meissen figures with the V&A retaining one piece with appropriate signage, simple return of the salt and the porcelain figures, and finally an *ex gratia* payment (the 2009 Act did not apply to the Burrell) and an explanatory notice). It was especially helpful that one expert body handled the mul-

153 *Silberberg* n.152, para. 34

154 Palmer N. 'Spoliation and Holocaust-Related Cultural Objects: Legal and Ethical Models for the Resolution of Claims' *Art Antiquity and Law* Vol.12, 2007, p.1, p.6

155 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/318667/40796_HC_208_accessible.pdf

156 https://www.gov.uk/government/publications/report-of-the-spoliation-advisory-panel-in-respect-of-a-salt

157 https://www.gov.uk/government/publications/report-of-the-spoliation-advisory-panel-in-respect-of-a-tapestry-fragment-in-the-burrell-collection-glasgow-city-council

158 https://www.gov.uk/government/publications/report-of-the-spoliation-advisory-panel-in-respect-of-four-nymphenburg-figures-in-the-possession-of-the-cecil-higgins-art-gallery-hc-775

tiple claims since it facilitated an expeditious continuity in terms of handling information, avoiding the repetition of unnecessary detail (for example, whether or not a particular sale was forced). It also avoided individual multiple cases and the need for working between two different jurisdictions. Finally, the *Budge* claims highlighted that even within one estate not all claims are identical and importantly, in seeking to achieve fair and just solutions, it was possible to achieve different solutions in the differing scenarios avoiding an overall winner/loser outcome.

4.2.5. Havatny Claim[159]

SAP's most recent decision of September 2015 concerned a claim by the heirs of Baron Havatny in relation to a Constable painting 'Beaching a Boat, Brighton' in the possession of the Tate Gallery. The interesting aspect of this decision was that SAP was prepared to revisit an earlier decision of March 2014 in the light of new information. Then it had concluded that the painting was in the ownership of the collector in 1944 when the Nazis invaded Hungary, that it was taken in the course of anti-Semitic persecution and consequently, the claimant heirs had a strong moral claim for the painting's restitution, which SAP recommended. However, by September 2015, new information had been received suggesting that Baron Hatvany had actually recovered property in 1940s and then re-sold it.[160] Nevertheless, SAP considered that there was nothing in the new material which would lead it to reach a different conclusion and maintained that its earlier decision (that painting should be returned) should remain unchanged.

4.2.6. Conclusions on SAP

There are a number of matters to note from the analysis of SAP's practice regarding due process, the evidence of the multi-disciplinary expertise of panel members in practice, the contextualisation of decisions

159 Report in respect of an oil painting by John Constable, 'Beaching A Boat, Brighton', now in the possession of the Tate Gallery,https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/427772/Report_of_the_Spoliation_Advisory_Panel_in_respect_of_an_oil_painting_by_John_Constable___Beaching_a_Boat__Brighton___now_in_the_possession_of_the_Tate_Gallery.pdf

160 Supplementary Report in respect of an oil painting by John Constable, 'Beaching a Boat, Brighton', now in the possession of the Tate Gallery (10 September 2015). https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/459381/51137_HC_439_Constable_Report_PRINT__1_.pdf. Reference is also made to an export licence and 'shady' figures (para.14).

without allowing unfair sway and the ease SAP displays when invoking key bespoke soft law instruments (1998 Washington Principles, 2000 Vilnius Declaration, 2009 Terezin Declaration 2009).[161] In comparison with standard legal judgments, SAP decisions are extraordinarily clear in their terms and utilise extremely accessible language. The brevity of decisions is also noteworthy. Indeed notwithstanding the complexity of the *Magraf* claim, the SAP decision is only 27 pages long. Panel recommendations also display an acknowledgement and confident handling of relevant law. This alleviates concerns that law's complexity and detail are being superficially invoked simply to lend some legitimacy to decisions. This technical confidence is particularly noticeable in all discussions concerning the difficulties encountered in deciding when good title does or does not pass in chains of transactions. Similarly, the range of disposals offered (restitution, signage, *ex gratia* payments, partial returns) illustrate a broad-mindedness which blends both standard legal remedies with a creativity seeking to contextualise and render accessible those decisions.

The *Havatny* decision in particular shows a willingness on SAP's part to re-examine decisions for the purposes of revision or confirmation. This reflectiveness recalls the thoughts of the European Court of Human Rights,[162] regarding state responsibilities to undertake further investigations in the light of new information. It also displays a flexibility which courts lack. Courts might revisit precedents in subsequent cases, but particular disputes, once final, become *res judicata*. Further, in contrast to the standard strictures of judicial process involving (necessarily) narrowly focussed cross-examinations and judgment writing, SAP evidences a willingness to engage with the wider environment of these alleged takings. This is particularly important when refusing claims which arise from a brutal context. SAP also acknowledges claimants' right to secrecy (*Biccherna*) (however this will be dispensed with where no longer reasonable (*Silberberg*[163])). Finally, because of SAP's relatively straightforward application procedures, the excessive costs of a parallel legal case, such as the prohibitive filing fees witnessed in *Altmann,* are avoided and SAP's ability to collate multiple claims (involving a number of different holder-bodies) arising out of one estate (*Budge*)

161 For comment see O'Keefe P.J in 'A Comparison of the Washington and Vilnius Principles and Resolution 1205' in Prott L.V.(ed.) *Witnesses to History: A Compendium of Documents and Writings on the Return of Cultural Objects* (UNESCO: 2009) 158

162 *Brecknell, McCartney, McGrath, O'Dowd (2) & Reavey v UK* (App. Nos.: 32457/04, 34575/04: 34651/04: 34622/04: 34640/04) (J Casadevall P) ECHR, 2007

163 where the lawyers representing the estate were already known, *Silberberg* n.152, paras.16-17

similarly alleviates common legal obstacles for claimaints. Nevertheless, clearer development and articulation of the substantive principles upon which SAP reaches its decisions would be welcome and would complement a continuing role for individual claims.[164]

The panel members' various proficiences allow for skilful handling of historical sources without the need for expert witnesses. Indeed the fruits of a multi-disciplinary perspective are evident in the evolving views of the Graupe auction house sales of the 1935/36 period.[165] Somewhat poignantly, SAP's continuous examination of the endless forced sales via this auction house alone, illustrates the banality and routinely bureaucratic nature of Nazi oppression. SAP can also easily locate and interact with relevant agencies abroad (for example the German Federal Office for Central Services and Unresolved Property Issues (BADV) as is notable in *Magraf* and *Silberberg*). Although SAP may not act *ex proprio motu*, it is equipped and enabled to conduct a considerable amount of research if this is beyond the claimants (as in *Silberberg*). As well as executing this task expertly, this also alleviates financial pressures on claimants. Indeed, there have been urgings for the US to institute its own version of SAP in the light of the difficulties facing claimants using traditional legal avenues.[166]

SAP's approach has been characterised as both holistic and practical,[167] and it undoubtedly highlights the advantages of a legally-mindful, multi-pronged approach. There is clear acknowledgement of the prevailing persecutory Nazi culture and its recommendations contribute to increasingly sophisticated understandings regarding cultural genocide. However, it is to SAP's credit that any potentially compromising pull exerted by the tragic dimensions of the claims is resisted in the pursuit of an even-handed decision. This is particularly notable in the *Magraf* and *Silberberg* claims, where the Polish death camps cast their hideous shadows.

164 Woodhead C. 'Nazi Era Spoliation: Establishing Procedural and Substantive Principles" *Art Antiquity and Law* Vol.18, 2013, num.2, pp.167-92 and Woodhead C. 'Redressing historic wrongs, returning objects to their rightful owners or laundering tainted objects? 21st-Century UK remedies for Nazi-era injustices' *I.J.C.P.* Vol. 21, 2014, num.2, pp.113-142

165 *Silberberg* n.152, para.24

166 Ricke C, 'The Time is Now: Why The United States Should Follow the United Kingdom's Lead and Implement a Federal Nazi-Looted Art Spoliation Advisory Panel' 44 *Ga. J.Int'l & Comp.L.* Vol.44, 2016, num.3, pp.665-692

167 Woodhead C., 'Putting into place solutions for Nazi era dispossessions of cultural objects: the UK experience' 2016 *I.J.C.P.* 2016, Vol.23, 2016, num.4, pp.385-406.

5. Conclusion

Holocaust-era art restitution claims reveal much. They tell us about the severally-stepped process of eliminating a group as such and the intrepid nature of the quest for some claimants. They illustrate a long view of family heritage and the place of relics within it. The claims emphasise law's fetishisation of compartments and categories (were these property crimes, war crimes, crimes against humanity or legal prequels of genocide?), its craving for process (due diligence safeguards, court application procedures) and its desire for certainty and legal peace (strict prosecutorial policies and statutes of limitation). While this evidence of law's desires and architecture may simply represent its strategy of project management, this chapter argues that it often casts law in a less-than-justice-driven light. However, given the dynamism evident from some quarters in classic legal fora and the creativity witnessed in the 'new' models, there is also highlighted law's endless potential for the pursuit of justice in these claims. Some suggest that modern international law has often reflectively engaged in a process of atonement given its dark past, and indeed these re-energised legal initiatives may suggest some cognisance of law's role in hampering ostensibly legitimate claims. The claims also demand that the sometimes fractious relationship between lawyers and historians be substituted with professional exchanges and mutual respect to achieve optimum understandings of international crimes. The petitions also highlight law's paradoxical relationship with time. Despite posing as an investigative discipline, law's capacity for foreshortening its perspective is revealed. Genocides do not happen overnight; they are produced by, sometimes lengthy, processes of dehumanisation and dispossession. Ironically, however, as these claims also illustrate, law's capacity for prolongation and stultification can be boundless.

Recent years have seen a growth of interest in inter-generational justice.[168] Public acknowledgement of their dubious pasts has become a hallmark practice of many contemporary liberal societies. Inter-generational justice has an inextricable link with transitional and reconciliatory justice and indeed they overlap when, as in the case of the Holocaust, the legal transition is a decades-long enterprise. Of course, restitution is only one aspect of the Holocaust's legal reckoning and among others, criminal prosecutions and memory laws, continually

168 Thompson J. *Intergenerational Justice* Routledge, 2013. See also J Waldron 'Superseding Historic Injustice' *Ethics* Vol.103, 1992, p.4 & 'Redressing Historic Injustice' 52 U. *Toronto L.J.* Vol.52, 2002, Winter, pp.135-160.

contribute to this venture. Ultimately, restitution is about acknowledging, not sidestepping, responsibility. As a component in a process of recognition, this remains the case even when involving good-faith purchasers, because the 'restituting engagement' allows for airing the artefact's narrative, from its original taking to its contemporary location. Although as noted already, they will have to find their own paths, the Holocaust's legal aftergrowth may offer instructive examples, both of successes and obstacles, to other societies crafting post-atrocity justice processes.

In 2012 around 1,500 art works (including pieces by Claude Monet, Paul Cézanne, Ernst Ludwig Kirchner, Otto Dix and Gustave Courbet) were discovered in the German and Swiss homes of Cornelius Gurlitt, the son of major Nazi art dealer Hildebrand Gurlitt. Worth hundreds of millions of Euros, it was considered the biggest artistic find of the postwar era. In November 2017 hundreds of these works went on public display for the first time in decades in joint exhibitions in Germany and Switzerland. The exhibitions were described as being about "paying homage to the people who became victims of the National Socialist art theft, as well as to the artists who were defamed and persecuted by the regime as degenerate".[169] This chapter has similarly argued that these claims are rarely simply about art or artefacts. Law should allow itself to be inspired by Art's embodiment of creativity and resolve these claims in a sensitive and contemplative fashion. By so doing, law may realise its own capacity to contribute to the cultural heritage of all humankind.

169 Kate Connolly 'Works hoarded by son of Nazi art dealer to go on public display' *The Guardian* 27 October 2017, Alessandro Chechi 'The Gurlitt Hoard: an appraisal of the role of international law with respect to Nazi-looted art' *Italian Y.B. Int'l L.* Vol.23, 2013, pp.199-217.

6.
La inmunidad del estado como límite a la restitución de los bienes expoliados durante el holocausto

Gloria Fernández Arribas

1. La inmunidad del estado hoy

La cuestión de las inmunidades del Estado y sus funcionarios en sus diversas vertientes es hoy objeto de un amplio debate en la comunidad internacional. Los límites que la misma impone a la reparación por la violación de normas de carácter internacional, especialmente por violación de normas de *ius cogens*, ha llevado a buscar fórmulas e interpretaciones de la norma que permitan limitar los efectos de dicha inmunidad a fin de que la víctima pueda obtener una reparación. De este modo, esta materia además de ser tratada y analizada por la doctrina[1], también ha sido objeto de diversos asuntos ante tribunales nacionales e internacionales[2]. Y si bien la jurisprudencia del Tribunal Internacional

1 Entre otros, Dickinson, a., "Germany v. Italy and the Territorial Tort Exception", *JICJ*, Vol. 11, 2013, p. 147-166; Garciandía Garmendia, r., "El Tribunal Internacional de Justicia y la inmunidad de jurisdicción", REDI, Vol. 64, 2012, núm. 2, pp. 281-287; Gutiérrez Espada, C., "Sobre la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre =On the immunity of jurisdiction of the foreign states in Spain, in the light of the act ["Ley Orgánica"] 16/2015, of October 27", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, 2016, núm. 2, 2016, pp. 5-33"; Hazel F., "In Defence of State Immunity: Why the UN: Convention on State Immunity is Important", *ICLQ* Vol 55, 2006, pp. 399-406; Hall, C.K., "UN Convention on State Immunity: the Need for a Human Rights Protocol", ICLQ, Vol 55, 2006, pp. 411-426; Keitner, c.i., "Germany v. Italy and the Limits of Horizontal Enforcement. Some Reflections from a United States Perspective", *JICJ*, Vol. 11, 2013, pp. 167-183; McGregor, L., "State Immunity and Human Rights. Is There a Future after Germany v. Italy?", JICJ, Vol. 11, 2013, pp. 125-145; Reinisch, A., "European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures", EJIL, Vol. 17, 2006, núm. 4, pp. 803–836; Stewart, D.P., "The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property"; AJIL, Vol. 99, 2005, núm.1, pp. 194-21.

2 En relación con la inmunidad del Estado y de sus funcionarios podrían señalarse: Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: Intervención de Grecia), Corte Internacional de Justicia, Fallo de 3 de febrero de 2012; Orden de Arresto de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), Corte Internacional de Justicia, Fallo de 14 de Febrero de 2002; Jones y otros c. Reino Unido, núm. 34356/06 y 40528/06, TEDH 2014; Al-Adsani c. Reino Unido (GS), núm. 35763/97, TEDH

de Justicia mantiene coherencia en sus dos sentencias principales sobre materia de inmunidad[3], la repuesta dada por los tribunales nacionales es diversa, acorde con sus respectivas normas nacionales y con la interpretación que de las mismas, en conexión con la normativa internacional, hayan realizado los distintos tribunales.

Esta situación conlleva que el análisis y estudio de las inmunidades sea complejo, de tal modo que aún habiéndose adoptado la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes[4] (pendiente de entrada en vigor), el Convenio Europeo sobre Inmunidad del Estado[5], y encontrándose actualmente la Comisión de Derecho Internacional trabajando en un proyecto sobre la Inmunidad de Jurisdicción Penal Extranjera de los Funcionarios del Estado, la cuestión se siga analizando desde distintas perspectivas tanto por la doctrina como por los tribunales nacionales. A esto debemos añadir que uno de los Estados más activos judicialmente materia de inmunidades, esto es, Estados Unidos, no haya firmado la mencionada Convención de Naciones Unidas, y que otros importantes Estados como son Reino Unido, Rusia y China no la hayan ratificado[6].

En relación con la restitución de bienes, concretamente objetos de arte confiscados por los Nazis antes y durante la Segunda Guerra Mundial, que es el tema objeto de este trabajo, el reconocimiento de la inmunidad del Estado en los supuestos de reclamación de bienes ha constituido uno de los grandes límites a los que las víctimas han tenido enfrentarse a fin de poder recuperar sus propiedades. Esto ha llevado a buscar opciones alternativas a la vía judicial, avanzando de este modo por la vía de la justicia transicional con la intención de construir un puente entre dos elementos aparentemente contradictorios en estos casos, como son el derecho y la moralidad[7].

2001; Kalogeropoulou y otros c. Grecia y Alemania, (Decisión sobre admisión) núm. 59021/00, TEDH 2002.

3 CIJ, Inmunidades Jurisdiccionales del Estado, 2012, y CIJ, Orden de Arresto de 2000, 2002.

4 Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, adoptada por la Asamblea General de naciones Unidas mediante la resolución A/59/38 de 2 Diciembre 2004.

5 Convenio Europeo sobre Inmunidad del Estado, Basilea, 16 de Mayo de 1972. De este Convenio en todo caso únicamente son partes nueve Estados: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suiza.

6 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en

7 O'Donnell, T., "The Restitution of Holocaust Looted Art and Transitional Justice: The Perfect Storm or the Raft of the Medusa?*", EJIL*, Vol. 22, 2011, núm. 1, p.77.

Ello no ha impedido por otra parte que se presenten demandas judiciales para la recuperación de dichos objetos de arte, y si bien la posesión de estos objetos por particulares ha presentado problemas a la hora de recuperar la propiedad, los mayores obstáculos se han dado en los casos en los que los mismos se encontraban en manos de un Estado o de órganos del Estado, viniendo en estos casos a alegarse el reconocimiento de la inmunidad tanto judicial como de ejecución.

Como señalábamos anteriormente, los resultados en estos casos han sido diferentes, así como los razonamientos dados por los distintos tribunales, y por ello en este trabajo nos centraremos en analizar los efectos que la normativa relativa a inmunidades, principalmente internacional, tiene sobre dichas reclamaciones. En este sentido analizaremos especialmente la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes, así como las interpretaciones que los distintos conceptos incluidos en la misma se han dado por los tribunales nacionales e internacionales; y prestaremos atención a los dos tipos de inmunidades, la de jurisdicción y ejecución, a fin de determinar cual sería el resultado de su aplicación a los casos de restitución de bienes saqueados durante el Holocausto.

2. Bienes objeto de restitución

Como es sabido, el Holocausto no constituyó únicamente el asesinato de millones de judíos antes y durante la Segunda Guerra Mundial, sino que engloba toda una campaña de persecución y destrucción de la identidad y comunidad judía por el régimen Nazi, como señalaba Lemkin respecto del genocidio, no se trataba únicamente de asesinar a los miembros de un grupo, sino de un proceso sistemático de discriminación, exclusión y destrucción del grupo y de sus manifestaciones culturales y religiosas[8].

Dentro de esa campaña, la confiscación de obras de arte y objetos religiosos se convirtió en uno de los elementos esenciales, deshumanizando a aquellos que eran considerados indignos de la propiedad[9]. De hecho, el expolio se llevó a cabo dentro de una amplia campaña de saqueo durante la guerra dirigida por Alfred Rosenberg y sus *Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg*.

Serán por tanto estas obras de arte confiscadas a los judíos, tanto en la Alemania Nazi como en los territorios ocupados, las que serán objeto de estudio, teniendo presentes la complejidad que constitu-

8 Lemkin, R. *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington, Carnegie Endowent for International Peace, 1944, p. 79.

9 O'Donnell, T., *op. cit*. nota 6 p. 50.

ye la reclamación de dichas obras debido a las dimensiones de la contienda, el desplazamiento posterior de los objetos y las numerosas transacciones comerciales que se han realizado[10]. Valga como ejemplo que sólo en Hamburgo más de 10.000 personas adquirieron bienes pertenecientes a familias judías[11], si bien nos centraremos en aquellos que actualmente se encuentran en manos del Estado o de sus órganos, y que son los que plantean cuestiones relativas al reconocimiento de las inmunidades.

Como se ha señalado, el expolio Nazi respecto de la población judía no se llevó a cabo únicamente durante el periodo de contienda, ya en Alemania y antes del comienzo de la Segunda Guerra Mundial, el régimen Nazi había comenzado su campaña contra la población judía mediante la adopción de normas que los privaban de los más esenciales derechos, y por tanto de sus propiedades. Y en este sentido la determinación de cuándo fueron confiscados los bienes resulta esencial, ya que uno de los instrumentos internacionales esenciales en la materia, la mencionada Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes, plantea dudas respecto de su aplicación a las actividades militares, a conflictos armados o a actividades militares en el curso de un conflicto armado[12], que son las distintas interpretaciones que se han realizado respecto de esta limitación. En este sentido se ha pronunciado el presidente del Comité *Ad hoc* sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes establecido por la Asamblea General[13], que hacía referencia a la no aplicación en caso de conflicto armado; o Estados como Suecia y Noruega, incluyendo una excepción a la hora de ratificar el Convenio respecto de las actividades militares, refriéndose a las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado[14]. Esta posición ha sido también confirmada por la Corte Internacional de Justicia en el asunto Inmunidades jurisdiccionales[15]. Por tanto, en base a dicha afirmación, los bienes incautados durante la Segunda Guerra Mundial podrían quedar fuera de la aplicación de la Convención, siéndoles de este modo de aplicación las normas de derecho consuetudinario sobre la materia[16].

10 Torrecuadrada García-Lozano, S., "Las obras de arte del Estado y su inmunidad", *ACDI,* Vol. Extra 10, 2017, pp. 401-426.

11 O'Donnell, T., *op. cit*. nota 6, p. 52.

12 Stewart, D.P., op. cit. nota 1, p. 197; Hazel, F., op. cit. nota 1, p. 35.

13 Vid. Stewart, D.P., *op. cit*. nota 1, p. 197, y Hazel, F., *op. cit*. nota 1, p. 351.

14 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en

15 CIJ, Inmunidades Jurisdiccionales del Estado, 2012, parr. 69.

16 La propia Convención recoge en su anexo que "las normas de derecho interna-

Frente a esta posición, diversos autores[17] consideran que dicha excepción no sería de aplicación, puesto que en primer lugar no se encuentra expresamente recogida en la Convención. En este sentido la Corte Internacional en el asunto inmunidades jurisdiccionales se pronuncia en relación con el artículo 12 de Convención, relativo a reclamaciones en casos de responsabilidad civil por daños, y toma en consideración la práctica de los Estados en relación a dicho tipo reclamaciones, por lo que entendemos que la aplicación de esta excepción a los casos del artículo 12 no tiene por qué conllevar su aplicación al resto de supuestos de la Convención.

En todo caso es necesario aclarar también los diferentes conceptos mencionados, el primero de ellos el relativo a actividades militares, que sería un concepto mucho más específico en el que entraría sólo la actividad llevada a cabo por las fuerzas armadas, y no las llevadas a cabo por el resto de administraciones del Estado, lo que en el caso del Holocausto permitiría aplicar la Convención también a los casos de apropiación de bienes por parte del gobierno Nazi una vez ocupado el territorio. Por otro lado, en los comentarios al artículo 12 de la Convención se hace referencia a conflictos armados[18], este se trataría de un concepto más amplio[19] que incluiría en principio todas las actividades gubernamentales llevadas a cabo durante un conflicto armado.

Finalmente la más apropiada parece ser la excepción de aplicación que incluyen Suecia y Noruega, ya que ambas establecen, como se ha señalado, que la Convention "*does not apply to military activities, including the activities of armed forces during an armed conflict, as those terms are understood under international humanitarian law, and activities undertaken by military forces of a State in the exercise of their official duties*"[20]. Se excluyen por tanto sólo las actividades militares, en periodo de paz o durante un conflicto armado, pero no la aplicación de la Convención para otro tipo de actividades que no sean de carácter militar y que puedan darse durante el curso de un conflicto armado.

---

cional consuetudinario seguirán rigiendo las cuestiones que no estén reguladas por lo dispuesto en la presente convención".

17 O'keffe, R. "The "General Understanding", en O'Keefe, r., Tams, c.j., y Tzanakopoulos, A., *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, Oxford, Oxford University Press, 2013; Hall, C. K., op. cit. nota 1, p. 422

18 Yearbook of the International Law Commission, 1991, Vol. II (2), p. 46, párr. 10.

19 Hall, C. K., op. cit. nota 1, p. 422

20 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en

Por otra parte, en relación con los bienes objeto de restitución analizados en este trabajo, resulta necesario determinar qué bienes se entienden como bienes del Estado. De este modo la Convención sobre inmunidades del Estado define en su artículo 2 que se entenderá por Estado los órganos de gobierno y, se considerará también como Estado los elementos constitutivos de un Estado federal, las subdivisiones políticas y los organismos o instituciones del Estado u otras entidades, siempre que estén facultados para realizar y realicen actos en ejercicio de autoridad soberana del Estado.

En lo relativo a organismos o instituciones del Estado surgen dudas respecto de cuáles pueden considerarse como facultados para ejercer autoridad soberana, siendo necesario aclarar la posición que ocuparían los museos estatales, ya que numerosas obras de arte expropiadas se encuentran recogidas en los mismos. En este sentido, es necesario señalar que los museos estales son considerados "por si mismos órganos estatales autónomos que responden ante el gobierno central o ante uno de sus departamentos, o son administrados por él"[21]. Por lo tanto, las obras de arte pertenecientes a dichos museos entrarían en la categoría de bienes del Estado, siéndoles de aplicación la normativa en materia de inmunidades.

3. Inmunidad de jurisdicción e instrumentos internacionales relativos a la restitución.

El expolio de bienes culturales, no sólo durante la Segunda Guerra Mundial, ha sido objeto de atención por parte del derecho internacional[22] a través de distintos instrumentos internacionales, desde tratados a declaraciones que recogen diversas obligaciones o compromisos relativos a la restitución.

De este modo en el ámbito de los tratados internacionales nos encontramos con la Convención para la protección de Bienes Culturales en casos de Conflicto Armado de 1954[23], cuyo Primer Protocolo recoge en el artículo I.3 la obligación de devolver los bienes incautados una vez terminen las hostilidades. Junto con la Convención de 1954 men-

21 Tercer Informe sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. A/CN.4/340 y add. 1, p. 152, para. 37. Vid Torrecuadrada García-Lozano, S., *op. cit.*, nota 9, p. 408.

22 Vid. Lazari, A. "Para una visión cosmopolita del derecho internacional en tema de devolución de los bienes culturales", en Pérez-Prat Durbán, L. y Lazari, A., *El tráfico de bienes culturales*, Tirant lo Blanch, 2015.

23 UN Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), Convención para la protección de Bienes Culturales en casos de Conflicto Armado, 14 Mayo 1954, 249 UNTS 240.

cionaremos también el Convenio UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente que regula la restitución de dichos bienes[24], o la Convención de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales[25].

Por otra parte y en lo relativo a las declaraciones, haremos referencia a la Declaración adoptada en el año 2000 en el *Vilnius International Forum on Holocaust Era Looted Cultural Assets*, por la que los Estados se comprometían a realizar esfuerzos razonables a fin de conseguir la restitución de los bienes culturales expoliados durante el Holocausto[26].

Si bien los tratados mencionados imponen a los Estados firmantes la obligación de restituir en las condiciones previstas en los mismos, ello no quiere decir que la inmunidad del Estado quede sin efecto como consecuencia de las obligaciones recogidas en dichos tratados.

El enfrentamiento que se produce entre el reconocimiento de la inmunidad y el cumplimiento de determinadas normas de carácter internacional ha sido ya objeto de análisis, tanto por la Corte Internacional de Justicia como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluyendo ambos en determinar el diferente carácter de la normativa.

Respecto de esta cuestión, la Corte Internacional de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación tanto con la inmunidad jurisdiccional del Estado, como respecto de la inmunidad penal de determinadas autoridades del Estado ante tribunales nacionales, y en ambos casos la Corte vino a confirmar el carácter procesal de las normas relativas a inmunidades frente al carácter sustantivo de aquellas normas de cuya violación se acusa al Estado. En palabras de la Corte, la inmunidad "*regulates the exercise of jurisdiction in respect of particular conduct and is thus entirely distinct from the substantive law which determines whether that conduct*

24 Convenio UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente de 24 de Junio de 1995, 2421 UNTS 457. Vid. Fach Gómez, K., "Algunas consideraciones en torno al convenio de Unidroit sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente", *AEDIPr*, núm. 4, 2004; Rodríguez Pineau, E., "Adhesión de España al Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente de 1995", *REDI*, Vol. 55, 2003, núm. 1; Sánchez Felipe, J.M., "El Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995", *REDI*, Vol. 48, 1996, núm. 1.

25 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, 823 UNTS 231.

26 Vid. Scovazzi, T., "Evolutionary trends as regards the return of removed cultural property" en Pérez-Prat Durbán, L. y Lazari, A., *op. cit.* nota 22, pp. 55-56.

is lawful or unlawful"[27]. En el mismo sentido se pronunció también en el asunto Orden de Arresto en relación con la inmunidad de jurisdicción penal respecto de un ministro de asunto exteriores[28], en la que señalaba que "*Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law*"[29].

En este sentido la Corte mantiene su posición tanto en el ámbito de inmunidades del Estado como en el de agentes del Estado, estableciendo por tanto una interpretación coherente respecto de la relación existente entre inmunidad y normas de derecho sustantivo, reconociendo su carácter diferente y por tanto negando la posibilidad de que dichas normas sustantivas vengan a dejar sin efecto el principio de inmunidad. En todo caso como señalaba la Corte, esto no quiere decir que el Estado o la persona quede exonerada de cualquier tipo de responsabilidad[30], por lo que será por tanto necesario buscar métodos alternativos de reparación o exigencia de responsabilidad.

Esta interpretación ha sido también desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con las inmunidades y la posible violación del artículo 6 del Convenio, que contiene el derecho a un proceso equitativo. El Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en varios asuntos respecto de la inmunidad del Estado o sus agentes, siendo uno de los primeros el asunto McElhinney c. Irlanda, en el que el Tribunal establecía en primer lugar que el derecho reconocido en el artículo 6 no era un derecho absoluto y era susceptible de ser sometido a limitaciones, y además señalaba que el Convenio debía ser interpretado tomando en consideración otras normas de derecho internacional, incluidas las relativas a la inmunidad del Estado. Esta interpretación llevó a considerar que el propio derecho a un proceso equitativo contenía una serie de limitaciones inherentes al mismo, entre las que se encontraba la doctrina de la inmunidad del Estado, que venía siendo generalmente aceptada por la comunidad internacional[31].

El Tribunal ha venido manteniendo esta posición a lo largo de su jurisprudencia, desarrollándola y confirmando en todo caso el recono-

27 CIJ, Inmunidades Jurisdiccionales del Estado, 2012, párr. 59.

28 Actualmente se encuentra pendiente un caso ante la Corte en el que la inmunidad de jurisdicción penal fue alegada por un vicepresidente del Gobierno de Guinea Ecuatorial y rechazada por las autoridades jurisdiccionales francesas. Inmunidades y procedimientos penales (Guinea Ecuatorial c. Francia), Corte Internacional de Justicia.

29 CIJ, Orden de Arresto, 2002, párr. 60

30 *Ibidem*

31 McElhinney c. Irlanda, núm. 31253/96, TEDH 2001, párr. 34-37

cimiento de la inmunidad del Estado o sus agentes incluso ante supuestos de violación de normas *de ius cogens*. En este sentido es determinante el asunto Jones c. Reino Unido, en el que un particular interpuso una demanda ante los tribunales británicos contra el Ministerio de Interior de Arabia Saudí alegando actos de tortura en una cárcel saudí cometidos por orden del Ministerio de Interior. Una vez reconocida la inmunidad del Estado por los tribunales británicos, el asunto llegó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual vino a confirmar en base a su jurisprudencia anterior, entre la que cabría señalar Al Adsani c. Reino Unido[32] o Kalogeropoulou y otros c. Grecia y Alemania[33], el límite que las inmunidades del Estado imponen al derecho a un proceso equitativo[34]. En este sentido el Tribunal también se refiere al ya mencionado asunto Inmunidades Jurisdiccionales ante la Corte Internacional de Justicia, señalando que la Corte viene a recoger el derecho consuetudinario en la materia, y afirmando que "*no jus cogens exception to State immunity had yet crystallised*"[35].

Esta jurisprudencia tanto de la Corte Internacional de Justicia como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene por tanto a confirmar el poderoso valor de la inmunidad jurisdiccional del Estado, siendo un principio a respetar con carácter general, incluso frente a casos de violación de norma de *ius cogens*. Esta situación hace por tanto necesario centrarse, en relación con los casos de restitución, no en las normas que establecen la obligación del Estado de restituir y que vendrían a ser de carácter sustantivo, sino en aquellas normas que vendrían a regular, y en determinados supuestos a limitar, la inmunidad del Estado como norma de carácter procesal.

4. La normativa internacional relativa a la inmunidad de jurisdicción y su aplicación a la restitución.

En materia de inmunidades jurisdiccionales del Estado, la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes es probablemente la norma de carácter convencional principal en la materia, si bien uno de los principales problemas que presenta es que, además de no haber entrado en vigor todavía, la misma, tal y como señalábamos al comienzo de este trabajo, no ha sido ratificada ni

32 TEDH, Al-Adsani c. Reino Unido, 2001
33 TEDH, Kalogeropoulou y otros c. Grecia y Alemania, 2002.
34 TEDH, Jones c. Reino Unido, 2014, párr. 186-192
35 Ibid. p. 198

por Estados Unidos, Rusia o China[36], siendo quizás el caso de Estados Unidos el más determinante debido a que no sólo no la ha ratificado, sino que tampoco la ha firmado, y debido también al número de reclamaciones que se han realizado en su jurisdicción.

A nivel europeo por otra parte, nos encontramos con la Convención Europea sobre Inmunidades del Estado de 1972, que sólo ha sido ratificada por nueve Estados.

Por tanto, desde el punto de vista convencional parece difícil recurrir a convenciones internacionales a la hora de determinar la inmunidad del Estado en caso de demandas de restitución interpuestas ante tribunales nacionales. En todo caso, en relación con la Convención sobre inmunidades jurisdiccionales consideramos necesario señalar en primer lugar que, por una parte, el principio de buena fe conlleva que los Estados que han ratificado la convención actúen conforme a ella, y por otra parte, conforme al artículo 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados[37], estos mismos Estados se abstengan de frustrar el objeto y fin de la misma. Junto con ello señalaremos también el hecho de que la Convención viene a recoger, según establece su anexo, la práctica de los Estados y por tanto derecho consuetudinario. De todo ello es posible concluir que el estudio de la Convención sería de gran utilidad a la hora de analizar la cuestión de las inmunidades en los casos de restitución, teniendo en todo caso presentes las dudas que plantea, como ya se ha señalado, la aplicación de la misma a los casos de conflictos armados o a actividades militares, siendo de aplicación en caso de admitirse la premisa anterior el derecho consuetudinario.

4.1. Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes y la inmunidad de jurisdicción y ejecución.

En primer lugar y en el ámbito de la restitución, será necesario identificar las dos fases en las que el Estado puede hacer valer la inmunidad. La primera de ellas será la fase en la que el particular inicie el procedimiento ante tribunales de un Estado contra un tercer Estado que se encuentra en posesión del bien, con el fin de determinar la propiedad del mismo. En esta fase el Estado demandado vendría a alegar la inmunidad de jurisdicción. Si dicha inmunidad fuese rechazada y

36 Actualmente ha sido ratificada por 21 Estados, entre ellos España

37 Naciones Unidas, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 23 Mayo 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331.

los tribunales finalmente dictaminaran a favor del particular reconociéndosele la propiedad del bien y obligando al Estado a restituirlo, el Estado afectado podría venir a alegar entonces el reconocimiento de inmunidad de ejecución, a fin de evitar de ese modo la ejecución de la sentencia y por tanto la devolución del bien.

4.1.1. Inmunidad de jurisdicción

Una vez establecidas las dos fases y las distintas inmunidades aplicables, nos centraremos en primer lugar en la inmunidad de jurisdicción, señalando que es posible afirmar la existencia de una práctica internacional referida a la inmunidad jurisdicción relativa, siendo por tanto únicamente de aplicación la inmunidad a los actos *iuri imperii*. En todo caso la determinación de dichos actos puede ser objeto de diversa práctica por parte de los Estados, bien en base a la naturaleza del mismo, bien en base a su finalidad, estando ambas posibilidades recogidas en la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales[38].

Centrándonos en el contenido de la Convención y su afectación a la restitución de bienes, la misma señala en los artículos 10 y siguientes los casos en los que no podrá hacerse el valer la inmunidad de jurisdicción, siendo de posible aplicación para el caso que nos ocupa la excepción relativa a las transacciones mercantiles (art. 10) y a los derechos o intereses del Estados sobre determinados bienes (art. 13).

El supuesto de transacciones mercantiles del artículo 10 ha sido ya objeto de pronunciamiento por parte de tribunales nacionales, y si bien la propia Convención recoge en su artículo 2.1 qué se entiende por transacción mercantil, la misma puede ser objeto de diversas interpretaciones, incluso dentro de un propio Estado, dando lugar a decisiones contradictorias e inconsistentes[39].

En todo caso resulta necesario establecer qué actividad debe ser analizada a fin de determinar la inmunidad de jurisdicción, ya que en el asunto Malewicz[40] el Tribunal del distrito de Columbia, consideró que el préstamo de obras de arte llevado a cabo por un Estado a otra institución extranjera consistía en una transacción comercial, lo que

38 Artículo 2.2. "Para determinar si un contrato o transacción es una "transacción mercantil" según lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1, se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción.

39 Hazel, F., *op. cit.* nota 1, p. 353.

40 *Malewicz v City of Amsterdam* 362 F. Supp. 2d 298 (DDC 2005).

impedía el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción[41]. No se analizaba en este caso si el acto de adquisición del bien por parte del Estado demandado constituía o no una transacción comercial, se analizaba únicamente el acto que había permitido que el bien se encontrase en el territorio del Estado foro. En todo caso, la misma juez en una sentencia posterior sobre el mismo asunto, vino a analizar el modo de adquisición del bien para denegar la aplicación de la doctrina del acto de Estado, considerando que los mismos fueron adquiridos de manera fraudulenta y de mala fe, y que por tanto cualquier particular podría llevar a cabo dicho tipo de adquisición[42].

En el ámbito de la restitución resulta por tanto esencial determinar el acto del Estado que debe ser tomado en consideración y que permitirá el reconocimiento o no de la inmunidad de jurisdicción, y en este sentido consideramos que el acto determinante sería aquel mediante el cual el Estado demandado obtuvo los bienes, y cuya legítima propiedad se cuestiona mediante la interposición de la demanda.

En todo caso, y en lo relativo a que el acto deba tener carácter mercantil, la normativa norteamericana, la *Foreign Sovereign Immunity Act*, va más allá, dado que excepciona la inmunidad tanto para actividades de carácter mercantil como para actos llevados a cabo en Estados Unidos que estén en conexión con actividades de carácter mercantil[43].

De este modo, en el contexto del Holocausto nos encontraremos con casos en los que el Estado obtuvo los bienes mediante la realización de una compraventa fraudulenta o cualquier otro acto de apariencia legal, pero del mismo modo de carácter fraudulento, junto con los casos de expolio y apropiación de bienes sin ningún tipo de cobertura aparentemente legal. En estos supuestos podríamos encontrarnos ante resultados diversos según aplicásemos el principio de la naturaleza o finalidad del acto.

En este sentido y en aplicación del principio de la naturaleza del acto, tal y como señalaba la juez Collyer en el asunto Malewicz, la adquisición de los bienes mediante una compra fraudulenta es un acto que puede ser realizado por cualquier particular, lo que vendría a negarle el carácter de acto *iuri imperii* y por tanto el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción al poder considerarse una transacción comercial, aunque fuese fraudulenta. Por otra parte, atendiendo a la

41 Pavoni, R., "Sovereign Immunity and the Enforcement of International Cultural Property Law", *EUI Working Papers*, Law 2012/30, p. 4.

42 M*alewicz v City of Amsterdam* 517 F. Supp. 2d 322 (DDC 2007).

43 28 U.S. Code § 1605. Vid. Pavoni, R., *op. cit*. nota 37, p. 3-6

finalidad del acto, la adquisición fraudulenta de los bienes podría considerarse parte de un plan estatal consistente en la persecución, exclusión y aniquilación de la población judía, considerándose por tanto que se trataba, a pesar de su ilegalidad, de un acto de carácter *iuri imperii*, admitiéndose en este caso la aplicación de la inmunidad. Como señalaba la Corte en el asunto inmunidades jurisdiccionales, la calificación del acto como *iuri imperii* o *iuri gestionis* no conlleva un pronunciamiento acerca de su legalidad, de modo que un acto puede ser *iuri imperii* a pesar del carácter ilegal del mismo[44].

El problema por otra parte se nos plantea también en los casos en que la adquisición de los bienes se ha realizado mediante actos propios del Estado, como la expropiación o la confiscación[45]. En estos casos sería difícil incluir este tipo de acto en la categoría de transacciones de mercantiles, y por tanto no podría serle de aplicación la excepción de inmunidad recogida en el artículo, independientemente de que pudieran ser o no reconocidos como actos de carácter *iuri imperii*.

El segundo tipo de adquisición por parte del Estado sería aquella en la que el mismo adquirió la propiedad de manera legítima, si bien dicha propiedad había sido objeto de una apropiación ilegítima previa, desconociendo el actual Estado propietario el origen de la misma[46]. En estos casos la calificación de acto dependería del principio utilizado, ya que en primer lugar atendiendo a la naturaleza del mismo, ese tipo de compras de arte podría considerarse como acto de carácter mercantil *iure gestionis* (conforme al art. 2.1 c) i. del Convenio de NU se considera transacción mercantil "todo contrato o transacción mercantil de compraventa de bienes o prestación de servicios"). En caso contrario, atendiendo a la finalidad del acto, la compra de un objeto cultural por parte del Estado para que pase a formar parte del patrimonio e incluso para su exposición en museos estatales, cabría ser calificado conforme a la teoría de la finalidad del acto como acto de carácter *iuri imperii*.

44 CIJ, Inmunidades Jurisdiccionales del Estado, 2012, párr. 60; Gutiérrez Espada, c., *op. cit*. nota 1, p. 52 y ss.

45 Fue el caso por ejemplo del barón Herzog, judío húngaro cuyas obras fueron confiscadas por el gobierno durante la colaboración con la Alemania nazi. De Csepel v Republic of Hungary 808 F. Supp. 2d 113 (DDC 2011). Vid Torrecuadrada García-Lozano, S., *op. cit*., nota 9, p. 409-410.

46 Este es el asunto Cassirer, relativo a la venta forzosa de una obra de Pissarro por la familia Cassirer y su posterior confiscación, obra que pasó por varios propietarios hasta que finalmente fue adquirida por el estado español. Cassirer v. Kingdom of Spain 616 F.3d 1019, 49 ILM 1492)9th Cir. 2010). Vid. Arp, B., "Dos males, un bien no hacen: el asunto Cassirer ante los tribunales estadounidenses y la inmunidad de jurisdicción de España", *REDI*, vol. 63, 2012, núm. 2.

La Convención de Naciones Unidas a la hora de determinar si un contrato o transacción tiene carácter mercantil establece en su artículo 2.2 como método preferente la naturaleza del acto, si bien permite recurrir a la finalidad del mismo cuando lo acuerden las partes o se trate de la práctica del Estado, por tanto tampoco viene a establecer una regla única que permita establecer una uniformidad, y ello debido a la dispar práctica existente en los Estados sobre la materia, e incluso, como ya mencionamos, entre los distintos tribunales dentro de un Estado.

Por tanto, en el caso de la excepción basada en las transacciones comerciales, aquellos supuestos en los que el acto de adquisición del bien podría considerarse como transacción de carácter mercantil se permitiría el no reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción, pudiendo por tanto el tribunal pronunciarse sobre la propiedad del bien, y en caso de que la propiedad de dicho bien fuese atribuida al particular, entraría entonces en juego la inmunidad de ejecución que veremos más adelante.

En cuanto a la excepción de inmunidad recogida en el artículo 13 de la Convención sobre inmunidades jurisdiccionales, y cómo afecta la misma a la restitución en los supuestos del expolio de bienes durante el Holocausto, nos encontramos en primer lugar con una importante limitación, dado que el artículo 13 a) recoge la excepción de inmunidad para los casos en los que se discuta la posesión del bien por parte de un Estado, pero únicamente para los casos en los que el objeto del litigio fuesen bienes inmuebles. De este modo la recuperación de objetos culturales que nos ocupa en este trabajo quedaría fuera de aplicación de este supuesto.

Por otra parte, el apartado b) del mismo artículo 13 recoge la excepción de inmunidad para aquellos casos en los que se discuta el derecho del Estado sobre bienes, en este caso tanto muebles como inmuebles, nacido en virtud de sucesión, donación u ocupación de bien vacante. Estos supuestos, que si bien en el caso del expolio Nazi podrían tener una aplicación muy escasa debido a que la mayoría de los bienes no fueron adquiridos por ninguno de los medios mencionados, sí han sido objeto de uno de los casos más conocidos relativos a restitución, esto es, el caso Altmann contra Austria. En este asunto la señora Altmann reclamaba la propiedad de un cuadro que perteneció a su tía y que había sido adquirido supuestamente mediante herencia por la Galería Nacional Austriaca, hoy día Galería Austriaca Belvedere, durante el periodo de ocupación Nazi[47].

47 Arbitral Award, Maria V. Altmann and others v. Republic of Austria, 15 de Enero de 2004.

Este asunto, que finalmente fue resuelto mediante arbitraje, se planteó en primer lugar ante los tribunales estadounidenses, que tomaron en consideración la *Foreign Sovereign Immunity Act*[48]. En todo caso resulta interesante una mención acerca de las dificultades que plantearía la posible aplicación de la Convención sobre inmunidades jurisdiccionales al caso, ya que al encontrarse Austria en aquella época bajo ocupación del régimen Nazi, y en caso de que fuese admisible la excepción relativa a conflictos armados mencionada anteriormente, se plantea la duda de si la Convención vendría a ser o no de aplicación, dado que si bien en dicho momento no existían hostilidades, es necesario tener presentes que el derecho humanitario es de aplicación en caso de ocupación extranjera[49], pudiendo considerarse que la ocupación entraría dentro de una categoría amplia de conflictos armados, y pudiendo por tanto entenderse de no aplicación la citada Convención. En todo caso, y reafirmando nuestra posición acerca de la no aplicación de la excepción relativa a conflictos armados fuera de los supuestos del artículo 12, o al menos en favor de realizar una interpretación restrictiva admitiéndose únicamente en el caso de actividades militares, este caso sería un interesante ejemplo de excepción de inmunidad jurisdiccional del Estado en un asunto relativo al expolio Nazi.

Por tanto, podemos concluir que en lo referente al análisis conjunto de la inmunidad de jurisdicción, la Convención sobre inmunidades jurisdiccionales, y el expolio Nazi, nos encontramos en primer lugar con la dificultad de aplicación de la Convención, unido al hecho de que en caso de que fuesen aplicables los supuestos de excepción de inmunidad de jurisdicción, los mismos serían escasos, y sólo en una pequeña parte

48 Altmannn v. Republic of Austria, U.S. District Court for the Central District of California -142 F. Supp. 2d 1187 (C.D. Cal. 2001), y Republic of Austria et al., Petitioners v. Maria Altmann, Supreme Court of the United States, 541 U.S. 677 (2004) 327 F. 3d 1246.

49 Vid. artículo 42 del Convenio sobre Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899: "se considera un territorio como ocupado, cuando se encuentra de hecho colocado bajo la autoridad del Ejercito enemigo"; artículo 5 del Convenio para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954, recoge la aplicación del convenio en los casos de ocupación; artículo 2 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña de 12 de agosto de 1949; artículo 2 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, de 12 de agosto de 1949; artículo 2 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949; artículo 2 y sección III del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949.

de los casos podrían los tribunales nacionales declararse competentes para conocer el asunto.

De este modo la Convención a pesar de tener como finalidad el establecimiento de una uniformidad en el caso de las inmunidades del Estado y sus bienes, deja un amplio margen de apreciación a los Estados, sobre todo en lo relativo al criterio utilizado para determinar la calificación del acto, lo que lleva a resultados diversos en los Estados siendo difícil establecer una práctica común.

En todo caso y dado que actualmente la Convención no se encuentra en vigor, será la normativa nacional de cada Estado la aplicable al caso, siendo la normativa española la reciente Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, y que viene a tomar como base la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales[50]. En otros Estados con normativas relativas a inmunidad anteriores a la Convención de Naciones Unidas, como Estados Unidos con la *Foreign Sovereign Immunity Act* de 1976 o Reino Unido con la *State Immunity Act* de 1978, la regulación presenta importantes diferencias respecto de la establecida en la Convención de Naciones Unidas, incluyendo por la ejemplo la *Foreign Sovereign Immunity Act* el no reconocimiento de inmunidad para actos del Estado "*in which rights in property taken in violation of international law are in issue*"[51], y que para el caso que nos ocupa relativo al Holocausto vendría a ser de enorme valor. En este sentido como señala Pavoni, los tribunales norteamericanos han interpretado de manera amplia la expropiación contraria a derecho internacional, considerando que incluiría cualquier privación de los derechos de propiedad llevado a cabo directa o indirectamente y para fines públicos o no sin el justo pago. La condición que exige es que el particular no fuese nacional del Estado en el momento de la expropiación, lo que en el caso de los judíos vendría cumplirse dado que las leyes Nazis privaron a los judíos de su derecho de ciudadanía[52].

50 BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015. Vid. Andrés Sáenz de Santa María, P., Díez-Hochleitner, J., Martín y Pérez de Nanclares, J., *Comentarios a la ley de tratados y otros acuerdos internacionales: (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

51 28 U.S. Code § 1605. A) 3). Vid. Pavoni, R., *op. cit*. nota 37, p. 7.

52 Ibid. p. 8.

4.1.2. Inmunidad de ejecución

La Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales viene a recoger la inmunidad de ejecución de los bienes del Estado con anterioridad y posterioridad a la emisión del fallo por los tribunales nacionales, siendo la regulación de las medidas coercitivas anteriores al fallo mucho más restrictivas, ya que sólo se permitirán en los casos en los que el Estado consienta o haya asignado bienes para la satisfacción de la demanda objeto del litigio[53].

En cuanto a las medidas coercitivas posteriores al fallo, el artículo 19 de la Convención recoge la posibilidad de adopción de este tipo de medidas cuando los bienes se destinen a fines distintos de los fines oficiales no comerciales y se encuentren en territorio del Estado foro.

De nuevo se presenta la disyuntiva del criterio que permita determinar la naturaleza del bien. En este sentido, debemos tener presentes que el bien del Estado demandado debe encontrarse en territorio del Estado foro[54], y en el caso de bienes culturales suele ser debido a préstamos para exposiciones, lo que en principio permitiría considerar que el bien está destinado a una actividad oficial. En todo caso y atendiendo a la naturaleza del acto, ya se ha señalado anteriormente que los tribunales norteamericanos han venido a considerar las actividades culturales y educativas como actividades comerciales, siendo este el mencionado caso Malewizc, en el que el tribunal consideró que no había nada de soberano en el préstamo de obras de arte para su exposición[55].

En todo caso, y a pesar que pudiese considerase que el Estado destina dichos bienes para la realización de actividades comerciales, el artículo 21 de la Convención viene a establecer excepciones al no reconocimiento de inmunidad de ejecución al establecer una lista de bienes que se consideran en todo caso utilizados para fines de servicio

53 Vid. Artículo 18.

54 En el caso de Estados Unidos, la *Foreign Sovereign Immunity Act* no requiere que el bien se encuentre en territorio estadounidense, al establecer que sólo será necesario que el bien se utilice para actividades comerciales en Estados Unidos. Un claro ejemplo de bienes que no se encuentran en el territorio del Estado pero que se utilizan para actividades comerciales fue el caso Altmann, en el que la venta de libros de la Galería de Belvedere en los que se reproducía la obra objeto del litigio bastó para considerar que se estaba llevando a cabo una actividad comercial. También en el asunto Cassirer se consideró que la emisión en los vuelos de Iberia entre España y Estados Unidos de un programa grabado en el museo era una actividad comercial de las incluidas en las excepciones de la *Foreign Sovereign Immunity Act*.

55 Pavoni, R., *op. cit*. nota 37, p. 4

público, estos es, los bienes que forman "parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta" junto con "los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta".

Esta excepción viene por tanto a frustrar definitivamente cualquier posibilidad de recuperación de bienes culturales expoliados durante el Holocausto, dado que el supuesto ante el que nos encontramos es el siguiente: el particular demanda al Estado propietario del bien ante un tercer Estado, en caso de que se no se reconociera la inmunidad de jurisdicción y se determinara el derecho del particular sobre el bien, la ejecución de la sentencia que conlleva la restitución requeriría que el bien se encontrase en el Estado foro y afecto a actividades no oficiales, si bien en la mayoría de los casos dichos bienes culturales habitualmente se encontrarían en el territorio del Estado foro como parte de una exposición lo que impediría su ejecución, o serían considerados bienes patrimonio del Estado, lo que también impediría la ejecución.

En lo relativo al patrimonio cultural del Estado, esta denominación debería interpretarse en sentido amplio, ya que cada Estado tiene una regulación particular respecto de su patrimonio cultural y el grado de protección otorgado al mismo. De este modo en el caso de España si bien 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, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico"[56], la propia Ley sobre Patrimonio Histórico Español otorga una especial protección a los Bienes de Interés Cultural, sin que debiéramos entender que únicamente éstos entrarían en la categoría de patrimonio cultural del Estado establecida en la Convención[57].

En este sentido resulta determinante la conclusión señalada por Pavoni, que considera la existencia de una costumbre internacional rela-

56 Art. 1, Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, BOE núm. 155, de 29/06/1985.

57 En este sentido Torrecuadrada García-Lozano llama la atención sobre el hecho de que se haya considerado que en materia de inmunidad sobre bienes en préstamo las obras de arte sean consideradas "elementos relevantes de la identidad nacional", ya que dicha posición llevaría a un análisis acerca de la nacionalidad de las obras, y a debates sobre nacionalismo o internacionalismo cultural que quedaría fuera del objeto de análisis de las inmunidades. Torrecuadrada García-Lozano, S., *op. cit.*, nota 9, pp. 415-416.

tiva la reconocimiento e inmunidad de ejecución relativa a objetos de arte que son parte del patrimonio cultural de un Estado. En este caso, y a pesar de que Gattini llama la atención sobre la ausencia en los comentarios a los apartados d) y e) del artículo 19 a la existencia de una práctica por parte de los Estados que viniera a confirmar su naturaleza de derecho consuetudinario[58], podría decirse que esta práctica podría considerarse hoy día confirmada por los Estados, principalmente en lo referente al apartado e), dada la tendencia entre los mismos a reconocer dicha inmunidad mediante la adopción de normativa relativa a la imposibilidad de incautación de dichos bienes cuando se encuentran en exhibición en el Estado[59].

5. Conclusiones

La práctica relativa a la inmunidad del Estado no deja dudas acerca de los límites y dificultadas que presenta para la recuperación de los bienes saqueados durante el Holocausto. Como se ha puesto de manifiesto, a pesar de la existencia de normas de derecho internacional que recogen las obligaciones del Estado en materia de restitución, las mismas deben ser entendidas y aplicadas en relación con las normas relativas a la inmunidad de Estado, dada la diferente naturaleza de una y otra y la imposibilidad de establecer, por tanto, una jerarquía que permita dejar sin efecto las normas contrarias a la restitución.

Por ello, las normas que nos van a permitir dejar sin efecto la inmunidad del Estado en esta materia no serán aquellas relativas a la obligación del Estado de restituir, sino las que vengan a la limitar la inmunidad del Estado como norma de carácter procesal, y de entre ellas consideramos que debe ser de especial interés la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales del Estado y sus Bienes, dado que viene a recoger la costumbre existente en la materia, además de haber sido firmada y ratificada por un número importante de Estados.

58 Gattini, A., "The International Customary Law Nature of Immunity from Measures of Constraint for State Cultural Property on Loan", en Buffard, I., Crawford, J., Pellet, A., y Wittich, S., *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Brill/Nijhoff, 2008.

59 España lo tiene reconocido en el artículo 20 d) Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015). Otros países que han venido a reconocerla son Estados Unidos, Canadá, Australia, Francia, Irlanda, Alemania, Austria, Bélgica, Suiza, Israel y Reino Unido.

Respecto de esta Convención y su aplicación a la restitución de bienes expoliados durante el Holocausto, uno de los principales inconvenientes vendría a ser la posible exclusión de la misma en los supuestos de conflictos armados. En todo caso, dicha exclusión podría hacerse, conforme a la práctica de los Estados, en los supuestos relativos a reclamaciones civiles por daños, quedando por tanto el resto de la Convención exenta de dicha interpretación, salvo en el caso de reservas o interpretaciones a la misma como las realizadas por Suecia y Noruega.

En cuanto a las excepciones relativas a la inmunidad de jurisdicción, el primero de los supuestos relativos a las actividades mercantiles dependerá del criterio utilizado por el tribunal a la hora de calificar el acto, dado que la propia Convención permite el uso tanto del criterio relativo a la finalidad como el relativo a la naturaleza del acto. Este hecho en el ámbito del Holocausto y atendiendo a su planificación estatal, conlleva que la utilización del criterio de la finalidad del acto por parte de los tribunales nacionales vendría a limitar en gran medida la posibilidad de calificar un acto como de carácter mercantil y por tanto limitar de este modo la inmunidad del Estado.

En relación con el segundo supuesto que podría ser de aplicación, el relativo a los casos en los que se discuta la posesión de un bien por parte de un Estado adquirido mediante sucesión, donación u ocupación de bien vacante, ya se ha señalado que sería mínima la aplicación de dicha excepción, dado que en el caso del Holocausto la adquisición de bienes por parte de los Estados no se llevó a cabo habitualmente mediante dichos procedimientos.

En todo caso, y en el supuesto en que la inmunidad de jurisdicción no fuese reconocida y el tribunal determinase la restitución del bien, la ejecución de la sentencia consideramos que resultaría en la mayoría de los casos prácticamente imposible atendiendo a la regulación que realiza la Convención respecto de los bienes que se consideran utilizados para servicio público. En este sentido ya se ha señalado que los bienes deben encontrarse en el Estado foro, y en la mayoría de los casos será debido a que el bien es parte de una exposición, que es uno de los supuestos en los que se considera que el bien está siendo utilizado para fines de servicio público y por tanto goza de inmunidad. El otro supuesto en el que bien goza de inmunidad al considerarse también afecto a fines de servicio público es el caso de que el bien forme parte del patrimonio cultural del Estado, y habitualmente las obras de arte que son objeto de reclamación en estos casos suelen formar también parte del patrimonio cultural del Estado, por lo que tampoco podrán ser restituidos en ejecución de la sentencia.

Por tanto, a pesar de la existencia de una convención internacional que tendría como objeto aclarar los supuestos de inmunidad, el amplio margen de apreciación otorgado a los Estados en materia de calificación del acto hace imposible establecer un criterio único y por tanto un mismo resultado en todos los países firmantes de la misma, de modo que seguirá siendo determinante la práctica de cada Estado. Esta situación contribuiría por tanto a mantener un *forum shopping*, y en todo caso, a que los reclamantes ante la incertidumbre optaran por medios alternativos a los procedimientos jurisdiccionales, medios que deberán contar con el consentimiento del Estado reclamado, volviendo de este modo a dejar en manos de éstos la posible solución de la controversia.

7.

¿Retener o retornar? Reflexiones sobre la solución material del asunto Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza

Elena Rodríguez Pineau

1. Introducción

Tras la segunda guerra mundial algunos países que habían sufrido directamente las consecuencias del nazismo y sus efectos en materia de saqueo/expolio de bienes, introdujeron normas para intentar reponer a los perjudicados en sus bienes o al menos obtener una indemnización.[1] Pero estas medidas fueron limitadas en el tiempo (con unos plazos de reclamación que se extendían hasta finales de los años 50 del pasado siglo) y no cubrían necesariamente todos los supuestos que se

1 Así la ley alemana de 1957, *Bundesrückerstattungsgesetz*, BGBl. 1957 I, 734 cuya aplicación se reactivó tras la reunificación alemana para atender a reclamaciones de bienes ubicados en los anteriores Länder de Alemania del este (Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen, BGBl. 1997 I, 1974, disponible en http://bundesrecht.juris.de/br_g/BJNR007340957.html y en http://www.gesetze-im-internet.de/vermg/index.html). [Todas las referencias a páginas web de este trabajo se han comprobado a fecha de 15 de diciembre de 2017]

En Austria se aprobaron tres leyes de restitución inmediatamente posteriores a la guerra, publicadas en las Gacetas 156/1946, 53/1947 y 54/1947. Concluidos los plazos previstos para la reclamación en estas normas, en 1957 se aprobó la centralización de los bienes encontrados en una colección (*Mauerbach*) cuya restitución podia solicitarse hasta 1986. La cuestión de la restitución quedó cerrada hasta 1998, momento en que se planteó ante los tribunales norteamericanos el litigio por unos cuadros de Schiele propiedad de la colección Leopold y se adoptó la *Kunstrückgabegesetz*, posteriormente modificada en 2009 (http://www.kunstkultur.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=65852).

En Francia, la *Commission de Récupération Artistique* funcionó entre 1944 y 1949 restituyendo muchas obras con carácter inmediato. Cuando cesó la actividad de la comisión se procedió a la venta de los bienes no reclamados aunque el Estado se quedó los más interesantes para repartirlos en museos nacionales (*Musées Nationaux Recuperation*). Desde 1960 no hubo más restituciones hasta que en 1997 se retomó la investigación sobre el origen de los bienes de los museos nacionales.

Para un análisis más detallado de estos y otros países, nos remitimos a A. Marck & E. Müller, "National Panels Advising on Nazi-looted Art in Austria, France, the United Kingdom, the Netherlands and Germany", en *Fair and Just Solutions? (Alternatives to litigation in Nazi-looted art disputes: Status quo and new developments)*, E. Campfens (ed.), Eleven International Publishing, 2015, The Hague, pp. 41-89.

planteaban. A estas iniciativas siguió un largo período, hasta mediados de los años 90, donde la cuestión del expolio nazi quedó sumida en un llamativo olvido, en parte propiciado por el deseo de olvidar la guerra y la existencia del telón de acero. La caída del régimen soviético, el fin de la guerra fría y la apertura de muchos archivos permitió el acceso a información[2] y la publicación de relevantes trabajos sobre el expolio.[3] A partir de este momento se comienza a investigar el origen de las adquisiciones en muchos museos, se genera una reacción y se reactiva el proceso de las restituciones. Esta nueva fase adopta un enfoque menos legalista y más orientado a la equidad.[4] Desde el punto de vista normativo, aunque no se crea ninguna regla específica para estas situaciones, sí se articulan los principios sobre los que se va a fundamentar la colaboración internacional: los Principios de Washington 1998,[5] y las posteriores declaraciones de Vilnius[6] y Terezin.[7]

En este tiempo los bienes 'perdidos' han podido desaparecer y reaparecer, cambiar de dueño y terminar en colecciones públicas o privadas, en museos estatales o en manos particulares. Normalmente los actuales poseedores al menos tienen una apariencia de título sobre el bien, que resulta de transacciones realizadas de buena fe y que merecen tutela. Del mismo modo, los titulares originales de los bienes van falleciendo y son los herederos quienes continúan con los procesos de restitución. Pero a veces estos propietarios originales no pueden probar debidamente que el bien era suyo, y el cada vez más debilitado

2 M.I. Turner, "The Innocent Buyer of Art Looted During World War II", 32 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1999, pp. 1511-1548, p. 1520.

3 En este movimiento es de especial importancia la aparición de algunas monografías como las de L. Nicholas, *The Rape of Europe*, en 1994 o H. Feliciano, *The Lost Museum: The Nazi Conspiracy to Steal the World's greatest Works of Art* en 1997, que estudiaron el saqueo institucionalizado de obras de arte y abrieron la discusión sobre un tema silenciado e incómodo.

4 W. Veraart & L. Winkel, "An Introduction to the Dilemmas of Post-War Restitution in Europe", en *Post-War restitution of property Rights in Europe (Comparative Perspectives)*, Scientia Verlag, Amsterdam & Aalen, 2011, p. 2.

5 Los principios de 3 de diciembre de 1998 son el resultado de la Holocaust-Era Assets Conference desarrollada en Washington http://www.lootedart.com/MG7QA043892.

6 La Conferencia de Vilnius (Vilna, Lituania), celebrada en octubre de 2000, era una continuación de la de Washington de 1998; el texto de la declaración puede consultarse en http://www.lootedart.com/MFV7EE39608 .

7 La declaración de 30 de junio de 2009 fue el resultado de la Holocaust-Era Assets Conference desarrollada en Praga y Terezin, bajo auspicio del gobierno checo, a la sazón presidente de turno de la UE: http://www.lootedartcommission.com/NPNMG484641.

vínculo emocional entre ese bien y los herederos hace que se cuestione la necesidad de devolverlo, en particular cuando el titular actual lo ha custodiado durante años pacífica y públicamente, en ocasiones, incluso, proporcionando un servicio (cultural) a la comunidad.

A medida que transcurren los años se observa una clara diferencia entre el modo en que este tipo de disputas se resuelve en Europa y en los EE.UU. Mientras que en Europa se ha optado crecientemente por una vía no judicial de solución de estos conflictos, a partir de mecanismos *ad hoc* de resolución de las demandas de restitución derivadas del expolio nazi, en los EE.UU. la respuesta sigue articulándose fundamentalmente en clave judicial. La vía de los tribunales se fundamenta en la aplicación de la ley, con las ventajas que ello puede tener (al regirse por procedimientos y reglas objetivas) pero también introduce elementos poco favorables para los demandantes, como los plazos de prescripción, que no se adecuan a las especificidades del expolio nazi. Aunque esto se haya podido intentar aliviar con normas concretas, como la *Holocaust Expropriated Art Recovery (HEAR) Act*,[8] lo cierto es que las acciones judiciales muchas veces constituyen un auténtico esfuerzo de titanes y la restitución no está siempre garantizada. Como alternativa, los mecanismos instaurados en algunos países europeos toman en consideración otros elementos –sin prescindir necesariamente de los legales- para resolver los casos, de manera que parece darse mayor espacio a consideraciones morales o éticas que no caben en los juzgados.

El caso Cassirer reúne todos los elementos aquí presentados: se trata de una demanda de restitución de un bien expoliado a Lily, la abuela del demandante, que lo vendió para poder salir de Alemania. Esta venta se consideró que entraba en los supuestos que contemplaba la normativa alemana de reparación a las víctimas judías y Lily obtuvo la reparación prevista por el Gobierno alemán, aunque no pudo recuperar el cuadro. Muchos años después, habiendo fallecido Lily, su nieto localizó el bien en el museo Thyssen de Madrid y solicitó la restitución a las autoridades españolas que, tras negarse, fueron demandadas en California en 2000. El litigio se ha prolongado durante más de quince años, con varias sentencias que han ido despejando distintas cuestiones en materia de inmunidad de jurisdicción y de ley aplicable. Sobre las cuestiones de inmunidad de jurisdicción del caso me remito a la colaboración en este volumen de la profesora Torrecuadrada. En este capítulo se analizará la respuesta sustantiva al caso,

8 S. 2763, 114th Cong. (2016). Esta norma establece unos plazos de prescripción de carácter federal, de manera que se superan las diferencias existentes en esta cuestión hasta la fecha entre los distintos Estados de EE.UU.

resuelto en una primera sentencia del tribunal de distrito (*District Court*) en 2015 y posteriormente en 2017 por la corte de apelación (*Court of Appeals for the 9th Circuit*). En la primera decisión se estableció que el cuadro debía permanecer en España al haberlo usucapido la fundación Thyssen-Bornemisza por el transcurso de tiempo previsto por el Código civil español. Éste resultaba aplicable en virtud de las normas de conflicto con las que resuelve el órgano judicial californiano. En 2017 el bisnieto de Lily Cassirer (al haber fallecido también Claude) consiguió que la corte de apelación revisara el pronunciamiento y, siempre en aplicación del Derecho español, considerara que la Fundación había actuado como 'encubridor', lo que, conforme al art. 1956 del Código civil español supondría que no se habría podido usucapir el bien hasta que no hubiera prescrito el delito. El asunto ha vuelto, pues, al tribunal de distrito donde deberá dictarse la sentencia definitiva a la luz de estas consideraciones.

Esta breve descripción del caso pone de manifiesto varios elementos importantes: en primer lugar, la extensión temporal del procedimiento, que hace que sea el bisnieto de la propietaria del cuadro quien esté litigando ahora mismo, y que supone plantearse si realmente esta tutela judicial responde al criterio de 'efectiva'. En segundo lugar si, cualquiera que sea el resultado que se alcance finalmente, se llegará a una solución justa y equitativa (*fair and just*) en los términos de los Principios de Washington[9] que son los que han suscrito España y EE.UU. para resolver este tipo de casos. En tercer lugar, hay que señalar que en España no hay una alternativa a la vía judicial –como sí en Reino Unido o Alemania, o Austria- lo que se explica en la medida en que en España, al no haber sido parte del conflicto bélico, no se ha sentido una necesidad especial de reparar expolio nazi. Pero tampoco la hay en EE.UU., y esto supone que la solución que se dé puede distar mucho de la que se habría alcanzado en un foro no judicial. En esta situación cabe preguntarse si no sería deseable que, dentro del margen de actuación que las normas permiten, se intentara articular alguna solución que incorpore elementos de justicia y equidad no estrictamente jurídicos.

La resolución del caso sin duda es compleja, su duración prolongada en el tiempo ayuda a que las posiciones se enconen y a que el sentimiento de que es preciso hacer justicia se diluya en la medida en que quien demanda la restitución tiene cada vez menos relación con el bien y se puede percibir que se trata de una reclamación por intereses económicos más que de justicia.[10] Dado el carácter transfronterizo del supuesto,

9 *Supra* nota 5.

10 La justificación y el alcance de las compensaciones económicas derivadas del

la solución material del caso exige un análisis en términos de Derecho internacional privado, en particular en materia de ley aplicable. Por ello, en primer lugar, abordaremos la eficacia de las soluciones 'tradicionales' para este tipo de problemas transfronterizos (*infra* 2). Las limitaciones que este tipo de soluciones plantean hacen necesario analizar otras vías alternativas a la judicial, siguiendo las pautas marcadas por los principios de Washington de 1998 (*infra* 3). Finalmente se considerará la posibilidad de articular respuestas que concilien los mejores elementos de ambas vías y así alcanzar una solución que resuelva este tipo de situaciones de la manera más satisfactoria para todos los intereses en presencia (*infra* 4). Concluiremos con una proyección de estas consideraciones al asunto Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza (*infra* 5).

2. La solución judicial: litigios transfronterizos y conflictos de leyes

Una vez asumida la competencia judicial internacional por los tribunales de California tras quedar superadas todas las disputas previas acerca de la inmunidad de jurisdicción y despejada la posible caducidad de la acción,[11] la resolución de la disputa sobre la propiedad del cuadro pasa por identificar la ley aplicable a esta situación. El asunto Cassirer se ha resuelto conforme a las disposiciones del Código civil español, de manera semejante a la que habría resultado de litigarse el caso en España. En los Estados Unidos no se ha cuestionado la corrección de esta solución sustantiva, a pesar de que conduce a un resultado completamente opuesto al que resultaría de aplicar normas de *Common law* (*infra* 2.1); pero sí ha suscitado más debate la adecuación de las soluciones conflictuales para resolver este tipo de asuntos (*infra 2*.2).

2.1. La aplicación del Derecho español

En la primera sentencia sobre esta cuestión, de junio de 2015, el tribunal de California entendió que resultaba aplicable el Derecho es-

expolio nazi (no sólo de bienes artísticos, sino de cuentas bancarias, por ejemplo) es un tema que genera controversia directamente proporcional al incremento de esas satisfacciones pecuniarias. Véase en este sentido, el capítulo 7 de M.J. Bazyler, *Holocaust Justice (The Battle for Restitution in America's Courts)*, 2003, New York University Press, New York/London.

11 Además de la colaboración de la profesora Torrecuadrada en este volumen, véase, C. Caamiña Domínguez, "Inmunidad de jurisdicción y plazos de prescripción: el asunto Cassirer", *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, vol. 19, dedicado a 'Bienes culturales y Derecho' , 2015, pp. 79-100.

pañol que, de conformidad con lo dispuesto en el Código civil (art. 1955), establecía un plazo de tres años de posesión de buena fe (en forma pública y pacífica) del bien, o de seis años en caso contrario, para la adquisición de su propiedad por usucapión. El tribunal consideró que este plazo había transcurrido y, por tanto, el bien era de titularidad del museo Thyssen-Bornemisza. La solución conflictual, *i.e.* la aplicación del Derecho español, no ha sido discutida si bien, como se verá inmediatamente, el tribunal tuvo que realizar una labor compleja para concluir que ésta era la solución adecuada.

La solución material del caso, por su parte, provocó una reacción de incomprensión en Estados Unidos, donde el sistema de transmisión de la propiedad sigue la pauta del *Common law* conforme al cual el vicio de una transmisión no puede corregirse mediante la prescripción adquisitiva. En otros términos, una transmisión *a non domino* –de quien no obtuvo la titularidad del bien- no puede ser sanada por usucapión. La disparidad en la solución del caso no es sorprendente sino que resulta del fraccionamiento jurídico del mundo y es parte del riesgo que acarrea la introducción de un elemento de internacionalidad en el supuesto.

No es de extrañar pues, que los demandantes (Cassirer) intentaran revisar la decisión, no tanto en el sentido de evitar la aplicación del Derecho español cuanto para demostrar que la prescripción no había podido producirse conforme a las reglas de nuestro ordenamiento. A estos efectos, los demandantes volvieron a invocar el art. 1956 del Código civil, conforme al cual, "Las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta", entendiendo que, aun sin haber sido el autor material del robo, puede considerarse que la actuación de la Fundación es la de encubridora del delito cometido. Aunque estas alegaciones habían sido rechazadas en la decisión de 2015, en julio de 2017 los apelantes plantearon la incorrecta interpretación del art. 1956 Código civil por el tribunal, que no habría considerado el contexto en el que se enmarcaba la norma y que debía ser leída a la luz del Código penal vigente en el momento en que se redactó el art. 1956 Código civil (que no ha sido modificado desde entonces).[12] Tras un análisis

12 Artículo 16 del Código penal de 1870: Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del delito, sin haber tenido participación en él como autores ni cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes: () Aprovechándose por sí mismos o auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito."

de los distintos elementos que exige la interpretación de las normas conforme al art. 3 Código civil (sentido literal, contexto, antecedentes históricos y normativos, realidad social en el momento en que se introduce la norma) la Corte de apelación del noveno circuito federal de Estados Unidos concluyó que la Fundación conocía o debía haber conocido que la obra era expoliada en el momento de su adquisición y, por lo tanto, el tribunal de distrito había interpretado de manera errónea el art. 1956 Código civil por lo que revocó la sentencia y ordenó al tribunal de distrito que dictara una nueva a la luz de los pronunciamientos de la apelación.[13]

Es interesante notar como, de haberse planteado el asunto ante los tribunales españoles, la solución conflictual habría sido probablemente la misma ya que la norma de conflicto española (art. 10.1 Código civil) impone la aplicación de la ley del lugar de situación del bien en el momento en el que se produce el hecho con relevancia jurídico-real (*i.e.* la prescripción adquisitiva), en el caso, la española al hallarse el bien en España.[14] En este sentido, plantear la demanda en España habría resultado una vía más sencilla de obtener el resultado finalmente alcanzado. Que los demandantes no lo hicieran así sin duda deriva de la expectativa de que las normas de conflicto aplicables en California condujeran a otra solución conflictual, lo que podía suceder teniendo en cuenta la ausencia de una solución uniforme en materia de normas de conflicto para el territorio de los Estados Unidos.

2.2. Cuestionamiento de las normas de conflicto aplicables en Estados Unidos

Es importante insistir en que en los Estados Unidos, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados federales (como Alemania), no existe un sistema federal de normas de conflicto, lo que supone que cada Estado determina la ley aplicable conforme a sus propias normas. Consiguientemente, sería posible que un mismo supuesto resultara resuelto

13 La decisión analiza otros elementos que finalmente no son relevantes para la resolución del caso, como la aceptación por parte de Lily Cassirer del acuerdo con el gobierno alemán en 1958, la aplicación de la Ley de Patrimonio Histórico Español o la vulneración del art. 1 del Protocolo I del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

14 Sobre la resolución material del caso, y la aplicación del art. 155 o 156 Cc, probablemente podrían reproducirse los elementos de la discusión planteada ante los tribunales americanos, puesto que ambas partes contaron con asesoramiento sobre el Derecho español (además del apoyo de abogados como Martínez Bavière, también participaron académicos como el profesor Calvo Caravaca).

de distinta manera en función de qué tribunal conociera dentro de los Estados Unidos. De hecho, en un ejercicio de cautela, el tribunal de California en su sentencia de junio de 2015 analiza tanto la solución prevista en el Estado de California (test del *governmental interest*) como la propuesta federal en materia de conflicto de leyes (el *Restatement Second of Conflict of Laws* es un modelo que se propone a los Estados pero no es de obligado seguimiento). Conforme al *Restatement*, en una reclamación de propiedad se debe aplicar la ley del lugar que tenga la *most significant relationship* entre el bien y las partes; es decir la ley que presente los vínculos más estrechos conforme a los criterios que el propio *Restatement* incorpora. En aplicación de esta norma, teniendo en cuenta que la disputada transferencia de propiedad del bien se había producido en España, el tribunal concluyó que el Derecho aplicable al caso sería el español. Por su parte, la norma de conflicto californiana sigue el criterio del test del *governmental interest*, es decir, identifica qué sistema jurídico tiene más interés en ser aplicado al caso, atendiendo a tres parámetros: (i) las soluciones de las normas española y californiana; (ii) si existe un conflicto entre los ordenamientos al pretender ambas su aplicación al caso, y (iii) si es así, cuál de los dos ordenamientos se vería más perjudicado por la aplicación del otro. De nuevo, en aplicación de estos criterios, el juez concluyó que resultaba aplicable el ordenamiento español.[15]

Por una vía u otra la solución alcanzada habría sido la misma, pero esta feliz coincidencia no siempre se verifica. Y esta constatación ha puesto sobre la mesa la cuestión de la adecuación de las soluciones conflictuales norteamericanas a los supuestos que derivan del expolio nazi. En muchas ocasiones este tipo de litigios llega a los tribunales norteamericanos una vez que éstos asumen la competencia sobre el caso en virtud de la *Federal State Immunity Act* (FSIA), norma federal que regula el alcance de la jurisdicción norteamericana cuando el demandado invoca inmunidad. Dado que en estos supuestos la jurisdicción se regula a través de una regla procesal federal (que se aplica, pues, de manera uniforme por todos los tribunales estatales de EE.UU.), la cuestión que se ha suscitado es si la norma de conflicto no debería ser también uniforme para todos los Estado de la federación. Y si así

15 Con más detalle, pueden verse los comentarios a la sentencia L. Frey, "Case note: another chapter in the Cassirer Nazi-era sage focuses on choice of law", *International Journal of Cultural Property*, 2015, pp. 527-539; C.M. Díez Soto, "Cassirer v. Fundación Thyssen: Adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el Holocausto", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, vol. 8-2, pp. 377-403.

fuera, ¿cuál debería ser esta norma?[16] La posición no es unánime entre los distintos tribunales de apelación,[17] lo que genera serias dudas acerca de si el sistema puede garantizar una tutela judicial uniforme (ya que los tribunales norteamericanos pueden resolver de manera distinta casos similares en función de que en su jurisdicción prime la aplicación de una norma de conflicto estatal o federal) y acerca de si no debería pronunciarse al respecto el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.[18]

Esta discusión enlaza con otra ya 'clásica' en el ámbito de las restituciones derivadas del expolio nazi: ¿es adecuado aplicar estas reglas –concebidas para el tráfico ordinario de bienes- a situaciones que resultan de un expolio, y más en concreto de un expolio como el nazi?[19] Aunque tal vez sería preciso detenerse previamente sobre la especificidad del expolio nazi y si debería tener un tratamiento diferente respecto de otras situaciones de expolio, cuestión sobre la que no existe un consenso claro.[20] Pero volviendo al discurso conflictual, si este tipo de soluciones *ad hoc* no es posible y sólo podemos resolver con las normas

16 H. Sklar, "Choice of Law Under the Foreign Sovereign Immunities Act: *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation* and the Unresolved Disagreement Among the Circuits", 47 *Geo. J. Int'l L.*, 1197, 2015-2016.

17 Así, el tribunal de apelación del segundo circuito aplica las normas de conflicto estatales, al igual que los tribunales del quinto y sexto circuito y del distrito de Columbia; por el contrario, el noveno circuito (California) ha defendido la aplicación de la normativa federal (*Restatement*) desde el asunto *Schoenberg v. Exportadora de Sal, S.A. de C.V.,* 930 F.2d 777m 782 (9th Cir. 1991). Para más detalles y jurisprudencia en aplicación de estas reglas véase H. Sklar, "Choice of Law…", *op. cit.* pp. 1208-1212. Aunque el tribunal de distrito interpretó que esta línea había sido revisada con el asunto *OBB Personenverkehr AG v. Sachs*, 136 S.Ct. 390 (2015), el propio tribunal de apelación corrige en su sentencia en el asunto *Cassirer* la interpretación que el tribunal inferior hace de su doctrina, reafirmando la aplicación de las normas de conflicto federales.

18 L. Frey, "Case note: another chapter…", *op. cit.* p. 535.

19 De hecho esta cuestión no es ajena a la que se plantea respecto de litigios sobre bienes culturales y a la necesidad de articular soluciones conflictuales específicas atendiendo a la naturaleza del bien, como podría ser la aplicación de una *lex originis*, vid. J.D. González Campos, "La technique conflictuelle et les objectifs et valeurs du droit matériel: le rattachement des biens culturels à la *lex originis*", en *(Colloque sur) La protection internationale des biens culturels*, Sakkoulas, Athens, 2003, pp. 47ss, p. 49. Recientemente se ha realizado una propuesta similar para el ámbito de la Unión Europea por el profesor M.-A. Renold en su informe de 2016 para el Parlamento Europeo *Cross-border restitution claims of art looted in armed conflicts and wars and alternatives to court litigations* (IPOL_STU(2016)556947), p. 42 (disponible en http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556947/IPOL_STU(2016)556947_EN.pdf).

20 Véase L. Kaye en "Panel Discussion", en *Fair and Just Solutions? (Alternatives to litigation in Nazi-looted art disputes: Status quo and new developments)*, E. Campfens (ed.), Eleven International Publishing, 2015, The Hague, p. 113.

ya existentes, cabría considerar la alternativa de corregir el 'mal funcionamiento' de la remisión conflictual a partir de los propios mecanismos conflictuales. En este sentido se ha apuntado la conveniencia de recurrir al orden público como cláusula que permite incorporar consideraciones morales una vez que se ha aceptado que el expolio nazi es un crimen de guerra y cuyas consecuencias, por tanto, no deberían autorizarse o justificarse por el ordenamiento.[21] Ahora bien, el orden público impide la aplicación de ese Derecho extranjero y la consecuencia que de él se deriva, pero no supone necesariamente que la alternativa a esa solución alcance una solución equitativa, puesto que ello dependerá de lo que resuelva la norma aplicable por defecto.

Las constataciones anteriores ponen de manifiesto la falta de soluciones adecuadas en los EE.UU. para resolver estos litigios, lo que ha llevado a sugerir la necesidad de adoptar otras vías de solución alternativas a la judicial, siguiendo la estela de otros países que cuentan con una cierta experiencia en este sentido.[22]

3. Alternativas a la vía judicial

A partir de 1999, con la Conferencia de Washington y los correspondientes principios que de ésta resultaron, se hace evidente que la vía judicial no puede ser la única solución para este tipo de situaciones. De conformidad con principio VIII, los dueños (o herederos) de bienes confiscados durante el expolio nazi deben tener a su disposición soluciones justas y equitativas (*just and fair solutions*, en la versión inglesa), soluciones que pueden variar en atención a las circunstancias de cada caso concreto.[23] Ello supone que se articulen mecanismos alternativos

21 H. Hartung, "The Holocaust and World War II Looted Art: Arbitrated between Great Dreams and Reality", *Resolution of Cultural Property Disputes*, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, Kluwer Law Int., 2004, pp. 327-337, p. 333. Desde una perspectiva diferente Ch. Roodt, *Private International Law, Art and Cultural Heritage*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2015, sostiene la importancia de las normas de conflicto para resolver estos litigios, pero incidiendo en otras técnicas normativas, en particular en la calificación, para facilitar el retorno.

22 K-N. Skinner, "Restituting Nazi Looted Art: Domestic, Legislative and Binding Intervention to Balance the Interest of Victims and Museums", 15 *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* 673, 2012-2013.

23 VIII. *If the pre-War owners of art that is found to have been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted, or their heirs, can be identified, steps should be taken expeditiously to achieve a just and fair solution, recognizing this may vary according to the facts and circumstances surrounding a specific case.*

Sobre los problemas para traducir el término a otros idiomas, puede verse D. Da-

de naturaleza técnica o ética, con expertos juristas, historiadores o incluso actores del mercado del arte. Ni Estados Unidos ni España han pergeñado soluciones concretas para responder a estas exigencias. Por el contrario, algunos Estados europeos han establecido 'comisiones' para la restitución de los bienes expoliados, si bien la composición y funcionamiento de éstas no es uniforme (*infra 3*.1). La existencia de las comisiones no ha eliminado el recurso a otros mecanismos alternativos de solución de controversias, como el arbitraje, la mediación o incluso la negociación (*infra 3*.2). Con todo, la valoración de estas vías alternativas, aun siendo positiva, sigue dejando una cierta insatisfacción (*infra 3*.3).

3.1. Las comisiones nacionales

Como se indicó *supra*, algunos de los países más afectados por el expolio nazi introdujeron medidas tras la guerra para intentar reponer a los dueños expoliados de sus bienes, si bien el alcance de estas soluciones fue dispar y, muchas veces, criticado por la tibieza de sus resultados. Ello explica que estos mismos Estados hayan creado comisiones a partir de las cuales dar una solución justa y equitativa a las víctimas del expolio nazi.[24]

En Austria, en 1998 se aprobó la Ley sobre restitución[25] y sobre esta base se estableció el *Beirat*, un consejo asesor del Ministerio de educación y cultura austríaco.[26] La función de este Consejo es asesorar al Ministerio para que decida si un bien, de los susceptibles de restitución conforme a los criterios de la ley de 1998, debería ser efectivamente

---

vidson, "Just and fair solutions (A View from the United States)" en *Fair and Just Solutions? (Alternatives to litigation in Nazi-looted art disputes: Status quo and new developments)*, E. Campfens (ed.), Eleven International Publishing, 2015, The Hague, pp. 91-101; sobre el matiz jurídico o moral de los términos, E. Campfens, "Sources of inspiration: Old and New Rules for Looted Art", en *Fair and Just Solutions? (Alternatives to litigation in Nazi-looted art disputes: Status quo and new developments)*, E. Campfens (ed.), Eleven International Publishing, 2015, The Hague, pp. 13-39, p. 38.

24 A. Marck & E. Müller, "National Panels Advising on Nazi-looted Art…", *op. cit.,* pp. 41-89; D.S. Burris, "From Tragedy to Triumph in the Pursuit of Looted Art: Altmann, Benningson, Portrait of Wally, Von Saher and their Progeny", 16 *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 2015, pp. 394-434, pp. 423-429; N. O'Donnell en el capítulo 19 ("Progress or Broken Promises? Restitution Claim Procedures Among the Signatories to the Washington Conference Principles") de *A Tragic Fate: Law and Ethics in the Battle Voer Nazi-Looted Art*, Ankerwycke, 2017.

25 Bundesgesetz über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den Österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen (BGBl. Nr.I 181/1998, modificada en 2009, BGBl. I No 117/2009).

26 http://www.restitution.or.at/schwerpunkte/s-kunst-aufgaben-der-ikg_e.html.

restituido. El Consejo se compone de ocho miembros (cinco representantes de ministerios, un consejero financiero, y dos expertos en historia y arte), debiendo existir un equilibrio adecuado entre juristas, historiadores e historiadores del arte. Desde la reforma de 2009, el Consejo dicta su opinión a partir del informe realizado por la Comisión de investigación de la proveniencia (*Kommission für Provenienzforschung*). Esta opinión se limita a indicar si procede la restitución pero no incorpora otras soluciones alternativas o de compromiso, como las indemnizaciones.[27]

En Alemania, la *Beratende Kommission* o Comisión Limbach, fue creada con carácter indefinido en 2003. Está constituida por ocho expertos de distintas disciplinas: historia, historia del arte, derecho, filosofía. Conoce de disputas entre particulares e instituciones públicas que se someten voluntariamente y resuelve de forma no vinculante conforme a los principios de Washington y la *Gemeinsame Erklärungen*. Sus soluciones pasan por la restitución, indemnización o la inclusión de la historia del bien en el catálogo del museo.[28] Crecientemente se han intensificado las críticas a la comisión por su mal funcionamiento (*v. gr.* escaso número de casos resueltos, lentitud en la resolución y falta de transparencia). A ello tampoco ha ayudado el hecho de que una de las pocas decisiones adoptadas fuera posteriormente revocada por los tribunales alemanes.[29] Actualmente se está considerando la reforma de la comisión.[30]

Francia reactivó la investigación sobre los bienes expoliados a partir del informe Matteoli.[31] En la fase final de la elaboración de este informe, el Estado decidió crear la *Commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations intervenus du fait des législations antisémites en vigueur pendant l'occupation* (CIVS) en 1999. Esta comisión se compone de diez miembros, dos pertenecientes a la judicatura, dos al Consejo de Estado, dos al tribunal de cuentas, dos profesores universitarios y dos personalida-

27 A. Marck & E. Müller, "National Panels Advising on Nazi-looted Art…", *op. cit.,* pp. 51-53

28 A. Marck & E. Müller, "National Panels Advising on Nazi-looted Art…", *op. cit.,* pp. 81-87.

29 En el asunto de la colección de posters de Hans Sachs: la *Beratende Komission* desestimó la solicitud de restitución en 2007 por lo que el heredero planteó ante los tribunales la demanda que quedó definitivamente resuelta por la casación alemana en 2012 (https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/poster-collection-2013-sachs-heirs-v-foundation-german-historical-museum?searchterm=peter+sachs)

30 http://www.lootedart.com/news.php?r=S102B7592091. Es particularmente incisiva la crítica de N. O'Donnell, *A Tragic Fate*…, *op. cit.* en el capítulo 19.

31 http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/004000897/index.shtml.

des cualificadas (normalmente vinculadas a la comunidad judía francesa). Cuando se presenta una petición, el CIVS inicia una investigación para comprobar que la desposesión fue el resultado de la aplicación de normativa antisemita. Los demandantes tienen voz en el proceso. La información recabada se transmite al relator que propone una solución al CIVS, generalmente, el pago de una compensación. Este mecanismo sólo se aplica respecto de bienes en poder de instituciones públicas.[32]

En los Países Bajos, tras los esfuerzos por restituir bienes concluidos en los años 50, la actividad de restitución se reactiva a finales de los 90 del siglo pasado, con dos comisiones que investigaron el expolio y las restituciones realizadas. Aunque se consideró que el trabajo realizado había sido razonable, también se constató que se podía haber hecho más, lo que confirmaron varias recomendaciones realizadas en los primeros años del siglo XXI. En 2001 se estableció la comisión para las restituciones, compuesta por siete miembros, de los cuales dos son necesariamente juristas (que presiden la comisión), además de un experto en historia de la segunda guerra mundial y de un historiador del arte y un experto museístico. Su tarea es asesorar al Ministro cuando se solicita la restitución de un bien en poder de museos estatales, o emitir una opinión vinculante sobre la restitución cuando la disputa se refiere a bienes que no estén en poder de esos museos. Su actividad se ha centrado fundamentalmente en la primera de las situaciones, para las que resuelve conforme a los criterios establecidos por el comité Ekkart (en términos de razonabilidad y justicia). En casos excepcionales (si se ha tenido conocimiento de circunstancias que, de haberse conocido en el momento en que se adoptó la decisión, podrían haber cambiado el sentido de ésta) se podría solicitar la revisión de la recomendación adoptada. No hay plazo de finalización de los trabajos de la comisión pues se ha entendido que esta es la respuesta que mejor se adecúa a los principios de Washington.[33]

El Reino Unido no fue escenario directo del expolio, pero sí ha resultado un país muy afectado por el número de bienes que han aparecido en su territorio, lo que unido al fuerte sentido de reparación necesaria resultante de la guerra mundial explica que en el año 2000 estableciera el *Spoliation Advisory Panel* (en adelante, SAP) para decidir sobre la restitución de bienes en poder de instituciones públicas. El SAP se incardina en el Ministerio de cultura, medios y deporte. Está

32 A. Marck & E. Müller, "National Panels Advising on Nazi-looted Art…", *op. cit.,* pp. 60-63.

33 A. Marck & E. Müller, "National Panels Advising on Nazi-looted Art…", *op. cit.,* pp. 70-80.

compuesto por varios miembros del entorno jurídico, historiadores, museos, del mundo de la ética y del arte. El SAP, en tanto alternativa a la litigación, resuelve conforme a criterios no jurídicos, como la fuerza moral de la petición, para alcanzar una solución justa y equitativa. Los resultados no se limitan a establecer la indemnización sino que puede proponer soluciones alternativas, la continuación de las negociaciones, etc.[34] Las decisiones que adopta el SAP no pueden ser posteriormente planteadas ante los tribunales de justicia, lo que dota a esta comisión de un importante peso como órgano de resolución de disputas. La principal dificultad que tenían las instituciones públicas para cumplir la resolución del SAP y restituir los bienes era la interdicción de desafectar (descatalogar) los bienes, lo que condujo a que se aprobara en 2009 la *Holocaust Return of Cultural Objects Act*. Conforme a esta norma, cuando el SAP indicaba la conveniencia de la restitución y se adoptaba definitivamente, los museos podían transferir el bien. La ley entró en vigor en 2010 con una vigencia de diez años y acaba de ser reformada para prorrogar su vigencia con carácter ilimitado.[35]

Probablemente las comisiones que mejores resultados están consiguiendo son la británica, entre otras cosas por la calidad de sus procedimientos (en cuanto a la regulación y la motivación de las decisiones), y la neerlandesa.

3.2. Otros mecanismos no judiciales

Las comisiones técnicas no han sido la única respuesta a las disputas sobre restitución de bienes expoliados por los nazis. Existen también propuestas que pretenden resolver estos problemas a partir de mecanismos alternativos de resolución de disputas conocidos en el ámbito internacional como el arbitraje o la mediación, más o menos adaptados al tipo de supuesto que nos ocupa. Se ha llegado incluso a sugerir la posibilidad de alcanzar un único foro de resolución de estos conflictos, creando un mecanismo internacional no judicial donde se pudieran resolver los conflictos a partir de la intervención de especialistas en el tema, que pudieran alcanzar soluciones razonables tanto para los desposeídos de su bien como para los adquirentes de buena fe (solución que superaría el problema del fraccionamiento actual de las soluciones, que son nacionales y no necesariamente resueltas con un

34 A. Marck & E. Müller, "National Panels Advising on Nazi-looted Art…", *op. cit.,* pp. 67-70.

35 theartnewspaper.com/news/uk's-spoliation-powers-to-be-extended-indefinitely-for-nazi-era-loot

criterio único).[36] O incluso, opción mucho más cuestionada que la anterior, la posibilidad de que se creara un fondo con el que satisfacer los pagos, bien derivados de la compensación económica para los antiguos propietarios, bien para pagar las indemnizaciones a los poseedores de buena fe.[37]

Los distintos mecanismos que se han utilizado para resolver fuera de los tribunales estas disputas varían en función de la existencia de un tercero que adopte la decisión (arbitraje, mediación, conciliación) o no (negociación); de que el acuerdo sea vinculante para las partes (arbitraje) o no (mediación, conciliación, negociación). De estos mecanismos se aprecia la posibilidad que da a las partes de configurar el proceso de solución de la disputa, su confidencialidad, la resolución conforme a criterios no necesariamente jurídicos (equidad, principios morales, etc…), la posibilidad de combinarlos (por ejemplo, una negociación con el arbitraje), su flexibilidad y el alcanzar soluciones consensuadas, mutuamente satisfactorias para las partes implicadas.[38] De igual modo, puede ser un elemento positivo la participación de expertos en la materia, como casas de subastas, cuyos conocimientos especializados pueden favorecer la negociación o la mediación entre las partes.[39] En este sentido, permiten superar algunos de los elementos más criticados de las acciones judiciales: la confrontación entre las partes, la falta de flexibilidad por tener que ajustarse a los procedimientos y normas jurídicas y el fraccionamiento jurídico que implican los casos transfronterizos. Algunos notorios casos de restitución de bienes expoliados en la época nazi han resultado de algunas de estas vías alternativas de resolución.[40]

36 Así, O. C. Pell, "Using Arbitral Tribunals to Resolve Disputes Relating to Holocaust-Looted Art", *Resolution of Cultural Property Disputes*, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, Kluwer Law Int., 2004, pp. 307-326.

37 M.J. Bazyler, *Holocaust Justice*…, *op. cit.* pp. 256-257.

38 Con más detalles y ejemplos, M.-A. Renold, *Cross-border restitution claims of art looted in armed conflicts and wars and alternatives to court litigations*, *cit. supra* nota 19*;* M.-A. Renold & A. Chechi, "Just and Fair Solutions: An Analysis of International Practice and Trends", en *Fair and Just Solutions? (Alternatives to litigation in Nazi-looted art disputes: Status quo and new developments)*, E. Campfens (ed.), Eleven International Publishing, 2015, The Hague, pp. 187-200, pp. 190-193.

39 Así, por ejemplo, Christie's ha favorecido las negociaciones o participado como mediadora en algunos casos: M. Dugot, "Nazi Looted Art restitution and the Art Market", en *Resolving Disputes in Cultural Property/La resolution des litiges en matière de biens culturels*, M-A. Renold/A. Chechi/A-L. Bandle, Shulthess, 2012, pp. 279-288.

40 Tal vez el más mediático haya sido el caso Altmann, relativo a la restitución del retrato de Adele Bloch-Bauer, que tras el proceso en California, se resolvió por arbitraje en Austria; el caso Benningson, donde el demandante reclamaba la restitución del Picasso *Femme en blanc*, se resolvió por acuerdo entre las partes; de igual modo, el

3.3. Valoración de los mecanismos alternativos

De las páginas anteriores pueden extraerse algunas conclusiones siendo la principal que, a pesar de su indudable aportación a la solución del problema de la restitución de los bienes expoliados por el saqueo nazi, los mecanismos alternativos no siempre permiten alcanzar el resultado que los demandantes y demandados esperan. En otros términos, estas soluciones no son *la* alternativa a la vía judicial. Entre los problemas que se pueden identificar destacaremos:[41]

- la falta de homogeneidad en la resolución de los casos: supuestos similares no se resuelven necesariamente de la misma manera ya que se actúa desde premisas nacionales, faltando una visión general del problema de la restitución.[42] En este sentido, el problema es similar al que se observa en la vía judicial, incluso dentro de un mismo Estado, como se vio en relación con los litigios planteados en los Estados Unidos.

- la voluntariedad de los mecanismos, de manera que si una parte no desea acudir a estas vías alternativas, no se puede solucionar el problema. En otros términos, si los mecanismos alternativos funcionan es porque existe una voluntad inicial de encontrar la solución, puesto que de otro modo se acudirá directamente a la litigación. Con todo, también hay que reconocer que el propio fracaso de la vía judicial y el enconamiento de las posiciones que ésta conlleva

retrato de Wally de Schiele, tras un largo proceso judicial concluyó con un acuerdo entre el museo Leopold y los herederos del propietario original. Datos sobre estos casos y otros muchos pueden encontrarse en la base de datos *Arthemis* (https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires?b_start:int=20)

41 M.A. Renold & A. Chechi, "Just and Fair Solutions: An Analysis of International Practice…" *op. cit.* p. 194.

42 Un claro ejemplo de la disparidad de resultados alcanzados con relación a la colección de Gutmann en Alemania (donde se discute la identidad del bien) y por la comisión austríaca (que procedió a la restitución inmediata), fue presentado O.S. Ossmann, "One Collection, One Persecution, One Decision — But Different Ideas of 'Just and Fair Solutions' — Hurdles in Different National Processes for Heirs of Art Collections", en la Conferencia sobre el expolio nazi organizada por la presidencia checa de la UE en 2009. El documento está disponible en las actas de la conferencia, pp. 929-940 (http://www.holocausteraassets.eu/en/conference-proceedings/). Otro ejemplo de disparidad de soluciones en supuestos parecidos (ventas realizadas una vez que el bien es sacado por sus propietarios –judíos perseguidos- de Alemania) lo proporciona M. Weller, "Key Elements of Just and Fair Solutions –The Case for a Restatment of Restitution Principles", en *Just and Fair Solutions*…., pp. 201-210, p. 204: mientras que el *Spoliation Advisory Panel* recomendó que no se restituyera y se incluyera placa con la historia del bien, la comisión alemana ordenó la restitución.

ha propiciado en ocasiones el recurso a otros mecanismos como última instancia de solución.[43]

- no son procedimientos más eficientes que la litigación judicial, ni en la rapidez, ni en el coste del procedimiento (sobre todo el arbitraje, que exige normalmente una ejecución del laudo que prolonga los tiempos y eleva los gastos). Probablemente esto explica que el escaso número de asuntos resueltos por arbitraje frente al número más elevando resultante de procesos de mediación y negociación.[44]

- a diferencia de los ordenamientos nacionales, que resuelven a partir de unas normas identificables, en este tipo de situaciones se constata la ausencia de un sistema o unos principios concretos a partir de los cuales resolver estos casos. Es cierto que se persigue una finalidad común, *i.e.* alcanzar una solución justa y equitativa, pero no se articula en qué consiste y cómo llegar a esa solución. La situación actual en que se las respuestas son dispares y contradictorias no responde a las demandas de una solución justa y equitativa, lo que ha llevado a sugerir la necesidad de proceder a una 'codificación' de esos principios o argumentos.[45]

En conclusión puede sostenerse que, a pesar de las ventajas que han presentado en la resolución de casos concretos y su impacto en el desarrollo de una cierta cultura de la restitución de los bienes expoliados, las vías alternativas a la judicial tampoco consiguen superar el fraccionamiento normativo, no proporcionan una solución supranacional que permita eliminar la visión nacional de los casos y, consecuentemente, tampoco garantizan la uniformidad o la previsibilidad de las soluciones.

4. La conciliación de las dos vías y los distintos intereses

Es evidente que los vientos han cambiado mucho en los últimos años. Al inicio del siglo XXI ya se apreciaban las dificultades que para los demandantes suponía la lucha por la restitución de los bienes, principalmente desde un punto de vista económico y judicial, lo que hacía

43 Así ha sido señaladamente en el reciente asunto concluido en Munich con una transacción sobre un cuadro de Paul Klee tras 27 años de disputas judiciales: https://www.nytimes.com/2017/07/26/arts/design/after-26-years-munich-settles-case-over-a-klee-looted-by-nazis.html

44 M.A. Renold & A. Chechi, "Just and Fair Solutions: An Analysis of International Practice…", *ult. loc. cit.*

45 M. Weller, "Key Elements of Just and Fair Solutions…", *op. cit.* p. 208 habla de un *restatement*.

que las restituciones se produjeran más como resultado de gestos diplomáticos que de una obligación jurídica.[46] Estos años han demostrado que existen otras vías para intentar superar las deficiencias de unos ordenamientos constreñidos por unas reglas poco adecuadas para resolver estas situaciones. Y así ahora la discusión se plantea en términos de justicia y equidad (*justice and fairness*) lo que permite mantener el encuadre jurídico de las soluciones pero incorporando también elementos éticos y morales.

De las páginas anteriores resulta claro que la vía judicial es demasiado rígida, debe resolver conforme a criterios legales, que no dejan mucho margen a consideraciones de otra índole (moral o ética) y juega en contra de los demandantes en la medida en que el paso del tiempo precluye la posibilidad de intentar la acción (puesto que los ordenamientos también intentan asegurar la paz jurídica y el derecho del titular actual). Por su parte, otros mecanismos no judiciales son más flexibles y pueden incorporar elementos no jurídicos pero dependen de la voluntad de ambas partes de participar en un procedimiento al que no pueden ser obligados a concurrir. Lo ideal sería que en este tipo de situaciones se pudiera alcanzar una solución por vía extrajudicial. Pero en ausencia de voluntad de someterse a este tipo de mecanismos, habría que articular una vía que permitiera considerar todos los elementos, atendiendo a las legítimas expectativas de las partes implicadas conforme a criterios jurídicos y éticos. En otros términos, debe existir una solución normativa que asegure la paz jurídica pero con flexibilidad suficiente para atender a consideraciones morales.

Sin duda esta es una aspiración complicada de alcanzar en un esquema de normas de conflicto y leyes aplicables que incorporan plazos de prescripción rígidos. Pero que no sea posible considerar la creación de reglas específicas para este tipo de reclamaciones en el momento presente no debe impedir que se alcance, además de la justicia formal, una justicia material. En otros términos, una vez determinada la titularidad del bien conforme al Derecho 'duro' es posible incorporar los elementos de justicia reparadora con posterioridad. Que el adquirente sea declarado el propietario del bien no tiene que conllevar necesariamente que lo retenga, y viceversa, si el propietario original ve reconocido su derecho, tampoco tiene que seguirse automáticamente que el bien abandone el museo. Es en este segundo momento cuando

46 M-A. Torsen, "National Reactions to Cultural Property Looting in Nazi Germany: A Window on Individual Effort and International Disarray", *Electronic Journal of Comparative Law,* vol. 9.4 (2005), p. 3 (disponible en http://www.ecjl.org/).

pueden incorporarse soluciones 'reparadoras' de la injusticia cometida y del posible perjuicio que se genera al adquirente de buena fe de aquel bien expoliado. Salvando todas las distancias, lo que se propone es una especie de 'segundo escalón' que incorpore estos contenidos no jurídicos al supuesto litigioso. La técnica del 'segundo escalón' del Derecho internacional privado permite corregir el resultado material al que se llega por la aplicación de la norma nacional a la que nos ha remitido la norma de conflicto si aquella no considera debidamente ese elemento internacional del caso (al estar diseñada para su aplicación a situaciones estrictamente internas o nacionales). Recurriendo al 'segundo escalón' es posible reintroducir elementos de otro ordenamiento jurídico que no son debidamente valorados y que permiten alcanzar la solución más adecuada para el supuesto transfronterizo.[47] Este mecanismo resulta de más fácil aplicación cuando el ordenamiento remitido incorpora cláusulas generales, cuya valoración permite incorporar esos elementos antes desechados, pero también puede activarse en ausencia de las citadas cláusulas generales.[48] Evidentemente, el segundo escalón juega con la aplicación de dos normativas u ordenamientos, mientras que en el caso del expolio nazi se trata de incorporar en un segundo momento elementos no normativos, lo que encaja con dificultad en la citada técnica. Con todo, el paralelismo puede ser útil en la medida en que en un primer escalón se resuelva el caso desde las normas de Derecho 'duro' pero sea el propio órgano jurisdiccional el que indique la necesidad de articular este 'segundo escalón', probablemente en un acuerdo fuera del proceso.

Algunos casos de bienes expoliados por el régimen nazi se han resuelto en este sentido, incorporando acuerdos posteriores en los que en lugar de la restitución se produjera una compensación económica, o en los que el propietario cediera el cuadro para su exhibición en el museo como agradecimiento al cuidado proporcionado al cuadro durante tantos años, el préstamo a largo plazo al antiguo propietario o la venta del cuadro a éste con recompra por parte del museo.[49] Cier-

47 Para una visión de las distintas cuestiones que supone y plantea el segundo escalón nos remitimos a S. Álvarez González, "Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa", Anuario de Derecho Civil, t. XLVI, 1993, pp. 1109-1151, pp. 1141 ss; L. García Gutiérrez, "El 'doble escalón' del Derecho internacional privado", en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. 2, 2005, pp. 1547-1561.

48 L. García Gutiérrez, "El 'doble escalón'…", *op. cit.* p. 1557.

49 M.A. Renold & A. Chechi, "Just and Fair Solutions: An Analysis of International Practice…", *op. cit.*, pp. 196ss.

tamente este tipo de propuestas encuentra las mismas dificultades que un intento no judicial de resolver la disputa: si una de las partes no se aviene a completar el 'segundo escalón', *i.e.* la solución moral del asunto, no se le podrá obligar a hacerlo. Es por ello que, tanto en aquellos mecanismos extrajudiciales como en la parte ejecutiva de la resolución judicial, es fundamental que se exponga de manera argumentada y fundamentada la solución equitativa del asunto. Dicho de otro modo, todos los elementos que se han identificado en este tipo de litigios (el transcurso del tiempo, la inversión y cuidado realizado por el museo, la injusticia del expolio, el vínculo emocional del solicitante con el bien, etc.) pueden ser incorporados en un razonamiento que, del mismo modo que se concreta un principio jurídico indeterminado, pueda incorporarse para favorecer la consecución de una solución justa y equitativa.

Como alternativa a esta propuesta podría considerarse la posibilidad de que se incorporara como solución general para este tipo de situaciones una regla similar a la que recoge el Convenio de Unidroit de 1993 sobre restitución de bienes culturales robados o ilícitamente exportados. En este texto se parte de la obligación de restituir el bien cuya salida ilícita del país de origen que lo reclama ha sido debidamente probada. Pero de igual modo, y teniendo en cuenta que el actual propietario/poseedor puede tener un título justo sobre ese bien, también se prevé una indemnización si el poseedor es de buena fe. Esta buena fe se valora, entre otros elementos, a la luz de la diligencia que demostró al adquirir el bien, para cerciorarse de la salida lícita del país de origen del bien. Esta solución resulta muy interesante ya que incorpora un principio jurídico indeterminado (la diligencia en la buena fe) que permite introducir valoraciones no estrictamente jurídicas en el supuesto y que podrían acercarse al fin de proporcionar una solución justa y equitativa.[50] Pero por otra parte, la disparidad de situaciones y el transcurso del tiempo hacen que una solución única no sea tal vez lo más deseable. Más aún cuando la asunción de esta regla como *la* solución para estos casos precisaría de un consenso que aún está lejos de alcanzarse y que exigiría una mayor sensibilización social acerca de la necesidad de reparar estos supuestos.[51]

50 E. Campfens, "Final Remarks" en *Fair and Just Solutions? (Alternatives to litigation in Nazi-looted art disputes: Status quo and new developments)*, E. Campfens (ed.), Eleven International Publishing, 2015, The Hague, pp. 231-240, p. 233.

51 Como indica W. Fisher, "Discusion panel", en *Fair and Just Solutions? (Alternatives to litigation in Nazi-looted art disputes: Status quo and new developments)*, E. Campfens (ed.), Eleven International Publishing, 2015, The Hague, p. 117, es importante tener

5. La propuesta para el caso Cassirer

Es evidente que encontrar el equilibrio resulta complicado cuando se trata de proteger dos derechos razonables, puesto que en el conflicto entre el titular inicial del bien y su actual poseedor o titular hay legítimas expectativas jurídicas que hay que proteger. Por otra parte, como se indicó anteriormente, es preciso conciliar las razones jurídicas y morales que están en discusión, puesto que el expolio nazi no puede quedar resuelto como si de una mera transacción comercial se tratara. La simple restitución del bien o la permanencia del bien en España sin más medidas complementarias no permitirá alcanzar una solución justa y equitativa. Tampoco la prolongación en el tiempo del litigio hace posible pensar que se pueda alcanzar ahora una solución distinta a la de la asignación definitiva de la titularidad sobre el bien a una de las partes, lo que conllevará la restitución o la permanencia del bien en el museo.[52] Ahora bien, aún queda margen para intentar alcanzar una solución que aporte seguridad jurídica a las partes integrando elementos de valoración moral.

En este sentido, la solución alcanzada por la sentencia del tribunal de distrito de California en 2015 resuelve de manera adecuada el supuesto, ya que atribuye la propiedad a una de las partes, el museo, pero reconoce la necesidad de 'reparar' a los herederos de la propietaria inicial del cuadro invitando a la Fundación a que alcance un acuerdo que responda a una solución justa y equitativa (*fair and just solution*).[53] Desde un punto de vista meramente económico tal vez este acuerdo podría haber considerado un pago a la familia Cassirer por razón de los beneficios obtenidos de la exposición del cuadro en Madrid. Y desde un punto ético, podría haberse pensado en la inclusión de una placa al lado del cuadro donde se explicara su historia hasta la adquisición por usucapión por el Thyssen. No resulta sorprendente que este acuerdo no se alcanzara (¿siquiera intentara?)

---

en cuenta que la restitución de los bienes expoliados por el régimen nazi es algo que concierne a la sociedad en su conjunto, y en tanto no cambie la percepción social sobre el tema, no habrá una predisposición favorable a devolver los bienes expoliados.

52 Para una propuesta que supera este binomio excluyente de atribución de la propiedad, sugiriendo una solución que pase por la co-titularidad de los bienes litigiosos, véase M.-A. Renold, "Cultural co-ownership: preventing and solving cultural property claims", *International Journal of Cultural Property*, 2015, pp. 163-175.

53 "Although the Foundation has now prevailed in this prolonged and bitterly contested litigation, the court recommends that, before the next phase of litigation begins in the 9th Circuit, the Foundation pause, reflect and consider whether it would be appropriate to work towards a mutually-agreeable solution of this action, in light of Spain's acceptance of the Washington principles and the Terezin Declaration, and specifically, its commitment to achieve 'just and fair solutions' for victims of Nazi prosecution".

a la vista de lo enconadas que estaban las posiciones y la posibilidad real de que una apelación cambiara el fallo de la sentencia –como finalmente se verificó- pero en la resolución judicial había elementos que habrían podido ser valorados en ese segundo momento desde la perspectiva de la equidad: la posesión pública y la obtención de beneficios económicos por parte del museo, el reconocimiento del gobierno alemán de que la transacción inicial era merecedora de una indemnización, etc.

La nueva sentencia que resulte tras la decisión del tribunal de apelación del noveno circuito también podría alcanzar un resultado justo y equitativo atendiendo a los intereses en presencia. El hecho de que se establezca que la fundación Thyssen-Bornemisza no adquirió el bien por usucapión conllevaría la restitución del cuadro a la familia Cassirer. Ahora bien, en este caso el tribunal de distrito debería considerar la pertinencia de una compensación al museo, que ha realizado durante muchos años una inversión económica en el mantenimiento del cuadro, aunque valorando de igual modo el beneficio que ha obtenido el museo por la explotación de la obra durante estos años. En este sentido, podría imponer una solución cercana a la que se indicaba *supra* en la línea del Convenio de Unidroit de 1993. Con todo, si la revisión de la sentencia del tribunal de distrito parte de la posición de 'encubridor' del museo, parece difícil que se pudiera proponer tal indemnización a su favor. Así las cosas, tal vez sería razonable que, de igual modo que hizo en 2015, el tribunal de distrito invitara a las partes a que concluyeran una solución en la que se incorporaran otros elementos presentes en el caso: teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, la pacífica y pública posesión del bien del cuadro durante años por el museo Thyssen y la menor intensidad del vínculo emocional directo de la familia con el bien, tal vez una posible solución sería la de que la familia accediera a mantener el cuadro en España como préstamo de la familia, con una doble compensación, económica (por los derechos de explotación de la obra) y moral (al constar de manera expresa la propiedad de la familia Cassirer y la historia del bien).[54] En otros términos, una solución justa y equitativa no pasaría necesariamente por la restitución del bien sino por alcanzar un consenso entre las partes.[55] Tal vez en este momento, a diferencia de

54 En esta línea de consideraciones puede verse Ch. Woodhead, "Redressing Historic Wrongs, Returning Objects to their Rightful Owners or Laundering Tainted Objects? 21st-Century UK Remedies for Nazi-Era Injustices", *International Journal of Cultural Property*, 2014, pp. 113-142.

55 Sobre la búsqueda de la reconciliación de intereses antes que la restitución del bien para conseguir soluciones justas y equitativas véase E. Campfens, "Final Remarks", *op. cit.* p. 236.

lo que sucedía en 2015, sí sea posible encontrar ese acuerdo puesto que ya no existen expectativas judiciales alternativas posibles para las partes.

Si este acuerdo no se alcanzara, con independencia de la existencia o no de una indemnización para la fundación Thyssen-Bornemisza determinada por los tribunales de California, la sentencia que establece la titularidad del bien debería ejecutarse en España y el bien ser restituido a la familia Cassirer. (No parece razonable que un tribunal español pueda invocar el orden público para oponerse a su ejecución, dado que la solución material resulta de la aplicación del Código civil español). Con ello puede considerarse que se ha alcanzado la justicia del caso pero probablemente no la finalidad de generar una conciencia colectiva acerca del expolio nazi en España. Para que ello fuera posible, la restitución del cuadro debería implicar que ese lugar vacío que deja el cuadro debería ser ocupado por una placa donde se explicara qué había antes y por qué ya no está ahí. Precisamente porque España no ha sido un escenario del expolio (o de litigación sobre bienes expoliados, como el caso de Estados Unidos), es la presencia del bien en España con una explicación acerca de su historia la que permitiría promover esa política de sensibilización y contrición 'social' en relación con el expolio nazi. Los intereses de los demandantes quedarán satisfechos con la restitución del cuadro, pero su desaparición del museo Thyssen-Bornemisza exige una explicación de ese vacío y que no se llene con otra obra pues de otro modo no se podrá concienciar a los que lo visiten de las lecciones que la historia nos deja. Sólo cuando exista esa conciencia colectiva será posible 'precipitar' los elementos esenciales para alcanzar soluciones justas y equitativas.

8.

Algunas reflexiones sobre el caso Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza desde el Derecho Internacional Público

Soledad Torrecuadrada García-Lozano

1. Introducción

La historia de Lilly Cassirer-Neubauer puede no resultar novedosa para las personas de su generación y procedencia y si la recordamos ahora es por el protagonismo de su nieto en el primer supuesto de la reclamación de un bien expoliado en tiempos del nazismo que tiene como destinatario inicialmente a la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza y al Estado español y después solo a la primera[1]. Ciertamente, la vida de Lilly Cassirer-Neubauer habría sido la de una de tantas personas que tuvieron que dejar cuanto poseían para salvar su vida como consecuencia del genocidio nazi hasta que la demanda interpuesta por su nieto Claude nos permitió conocer algunas de las vicisitudes que hubo de superar, aproximándonos una vez más al horror que supuso el régimen implantado en Alemania entre los años 1933 y 1945.

Es cierto que el origen del caso Cassirer no resultó excepcional, puesto que se calcula que las pérdidas de obras de arte producidas durante el régimen nazi en Europa ascendieron a veinte billones y medio

1 Su historia y la relación con el cuadro de Camille Picasso ha protagonizado no solo múltiples noticias de prensa, sino también trabajos académicos, centrados en las distintas aristas que presentan el supuesto de hecho y la jurisprudencia producida en torno a él, véase por ejemplo: H. Sklar, "Choice of Law under the Foreign Sovereign Immunities Act: Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation and the unresolved disagreement among the circuits", en *Georgetown Journal of International Law*, vol. 47, 2016, pp. 1197 y ss. Es el segundo caso que afecta a España, pues la reclamación de los herederos de Pierre David-Weill respecto de una obra de André Masson titulada "La familia en estado de metamorfosis", que adquirió el Museo Reina Sofía en 1995 por un millón de dólares, fue resuelta mediante la compensación económica acordada en un proceso de negociación entre los interesados. Vid. En https://elpais.com/diario/2004/11/14/eps/1100417208_850215.html

de dólares[2], en lo que fue el mayor robo de la historia[3]. Evidentemente, se trata de un dato aproximado que deriva de la consideración de que más de 240.000 obras de arte fueron desplazadas, perdidas o destruidas[4]. Las pertenecientes a la primera categoría (desplazadas) fueron expoliadas con el propósito de cumplir el deseo de Hitler crear un Museo en Linz, su ciudad natal, con obras que consideraba ejemplos de "superior art and culture"[5], edificio para el que él mismo había preparado los planos y que se concebía como un monumento al nazismo[6]. Entre las perdidas o destruidas hubo cierta confusión, debido a que aunque algunas de ellas, en un primer momento, se consideró que se habían podido destruir por pertenecer a la categoría de "arte degenerado", pudimos afortunadamente comprobar que no fue así, debido a su aparición posterior[7]. Con ello se advierte que la obediencia en aquel período histórico se superó, en ocasiones, por razones económicas[8] y, en otras,

2 Aportan este dato, entre otros, K. D. Walton, "Leave No Stone Unturned: The Search for Art Stolen by the Nazis and the Legal Rules Governing Restitution of Stolen Art", *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal,* 1999, vol. 9-2, pp. 549 y ss. (el dato se encuentra en la página 552); E.A. Maples, "Holocaust Art: It Isn't Always Finders Keepers, Losers Weepers: A Look at Art Stolen during the Third Reich", en *Tulsa Journal of Comparative and International Law,* vol. 9-1, 2001, pp. 355 y ss. (la cifra se encuentra en la página 356) y S. Choi, "The Legal Landscape of the International Art Market After Republic of Austria v. Altmann", *en Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 26-1, 2005, pp. 167 y ss. (el dato concreto en página 167).

3 Así lo denomina D. Brown, "Litigating the Holocaust: A Consistent Theory in Tort for the Private Enforcement of Human Rights Violations", en *Pepperdine Law Review*, vol. 27, 2000, pp. 553 y ss., en p. 560.

4 Me refiero al expolio que existió al amparo del nazismo no solo en Alemania. Pueden verse trabajos en los que se estudia el expolio en otros lugares, como el de G. Aalders, "Pillage y (non) restitution des oeuvres d'art aux Pays-Bas (1940-2001), en *Revue d'Histoire de la Shoah*, 2007/1, nº 186, pp. 195. También, a modo de ejemplo, el Informe Matteoli, "Rapport au Premier ministre de la Mission d'étude sur la spoliation des Juifs de France, en http://www.civs.gouv.fr/images/pdf/matteoli/Rapport_Matteoli_1997.pdf. Pueden verse otros informes sobre el expolio en Francia en la página de la Commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations http://www.civs.gouv.fr/fr/ressources-documentaires/la-mission-matteoli/

5 S. Choi, "The Legal Landscape of the International Art Market *op. cit. supra* nota nº 1. 168.

6 Vid. M.I. Turner, "The Innocent Buyer of Art Looted during World War II", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, nº 32, 1999, p. 1511 y ss. La referencia del texto se encuentra en la página 1514.

7 Aunque ciertamente, muchos ejemplos de ese arte fueron quemados. Ver en este sentido M.I. Turner, op. Cit. nota anterior, p. 1515.

8 Lo que ha hecho que D. Brown, "Litigating the Holocaust: A … op. cit. supra nota nº3 (p. 557), traduzca las reflexiones de N. M. Sher; M. Berenbaum; A. L. Smith

por amor al arte. Estas identificaciones han reducido progresivamente la categoría de obras destruidas, a medida que iban viendo la luz muestras del arte considerado por la ideología nazi como productos inferiores, entre los que figuraba el arte moderno o abstracto entre otros. Por ello es evidente la existencia de una relación directamente proporcional entre el número de apariciones y las reclamaciones de restitución, así como su incremento en la era de las nuevas tecnologías en las que los catálogos de los museos se encuentran a un click de ratón.

Tras este expolio se encontraba la política genocida del nazismo, consistente no solo en privar a las personas perseguidas de sus fuentes de ingresos para subsistir, sino también de cualquier bien económicamente cuantificable, muy especialmente, como indica D. Brown, "part of the international deshumanization of the Jews consisted in first separating them from their property"[9]

Entre esas obras que se dieron por desaparecidas en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial se encontraba la pintura "Rue Saint-Honoré, après-midi, effet de pluie", que pintara Camille Pisarro en 1897. Julius Cassirer, amigo del pintor, adquirió (en 1900) el cuadro a Durand Rouel, su hijo heredó la obra y, tras el fallecimiento de este último, pasó a su viuda, Lilly. En 1939, Lilly y su familia abandonan Alemania, para obtener la autorización de salida han de vender la obra por 900 marcos (360 dólares), cantidad que se depositó en una cuenta bloqueada "knowing that she would never receive the funds she was promised"[10]. El comprador (Jakob Scheidwimmer) vendió en 1943 (es decir, 4 años después) la obra por 95.000 marcos, una cantidad 105 veces mayor de la pagada por ella, lo que evidencia la venta a bajo precio del cuadro en 1939, puesto que resulta inexplicable que en tan corto espacio del tiempo, en plena Guerra Mundial, y la situación económica alemana como contexto, se hubiera producido una revalorización semejante.

Finalizada la contienda Guerra, Lilly Cassirer, con fundamento en la Ley Federal de restitución de 1957[11], consiguió que el Gobierno de

---

y B. Neuborne "The Search For Nazi Assets: A Historical Perspective", *Whittier Law Review,* vol. 20 (1998), p. 7 y ss. en la siguiente afirmación: "Historically speaking, genocide is a very lucrative business". Es cierto que en la obra citada en último lugar no solo se reflexiona sobre los bienes artísticos, sino acerca de la generalidad de lo expoliado.

9 Vid. D. Brown, "litigating… op. cit. Supra nota nº3, p. 560.

10 Las vicisitudes de la obra "Rue Saint-Honoré, après-midi, effet de pluie" de Camille Pisarro que se refieren en el texto es una síntesis de los hechos que se refieren en la sentencia de 8 de septiembre de 2009, de la Corte de apelaciones del Noveno Circuito, en el caso Claude Cassirer, Plaintiff-Apellee, v. Kingdom of Spain, a Foreign State, Defendant, en: http://caselaw.findlaw.com/us.9th-circuit/1116366.html

11 La Ley Federal de restitución de 1957 obligó a la República Federal Alema-

la República Federal de Alemania la reconociera como propietaria del cuadro y, dada la imposibilidad de su restitución, pues se ignoraba si se había destruido o no y, en este último caso, dónde podría encontrarse, se alcanzó un acuerdo de reparación subsidiaria mediante una compensación de 120.000 marcos por la pérdida (unos 3.500$ inferior al precio que se había pagado seis años antes en una subasta en Estados Unidos). Sin embargo, cuando se adoptó el acuerdo en cuestión, la pintura se encontraba en Estados Unidos[12], donde había sido vendido en sucesivas ocasiones, primero en Los Angeles (1951), después en Nueva York y San Luis (1952), en esta última ocasión fue adquirido por 16.500$[13]. Finalmente, el barón Hans-Heinrich Thyssen-Bornemisza compró "Rue Saint-Honoré, après-midi, effet de pluie", al galerista Joseph Hahn, el 18 de noviembre de 1976 por 275.000$[14].

En 2000, Claude Cassirer, nieto de Lilly descubrió que el cuadro de su abuela estaba expuesto en las paredes del Museo Thyssen-Bornemisza de Madrid. En el casi cuarto de siglo transcurrido, se había constituido la Fundación colección Thyssen-Bornemisza, siendo sus fundadores el Estado español, representado por su Ministro de cultura

---

na "a pagar compensaciones por los bienes robados por las autoridades estatales o del partido nazi", destinando 4.000 millones a la compensación de bienes robados y confiscados por el Estado. Ver en S. Romeike, "La justicia transicional en Alemania después de 1945 y después de 1989", en *International Nuremberg Principles Academy, caso de estudio 1*, Nuremberg, 2016, p. 31 y ss. Puede leerse íntegramente en: https://www.nurembergacademy.org/fileadmin/media/pdf/publications/Justicia_transicional_en_Alemania.pdf

12 Vid. Descripción de los hechos, entre otros, en B. Arp, "Dos males, un bien no hacen: el asunto Cassirer ante los tribunales estadounidenses y la inmunidad de jurisdicción de España", en *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. LXIII-2, de 2011, pp. 161 y ss. y C.M. Díez Soto "Cassirer v. Fundación Thyssen: adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el Holocausto", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2016, Vol. 8, Nº 2, pp. 377 y ss. También en J. Martín Alarcón, "El Thyssen se niega a restituir un 'Pissarro' expoliado por los nazis", en El mundo, actualizado el 15 de junio de 2016, puede leerse íntegramente en http://www.elmundo.es/la-aventura-de-la-historia/2014/09/24/53c7a0b4ca474140208b4578.html

13 Vid. C.M. Díez Soto "Cassirer v. Fundación Thyssen… id. Nota anterior, pág. 379. La cantidad por la que se vendió en 1952 superaba en unos 3.500$ la que recibiera Lilly Cassirer seis años más tarde.

14 La tasación actual es incierta, aunque el diario El Mundo en 2009, tendría un valor de 13 millones de € (ver en http://www.elmundo.es/suplementos/cronica/2009/727/1253397606.html), que la agencia AJN eleva hasta los treinta millones de dólares. Vid. En: http://agenciaajn.com/noticia/reporte-hechos-antisemitas-informe-la-agencia-judia-noticias-2-13-73709. Por su parte, C.M. Díez Soto (nota supra nº 4) indica que está asegurado en nueve millones de euros.

y la sociedad del Barón Thyssen-Bornemisza. Por medio de la Orden Ministerial de 3 de marzo de 1989 fue reconocida como fundación cultural con el propósito de mantener, conservar, exponer y promover las obras que componen la colección, para lo que se pone a su disposición el Palacio de Villahermosa, comprometiéndose el Estado a sufragar las obras necesarias para la instalación de la colección. En la misma fecha se celebra un contrato entre el Reino de España y la Sociedad propietaria de la colección Thyssen-Bornemisza (en la que se encuentra la obra de Pissarro objeto de la reclamación) por el que se acuerda su instalación en España en concepto de préstamo durante diez años por 50 millones de dólares[15]. El 18 de junio de 1993 se adopta el Real Decreto Ley 11/1993, por el que se aprobaron las medidas reguladoras del contrato de adquisición de la colección permanente, hasta entonces en préstamo, en virtud del cual el Estado español adquiría la colección (775 obras, entre las que se encontraba la de Camille Cassirer posteriormente reclamada) a cambio de 338.216.958 dólares, íntegramente sufragados por el Estado español[16]. El contrato se suscribió el 21 de junio de1993 entre la Fundación, el Estado español y la sociedad hasta entonces prestamista de las obras de arte[17].

15 Vid. El Informe de fiscalización de la Fundación colección Thyssen-Bornemisza, ejercicio 2013, del Tribunal de Cuentas, p. 10.

16 La cantidad indicada en el texto es la que se publica en el Boletín Oficial de las Cortes, serie A, núm. 291, de 17/06/2014, página 242. El Real Decreto Ley 11/1993 establece la cantidad en pesetas, que ascendía a un total de 42.277.120.000 (artículo 1) y puede leerse íntegramente en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1993-15901.

17 En aquel momento, se publicaron algunos artículos en la prensa en los que se refería el "módico precio de adquisición" o "las rebajas" en alusión a la cantidad. Vid. Por ejemplo: https://elpais.com/diario/1993/06/20/cultura/740527201_850215.html. Ciertamente, el Barón contempló distintas posibilidades: el primero fue dejar su colección en Suiza, el Estado ofreció 5 millones de francos suizos (unos 2.000 millones de pesetas), oferta que fue rechazada por el Barón que tenía que acometer la ampliación de Villa Favorita con un coste estimado de entre 40 y 45 millones de francos suizos, al parecer, cuando Suiza advirtió la cantidad de "novios" que tenía la colección (ofertas alemanas, del californiano Museo Getty o del reino Unido) se ofrecieron a costear el precio íntegro de la construcción, aunque entonces ya era demasiado tarde. España era, de todos, el que mayor número de cuadros pedía (775 obras). Al final, se procedió a un contrato en dos fases: una primera mediante alquiler por diez años a 5 millones de $ al año (con lo que se alcanzan los 50 millones indicados en el texto) y, años después el precio de venta referido antes. Cantidad inferior a todas luces de la tasación por Sotheby's en 1200 millones de $. Es cierto que el Estado español adquirió y rehabilitó el Palacio de Villahermosa, lo que le supuso 12.000 millones de pesetas añadidas a la anterior cantidad. Vid. C. Rodríguez*, Los Thyssen, por amor al arte*, Ediciones Grupo Zeta, 1997, pp. 199 y ss.

En consecuencia, el adquirente de la obra en 1993 fue el Reino de España, lo que se evidencia en la estructura del Patronato de la Fundación colección Thyssen-Bornemisza[18], relación que recientemente se ha subrayado con el cambio en su denominación, pues desde el pasado año, es Museo Nacional[19]. De esa consideración de propietario del Estado español derivó que la primera acción de Claude Cassirer tras identificar el cuadro de su abuela en el Museo madrileño fuera solicitar a la Ministra de educación, cultura y deporte la restitución de la obra[20], que recibió una respuesta negativa, idéntica a la obtenida por cuantas presiones se han ejercido por representantes directos e indirectos de Estados Unidos a los Ministros competentes en razón de la materia[21]. Por ello, el interesado depositó una demanda contra el Reino de España y la Fundación Thyssen-Bornemisza ante los tribunales californianos, aunque las presiones diplomáticas continuaron con posterioridad a la introducción de la demanda[22].

Hasta aquí hemos identificado los hechos que ilustran que las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial aún no se han resuelto. Fueron tantos los bienes desplazados y expoliados que más de setenta años después de finalizar la contienda aún quedan reclamaciones pendientes, que el paso del tiempo y los cambios producidos desde entonces suscitan cuestiones a las que el Derecho Internacional Público no puede aportar respuestas. En las páginas que siguen nos centraremos, en pri-

18 El Alto patrocinio de la Fundación, en virtud del artículo 10 de sus Estatutos corresponde al Rey de España. La Fundación estará regida por el Patronato, según lo establecido en el artículo 12 del mismo texto, cuya función (artículo 13) es representar, gobernar, administrar y disponer del patrimonio de la Fundación, por tanto, es el órgano supremo dentro de esta Fundación. El Patronato estará compuesto por un máximo de doce personas, siendo cuatro de ellas designadas por razón del cargo (artículo 15), en concreto por el Ministro de cultura, que actúa como su Presidente (del patronato), el Director General de Bellas artes y Bienes culturales del Ministerio de cultura, el Secretario de Estado de Hacienda y presupuestos y el subsecretario de cultura; cuatro más son designados por el Consejo de Ministros, en un Real Decreto y los cuatros restantes los nombran los representantes de la familia, salvo uno, la Baronesa que es Vicepresidenta vitalicia. Los Estatutos de la Fundación pueden leerse íntegramente en: http://transparencia.museothyssen.org/uploads/pdf/Estatutos_FCTB_texto_refundido_2009.pdf

19 Vid. Noticia en http://www.abc.es/cultura/arte/abci-verde-museo-nacional-thyssen-bornemisza-201709252307_noticia.html

20 Ver en los antecedentes de hecho referidos en la Sentencia indicada supra en nota nº10.

21 Para mayor detalle, vid. B. Arp, "Dos males, un bien no hacen… op. Cit. Supra nota nº 12.

22 Vid, entre otros, en https://www.theguardian.com/world/2010/dec/08/wikileaks-us-spain-treasure-art o en la información difundida por la agencia Reuters: https://es.reuters.com/article/entertainmentNews/idESMAE6B80DU20101209

mer lugar, en la inexistencia de normas internacionales que permitan resolver las cuestiones que plantea la situación en presencia, aunque se ha intentado facilitar la restitución de los bienes expoliados mediante la adopción de declaraciones de naturaleza política, para posteriormente reflexionar sobre las cuestiones de derecho internacional público que derivan de los hechos descritos: primero, las preguntas sobre la responsabilidad internacional que se suscitan en el caso en presencia; segundo, la inmunidad de jurisdicción de España ante los tribunales del Estado extranjero; tercero, a la inmunidad de ejecución de la que gozan los Estados en virtud del Derecho Internacional; y, por últimodentro de este epígrafe, al tercero de buena fe, para terminar con una suerte de reflexiones finales.

2. La inexistencia de normas internacionales en relación a la restitución de los bienes expoliados por los nazis

La solución del expolio producido en la Segunda Guerra Mundial es muy complicada debido a la confluencia de múltiples factores, entre otros, los siguientes: por una parte, la víctima de la privación de las obras artísticas, en el mejor de los casos, ya no será residente en el mismo lugar que entonces, incluso tendrá una nacionalidad diferente de la que poseía cuando se produjo el hecho ilícito[23]; por otra parte, los bienes que fueron confiscados pueden no encontrarse en el territorio en el que se produjo aquella apropiación ilícita o la venta a bajo precio; por último, puede haber sido objeto de compra-ventas subsiguientes,

23 Nos encontraríamos ante un cambio voluntario de nacionalidad. Es cierto que precedido por la pérdida absolutamente involuntaria de la nacionalidad precedente, debido a que las leyes de Nuremberg privaron a las personas judías de la ciudadanía alemana. Sin embargo, la adquisición de la nacionalidad posterior no podría asimilarse a los cambios involuntarios de nacionalidad, puesto que podría haberse adquirido de nuevo la misma que se tenía antes al finalizar la contienda o cualquier otra. En este punto existe una suerte de elección que aleja este supuesto en lo que a la adquisición involuntaria o no, de los supuestos claramente reconocidos al efecto, como son los de disolución o desmembramiento de Estados, o por ejemplo, la adquisición por matrimonio como ocurría en el código civil español anterior a la reforma que incorporó la Ley 14/1975, de 2 de mayo sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del código de comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada (en BOE de 5 de mayo, puede verse en: https://www.boe.es/boe/dias/1975/05/05/pdfs/A09413-09419.pdf). Antes de esta reforma, las mujeres españolas perdían la nacionalidad cuando contraían matrimonio con un ciudadano extranjero, con independencia de que el Estado del que el esposo era nacional le atribuyese a su cónyuge la nacionalidad o no. Se trataba de una consecuencia involuntaria (la pérdida de la nacionalidad) de un acto voluntario (el matrimonio).

pudiendo suceder que el poseedor actual adquiriera el bien de buena fe, y es a quien se reclama su entrega, convirtiéndose igualmente en víctima de la solución que se aporta a la ilicitud previa. Las alteraciones producidas en los requisitos de la protección diplomática convierten esta institución en impracticable como instrumento para los fines que perseguimos, no solo por los eventuales cambios en la nacionalidad de la persona a la se privó de su bien en aquel momento, sino también y muy especialmente porque no se trata de exigir la responsabilidad del causante del daño, sino de procurar la devolución del bien por parte del poseedor actual, lo que excede (cuando no existe coincidencia entre este último con aquel a quien se atribuye el ilícito) del alcance de la institución considerada.

Además de lo anterior, carecemos de normas internacionales que permitan resolver las reparaciones derivadas del expolio nazi[24]. Es cierto que, las potencias aliadas, antes de concluir la Segunda Guerra Mundial, conscientes del expolio que se estaba produciendo en los territorios sometidos al nazismo, adoptaron el 5 de enero de 1943, la Declaración Conjunta de Londres, en la que negaban el efecto de las confiscaciones directas e indirectas en los territorios ocupados. Se trata de un texto que, de contar con efectos jurídicamente vinculantes, los tendría exclusivamente para los Estados que participaron en su adopción. Por su parte, el Acta Final de la Conferencia de Bretton Woods, incorporaba una Resolución (la Sexta) en la que, se recomendaba a los Estados representados en ella que instasen a los países neutrales a evitar cualquier transferencia de activos, entre otros, de objetos de arte, provenientes de los territorios ocupados, con independencia de su naturaleza pública o privada.

Es todo con lo que contábamos hasta los últimos años del siglo XX, a partir de 1998 cuando se adopta la Declaración de Washington, como consecuencia de la Conferencia desarrollada en la capital estadounidense, se han producido algunas declaraciones de naturaleza igualmente política, centradas en la necesidad de resolver la situación derivada del expolio nazi. En el caso de la Declaración de Washington, su redacción comienza recordando que «In developing a consensus on non-binding principles to assist in resolving issues relating to Nazi-

24 W. Sandholtz, en "Plunder, Restitution, and International Law", en *International Journal of Cultural Property*, 2010, vol. 17, pp. 146 y ss., hace un recorrido por la evolución de las normas en este punto, remontándose a su emergencia de las normas antisaqueo, recordando en este punto el saqueo napoleónico. Sobre los trabajos de los aliados para procurar la restitución de bienes culturales, vid. M.J. Kurtz, "The Allied Struggle over Cultural Restitution, 1942-1947", en *International Journal of Cultural Property*, 2010, vol. 17, pp. 177 y ss.

confiscated art»[25], referido pues, exclusivamente al arte confiscado por el nazismo (y no por cualquier otro régimen, pues aún están pendientes de solución algunas reivindicaciones de restitución de las obras de arte ilícitamente expropiadas como consecuencia de la revolución bolchevique). En virtud de esta declaración, los Estados deberían, entre otros: destinar recursos para identificar las obras de arte confiscadas por los nazis que no hayan sido restituidas; si se identificase a los propietarios de obras de arte confiscadas por los nazis, que se han encontrado y no les han sido restituido o a sus herederos, deben adoptarse medidas rápidamente para lograr una solución justa y equitativa, aunque reconociendo las reclamaciones tendrán que analizarse particularmente, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias que pueden caracterizar un caso concreto.

Poco después, en el seno del Consejo de Europa, su Asamblea Parlamentaria adoptó la Resolución 1205[26] que recuerda las modalidades de reparación de un hecho ilícito desde la perspectiva de la responsabilidad internacional, al afirmar que

> *«los órganos que se benefician de un tratamiento público que detienen los bienes culturales pertenecientes a judíos expoliados, deben restituirlos. En su defecto, cuando la devolución es imposible, deben indemnizar por el valor integro de la mercancía».*

Esto es lo que se aplicó en el caso Cassirer en el acuerdo referido en los hechos, como la República Federal de Alemania en 1958 no pudo restituir el bien procedió a su compensación económica. Al año siguiente de adoptarse esta Resolución se inicia el Foro Internacional de Vilna (el 5 de octubre de 2000) bajo los auspicios del Consejo de Europa, para dar seguimiento a la Declaración de Washington. Fruto de la convocatoria se adopta una nueva Declaración, la de Vilna, que «asks governments, museums, the art trade and other relevant agencies to provide all information necessary to such restitution»[27]. La información solicitada ha de ser pública y accesible, para que pueda lograrse el propósito perseguido y ha de compartirse para su mayor difusión. Además, reconoce

> «the Nazi effort to exterminate the Jewish people, including the effort to eradicate the Jewish cultural heritage, the Vilnius Forum recognizes the urgent need to work on ways to achieve a just and fair solution to the issue of Nazi-looted art and cultural

25 http://www.lootedart.com/MG7QA043892

26 La resolución 1205 (1999), relativa a los bienes culturales expoliados a los judíos, adoptada el 4 de noviembre de 1999.

27 http://www.lootedart.com/MFV7EE39608

> property where owners, or heirs of former Jewish owners, individuals or legal persons, cannot be identified; recognizes that there is no universal model for this issue; and recognizes the previous Jewish ownership of such cultural assets»[28].

Ocho años después de la Declaración de Vilna, el 30 de junio de 2009, se adoptó la Declaración de Terezín, en la que una vez más, como en los textos hasta aquí referidos se incluye la mención a su naturaleza no normativa «Keeping in mind the legally non-binding nature of this Declaration and moral responsibilities thereof, and without prejudice to applicable international law and obligations»[29]. Además de lo anterior, se afirma, en primer lugar, con carácter general en cuanto a las propiedades confiscadas:

> «We consider it important, where it has not yet been effectively achieved, to address the private property claims of Holocaust (Shoah) victims concerning immovable (real) property of former owners, heirs or successors, by either in rem restitution or compensation, as may be appropriate, in a fair, comprehensive and nondiscriminatory manner consistent with relevant national law and regulations, as well as international agreements.»

Para establecer, concretando en relación a los bienes culturales

> «…confiscated by the Nazis from Holocaust (Shoah) victims should be returned to them or their heirs, in a manner consistent with national laws and regulations as well as international obligations, in order to achieve just and fair solutions»

En este instrumento, se hace un llamamiento a intensificar los esfuerzos para investigar la procedencia de las obras de arte, así como

28 Vid. El texto íntegro en http://www.lootedart.com/MFV7EE39608. Este texto plantea algunos problemas desde mi punto de vista, si de lo que se trata es de restituir los bienes incautados por el nazismo: en primer lugar, se centra exclusivamente en los bienes de propietarios judíos, que fueron los principales perjudicados por la política confiscatoria nazi, pero no los únicos, pensemos por ejemplo en los artistas considerados degenerados, víctimas de la persecución y a quienes se extendió la aplicación de la legislación inicialmente adoptada contra aquel grupo humano. En segundo término, el concepto de confiscación utilizado es muy amplio, pudiendo aplicarse también a compraventas realizadas entre 1933 y 1945 a bajo precio, siguiendo lo establecido en la Declaración de París y en la legislación de la RFA, pero ampliando el periodo temporal considerado. A ello se añaden las dificultades que suscita probar si realmente estamos ante ventas a bajo precio (clarísimamente el cuadro de Camille Cassirer lo fue) o un precio de mercado en la época teniendo en cuenta el contexto de crisis económica importante existente en Alemania del periodo de entreguerras.

29 Vid. En: http://www.lootedart.com/NPMG2Q663241

sobre la necesidad procurar una solución justa y equitativa en relación a las obras de arte confiscadas por los nazis, además de garantizar la solución a la mayor brevedad posible de las reclamaciones de recuperación de estos objetos, siempre considerando todos los elementos presentes en cada uno de los supuestos.

En el texto, se solicita directamente la devolución de los bienes a quienes eran sus propietarios antes del establecimiento del nazismo en Alemania, aunque sometiendo su viabilidad al Derecho interno o al cumplimiento de obligaciones internacionales, sin que éste documento pueda ser considerado fuente de estas últimas. En todo caso, conscientes de la dificultad de esa subsidiariedad respecto del derecho interno, el mismo instrumento alienta a los Estados a modificar o derogar la su ordenamiento, para liberarlo de posibles dificultades o impedimentos al propósito perseguido.

Las Declaraciones hasta aquí referidas, como se desprende de su título y contenido, poseen exclusivamente un valor político. Así lo ha recordado un tribunal estadounidense en el caso Dunbar Seger- Thomschitz, cuyo origen se encuentra en la posesión actual por parte del Sr. Dunbar de un cuadro del pintor expresionista austriaco Oskar Kokoschka denominado "Retrato de Juventud". La Sra Seger-Thomschitz había reclamado la restitución de la obra por entender que fue confiscada por los nazis a la familia de su esposo. Ciertamente, el suegro de la reclamante vendió la pintura en cuestión junto con otras cuatro a un marchante de arte judío presunto colaborador de los nazis. Cuando la madre del propietario actual adquirió en 1946 la pintura, no investigó el origen de esa venta. Por otra parte, parece probado que la familia propietaria del cuadro antes de la Guerra tuvo conocimiento de esta venta y nunca persiguió su devolución hasta el fallecimiento del marido de la actual recurrente. El Tribunal de Distrito que resolvió el caso entendió que el legítimo propietario es el Sr. Dubar que adquirió la propiedad de la pintura de su madre por herencia en 1973. La recurrente, Sra. Seger-Tomscitz solicitó entonces al Tribunal de Apelaciones la inaplicación de la legislación de Luisiana y su sustitución por la "Declaración de Terezin", de 2009. Cuestión a la que el Tribunal no pudo sino responder negativamente, debido a la naturaleza política, que no jurídica del acto en cuestión[30].

30 Vid. La decisión de la Corte de apelaciones de Estados Unidos, Quinto circuito, de 20 de agosto de 2010, en http://www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/09/09-30717-CV0.wpd.pdf

Los actos adoptados en este punto no siempre se han tenido en cuenta, si observamos algunos supuestos, pues si bien la nulidad de la transacción declarada en textos nacionales e internacionales implica la devolución a cada una de las partes de lo que aportó: el adquirente el bien en cuestión y el vendedor el importe recibido. Esta situación se ilustra con el cuadro de Vermeer "Alegoría de la pintura" que reclamaban los herederos de Jaromir Czernin. El cuadro fue adquirido por Hitler en 1940 y, según afirman los familiares del vendedor, el precio lo determinó el propio Führer, resultando más bajo del que tenía en el mercado e imposibilitando la venta al comprador con el que se había negociado previamente. Los herederos alegaron que se trató de una venta forzada, con la que consiguieron evitar los campos de concentración, motivo por el cual exigían la devolución de la obra o la totalidad de su valor[31]. Un año después de su recuperación al finalizar la Segunda Guerra Mundial, las autoridades americanas lo entregaron al Gobierno austriaco, al considerar que se había vendido libremente a Hitler y desde 1946 pertenece al Museo de Arte de Viena[32]. Sin embargo, tras analizar todos los elementos de la situación en presencia, en enero de 2011, el Consejo de Restitución del Ministerio de Cultura austriaco decidió que no procedía acceder a las exigencias de la familia, dado que la obra no fue objeto de un expolio, sino de una compra-venta sin coerción[33].

Visto lo anterior, la conclusión evidente es la carencia de normas de Derecho internacional generalmente aplicables para resolver este tipo de situaciones que tienen un origen lejano en el tiempo, ha conducido a los particulares hasta los órganos nacionales que aplican los respectivos ordenamientos, caracterizados por la dispersión de soluciones debido a las diferencias existentes para resolver este tipo de reclamaciones entre las normas nacionales. En todo caso, para los conflictos originados más recientemente sí que contamos con los tratados internacionales auspiciados por la Unesco de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales y el de UNIDROIT de 1995 sobre restitución de objetos culturales robados o ilícitamente exportados, que resultan de aplicación para las situaciones posteriores

31 Vid. noticias al respecto en el diario El Mundo de 7 de septiembre de 2009 y de 26 de enero de 2010.

32 Vid. La historia del cuadro en https://www.elespectador.com/noticias/cultura/articulo-415478-odisea-de-una-obra, en http://www.abc.es/20110421/cultura-arte/abcm-museo-austriaco-tendra-restituir-201104211520.html y, de forma más detallada en: https://losgrandesrobosdearte.wordpress.com/2013/05/18/las-obras-de-vermeer-preferidas-por-hitler-y-los-nazis-i-el-arte-de-la-pintura-2/

33 Vid. noticia en http://www.ww2freak.com/?p=8823

a su entrada en vigor. A pesar de ello, estas normas internacionales podrían ser inspiradoras de las soluciones que los órganos nacionales aporten a los casos que se les presenten cuyo origen sea anterior su vigencia. Interpretación a la luz de las normas internacionales que no resulta exigible jurídicamente pero cuya aplicación vendría avalada por motivos de coherencia y razonabilidad.

3. Aspectos relacionados con el derecho internacional público presentes en el caso Cassirer

La primera cuestión que han de resolver las víctimas del expolio nazi cuando se encuentran en alguna colección pública o privada el cuadro que les fue arrebatado es cómo actuar para intentar recuperarlo. Como vimos antes, en ausencia de órganos internacional a los que acudir, desde una perspectiva de Derecho Internacional Público, procedería dirigirse al Estado (o al sucesor o continuador de su personalidad jurídica), que se apropió del bien para procurar su restitución. Ello con el propósito de que sea él quien reclame al actual poseedor del bien compensándole por la pérdida, que es en definitiva, una solución inspirada, entre otros, en el artículo 7.ii) de la Convención sobre medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales de 1970.

A pesar de que esa sería una vía razonable desde la perspectiva del Derecho internacional público, en general, la práctica no ha seguido ese camino, sino que como hemos visto, las víctimas y sus herederos han preferido acudir a los tribunales nacionales, en muchos casos, de su lugar de residencia. Así lo hizo Claude Cassirer, por lo que en este punto, focalizaremos la atención los tres aspectos avanzados en la introducción en relación con el supuesto de hecho que nos ocupa: en primer lugar, responsabilidad internacional en el caso Cassirer; y, en segundo término, la inmunidad de jurisdicción; posteriormente, la inmunidad de ejecución; ello sin olvidarnos del tercero adquirente de buena fe al que dedicaremos el último apartado de este epígrafe. En todo caso, nos aproximaremos a estas cuestiones desde el punto de vista del Derecho Internacional Público. Centrándome en cuatro aspectos que ya avancé en la introducción: en primer lugar, las cuestiones relativas a la responsabilidad internacional, en segundo término, la inmunidad de jurisdicción de España ante los tribunales de Estados Unidos en el caso concreto, cuestión que al tener naturaleza procesal ha de resolverse antes de entrar a conocer del fondo del asunto; tercero, la inmunidad de ejecución, que es una norma de derecho internacional; y, cuarto, el tercero de buena fé, que resulta olvidado, cuando no difamado en esta relación.

3.1. La responsabilidad internacional

En relación a la responsabilidad en el caso Cassirer, hemos de centrar nuestra atención en dos momentos: uno, la identificación del responsable de la privación ilícita de la obra a su propietaria; y, dos, si se produjo la extinción de la responsabilidad en 1958 con la percepción por su parte de la compensación acordada. En relación al primero de los puntos indicados, no hay ninguna duda de que el cuadro fue vendido a bajo precio por parte de Lilly para salvar su vida y la de su familia huyendo del nazismo, dado que formaba parte del grupo humano víctima de uno de los genocidios más crueles que la historia ha podido documentar. Así, son hechos probados que Lilly Cassirer tuvo que vender el cuadro a Jakob Scheidwimmer, quien hizo negocios con él en su propio beneficio, así pasó por diversas manos hasta que se vendió en una subasta en Alemania por 95.000 marcos tres años después de su adquisición ilícita, cantidad que evidencia que la compra-venta inicial fue a bajo precio, máxime cuando nunca se percibió. Aquí podemos observar diferencias e identidades con otros casos, pues no fueron las autoridades del Estado las que se apropiaron de la obra de arte, sino un marchante de arte de Múnich, lo mismo que ocurrió la galería de arte que Lea Bondy Jaray (entre cuyos cuadros se encontraba el retrato de Wally de Egon Schiele, que dio origen a una controversia también muy conocida) tuvo que vender tras la ocupación alemana de Austria, fruto de unas técnicas cuando menos agresivas por parte del comprador[34].

En el caso Cassirer, el hecho de que el adquirente fuera miembro del partido nazi sirve para justificar su actuación por cuenta del Estado, atribuyendo de este modo la privación al Tercer Reich, cumpliendo de este modo el requisito exigido para su consideración como hecho ilícito. Este vínculo, a la luz del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados y de sus bienes, aprobado tras la lectura de 2001, sería difícil de establecer, salvo que se demostrara que Jakob Scheidwimmer, marchante de arte que adquirió la obra de Pissarro actuó como agente del Estado o, en su defecto, por cuenta y bajo la dirección del sujeto de derecho internacional. Sin embargo, no podemos aplicar estos parámetros a la situación ocurrida debido al contexto en el que se produjeron, pues es evidente que, con independencia de que Scheidwimmer actuara por cuenta y bajo la dirección

34 Según se establece en la sentencia de 14 de octubre de 2009, del Tribunal del distrito sur de Nueva York, p. 4 y ss, en 1937 debido a dificultades financieras Lea Bondy negoció sin éxito la compraventa de su galería de arte a Friederich Welz, meses después, tras la anexión de Austria se reabren esas negociaciones y consigue venderla por 13.550 marcos alemanes.

del Estado o lo hiciera como su agente, la legislación adoptada por el nazismo así como la política antisemita auspiciada por aquel régimen, propiciaron la desaparición de alrededor de seis millones de personas. Por este motivo, sea cual sea el resultado al que eventualmente pudiera conducirnos la aplicación del referido Proyecto de artículos, Alemania es responsable del genocidio producido, utilizándose como instrumento para ello la privación de sus bienes del grupo humano perseguido. Evidencia de esta responsabilidad del Estado alemán por ello es el reconocimiento de la República Federal en el caso en presencia indemnizando a la Sra. Cassirer por la obra de Pisarro. Lo que nos conduce a la inexistencia de responsabilidad por parte de España tanto derivada de la privación como de las transmisiones subsiguientes de la obra, en los que no ha participado en forma alguna, salvo, evidentemente, en la adquisición última de la misma.

Esta última afirmación identifica una de las diferencias que presenta el supuesto Cassirer respecto de otros resueltos recientemente, en los que las obras de arte expoliadas permanecieron en posesión de las autoridades estatales[35]. En todo caso, si lo único a tener en cuenta (desde la perspectiva del Foreign Sovereign Immunity Act, Ley estadounidense de inmunidad de los Estados, en adelante FSIA) es la adquisición ilícita del bien en cuestión, para que pueda inaplicarse la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, el presupuesto necesario para la aplicación de la excepción se cumple (aunque posteriormente volveremos sobre la reparación previa de esa ilicitud), como veremos más adelante. Una cuestión relevante en este punto es que, para que pueda aplicarse la excepción de expropiación resulta imprescindible que la privación sea atribuible a un Estado, que desde la perspectiva de la responsabilidad también lo es.

Por lo que se refiere al segundo aspecto antes indicado (la extinción de la responsabilidad), según la resolución de 13 de marzo de 2015, del Juez Walter, el acuerdo de compensación aceptado por Lilly Cassirer no implicaba la renuncia a la propiedad o al derecho a recuperar la pintura[36], afirmación no demasiado pacífica en la medida en que, cuando Claude Cassirer presentó la demanda, el Gobierno alemán declaró que si se res-

35 El caso Altmann, en el que las obras de Klimt se mantuvieron en la Galería Belvedere y el retrato de Wally en el Museo Leopold de Viena, por solo citar los ejemplos a los que me he referido en las páginas anteriores.

36 El texto de la Sentencia es el siguiente: "After the war, Lilly filed a timely restitution claim. Because the location of the Painting was unknown, Lilly ultimately settled her claim for monetary compensation with the German government, but did not waive her right to seek restitution or return of the Painting." Vid. En https://www.casemine.com/judgement/us/5914fa3cadd7b049349a6d85

tituía la pintura a la familia, reclamaría la devolución de la cantidad entonces entregada[37] y él mismo aceptó proceder de este modo[38]. Aunque podamos considerar la compensación económica producida aproximada al valor de mercado de la obra pues seis años antes de producirse se había vendido en una subasta por 3.500$ más de la cantidad con la que se compensaría en 1958, tuvo como fundamento un error. Ciertamente, en aquel momento la obra reclamada no se pudo encontrar en Europa, lo que pudo haber convencido a ambas partes de su destrucción, motivo por el cual, ante la imposibilidad de la restitución se acordó la compensación económica, modalidad subsidiaria de reparación. En todo caso, ésta es una modalidad igual de válida para la reparación que la restitución[39]. Esta es la tesis del Estado español, según la cual la demanda carece de objeto puesto que la privación del bien había sido reparada mediante compensación, por lo que ya existe resarcimiento; y, aunque así no hubiera sido, en todo caso, aplicando la teoría de la responsabilidad no nos encontramos ni ante la responsabilidad subjetiva (porque no va a responder quien causó el daño) y mucho menos objetiva (en la medida en que no estamos ante una responsabilidad por riesgo).

Así se establece en las Declaraciones de Washington, Terezin o Vilna, en las que se reconoce la posible reparación de las pérdidas ilícitas producidas mediante la restitución o la compensación, como forma subsidiaria de reparación, tan válida a los propósitos de extinguir la responsabilidad como aquella. No olvidemos que, en algunas ocasiones, los herederos de aquellos a quienes se privó de sus bienes, han acordado una indemnización adecuada al valor actual del bien, o cuando lo han recuperado lo han vendido directamente para abonar los honorarios de los abogados y demás costes derivados de estos largos procesos. Esto evidencia la aceptación por parte de los interesados de la compensación económica directamente o la cuantificación económica del bien en cuestión mediante su venta, a estos efectos.

Cabe realizar el paralelismo entre la existencia de error en la celebración del acuerdo de compensación y la regulación sobre la presencia de error en un contrato de conformidad con el derecho civil, para intentar averiguar

37 Ver en "El Pisarro de la discordia antes de la Guerra y hoy", noticia publicada en el diario EL PAÍS, puede verse en: https://elpais.com/diario/2006/10/29/cultura/1162072801_850215.html

38 Vid. B. Arp, vid. en Supra nota nº 12.

39 Vid. En este sentido el Capítulo II del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados y de sus bienes, en Resolución de la Asamblea General 56/83, 28 de enero de 2002, en: http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/56/83

las consecuencias que de ese error pudieran derivar. En el caso del código civil español cabría interponer una acción de nulidad del mismo, para lo que se establece un plazo de cuatro años a contar desde la consumación de aquel (artículo 1301)[40]. El plazo de cuatro años alcanzaría hasta los primeros años de la década de los años sesenta. Aun en el supuesto en el que los cuatro años pudieran contarse desde el momento en el que se identifica el error (es decir, desde que Claude Cassirer advierte que el cuadro de su abuela se encuentra en el Thyssen), la acción habría prescrito igualmente al haber transcurrido cinco años desde entonces hasta que se interpone la demanda, que recordemos tiene como parte demandada a España y a la Fundación, sin ser, en consecuencia, una acción con la que persiga la nulidad del acuerdo de compensación celebrado con Alemania.

El proyecto de declaración de principios sobre los objetos culturales desplazados en relación con la segunda Guerra Mundial de la UNESCO contiene dos disposiciones de gran relevancia en este punto. Por una parte, establece que, en supuestos como el que nos ocupa, de desplazamientos sucesivos del bien, procedería la devolución por parte de las autoridades competentes del lugar en el que se encuentren (España) al Estado en el que estaban ubicados en el momento de la pérdida de la posesión (Alemania), debido a la propia naturaleza interestatal de la Organización, no al heredero de la víctima de la privación. En segundo término, que nada de lo dispuesto podrá interpretarse en el sentido de enmendar, abrogar o sustituir el Derecho internacional pertinente[41] y este esquema de responsabilidad es ciertamente contrario al existente en la costumbre internacional relativa a esta cuestión, por lo que con este tipo de interpretaciones se está vulnerando el Derecho internacional público vigente.

3.2. La inmunidad de jurisdicción de España en el caso Cassirer

En relación a la competencia judicial, uno de los primeros elementos a considerar es la extraterritorialidad de los tribunales del Estado[42],

40 El artículo 2224 del Código civil francés amplia a los cinco años la prescripción de la acción de nulidad «à compter du jour où le titulaire dun droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de bexercer». Esto plantea el problema de identificar el momento en el que el Sr. Cassirer habría debido conocer la existencia de la pintura de Pissarro ¿Cuándo se comenzó a exhibir en Villa Favorita? ¿Cuándo se colgó en las paredes del Museo Colección Thyssen? ¿Cuándo se vendió en el territorio estadounidense?

41 http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001834/183433s.pdf

42 Es cierto que, desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, los tribunales estatales, en virtud del principio de territorialidad, gozan de jurisdicción para conocer de cuantos conflictos surjan en su territorio; y, también pueden tenerla si poseen títulos habilitadores que les permitan actuar en relación con situaciones producidas fuera de sus fronteras. Entre estos últimos se encuentra el principio de personalidad, activa y pasiva, que permitiría al Estado ejercer competencias sobre quienes poseyendo

en el caso Cassirer, como en otros antes referidos (Altmann, Alsdorf v. Benninson, Seger-Thomschitz, entre otros) se acude a los tribunales de residencia del demandante para que conozca de hechos que se produjeron extraterritorialmente, puesto que nos encontramos ante la demanda de restitución de un bien del que se privó a la familia de aquel en el que fuera territorio alemán hasta 1945.

En todo caso, cuando la obra de arte se encuentra en manos de particulares cabe la posibilidad de resolver la reivindicación como lo hizo Thomas Benningson, sin embargo, si el tercero adquirente de buena fe es un Estado, podemos encontrarnos con la barrera que supone la inmunidad de jurisdicción primero y, de obtener una sentencia negativa a los intereses del Estado, la posterior inmunidad de ejecución, con las que las normas de Derecho Internacional protegen a los sujetos de este ordenamiento. Lo que ocurre en el caso que nos ocupa, puesto que según se vio antes, la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza es propiedad del Reino de España y así lo había reconocido el nieto de Lilly Cassirer cuando se dirigió al Ministerio de Cultura en 2000 solicitando la restitución del cuadro que había pertenecido a su abuela hasta 1939. También se evidencia este reconocimiento por la reclamación de los cinco congresistas referidos antes, así como por parte de Estados Unidos, si hacemos caso de los documentos que se publicaron de Wikileaks, la Embajada de Estados Unidos habría ofrecido resolver el conflicto respecto del tesoro capturado ilícitamente por la empresa Odyssey por el cuadro que ahora nos ocupa[43].

Ante las respuestas negativas obtenidas por parte de las autoridades españolas, los descendientes de Lilly Cassirer no acudieron a los tribunales españoles, sino directamente a los de su lugar de residencia,

---

su nacionalidad se encuentren en territorios no sometidos a jurisdicción estatal alguna –personalidad activa-. Sin embargo, el título que podría habilitar a los Estados Unidos a conocer del fondo de la pretensión del Sr. Cassirer sería el principio de personalidad pasiva, si hubiera sido víctima de la privación en cuestión. Es cierto que lo fue su abuela, que en el momento de la privación del cuadro en cuestión carecía de la nacionalidad estadounidense, que adquirió posteriormente. En todo caso, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el caso español, en la redacción actualmente vigente ha omitido el principio de personalidad pasiva como habilitador de los tribunales españoles a estos efectos, debido a lo discutido y discutible del principio en el ámbito internacional. No cabría hacer valer el principio de la jurisdicción universal por cuanto no se pretende conocer acerca de quien practicó crímenes más graves que atentan contra los principios estructurales del Derecho Internacional, sino por la restitución de la propiedad vendida a bajo precio. De todos modos, esta es una cuestión que no se plantean los tribunales estadounidenses. Ver por todos, A. Remiro Brotóns y otros, *Derecho Internacional. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 92 y ss.

43 http://es.reuters.com/article/entertainmentNews/idESMAE6B80DU20101209

San Francisco, cinco años más tarde, en 2005. Si hacemos un paralelismo entre los casos Altmann y Cassirer, existe alguna identidad en este punto, dado que María Altman primero presentó una demanda de restitución de los cuadros de Klimt ante el Comité de restituciones austriaco que fue desestimada y, posteriormente, debido al elevado coste de los tribunales austriacos, que hacían depender aquel del valor de la demanda, optó por dirigirse a los tribunales californianos. Ciertamente, en España no existe un Comité de restituciones similar al austriaco, debido a lo excepcional de la situación en presencia, podemos interpretar su relación con el Ministerio de educación, con la debida flexibilidad, como una similitud en ausencia de órgano específico al efecto. De todos modos, ante el infructuoso resultado obtenido, el interesado podía haber acudido a la vía judicial en España, cosa que no intentó. La segunda identidad sería que frente a la negativa recién indicada ambos demandantes acudieron a los tribunales de su lugar de residencia, que eran igualmente californianos.

Ante la demanda presentada por Claude Cassirer, la Fundación y el Estado español aducen dos motivos para su desestimación: en primer lugar la ausencia de competencia material por parte del tribunal para conocer del fondo del asunto debido a la inmunidad de jurisdicción de la que goza el Estado español propietario de la obra reclamada[44]; y, la segunda, la ausencia de objeto, debido a que por una parte, el Estado español no es el causante de la privación y por otro que la compensación percibida por la Sra. Cassirer había extinguido la responsabilidad internacional. Aspecto este último que estudiaremos en el apartado siguiente de este epígrafe.

En relación a la inmunidad de jurisdicción, una primera cuestión a determinar es si los comportamientos de la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza resultan atribuibles a España. En este sentido, de acuerdo con la Ley estadounidense, se trata de una agencia instrumental del Estado español[45], por lo que a los efectos que nos interesan la respuesta

44 En virtud de 28 U.S. Code § 1604 - Immunity of a Foreign State from Jurisdiction. Sobre los problemas que presenta la norma en cuestión y la jurisprudencia que la interpreta, puede verse, entre otros: L. Pyke Malson, K. Nesbitt, A. Portnoy y B. Kurtz "The Foreign Sovereign Immunities Act: 2009 Year in Review", en *Law and Business Review of the Americas* Volume 17, 2011, pp.39 y ss.

45 La definición de agencia instrumental de un Estado extranjero es la siguiente (de acuerdo con U.S. Code -Title 28 - Part IV - Chapter 97 - § 1603): «(b) An "agency or instrumentality of a foreign state" means any entity (1) which is a separate legal person, corporate or otherwise, and (2) which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is ow-

ha de ser necesariamente positiva por cuanto estaríamos dentro de los márgenes que permiten la citada atribución de conformidad con el artículo 2.1 de la Convención Naciones Unidas de 2004 sobre las inmunidades de los Estados y de sus bienes (en adelante Convención de 2004). Cabría, sin embargo, de conformidad con el mismo texto convencional, que refleja el derecho consuetudinario en la materia, la posibilidad de que el origen de la controversia se encontrara en uno de los "procesos en los que la inmunidad no se puede hacer valer", como titula el citado tratado internacional su parte tercera, en cuyo caso y dado que el Estado se ha comportado como podría hacerlo un particular, la excepción de inmunidad de jurisdicción no sería predicable. En este punto, no parece plausible ubicar el comportamiento en cuestión dentro del alcance de ninguna de las excepciones a la inmunidad del Estado. Es cierto que lo más próximo que podemos encontrar en el citado texto convencional es su artículo 13, referido a "la propiedad, la posesión y el uso de bienes"[46], a pesar de lo cual la situación en presencia no se ve alcanzada por su contenido puesto que ni se trata de un derecho o interés derivado de "sucesión, donación u ocupación de bien vacante", dado que fue una compraventa de la colección pictórica por parte del Estado, y tampoco nos referimos a bienes en "fideicomiso, bienes integrantes de la masa de la quiebra o bienes de una sociedad en caso de disolución", que son las situaciones en las que no resulta aplicable la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero por este concepto. Desde el punto de vista del Derecho internacional público, en consecuencia, el Estado español gozaría de inmunidad de jurisdicción en el caso en presencia.

Sin embargo, la Ley estadounidense sobre la inmunidad del Estado extranjero (FSIA), incorpora una excepción a la relación de la Con-

---

ned by a foreign state or political subdivision thereof, and (3) which is neither a citizen of a State of the United States as defined in section 1332(c) and (e) of this title, nor created under the laws of any third country.»

46 El precepto en cuestión establece que no se podrá hacer valer la inmunidad, por lo que se refiere a la propiedad, posesión y uso de bienes «en un proceso relativo a la determinación de: a) un derecho o interés del Estado respecto de bienes inmuebles situados en el Estado del foro, la posesión o el uso por el Estado de esos bienes inmuebles o una obligación del Estado nacida de su derecho o interés respecto de tales bienes inmuebles o de su posesión o uso de esos bienes; b) un derecho o interés del Estado respecto de bienes muebles o inmuebles, nacido en virtud de sucesión, donación u ocupación de bien vacante; o c) un derecho o interés del Estado respecto de la administración de bienes, tales como bienes en fideicomiso, bienes integrantes de la masa de la quiebra o bienes de una sociedad en caso de disolución.» Sin que el caso en presencia se encuentre en ninguna de las excepciones indicadas al efecto.

vención de 2004, que es la que han considerado los tribunales estadounidenses, cuya interpretación sirvió de fundamento para conocer del fondo del asunto. En este sentido la Sección 1605 (A) (3), contiene la conocida como excepción de expropiación, en virtud de la cual se excluye toda posibilidad de inmunidad en relación a aquellas reclamaciones originadas por la adquisición de los derechos de propiedad en violación del derecho internacional[47]. Para que se observe esta excepción es necesario (además de la ilicitud de la adquisición recién referida) que se cumplan los requisitos indicados en la misma sección, a saber: primero, la acción en presencia ha de encontrar fundamento en una reclamación a un gobierno de una obra propiedad de un organismo estatal o gestionada por él; y, segundo, la realización de actividades comerciales en Estados Unidos por parte del citado organismo.

A pesar de que ni fue España el causante de la privación, lo cierto es que los tribunales estadounidenses se declararon competentes para conocer del fondo del asunto, interpretando alguno de los requisitos recién mencionados de forma (llamémosle) flexible. Así, la norma en cuestión establece como presupuesto de aplicación que la adquisición del bien haya sido ilícita pero no que la ilicitud sea atribuible al Estado al que se está reclamando aquel. En definitiva, el hecho relevante es que se haya producido el hecho ilícito, no su causante, con lo que nos alejamos de las estructuras básicas de la responsabilidad, en las que quien ha de reparar es precisamente el causante del daño. Así lo interpreta el Tribunal apelaciones al especificar:

> «The statute uses the passive voice and does not expressly require that the foreign state (against whom the claim is made) be the entity that took the property in violation of international law»[48]

Lo anterior implica que un tercero adquirente de buena fe es quien ha de reparar a la víctima de la ilicitud ajena, ya sea entregando el bien o compensando económicamente para procurar la conservación de su posesión, lo que resulta ciertamente incomprensible desde la perspectiva de la responsabilidad. Claro que cabe pensar que si el particular

47 La redacción de la excepción en cuestión es la siguiente: «in which rights in property taken in violation of international law are in issue and that property or any property exchanged for such property is present in the United States in connection with a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or that property or any property exchanged for such property is owned or operated by an agency or instrumentality of the foreign state and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the United States».

48 Vid. La Sentencia de 8 de septiembre de 2009, del Tribunal de apelaciones, Noveno circuito, Claude Cassirer, v. citada supra en nota nº 10.

fue ilícitamente privado del bien, las transmisiones posteriores quedan igualmente viciadas por este motivo. Sin embargo, como afirma P. O'Keefe, en los sistemas jurídicos de derecho romano, un adquirente de buena fe pasado el tiempo establecido en la Ley, adquiere un título incontestable aunque se trate de un bien que originariamente fue robado[49]. Por el contrario, en los sistemas de Common Law, como el Reino Unido la adquisición ilícita priva de la posibilidad de adquirir el título, pero el adquirente de buena fe transcurrido un tiempo de posesión pacífica sí que lo hace[50] y en Estados Unidos, la legislación varía en función del Estado en el que nos encontremos[51].

En relación a los requisitos que establece la norma estadounidense para su aplicación, es evidente que si se reconoce a la Fundación Colección Thyssen como agencia instrumental del Estado, está claro que se ha presentado la reclamación de restitución de una obra propiedad de aquella agencia instrumental o por ella gestionada. Sí me detendré en el segundo de los requisitos antes apuntados: la realización de actividades comerciales en Estados Unidos por parte del citado organismo. Este segundo elemento[52] cuya presencia es imprescindible para la aplicación de la excepción de expropiación que el Tribunal interpreta de forma extensa debido a que, para identificarlo, no es necesaria una actividad

49 Vid. El informe presentado por P. O'Keefe "Annexe 2. Document de travail sur les aspects juridiques" en el Doc. 8563 révisé (2 de noviembre de 1999). Rapport. Biens culturels des juifs spoliés. Assemblée parlementaire Conseil de l'Europe, que puede verse en https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=8759&lang=fr .La idea del texto se encuentra en la página 19.

50 En el Reino Unido se adoptó en 2009 la Holocaust (Stolen Art) Restitution Act, 2009, que tiene por objeto «Provide for the transfer from public museum and gallery collections of arts, artefacts and other objects stolen between 1933 and 1945 by or on behalf of the Nazi regime, its members and sympathisers; to provide for the return of such artefacts and objects to the lawful owners, their heirs and successors; and for connected purposes.» Vid. Texto íntegro en: https://publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmbills/035/2009035.pdf . Es cierto que el informe es de 1999 y que las legislaciones estatales de los Estados principalmente afectados por el expolio han sido modificadas con posterioridad a la fecha para permitir la restitución en el supuesto concreto que nos ocupa.

51 Vid. el Informe de P. O'Keefe citado supra en nota nº 49. Sobre la situación del derecho español en este punto, aplicado al caso Cassirer, vid. C.M. Díez Soto "Cassirer v. Fundación… op. Cit. Nota supra nº 10.

52 Sobre la excepción comercial puede verse el estudio clásico de J.E. Donoghue, "Taking the "Sovereign" Out of the Foreign Sovereign Immunities Act: A Functional Approach to the Commercial Activity", en *Yale Journal of International Law*, 1992, vol. 17-2, pp. 490 y ss, que puede leerse: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1599&context=yjil

comercial continua y sistemática[53]. El mismo tribunal se refiere al caso Altmann, en cuya sentencia se concluyó que

> «that authoring, promoting and distributing books and other publications in the United States to exploit expropriated paintings were "sufficient to constitute 'commercial activity' for the purpose of satisfying the FSIA"»[54]

Aplicando este criterio, el tribunal concluye que la Fundación desarrolla una actividad comercial suficiente en el territorio de Estados Unidos, pues se pueden adquirir libros, posters, reproducciones autorizadas de obras de arte, entradas *on line* o productos de la tienda del museo por el mismo medio, destacándose entre ellos la venta a residentes en Estados Unidos de reproducciones de la obra de Pissarro objeto de la reclamación, así como de otros productos relacionados con ella[55]. Se

53 Según la definición que incorpora la misma norma a estos efectos «"commercial activity" means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose»

54 Ver la Sentencia de 12 de diciembre de 2002, en el caso Altmann v. Republic of Austria, Nos. 01-56003, 01-56398, 317 F.3d 954 (2002). https://www.leagle.com/decision/20021271317f3d95411167

55 En la Sentencia citada supra en nota 25 se precisan a modo de ejemplo, las siguientes actividades que ameritan el reconocimiento de su actividad comercial en territorio de Estados Unidos: «… the Foundation made numerous purchases of books, posters, post cards, and related materials from United States businesses in New York, California, and Washington, D.C. The Foundation also purchased books about Nazi expropriation of great works of art and a book presumably about the works of Pissarro. (…) sold posters and books to United States residents and businesses, and licensed the reproduction of images to various United States businesses. (…) also admitted that it worked with U.S. entities to secure goods to be sold in the Museum gift shop, including paying U.S. citizens to write for its exhibit catalogs. (…) it admitted that it has shipped gift shop items to purchasers in the United States. (…) sold a poster of the Painting at issue in this case to individuals in both California and North Carolina. The California purchaser resides in the Central District of California and used her American Express credit card to consummate the transaction. (…) solicited, recruited, and commissioned writers and speakers from the United States to provide services at the Museum. (…) facilitated the production of a film on the Foundation collection, featuring the Painting, which it knew would be presented in-flight on Iberia Airlines flights to and from the United States (…) placed advertisements in magazines that are distributed in the United States and sent press releases, brochures, and general information to Tour España and the Spanish National Tourist Offices in the United States. (…) advertised in news publications such as Newsweek, Time Magazine, and the New Yorker. (…) also distributes its Museum bulletin, "Perspectives," to individuals in the United States, including two in the Central District of California. (…) also contracted with museums in the United States to loan its artwork to the U.S. institu-

acredita de este modo la existencia de actividad comercial, motivo por el cual, se declaran cumplidos los dos requisitos establecidos para la aplicación de esta excepción a la inmunidad.

Desde una perspectiva de Derecho Internacional Público y, más concretamente, de la inmunidad de jurisdicción, la existencia de actividad comercial, permitiría a los tribunales del foro conocer de las eventuales reclamaciones que se originaran como consecuencia de la citada transacción mercantil (artículo 10 de la Convención de 2004), lo que queda al margen de la aplicación de la excepción de inmunidad es la actividad comercial en sí misma (cuando el objeto de la demanda sea la venta on line, la introducción de anuncios en prensa …). Desde la perspectiva del Derecho Internacional, la existencia de relaciones comerciales no es un elemento a tener en cuenta para aplicar una excepción a la inmunidad de jurisdicción a relaciones distintas de la misma transacción afectada. En todo caso, convengamos que, en este punto, la flexibilidad a la hora de ponderar la presencia del requisito en cuestión ha sido amplia.

Por lo demás, la excepción contenida en la Sección 1605 (A) (3) de la Ley estadounidense de inmunidades es una excepción que está permitiendo a sus tribunales entrar a conocer del fondo de las reclamaciones suscitadas en relación a los bienes expoliados en tiempos del nazismo. Así, volviendo al caso Altmann, el sentido de la decisión del tribunal californiano que conocía del caso fue idéntica a la producida en Cassirer y por el mismo motivo (la excepción de expropiación), aunque entre los dos supuestos había una diferencia sustantiva: en aquel el causante de la privación fue el Estado que poseía las obras de Klimt (que se encontraban en la Galería Belvedere de Viena) y, en cuanto tal, el responsable de su privación ilícita. Situación muy diferente de la que contextualiza el caso Cassirer en la que el Reino de España no tuvo relación alguna con el origen de la causa. Sin embargo, en ambos casos, el tribunal consideró que nos encontrábamos ante un supuesto de adquisición ilícita y que los Museos demandados realizaban una actividad

---

tions or to borrow artwork for display in the Foundation Museum in Spain.» En el caso Altmann, incluso se aplicó el FSIA con carácter retroactivo. Ver en este sentido M. Goodman, "The Destruction of International Notions of Power and Sovereignty: The Supreme Court's Misguided Application of Retroactivity Doctrine to the Foreign Sovereign Immunities Act in Republic of Austria v. Altmann", en *The Georgetown Law Journal,* 2005, vol. 93, pp. 1116 y ss. La idea se encuentra en la página 1118. También en M.J. Chorazak, "Clarity and Confusion: Did *Republic of Austria v. Altmann* Revive State Department Suggestions of Foreign Sovereign Immunity?", en *Duke Law Journal*, 2005, vol. 55, pp. 373 y ss.

comercial suficiente en el territorio que les permitía considerar que se comportaban como particulares[56].

En conclusión, de conformidad con la Ley estadounidense, España no puede gozar de inmunidad porque el origen de la diferencia (la obra de arte cuya propiedad se discute) se encuentra en una adquisición ilícita desde la perspectiva del derecho internacional. Llama la atención que el derecho internacional solo se tenga en cuenta en este punto y no en los restantes que rodean el caso.

3.3. La inmunidad de ejecución

En este subepígrafe me detendré brevemente en la inmunidad de ejecución de la que goza la obra de Pissarro, de conformidad con el Derecho Internacional Público y, más concretamente con la Convención de 2004, así como recordar el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)[57], referido precisamente al aspecto que ahora nos ocupa.

En relación al aspecto indicado en primer lugar, teniendo en cuenta las disposiciones de la Convención de 2004, parece evidente que la obra reclamada por los herederos de Lilly Cassirer, desde la perspectiva del Derecho Internacional, goza de inmunidad de jurisdicción. Así, el

56 En el caso Altmann, la Galería Belvedere por cuanto «authoring, editing, and publishing in the United States both a book entitled *Klimt's Women,* as well as an English-language guidebook, containing photographs of the looted paintings. (…) that the advertisements in the United States of Gallery exhibitions, particularly those relating to the Klimt paintings, as well as operation of the Gallery itself, constitute commercial activity. The key commercial behavior of the Gallery here is not its operation of the museum exhibition in Austria, however, but its publication and marketing of that exhibition and the books in the United States. *Klimt's Women,* for example, is published in English in the United States by Yale University Press and capitalizes on the images of three of the paintings at issue. That book was published in conjunction with a large exhibition at the Gallery featuring the expropriated paintings. Furthermore, the Austrian Gallery asserts copyright ownership as "authors"; two employees of the Gallery edited the book; and the director of the Gallery is listed as responsible for its content. The museum guidebook is also published in English and features the painting *Adele Bloch-Bauer I* on its cover. The publication and sale of these materials and the marketing of the Klimt exhibition in the United States are commercial activities in and of themselves, but are also a means to attract American tourists to the Gallery. Given that the commercial activity is centered around the very paintings at issue in this action and far exceeds that which we found sufficient to justify applying § 1605(a)(3)» Vid. En Sentencia citada *supra* en nota nº 54.

57 Vid. Toda la documentación referida al caso en cuestión en: http://www.icj-cij.org/fr/affaire/143

artículo 19 es claro en este punto cuando se refiere a la «inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas posteriores al fallo», establece la imposibilidad de su adopción salvo: a) consentimiento expreso del Estado para ello; b) si el Estado ha «asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso»; o c) cuando se trata de bienes en el territorio del foro que se utilizan para fines distintos de los oficiales no comerciales y sólo en el supuesto en el que «tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso». Es evidente que el cuadro reclamado no se encuentra en el territorio del foro, pues se mantiene en España, pero aunque así no fuera, la interpretación de los fines aludidos ha de interpretarse de conformidad con el artículo 21 del mismo texto que nos indica los bienes que no pertenecen a la categoría indicada en el apartado c), entre los que figuran:

> «d) los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta; e) los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta»

Por tanto, en la medida en que la obra que nos ocupa no está puesta a la venta ni destinada a ello ni se encuentra en el territorio del foro (con lo que al ubicarse en el territorio del demandado goza, cuando menos, de la misma protección, pues el Derecho Internacional solo limita la inmunidad de ejecución de los bienes situados en el territorio del Estado del foro), sería imprescindible la cooperación por parte de España mediante una entrega voluntaria, en el supuesto de fallar en este sentido los tribunales estadounidenses, para que ello resultara acorde al Derecho internacional. En todo caso, observemos en este punto que, de conformidad con la Ley española, para la exportación de una obra del patrimonio histórico español se requiere la autorización expresa de la administración del Estado para su exportación[58], que no dudo se obtendría si el tribunal estadounidense reclamara la pintura, pero sería una muestra de buena voluntad por parte de las autoridades, pues jurídicamente el bien en cuestión goza de protección.

Esta situación nos conduce a la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia antes enunciada, que objetivamente cuenta con similitudes más que relevantes con el caso en presencia, pues se trata sobre la inmunidad de ejecución de Villa Vigoni, donde se ubica el Centro italo-alemán que promueve las relaciones entre ambos Estados en perspec-

58 Se trata del artículo 5 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico español, en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534

tiva europea e internacional, por tanto, un bien de naturaleza cultural, aunque inmueble.

Los hechos que fundamentaron la demanda tienen que ver con el caso Cassirer relativamente, pero considero relevante recordar este asunto porque de él podemos extraer alguna enseñanza del órgano judicial principal de las Naciones Unidas, en un supuesto en el que se intentaba equilibrar de un lado la inmunidad del Estado alemán y en el otro la vulneración de normas imperativas, categoría dentro de la que se encuentran los hechos acontecidos en la IIGM. En este caso eran personas de nacionalidad italiana deportadas entre 1943 y 1945 para trabajar de forma forzosa al servicio del Reich que no habían recibido ningún tipo de reparación por ello, a pesar de la Ley Federal relativa a la indemnización de víctimas de la persecución nacionalsocialista de 1953. Numerosos nacionales italianos no pudieron obtener esa indemnización debido, en su mayoría, a que carecían de residencia o domicilio permanente en Alemania, requisito para ello en virtud de la Ley[59]. Alemania demandó a Italia por entender vulnerada su inmunidad de jurisdicción debido a las decisiones de los jueces italianos adoptando medidas de ejecución forzosa contra Villa Vigoni, propiedad del Estado alemán en territorio italiano, en respuesta las demandas presentadas por sus nacionales víctimas de los hechos indicados[60].

La Corte Internacional de Justicia, entendió en este caso la prevalencia de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero incluso para reparar la vulneración de normas imperativas. La Corte fundamentó esta decisión en algo que comentamos antes, la imposibilidad de adoptar lícitamente una medida de embargo contra un bien cultural (Villa Vigoni es un centro cultural). A ello se añade la ausencia de consentimiento en ello por parte de Alemani, motivo por el cual prevalece la inmunidad de ejecución del Estado. Así las cosas, la inscripción de una hipoteca judicial sobre esta propiedad constituye una violación por Italia de su obligación de respetar la inmunidad debida a Alemania.

59 Como interviniente en el supuesto participó Grecia debido a que el 10 de junio de 1944, durante la ocupación alemana, sus fuerzas armadas perpetraron una masacre en Distomo, muriendo múltiples civiles, cuyos causahabientes acudieron en 1995 al Tribunal de Primera Instancia de Livadia una acción por daños y perjuicios contra Alemania para procurar una reparación por las pérdidas humanas y materiales sufridas.

60 Los hechos que figuran en este párrafo son una síntesis de la sentencia de la Corte, de 3 de febrero de 2012, en el asunto de las Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia); con Grecia como interviniente. La versión auténtica de la sentencia se encuentra en: http://www.icj-cij.org/fr/affaire/143/arrets&gws_rd=cr&dcr=0&ei=JD-MWuXsCcOyUZKnieAD

Es evidente que el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Alemania c. Italia favorecería la inmunidad de ejecución del Estado español, propietario de la obra cuya restitución se solicita, tanto en su vertiente de jurisdicción como de ejecución.

3.4. ¿Y el tercero de buena fe?

En este tipo de situaciones siempre centramos nuestra visión en las víctimas del Holocausto, sin embargo, como no en todos los casos el poseedor actual del bien coincide con el causante de aquel horror, no podemos dejar de referirnos al tercero de buena fe. No me refiero con este término a todos aquellos que puedan contar en la actualidad con un bien saqueado, sino a quienes, habiendo adquirido una obra de arte cuya historia desconocían, han de enfrentarse a una reclamación de restitución por el ilícito cometido por alguien ajeno a él[61]. Aquí tenemos que distinguir entre el adquirente que sabía que estaba comprando una obra perdida en el nazismo y el que ignora este dato[62]. Claro que probar la ignorancia en este tipo de supuestos es más que complicado y, por otra parte, el derecho a la presunción de inocencia provoca que sea el reclamante quien deba probar ese conocimiento o posibilidad de él, aunque en algunos textos convencionales (por ejemplo el Convenio de Unidroit de 1995), se establece la inversión de la carga de la prueba en este punto, debiendo probar el tercero de buena fe que realmente lo es[63].

Ciertamente, con el transcurso del tiempo podremos encontrar situaciones en las que el poseedor actual sea un adquirente de buena fe que haya de defender la correcta adquisición del bien y que, a pesar de ello, si desea retenerlo en su poder tendrá que indemnizar a la víctima de un ilícito que no cometió. Es el caso de la obra de Picasso, "Mujer de blanco" también conocida como "Mujer sentada" cuadro realizado

61 El artículo 1950 del código civil español define la buena fe del adquirente por usucapión del siguiente modo «La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio.»

62 Sobre la distinta casuistica que puede presenter el tercero de Buena fe, puede verse A.A. Montagu, "Recent Cases on the recovery of Stolen Art –The Tug of War Between Owners and Good Faith Purchasers Continues", en *Columbia Journal of Law and Arts*, vol. 18, 1993, pp. 75 y ss.

63 El Artículo 4 del Convenio referido establece el derecho del tercero poseedor de buena fe a ser indemnizado, aunque debe probar su debida diligencia en la adquisición, lo que plantea las dudas indicadas en el texto respecto del derecho a la presunción de inocencia. En todo caso, esa indemnización debe ser abonada por el cedente anterior, es decir, repercutiría en aquel, pero ¿esta repercusión será ad infinitum? Porque no en todos los ordenamientos podría plantearse. Recordemos que aquí nos movemos en las arenas movedizas de la heterogeneidad de los ordenamientos internos en presencia.

en 1922 por el artista malagueño y adquirida pocos años después por Carlota Landsberg que lo envió a un marchante en París en 1940, perdiéndose entonces su pista hasta que apareció en una exposición en Los Angeles en 2001. Cuando la familia Alsdorf, que había adquirido el cuadro en una galería de Nueva York en 1975, decidió vender el cuadro, saltaron las alarmas establecidas con el propósito de evitar el comercio ilícito de obras de arte, motivo por el que, contactaron con el nieto de la propietaria inicial, Thomas Benningson, quien demandó a los poseedores actuales para recuperar la obra. Finalmente, en 2005 las partes llegaron a un acuerdo, en virtud del cual, la ya viuda Alsdorf indemnizó al nieto de Carlota Landsberg con algo más de la mitad de la tasación actual del cuadro para evitar tener que entregarlo[64]. Solución que nos ubica ante un dilema difícil de explicar jurídicamente, teniendo en cuenta que es el tercero adquirente de buena fe quien indemniza en lugar de hacerlo el Estado responsable (o el sucesor en su personalidad jurídica).

Parece meridianamente claro que si el comprador no ilustra al vendedor acerca de la historia de la pintura en cuestión y este último no tiene sospechas al respecto puede adquirirla convencido de la inexistencia de que se trate de una obra de la que se privó ilícitamente a su propietario legítimo[65]. Hay casos en los que el comprador prefiere desconocer el motivo por el que se le ofrece una obra a un precio inferior al que razonablemente parece el de mercado o, teniendo sospechas, prefiere no realizar averiguaciones. Es el caso del cuadro de Klimt, titulado "L'accomplissement", que fue adquirido por el Museo de arte moderno y contemporáneo de Estrasburgo a un precio unas treinta veces inferior al de mercado, lo que sirvió a los tribunales franceses para decidir la devolución y al tribunal de apelación de Colmar a confirmar la sentencia del tribunal de primera instancia en la que se decidía la devolución[66]. Este elemento (el bajo precio), entre otros indicadores, convenció a un tribunal de Indiana de que el adquirente de unos mosaicos perdidos de una iglesia en el norte de Chipre en 1970 no era un

64 EL cuadro estaba tasado en 12 millones de dólares y el acuerdo elevaba hasta los 6'5 millones la cantidad que entregaría la propietaria al nieto de Carlota Landsberg. Vid. en Alsdorf v. Bennigson, Case No. 04 C 5953 (Picasso painting stolen by Nazis) Andrew M. Hale was retained as local counsel on behalf of the defendant Thomas Bennigson. Vid. En http://www.ahalelaw.com/our-cases/

65 Vid. M. I. Turner, "The innocent… vid. Referencia completa supra en nota nº 6. La idea del texto se encuentra en la página 1526.

66 Ver el dato en https://www.nouvelobs.com/societe/20001208.OBS0011/strasbourg-rend-un-klimt-a-une-famille-juive.html

comprador inocente (pues los consiguió a un precio caso diez veces inferior al que se ofrecía seis meses antes)[67].

En otros supuestos, puede ser suficiente con buscar la esvástica negra con la que los nazis, frecuentemente, marcaban las obras expoliadas[68], aunque en adelante nos podríamos encontrar con obras de arte que incorporasen aquel distintivo pero cuya reclamación hubiera sido ya satisfactoriamente resuelta. En todo caso, ante esta evidencia, quien pretende adquirir el bien no puede cerrar los ojos sino investigar su procedencia.

En todo caso, hay sistemas (como se indicó antes) en los que la adquisición ilícita de un bien no es un defecto sanable[69], lo que evitaría la consideración del tercero de buena fe, mientras otros, los de derecho romano, en los que se establecen plazos para la adquisición mediante usucapión. En el derecho español se contempla la usucapión ordinaria, uno de cuyos requisitos es la buena fe del poseedor del bien adquirente, añadida al justo título y a la posesión ininterrumpida del bien de tres años o de seis años «sin necesidad de ninguna otra condición» (artículo 1955 del Código civil), para bienes muebles, en el caso de la usucapión extraordinaria. Como indica C.M. Díez Soto, no hay duda de que, aún en el supuesto en el que el acuerdo con la República Federal de Alemania no resultara una compensación por extinción de la responsabilidad de este último, la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza adquirió el cuadro mediante usucapión ordinaria, al reunirse todos los requisitos establecidos al efecto, de conformidad con el derecho español. Con independencia de que esta institución pueda parecernos criticable o no, lo cierto es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado su compatibilidad con el artículo 1 del Protocolo primero del Convenio europeo, que versa sobre el derecho a la propiedad[70].

67 Ver Autocephalous Greek-Ortodox Church, 717 F. Supp. 1374 (S.D. Ind. 1989) August 3, 1989, en https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/717/1374/1584081/

68 A. Minkovich, A., "The Successful Use of Laches in World War II-Era Art Theft Disputes: It's Only a Matter of Time", en *Columbia Journal of Law and Arts*, 2004, vol. 27, p. 349 y ss. La idea del texto se encuentra en la página 353.

69 J.H. Merryman, en "The Good Faith Acquisition of Stolen Art", *Stanford Law School,* Working Paper nº 364, 2007, estudia de forma comparada la protección de la propiedad entre ambos sistemas jurídicos, concluyendo que "The contrasting treatment of good faith purchasers in the US and in the civil law world is an oddity, a rare example of opposing substantive private law rules in the two major traditions of Western Law…"

70 Ver en este sentido la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de agosto de 2007, en el asunto J.A. Pye (Oxford)

El mismo Profesor Merryman se plantea ¿cuál es el mejor sistema? ¿el de derecho civil, con origen en el derecho romano, o el de derecho común?, concluyendo al efecto que:

> «Still, even if there were general agreement among American academics and art world actors that protection of the good faith purchaser is the better rule, the prospective effort required to promote its adoption in the American states is daunting and the probability of success limited. And the result of all that effort would still be an all-or-nothing solution to the problem»[71]

Claro que el adquirente de buena fe puede no estar totalmente desprotegido puesto que pueden existir acciones que le permitan exigir a quien le vendió el bien, cuando menos, una compensación por el daño producido, lo que prevé el artículo 4 del Convenio Unidroit de 1995. Cabría considerar que, en el supuesto que nos ocupa, podría dar lugar al saneamiento por parte del vendedor al comprador por evicción o, incluso, por un vicio oculto. El primer caso procedería cuando el tercero de buena fe pierde el bien «por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada» (es la definición que incorpora el artículo 1475 del código civil español). En el segundo supuesto antes indicado cabría plantear si el origen de la obra adquirida es un vicio oculto de la misma, por cuanto el adquirente puede perderla y, en ese caso, el código civil español, establece (artículo 1487) que:

> «Si la cosa vendida se perdiere por efecto de los vicios ocultos, conociéndolos el vendedor, sufrirá éste la pérdida, y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, con los daños y perjuicios. Si no los conocía, debe sólo restituir el precio y abonar los gastos del contrato que hubiese pagado el comprador.»

Existen vías que implican un coste añadido al derivado del procedimiento en el que el adquirente de buena fe haya podido perder el bien. Por lo demás, pensemos en el caso Cassirer ¿sería posible el saneamiento por evicción, si se diera el supuesto en presencia, frente al galerista que lo vendió al Barón Thyssen? ¿o solo de la Fundación Colección Thyssen Bornemisza frente al Barón de quien lo adquirió? Convengamos en este punto que, con independencia de la existencia de estas vías, todas ellas pasan por convertir igualmente en víctima al

---

Ltd. y J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Reino Unido. Demanda número 44302/02, en https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":["001-82171"]}

71 Vid. El trabajo de J.H. Merryman, "The Good Faith… op. Cit, en nota supra nº 65, p. 25.

tercero adquirente de buena fe, respecto de una privación ilícita en la que no participó.

No podemos olvidar la flexibilidad característica del mercado del arte, cuando nos encontramos catálogos de subastas que ofertan obras sin indicar su procedencia o expresamente con la "procedencia desconocida", lo que hace que contemplemos a quienes participan en este sector con desconfianza. Así, por ejemplo, Andrea E. Hayworth afirma que Estados Unidos, desde la Segunda Guerra Mundial, ha sido el mayor mercado de arte ilegal[72], aunque evidentemente, no el único. El conocimiento de esta situación perjudica, evidentemente, la consideración del tercero de buena fe, que siempre será observado como sospechoso de un delito, por lo que se le exige probar su inocencia. En ocasiones, como en el caso clásico De Weerth v. Badingter, el tribunal requirió un deber de diligencia razonable en la localización del bien por parte del demandante y no del tercero de buena fe[73], para determinar su presencia se tiene en cuenta el hecho de que el cuadro reclamado se encontraba en el catálogo de la galería demandada desde hacía treinta años. En el caso del Museo Guggenheim, el Tribunal decidió que su acción había prescrito porque el interesado (el Museo del que había desaparecido una pintura de Chagal a finales de la década de los años sesenta) no había hecho nada ante semejante pérdida, pues ni tan siquiera había informado de ella a las autoridades o a otros museos[74]. Sin embargo, es evidente también que no podemos imponer el deber de diligencia debida a las víctimas del Holocausto, aunque hemos de contemplar el transcurso de setenta años desde aquel horror, por lo que deberíamos ser flexibles en su ponderación, pero teniendo en cuenta todos los intereses en presencia[75].

72 A. E. Hayworth, A.E., "Stolen Artwork: Deciding Ownership Is No Pretty Picture", *Duke Law Journal*, vol. 43, 1993, pp. 337 y ss.

73 Vid. La Sentencia DeWerth v. Badingter, del Segundo Circuito, 1987, 836 F.2d 103 y el comentario al respecto en R. Schwartz, "The Limits of the Law: A Call for a New Attitude Toward Artwork Stolen during World War II", en *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 1998, vol. 32-1, pp. 1 y ss.

74 Ver la Sentencia en el caso Guggenheim v. Lubell 569 N.E.2d 426 (N.Y. Ct. App. 1991). Puede verse un comentario en profundidad sobre esta decisión en: A. HAWKINS, R.A. ROTHMAN y D.B. GOLDSTEIN, "A Tale of Two Innocents: Creating an Equitable Balance between the Rights of Former Owners and Good Faith Purchasers on Stolen Art", en *Fordham Law Review*, 1995, vol. 64, pp. 45 y ss.

75 Como se ha podido observar, muchas de las demandas de restitución de obras de arte expoliadas en tiempos del nazismo se han resuelto ante los tribunales estadounidenses. Un repaso sobre la evolución en esta cuestión de la legislación estadounidense con referencias a lo ocurrido en otros Estados europeos puede verse en: K.A.

Resulta muy complicado intentar alcanzar una decisión justa cuando nos encontramos con dos partes que actuaron de buena fe y resulta imposible adoptar una decisión capaz de equilibrar los intereses en presencia, porque la correcta aplicación del derecho puede no proporcionárnosla, de ahí que haya llegado el momento de explorar otras posibles vías de solución que puedan tener en cuenta todos los elementos que rodean cada uno de los supuestos planteados.

4. Conclusiones

En relación con las excepciones a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero hay que tener en cuenta como punto de partida que los tribunales nacionales han de respetar esta excepción procesal en los justos términos definidos por el Derecho Internacional. En este sentido, es evidente que la excepción aplicada en el caso de Cassirer c. España no se encuentra en la Convención de 2004, motivo por el cual los tribunales estadounidenses se han extralimitado en el ejercicio de su jurisdicción sobre el caso en presencia. Es cierto que la Convención aún no ha entrado en vigor (cuenta a día de hoy con 21 Estados parte de los 30 exigidos para su entrada en vigor) y que Estados Unidos no se encuentra entre ellos, pero en la medida en que una parte muy relevante de sus disposiciones se ha consolidado como norma consuetudinaria cabría plantearse si Estados Unidos al actuar de este modo ha vulnerado una norma internacional, o podríamos encontrarnos ante actos modificativos de una costumbre internacional. En todo caso, la realidad actual nos ubica ante el primer supuesto recién planteado.

Es cierto que debemos plantearnos la excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado debido a vulneraciones graves del Derecho Internacional, inexistente en estos momentos en la Convención de 2004. Pero aunque se incorporase esta nueva excepción no afectaría al caso en presencia, por cuanto el autor de los hechos calificables como vulneración grave del Derecho Internacional no son atribuibles a España.

Al hilo de las páginas anteriores podemos cuestionar si en este tipo de casos el agotamiento de los recursos internos del Estado demandado puede ser una suerte de requisito para el inicio de la vía judicial en el otro Estado –en este supuesto en Estados Unidos-. La norma consuetudinaria que exige este requisito de admisibilidad se refiere a tribunales o instancias internacionales, y es evidente que los tribunales

---

Falconer, "When Honor Will Not Suffice: The Need for a Legally Binding International Agreement Regarding Ownership of Nazi-looted Art", *en University of Pennsylvania Journal of International Economic Law;*vol. 2000, vol. 21, pp. 381 y ss.

estadounidenses carecen de esta característica (también existente en relación al ejercicio de la protección diplomática). A pesar de lo anterior, siendo el propósito del requisito en cuestión dar la oportunidad al Estado demandado para que repare el daño causado parecería justificada su exigencia en asuntos de semejantes características. En este supuesto, es cierto por tanto que, jurídicamente no ha de ser un requisito para la admisión de una demanda de un particular frente a un Estado ante un tribunal nacional, pero, como indica Arp «la prudencia judicial exigiría comprobar si no se han obtenido indemnizaciones previas en otra jurisdicción»[76]. De haberse obtenido esta reparación acudiendo a la vía interna de recursos del Estado infractor, evidentemente, no cabría la doble exigencia que supondría la ignorancia de la primera reparación para obtener una segunda bajo la misma forma o diferente de la anterior. Esta inexistencia sí que se tuvo en cuenta en el caso Von Saher, cuando se contempló que los cuadros de Cranachs no habían sido objeto de ninguna «post-war internal restitution proceedings in the Netherlands»[77]. Esto evidencia la falta de uniformidad en el análisis de los elementos en presencia en casos que tienen un mismo origen, aunque sean conocidos por tribunales del mismo Estado. Es cierto que en el caso Cassirer se menciona la reparación obtenida por Lilly Cassirer de forma muy superficial en una de las sentencias, como se advirtió antes, pero sin profundizar suficientemente en la cuestión.

Una de las críticas que se hace a España es que ha participado en la Conferencia de Washington, de Vilna, de Terezin en la adopción de todas las declaraciones en las que se han adoptado decisiones respecto de la devolución de los bienes confiscados durante el nazismo. Sin embargo, es cierto que allí se asumieron compromisos de naturaleza política, que no jurídica, que no resultan jurídicamente exigibles, como ya nos indicó algún tribunal estadounidense en ocasiones anteriores. Estos textos muestran la voluntad estatal de resolver un problema histórico, prescindiendo de la inmunidad estatal, a la que no se refieren directamente, aunque sí en la medida en que se indica la conveniencia de que los Estados adopten normas de derecho interno que procuren

76 B. Arp, "Dos males un bien no hacen… op cit. Supra nota nº 12, p. 169.

77 Ver en E. Wolf, "The Ninth Circutit's Decision in Von Saher v. Norton Simon Museum of Art at Pasadena: The Invocation of the Art of State Doctrine and Its Implications for Future Nazi-Stolen Art Claims", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2016, vol. 34, pp. 525 y ss. El texto transcrito se encuentra en la página 543. Sobre el mismo caso puede verse también M. Gee Conway, "Dormant Foreign Affairs Preemption and Von Saher v. Norton Simon Museum: Complicating the Just and Fair Solution To Holocaust-Era Art Claims, en *Law and Inequality,* 2010, vol. 28, p. 373 y ss.

la restitución de los bienes que se encuentren en su territorio. En España no se han adoptado es cierto, pero también lo es que solo hemos tenido dos casos de bienes de estas características, por lo que nos encontramos muy alejados de otros Estados de nuestro entorno en este punto. A pesar de lo cual, deberíamos cumplir las obligaciones que nos autoimponemos, por mucho que cuenten con naturaleza política, por lo que sería positivo que se adoptaran los procedimientos de derecho interno aplicables si otro supuesto de estas características se plantearan.

Una enseñanza clara que evidencia este caso es que cuando uno acude a los tribunales a defender una posición, no puede pretender, como afirmó Ronald Lauder, Presidente del Congreso Mundial Judío que se responda atendiendo a criterios morales y no a los jurídicos. Los tribunales son órganos de naturaleza jurisdiccional que han de actuar aplicando normas jurídicas y no morales. En consecuencia, estoy firmemente convencida de que este no es un escenario en el que se puedan hacer valer esos criterios morales, máxime si quien pretende hacerlos valer es quien acude a un tribunal. Tampoco creo que sea admisible la criminalización de un Estado que ha sido demandado ante un tribunal de otro y pretende defender sus intereses en presencia. Cuestionar si "¿fue España una Arcadia para el expolio nazi?"[78], con el único fundamento del caso Cassirer, no es solo exagerado, por cuanto este cuadro llegó a España en las últimas décadas del siglo XX, después de haber pasado los años de la posguerra y hasta entonces en territorio Estadounidense. Quizá otros supuestos permitan esta afirmación, pero éste precisamente no parece un fundamento serio para una pregunta de estas características

En la actualidad vivimos en un mundo en el que es más importante la apariencia que la razón y, si bien el Barón Thyssen-Bornemisza nos proporcionó un museo maravilloso en el centro de Madrid, las historias recientemente aparecidas en la prensa, junto con otras ya previamente conocidas respecto de las relaciones pasadas de la familia con el Nazismo, consiguen opacar las circunstancias del caso concreto, en una interpretación muy fácil de realizar sin necesidad de profundizar en el contexto que rodea a la obra de Cassirer.

Como algunos autores han sostenido, la cuestión de la restitución de los bienes incautados por el nazismo afecta de modo muy sensible a las relaciones internacionales y en el que «raising crucial questions

78 Vid en: M.A. García Vega, "España ¿una arcadia para el expolio nazi?", vid. En El País http://elpais.com/elpais/2015/01/12/eps/1421064647_501434.html .

involving the separation of powers and judicial discretion»[79]. También afecta de modo sensible al mercado del arte, caracterizado por la flexibilidad y la falta de investigación (en muchas ocasiones de forma interesada) en aras a la obtención de un mayor rendimiento. El control de este mercado de forma real por los ordenamientos nacionales (más allá de códigos de conducta, con un cumplimiento difícilmente exigible) procuraría una mayor confiabilidad en un sector que tradicionalmente ha hecho gala de escasos escrúpulos en lo que a la limpieza de las transmisiones y el origen de las piezas que ofrece se refiere.

Vista la dispersión de soluciones aplicadas a los casos en función de los tribunales competentes y del derecho aplicable a cada uno de ellos, quizá haya llegado el momento de plantear un procedimiento para procurar que las soluciones a todos estos casos resulten lo más homogéneas posibles y no tengan exclusivamente en cuenta la reparación económica (si procediera) sino también la reparación moral[80]. Esta no es una idea novedosa, bien al contrario, ya la lanzó a finales del siglo veinte Owen C. Pell[81], proponiendo la creación de una comisión de mediación o arbitraje a estos efectos. Comisión que debería tener como instrumento constitutivo un tratado internacional con amplia participación y que aplicaría reglas uniformes para este tipo de casos, siempre atendiendo evidentemente a las circunstancias concretas que rodean cada uno de los supuestos en presencia. J. A. Kreder, por su parte, propone la creación de un tribunal internacional con este propósito[82]. Claro que la existencia de una institución independiente como propone la autora puede no provocar demasiadas adhesiones entre los Estados, siempre desconfiados de esa independencia. Sí que es cierto

79 El texto transcrito se encuentra en E. Wolf, "The Ninth Circutit's Decision.. op. cit supra nota nº 37, p. 553, aunque la reflexión subyacente puede leerse en: N. O'Donnell, "Restitution Claims for Cranach Paintings in the Norton Simon Museum Revived by Ninth Circuit, Case How Hinges on Act of State Doctrine", *Art Law Report*, 2014 o en B. Arp, op. cit., nota supra nº4.

80 Sobre este aspecto (daños morales en relación con el Holocausto) puede verse la Sentencia de 11 de noviembre de 1991, nº 214/1991, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional y el magnífico estudio que realiza G. Minero Alejandre, *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*, Aranzadi, Madrid, 2018.

81 O.C. Pell, "The Potential for a Mediation/Arbitration Commission to Resolve Disputes Relating to Artworks Stolen or Looted during World War II", en *DePaul Journal of Art, Technology &Intellectual Property Law,* vol. 10, 1999-1, p. 27 y ss.

82 J.A. Kreder, "Reconciling Individual and Group Justice with the Need for Repose in Nazi-Looted Art Disputes – Creation of an International Tribunal", *Brooklyn Law Review*, 2007, vol. 73, p. 155 y ss.

que el establecimiento de un órgano encargado de resolver estos conflictos sería muy útil porque serviría para que las soluciones aplicables en cada uno de los casos no se hicieran depender del tribunal competente ni del derecho aplicable, con grandes diferencias entre los sistemas jurídicos, sin que ello pueda entenderse en el sentido de que una perspectiva venza a la otra, sino como la búsqueda de un punto medio razonable a los efectos que se persiguen.

5. Bibliografía

AALDERS, G., "Pillage y (non) restitution des oeuvres d'art aux Pays-Bas (1940-2001), en *revue d'histoire de la Shoah*, 2007/1, nº 186, pp. 195 y ss.

ARP, B.,"Dos males, un bien no hacen: el asunto Cassirer ante los tribunales estadounidenses y la inmunidad de jurisdicción de España", en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII-2, de 2011, pp. 161 y ss.

BROWN, D., "Litigating the Holocaust: A Consistent Theory in Tort for the Private Enforcement of Human Rights Violations", en *Pepperdine Law Review*, vol. 27, 2000, pp. 553 y ss., en p. 560.

CHOI, S. "The Legal Landscape of the International Art Market After Republic of Austria v. Altmann", *en Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 26-1, 2005, pp. 167 y ss.

CHORAZAK, M.J., "Clarity and Confusion: Did *Republic of Austria v. Altmann* Revive State Department Suggestions of Foreign Sovereign Immunity?", en Duke Law Journal, 2005, vol. 55, pp. 373 y ss.

CONWAY, M.G. "Dormant Foreign Affairs Preemption and Von Saher v. Norton Simon Museum: Complicating the Just and Fair Solution To Holocaust-Era Art Claims, en *Law and Inequality,* 2010, vol. 28, p. 373 y ss.

DÍEZ SOTO, C.M., "Cassirer v. Fundación Thyssen: adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el Holocausto", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2016, Vol. 8, Nº 2, pp. 377 y ss.

DONOGHUE, J.E., "Taking the "Sovereign" Out of the Foreign Sovereign Immunities Act: A Functional Approach to the Commercial Activity", en *Yale Journal of International Law*, 1992, vol. 17-2, pp. 490 y ss.

FALCONER, K.A., "When Honor Will Not Suffice: The Need for a Legally Binding International Agreement Regarding Ownership of Nazi-looted Art", *en University of Pennsylvania Journal of International Economic Law;*vol. 2000, vol. 21, pp. 381 y ss.

FELDMAN, R. "Remarks in Honor of the Legal and Public Policy Legacies of John Henry Merryman: Cultural Property and Human Cells", en en *International Journal of Cultural Property*, 2014, vol. 21, pp. 243 y ss,

GETZ, D., "Canadian Immunity from Seizure Legislation History", en *International Journal of Cultural Property*, 2011, vol. 18, pp. 201 y ss.

GOODMAN, M., "The Destruction of International Notions of Power and Sovereignty: The Supreme Court's Misguided Application of Retroactivity Doctrine to the Foreign Soveregn Immunities Act in Republic of Austria v. Altmann", en *The Georgetown Law Journal,* 2005, vol. 93, pp. 1116 y ss.

HAWKINS, A., ROTHMAN, R.A., GOLDSTEIN, D.B., "A Tale of Two Innocents: Creating an Equitable Balance between the Rights of Former Owners and Good Faith Purchasers on Stolen Art", en *Fordham Law Review*, 1995, vol. 64, pp. 45 y ss.

HAYWORTH, A.E., "Stolen Artwork: Deciding Ownership Is No Pretty Picture", *Duke Law Journal*, vol. 43, 1993, pp. 337 y ss.

KREDER, J.A. "Reconciling Individual and Group Justice with the Need for Repose in Nazi-Looted Art Disputes – Creation of an International Tribunal", *Brooklyn Law Review*, 2007, vol. 73, p. 155 y ss.

KURTZ, M.J., "The Allied Struggle over Cultural Restitution, 1942-1947", en *International Journal of Cultural Property*, 2010, vol. 17, pp. 177 y ss.

MAPLES, E.A., "Holocaust Art: It Isn't Always Finders Keepers, Losers Weepers: A Look at Art Stolen during the Third Reich", en *Tulsa Journal of Comparative and International Law,* vol. 9-1, 2001, pp. 355 y ss.

MERRYMAN, J.H., "The Good Faith Acquisition of Stolen Art", Stanford Law School, Working Paper nº 364, 2007.

MINERO ALEJANDRE, G., *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*, Aranzadi, Madrid, 2018.

MINKOVICH, A., "The Successful Use of Laches in World War II-Era Art Theft Disputes: It's Only a Matter of Time", en *Columbia Journal of Law and Arts*, 2004, vol. 27, p. 349 y ss.

MONTAGU, A.A., "Recent Cases on the recovery of Stolen Art –The Tug of War Between Owners and Good Faith Purchasers Continues", en *Columbia Journal of Law and Arts*, vol. 18, 1993, pp. 75 y ss.

PELL, O.C. "The Potential for a Mediation/Arbitration Commission to Resolve Disputes Relating to Artworks Stolen or Looted during

World War II", en *DePaul Journal of Art, Technology &Intellectual Property Law,* vol. 10, 1999-1, p. 27 y ss.

PYKE MALSON, L., NESBITT, K., PORTNOY, A. y KURTZ, B. "The Foreign Sovereign Immunities Act: 2009 Year in Review", en *Law and Business Review of the Americas* Volume 17, 2011, pp.39 y ss.

REMIRO BROTÓNS, A. y otros, *Derecho Internacional. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

RODRÍGUEZ, C., *Los Thyssen, por amor al arte*, Ediciones Grupo Zeta, 1997.

ROMEIKE, S., "La justicia transicional en Alemania después de 1945 y después de 1989", en International Nuremberg Principles Academy, caso de estudio 1, Nuremberg, 2016, p. 31 y ss.

SANDHOLTZ, W., "Plunder, Restitution, and International Law", en *International Journal of Cultural Property*, 2010, vol. 17, pp. 146 y ss.

SCHWARTZ, R. "The Limits of the Law: A Call for a New Attitude Toward Artwork Stolen during World War II", en *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 1998, vol. 32-1, pp. 1 y ss.

SHER, N. M., BERENBAUM, M., SMITH, A. L. y NEUBORNE, B., "The Search For Nazi Assets: A Historical Perspective", *Whittier Law Review,* vol. 20 (1998), p. 7 y ss.

SKLAR, H., "Choice of Law under the Foreign Sovereign Immunities Act: Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation and the unresolved disagreement among the circuits", en *Georgetown Journal of International Law*, vol. 47, 2016, pp. 1197 y ss.

TURNER, M.I., "The Innocent Buyer of Art Looted during World War II", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, nº 32, 1999, p. 1511 y ss.

WALTON, K.D., "Leave No Stone Unturned: The Search for Art Stolen by the Nazis and the Legal Rules Governing Restitution of Stolen Art", *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal,* 1999, vol. 9-2, pp. 549 y ss

WOLF, E., "The Ninth Circutit's Decision in Von Saher v. Norton Simon Museum of Art at Pasadena: The Invocation of the Art of State Doctrine and Its Implications for Future Nazi-Stolen Art Claims", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2016, vol. 34, pp. 525 y ss.

9.

El caso o *los casos* Gurlitt

Celia M. Caamiña Domínguez

1. Introducción

Para el caso que será objeto de análisis en este trabajo, hemos de comenzar haciendo alusión a un varón casi octogenario, que tomó un tren en Zúrich (Suiza) con destino a Múnich (Alemania), en septiembre de 2010[1]. Dicho hombre llevaba en el bolsillo 18 billetes de 500 euros (es, decir, 9.000 euros en total)[2]. Ello fue descubierto por la policía en un control de dinero en efectivo[3].

Las autoridades llevaron a cabo una investigación durante dos años y, en el marco de la misma, se registró el piso del que dicho varón era propietario en la ciudad de Múnich[4]. Los funcionarios de aduanas alemanes encontraron en dicho piso -de 100 metros cuadrados- una colección de obras de arte que superaba los 1.200 ejemplares[5]. El propietario del piso

1 "Press Release by the Chief Public Prosecutor in Augsburg for the Press Conference "Confiscated Collection of Paintings" (English translation), 5 de noviembre de 2013, disponible en *http://www.commartrecovery.org/docs/PressReleaseProsecutor.pdf* (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017); "Caso Gurlitt: un enigma alemán", *El País*, 9 de noviembre de 2013, disponible en *https://elpais.com/cultura/2013/11/09/actualidad/1384021612_540670.html* (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017); Chechi, A. "The Gurlitt Hoard: an Appraisal of the Role of International Law with respect to Nazi-Looted Art", *The Italian Yearbook of International Law*, 2013, núm. 23, pp. 199-217.

2 "El Museo de Arte de Berna acepta la parte legítima de la colección Gurlit", *El País*, 24 de abril de 2014, disponible en *https://elpais.com/cultura/2014/11/24/actualidad/1416832488_574132.html* (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017); "Un anciano escondía en Múnich 1.500 obras de grandes maestros", *El País*, 3 de noviembre de 2013, disponible en *https://elpais.com/cultura/2013/11/03/actualidad/1383505840_170909.html* (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017).

3 "Recuperan 1.500 obras de arte robadas por los nazis amontonadas en una casa de Múnich", *ABC*, 3 de noviembre de 2013, disponible en *http://www.abc.es/cultura/arte/20131103/abci-recuperan-obras-arte-robadas-201311031421.html* (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017).

4 "El Museo de Arte de Berna acepta la parte legítima de la colección Gurlit", *El País*, 24 de abril de 2014; "Caso Gurlitt: un enigma alemán", *El País*, 9 de noviembre de 2013.

5 "Víctimas del expolio artístico nazi recuperan sus tesoros", *El País*, 15

era Cornelius Gurlitt y las obras procedían de los años 30 y 40, habiendo sido adquiridas, al parecer, por su padre, Hildebrand Gurlitt [6].

En noviembre de 2013, un medio de comunicación alemán (la revista *Focu*s) hizo público el caso[7]. Dado el tiempo transcurrido desde el registro del piso de Múnich, el Gobierno alemán recibió críticas por haber mantenido el caso en secreto[8].

Para exponer los hechos de este caso, vamos a diferenciar tres etapas: a) El padre de Gurlitt, b) Cornelius Gurlitt, coleccionista, y c) La herencia de Cornelius Gurlitt.

2. Hechos

2.1 El padre de Gurlitt

Se dice que Hildebrand Gurlitt era un marchante de arte al que el régimen nazi permitió comerciar con obras de "arte degenerado"[9]. Se sabe que era historiador de arte y que había sido director de museo[10].

Es probable que el propio Hildebrand Gurlitt tuviera previamente problemas con el régimen nazi, siendo considerado demasiado "amigo de los judíos"[11]. A ello se añade que tenía una abuela judía, circunstancia que, al parecer, motivó que le privaran de su puesto en los museos de Zwickau y Hamburgo[12].

---

de mayo de 2015, disponible en *https://elpais.com/cultura/2015/05/14/actualidad/1431630958_391039.html* (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017); "El coleccionista alemán Gurlitt tenía 60 cuadros más en Salzburgo", *El País*, 13 de febrero de 2014, disponible en *https://elpais.com/cultura/2014/02/11/actualidad/1392130106_457286.html* (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017).

6 "Víctimas del expolio artístico nazi recuperan sus tesoros", *El País*, 15 de mayo de 2015.

7 "Solo cinco obras del legado Gurlitt se identifican como fruto del expolio nazi", *El País*, 14 de enero de 2016, disponible en *https://elpais.com/cultura/2016/01/14/actualidad/1452786549_972065.html* (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017).

8 "La colección Gurlitt volverá a sus dueños legítimos", *El País*, 9 de abril de 2014, disponible en *https://elpais.com/cultura/2014/04/08/actualidad/1396986173_456984.html* (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017).

9 "Víctimas del expolio artístico nazi recuperan sus tesoros", *El País*, 15 de mayo de 2015.

10 "Cornelius Gurlitt legó sus cuadros al Museo de Arte de Berna", *El País*, 7 de mayo de 2014, disponible en *https://elpais.com/cultura/2014/05/06/actualidad/1399385401_329822.html* (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017).

11 "Cornelius Gurlitt legó sus cuadros al Museo de Arte de Berna", *El País*, 7 de mayo de 2014.

12 "¿Dónde están Cornelius Gurlitt y sus cuadros? Un misterio", *El País*, 5 de noviembre de 2013, disponible en *https://elpais.com/cultura/2013/11/05/actualidad/1383653216_499267.html* (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017).

Con el paso del tiempo, se dice que Hitler le permitió proceder a la venta de obras de "arte degenerado", permiso que le habría sido concedido para que, con lo obtenido por estas operaciones, se financiasen las actividades del régimen nazi[13].

Hitler consideraba que el arte moderno era "arte degenerado", al no seguir los cánones tradicionales y al no respetar las reglas del realismo[14]. Así, el cubismo, el surrealismo y el dadaísmo, eran para él "productos de mentes degeneradas"[15].

Así, si bien Hildebrand Gurlitt no fue miembro del partido nazi ni del régimen nazi, se dice que puede que se le permitiera conservar obras de origen ilícito: obras procedentes de robos, obras confiscadas o bien obras a cuya venta ("mala venta") se vieron forzados los propietarios[16]. Se cree que se le permitía percibir una comisión mínima de un 5% por cada operación[17].

En 1945, Hildebrand Gurlitt fue detenido por las tropas aliadas en el castillo de Aschbach, a donde había huido desde Dresde, siéndole requisadas 163 obras por los conocidos como *Monuments Men*[18].

Ya en 1948 suscitó dudas la procedencia de las obras de la colección, si bien las autoridades no pudieron considerar acreditada la procedencia ilícita, en virtud de la documentación presentada por el propio Hildebrand Gurlitt[19]. Por ello, recuperó las obras requisadas en 1950, presentándose a sí mismo como una de las víctimas que fueron forzadas a trabajar para el régimen nazi tras perder su negocio como consecuencia de los bombardeos[20].

13 "Un anciano escondía en Múnich 1.500 obras de grandes maestros", *El País*, 3 de noviembre de 2013.

14 Feliciano, H., *El museo desaparecido. La conspiración nazi para robar las obras maestras del arte mundial,* Barcelona, Destino, 2004, p. 38; Chechi, A. "The Gurlitt Hoard: an Appraisal of the Role of International Law with respect to Nazi-Looted Art", *The Italian Yearbook of International Law*, 2013, núm. 23, pp. 202-204.

15 Feliciano, H., *El museo desaparecido. La conspiració*n nazi para robar las obras maestras del arte mundial, Barcelona, Destino, 2004, p. 38.

16 "¿Dónde están Cornelius Gurlitt y sus cuadros? Un misterio", *El País*, 5 de noviembre de 2013.

17 "Caso Gurlitt: un enigma alemán", *El País*, 9 de noviembre de 2013.

18 "Gurlitt empieza a entregar las obras", *El País*, 27 de marzo de 2014, disponible en *https://elpais.com/cultura/2014/03/27/actualidad/1395916338_845379.html* (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017); véase, entre otros, Edsel, R. M. / Witter, B., *The monuments men. La fascinante aventura de los "guerreros del arte" que impidieron el expolio cultural nazi*, Barcelona, Destino, 2012; Cuadrado Gutiérrez, L. J., "Los Monuments men. Tras el saqueo de los nazis", *Revista Atticus*, 2015, núm. 5 (enero), pp. 185-196.

19 "Gurlitt empieza a entregar las obras", El País, 27 de marzo de 2014.

20 "Gurlitt empieza a entregar las obras", *El País*, 27 de marzo de 2014.

En 1956 tuvo lugar el fallecimiento de Hildebrand Gurlitt y su esposa declaró, ante las autoridades alemanas, que se habían perdido tanto las obras como los archivos de la colección, cuando Dresde fue bombardeada[21].

2.2 Cornelius Gurlitt, coleccionista

Nacido en Hamburgo en 1933, Cornelius Gurlitt disponía de pasaporte austriaco[22]. Tenía 12 años cuando finalizó la Segunda Guerra Mundial, así que mantuvo en secreto la existencia de la colección de su padre durante un período de tiempo superior a 50 años[23].

Se dice que Cornelius Gurlitt había vivido de la liquidez obtenida con la venta esporádica de las obras de la colección, dado que se desconocía que en algún momento hubiera trabajado[24]. Así, se afirma que llevaba una vida modesta, sacando a la venta alguna de las obras cuando necesitaba liquidez para el mantenimiento de sus inmuebles o para hacer frente a gastos médicos[25]. Por ejemplo, en 2011 contactó con una galería de colonia para tratar de encargarles la venta de "El domador de leones", de Beckman[26].

Tras hacerse pública la existencia de la colección en el año 2013, Cornelius Gurlitt hizo unas declaraciones a un medio de comunicación alemán (*Der Spiegel*)[27]. Entonces afirmó que su padre había sido un héroe que se había encargado de salvaguardar su colección de los nazis, los bombardeos, los rusos y los americanos[28]. También incluyó en sus declaraciones unos comentarios relativos a que no entendía por qué estaba siendo fotografiado por los medios de comunicación, cuando él únicamente había querido vivir con sus cuadros[29]. A ello añadió que

21 "Caso Gurlitt: un enigma alemán", *El País*, 9 de noviembre de 2013.

22 "¿Dónde están Cornelius Gurlitt y sus cuadros? Un misterio", *El País*, 5 de noviembre de 2013.

23 "La colección Gurlitt volverá a sus dueños legítimos", *El País*, 9 de abril de 2014.

24 "Caso Gurlitt: un enigma alemán", *El País*, 9 de noviembre de 2013.

25 "Cornelius Gurlitt legó sus cuadros al Museo de Arte de Berna", *El País*, 7 de mayo de 2014.

26 "Caso Gurlitt: un enigma alemán", *El País*, 9 de noviembre de 2013; "Recuperan 1.500 obras de arte robadas por los nazis amontonadas en una casa de Múnich", *ABC*, 3 de noviembre de 2013.

27 "Cornelius Gurlitt legó sus cuadros al Museo de Arte de Berna", *El País*, 7 de mayo de 2014.

28 "Víctimas del expolio artístico nazi recuperan sus tesoros", *El País*, 15 de mayo de 2015.

29 "Cornelius Gurlitt legó sus cuadros al Museo de Arte de Berna", *El País*, 7 de mayo de 2014.

podían haber esperado a que hubiera fallecido para "confiscar" su colección[30].

En enero de 2014, Cornelius Gurlitt manifestó que deseaba llegar a un acuerdo amistoso para resolver las solicitudes de restitución de obras de arte de la colección[31]. En su opinión, no serían más de 35 las obras de origen ilícito, de una colección de 1280[32].

Poco tiempo después, en febrero de 2014, el propio Cornelius Gurlitt comunicó a las autoridades que existían casi 240 obras más en una vivienda de Salzburgo[33].

Fruto de la intención de Cornelius Gurlitt de restituir las obras de origen ilícito a sus legítimos propietarios, en abril de 2014 se firmó un *Acuerdo* del que fueron parte el propio Cornelius Gurlitt, el Gobierno Federal alemán y el Gobierno de Baviera[34]. En dicho *Acuerdo* se pactó que sería designada una Comisión de expertos que llevaría a cabo una investigación sobre el origen de las obras de la colección[35]. La Comisión se constituyó en abril de 2014, estando compuesta por expertos de siete nacionalidades y siendo financiadas las actividades de la misma por el Gobierno Federal alemán y el Gobierno de Baviera[36].

2.3 La herencia de Cornelius Gurlitt

Cornelius Gurlitt falleció en mayo de 2014, con 81 años[37]. Fue entonces cuando se tuvo conocimiento de que, poco antes de su fallecimiento, había otorgado testamento[38]. Se dijo incluso que el otorgamiento había tenido lugar mientras se encontraba ingresado en el

30 *Idem.*

31 "Gurlitt empieza a entregar las obras", *El País*, 27 de marzo de 2014.

32 *Idem.*

33 "El Museo de Arte de Berna acepta la parte legítima de la colección Gurlit", *El País*, 24 de abril de 2014.

34 "Víctimas del expolio artístico nazi recuperan sus tesoros", *El País*, 15 de mayo de 2015; "La colección Gurlitt volverá a sus dueños legítimos", *El País*, 9 de abril de 2014.

35 "La colección Gurlitt volverá a sus dueños legítimos", *El País*, 9 de abril de 2014.

36 "Solo cinco obras del legado Gurlitt se identifican como fruto del expolio nazi", *El País*, 14 de enero de 2016; "La colección Gurlitt volverá a sus dueños legítimos", *El País*, 09 de abril de 2014.

37 "Víctimas del expolio artístico nazi recuperan sus tesoros", *El País*, 15 de mayo de 2015; "El Museo de Arte de Berna acepta la parte legítima de la colección Gurlit", *El País*, 24 de abril de 2014.

38 "Cornelius Gurlitt legó sus cuadros al Museo de Arte de Berna", *El País*, 7 de mayo de 2014.

hospital, cuando iba a ser sometido a una operación de corazón[39]. En el testamento había designado como heredero de la colección al Museo de Arte de Berna[40].

En noviembre de 2014, se publicó que el Museo de Arte de Berna tenía un presupuesto de unos 8 millones de euros y que hasta entonces venía recibiendo entre 100.000 y 200.000 visitantes[41]. Las autoridades alemanas afirmaron que se trataba de un buen lugar como destino de la colección, dada la cantidad de artistas que habían escogido Suiza como refugio durante el régimen nazi[42].

El fallecimiento de Cornelius Gurlitt no provocó consecuencias inmediatas sobre la investigación, dado que el *Acuerdo* suscrito por él con el Gobierno Federal alemán y el Gobierno de Baviera, disponía que las obras de arte permanecerían en Alemania mientras durase la investigación[43].

En noviembre de 2014, el Gobierno Federal alemán, el Gobierno de Baviera y el Museo de Arte de Berna, firmaron un nuevo *Acuerdo*, que será analizado más adelante[44]. En virtud del mismo, se disponía que se trasladarían a Suiza las obras de arte cuya procedencia no fuera cuestionada y que continuaría la investigación con respecto al resto de obras que, mientras tanto, permanecerían en territorio alemán[45].

Los tribunales alemanes tuvieron que pronunciarse sobre la validez del testamento de Cornelius Gurlitt, puesto que una prima del mismo, de 86 años, lo impugnó alegando que, en la recta final su vida, parecía

39 *Idem.*

40 "Solo cinco obras del legado Gurlitt se identifican como fruto del expolio nazi", *El País*, 14 de enero de 2016; "Un dibujo de Menzel expoliado por los nazis regresa a sus dueños", *El País*, 20 de febrero de 2017, disponible en *https://elpais.com/cultura/2017/02/20/actualidad/1487617556_941909.html* (fecha de consulta: 14 de diciembre de 2017).

41 Véase *https://www.kunstmuseumbern.ch/en/startseite-englisch-121.html* (fecha de consulta: 14 de diciembre de 2017).

42 "El Museo de Arte de Berna acepta la parte legítima de la colección Gurlit", *El País*, 24 de abril de 2014.

43 "Cornelius Gurlitt legó sus cuadros al Museo de Arte de Berna", *El País*, 7 de mayo de 2014.

44 "Un dibujo de Menzel expoliado por los nazis regresa a sus dueños", *El País*, 20 de febrero de 2017.

45 "Un 'pissarro' de Gurlitt, expoliado por los nazis, será devuelto a sus dueños", *El País*, 1 de abril de 2015, disponible en *https://elpais.com/cultura/2015/04/01/actualidad/1427899801_981391.html* (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017); "El Museo de Arte de Berna acepta la parte legítima de la colección Gurlit", *El País*, 24 de abril de 2014.

haber tenido "ideas paranoicas"[46]. En diciembre de 2016, los tribunales alemanes determinaron que el testamento era válido, no existiendo por lo tanto ya obstáculos para la plena ejecución del *Acuerdo,* suscrito en noviembre de 2014[47].

3. El contenido del acuerdo

3.1 Introducción

En el *Acuerdo* suscrito en noviembre de 2014 por la República Federal de Alemania, el Estado de Baviera y el Museo de Arte de Berna, se comienza haciendo alusión a la "responsabilidad histórica" a la hora de aceptar la herencia de Cornelius Gurlitt[48].

En el *Acuerdo*, se dispone la continuación de los trabajos de la Comisión, sin coste para el Museo de Arte de Berna, siendo objeto de tales trabajos las obras halladas en Múnich y pudiendo ser también incluidas las de Salzburgo[49]. Ahora bien, con respecto a estas últimas, se aclara que el Museo determinará qué obras localizadas en Salzburgo han de ser objeto de estudio por la Comisión, tomando su decisión en un plazo de tres meses desde la aceptación de la herencia[50]. Las obras seleccionadas se incluirán en el ámbito de aplicación del acuerdo, pasando a estar, en tal caso, en posesión del Gobierno Federal alemán[51].

Se indica que cada obra, mientras sea objeto de investigación, será custodiada en instalaciones del Gobierno Federal alemán, pudiendo acceder el Museo de Arte Berna para llevar a cabo su investigación[52].

En el ámbito de la investigación que ha de llevar a cabo la Comisión de expertos, se observa que ha de jugar un papel muy relevante la difusión de las obras de arte de la colección. Dado que se trata de una colección mantenida en secreto durante más de cincuenta años, ha de tenerse presente que puede darse el caso de que algunos propietarios

46 "El Museo de Arte de Berna acepta la parte legítima de la colección Gurlit", *El País*, 24 de abril de 2014.

47 "Un dibujo de Menzel expoliado por los nazis regresa a sus dueños", *El País*, 20 de febrero de 2017.

48 *Translation of Agreement between the Federal Republic of Germany, the Free State of Bavaria and the Art Museum of Bern Foundation*, realizada por Commisssion for Art Recovery, "Preamble", p. 3: "As the heir of Cornelius Gurlitt, KMB accepts the huge historical responsibility which is connected to the estate", disponible en *http://www.commartrecovery.org/docs/TranslationTripartiteAgreement%20.pdf* (fecha de consulta: 13 de diciembre de 2017).

49 *Ibidem*, § 3, p. 5.

50 *Idem*.

51 *Idem*.

52 *Ibidem*, § 5, p. 6.

legítimos creyeran durante años que sus obras habían sido destruidas. Al respecto, en el *Acuerdo* se hace referencia a la *Lost Art Database*[53]. Esta base de datos de la Fundación *Deutsches Zentrum Kulturgutverluste*, recopila bienes culturales de los que sus propietarios legítimos (en especial, propietarios judíos) se vieron privados durante el régimen nazi y la Segunda Guerra Mundial[54]. Al respecto, ya en los *Principios de Washington de 1998* se hace alusión a los esfuerzos que han de ser realizados para difundir la existencia de obras de arte confiscadas y no restituidas, para poder así localizar a sus legítimos propietarios[55]. En este sentido, en la *Declaración conjunta* adoptada en 1999, se hace alusión a la puesta a disposición al público, a través de internet, de información relativa a obras de arte confiscadas[56].

53 Véase *http://www.lostart.de/Webs/EN/Datenbank/Index.html* (fecha de consulta: 14 de diciembre de 2017).

54 *Idem*.

55 *Principles of the Washington Conference with Respect to Nazi-Confiscated Art Published in Connection with the Washington Conference on Holocaust-Era Assets, Washington D.C.,* 3 de diciembre de 1998: "V. Every effort should be made to publicize art that is found to have been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted in order to locate its pre-War owners or their heirs"; disponible en *http://www.lostart.de/Webs/EN/Datenbank/Grundlagen/WashingtonerPrinzipien.html* (fecha de consulta: 13 de diciembre de 2017); véase Chechi, A. "The Gurlitt Hoard: an Appraisal of the Role of International Law with respect to Nazi-Looted Art", *The Italian Yearbook of International Law*, 2013, núm. 23, pp. 207-215.

56 *Erklärung der Bundesregierung, der Länder und der kommunalen Spitzenverbände zur Auffindung und zur Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturgutes, insbesondere aus jüdischem Besitz (Statement of the German Federal Government, the Länder and the National Associations of Local Authorities regarding on the tracing and return of Nazi-Confiscated Art, especially with regard to Jewish property):* "III. Furthermore, the Federal Government, the Laender and the national associations of local authorities consider in accordance with the principles of the Washington Conference to provide a website on the Internet with information on the following: 1. What the institutions involved can do for publicising art of unclear origin to the extent that is presumed to have been confiscated by the Nazis. 2. A search list in which every claimant may enter the items he is looking for and thus report for investigation by the relevant institutions and the interested public. 3. Information on the transfer abroad of Nazi-confiscated art during or immediately after the war. 4. Establishing a virtual information platform where the interested public institutions and third parties may enter their findings relating to the tracing of Nazi-confiscated art in order to avoid duplicate work on the same subjects (e. g. at which auction was Jewish cultural property of which collection sold?) and make such information available by way of fulltext retrieval", disponible en *http://www.lostart.de/Webs/EN/Datenbank/Grundlagen/GemeinsameErklaerung.html* (fecha de consulta: 14 de diciembre de 2017).

3.2 Clasificación de las obras de arte

A la vista del acuerdo, cabe clasificar las obras de arte de la colección en tres categorías:

A) Obras de arte no confiscadas
B) Obras de arte confiscadas. Dentro de esta categoría, cabe distinguir entre:
    a) Obras que han sido objeto de reclamación por quienes alegan ser los propietarios legítimos
    b) Obras que no han sido objeto de reclamación
C) Obras de arte sin origen claro

A.) Obras de arte no confiscadas

Si la Comisión considera que una obra de arte no pertenece a la categoría de obras confiscadas por los nazis, o considera que resulta muy improbable tal confiscación, la obra será entregada al Museo de Arte de Berna[57]. A partir de entonces, el Museo de Arte de Berna se convertirá en el único responsable de la obra[58]. Ello se traduce además, en que el Museo de Arte de Berna será quien tendrá que hacer frente, en su caso, a futuras reclamaciones de restitución de tales obras[59]. Al respecto, se precisa que, si la obra estaba hasta entonces incluida en la *Lost Art Database*, tendrá que procederse a su supresión[60].

Ha de tenerse presente que, para las obras cuya entrega proceda realizar al Museo de Arte de Berna, el Gobierno Federal alemán y el Gobierno del Estado de Baviera han de obtener las autorizaciones necesarias, conforme a la Ley alemana y/o al Derecho de la Unión Europea, para así llevar a cabo la exportación desde Alemania a Suiza, salvo que existan normas imperativas que lo impidan[61].

Se deja constancia en el *Acuerdo* de que, dado el interés del Gobierno Federal alemán y del Gobierno del Estado de Baviera de exhibir

57 *Translation of Agreement between the Federal Republic of Germany, the Free State of Bavaria and the Art Museum of Bern Foundation*, realizada por Commisssion for Art Recovery, §6, p. 7: "(3) If the Task Force comes to the conclusion, that a work is evidentially or very likely not a Nazi-confiscated art, due to the presence or absence of relevant documentary evidence, then the work is handed over to the KMB at the Depository. From there on, KMB is solely responsible for the work; the costs for defending against any restitution claims that may be asserted will be borne by the KMB. If the work is listed in the Lost Art Database it will be deleted".

58 Idem.

59 Idem.

60 Idem.

61 Idem, §6 (7), p. 8.

obras del denominado "arte degenerado" en Alemania, el Museo de Arte de Berna ha de favorecer dicha exhibición mediante condiciones especiales de préstamo[62]. Así, tras la entrega de las obras al Museo de Arte de Berna, una vez aceptada la herencia, dicho Museo ha de publicar el inventario de las mismas y ha de atender, si no necesita las obras, las solicitudes de préstamo de los museos alemanes, austriacos y polacos, que eran propietarios de tales obras con anterioridad a las acciones llevadas a cabo por el régimen nazi para deshacerse de las mismas[63]. Además, ha de darse prioridad a tales museos alemanes en caso de que las obras vayan a abandonar la colección del Museo de Arte de Berna[64].

B) Obras de arte confiscadas

a) Obras que han sido objeto de reclamación por quienes alegan ser los propietarios legítimos

Si se confirma o se considera altamente probable que una obra de arte sí pertenece a la categoría de obras confiscadas por los nazis y tal obra ha sido objeto de la procedente reclamación, la obra permanecerá bajo custodia del Gobierno Federal alemán y será restituida, en caso de que así proceda, conforme al procedimiento de restitución al que hace alusión el *Acuerdo*[65].

El procedimiento de restitución resulta aplicable a aquellos casos en que la obra de arte no haya sido entregada al Museo de Arte de Berna. Como ya hemos indicado, el Museo de Arte de Berna se convierte en el único responsable de aquellas obras de arte por él aceptadas[66].

Corresponde al Gobierno Federal alemán decidir si procede o no la restitución, para lo cual ha de actuar conforme a la *Declaración con-*

62 *Translation of Agreement between the Federal Republic of Germany, the Free State of Bavaria and the Art Museum of Bern Foundation*, realizada por Commisssion for Art Recovery, §8, p. 10.

63 *Ibidem*, pp. 10-11.

64 *Ibidem*, p. 11.

65 *Translation of Agreement between the Federal Republic of Germany, the Free State of Bavaria and the Art Museum of Bern Foundation*, realizada por Commisssion for Art Recovery, §6, p. 7: "(4) If the Task Force comes to the conclusion, on the basis of documentary evidence, that a work is evidentially or very likely Naziconfiscated art and a substantiated claim has been asserted in this respect , then the work remains at the Depository and will be restituted from there, after examination of all details by the Federal government in accordance with § 7 of this agreement. The work will be reported to the Lost Art Database, if this has not been done already. The KMB relinquishes all claims on this work and transfers any rights it may have in this respect to the Federal government".

66 *Ibidem*, §6 (3), p. 7.

junta de 1999[67]. Si el Gobierno Federal alemán determina que procede la restitución de la obra a quien la ha reclamado, en el acuerdo con el propietario se hará constar que el beneficiario exime de futuras reclamaciones, tanto por parte del beneficiario como de otros solicitantes, al Gobierno Federal alemán, al Gobierno del Estado de Baviera y al Museo de Arte de Berna[68].

Como hemos indicado con anterioridad, el Museo de Arte de Berna puede, con respecto a las obras localizadas en la vivienda de Salzsburgo, determinar cuáles de ellas autoriza que sean objeto de estudio por la Comisión y, por lo tanto, qué obras resultan incluidas en el ámbito de aplicación del *Acuerdo*[69]. Si se incluyen en el ámbito de aplicación del *Acuerdo*, también ha de seguirse, en su caso, el mencionado procedimiento de restitución[70].

b) Obras que no han sido objeto de reclamación

Si se confirma o se considera altamente probable que una obra de arte pertenece a la categoría de obras confiscadas por los nazis pero no ha sido objeto de reclamación, la obra permanecerá bajo la custodia del Gobierno Federal alemán y será objeto de exposición pública en Alemania y de difusión a través de la *Lost Art Database*[71]. Dicha exposición se enmarca también dentro de las iniciativas de promoción de la difu-

67 *Statement of the German Federal Government, the Länder and the National Associations of Local Authorities regarding on the tracing and return of Nazi-Confiscated Art, especially with regard to Jewish property,* disponible en *http://www.lostart.de/Webs/EN/Datenbank/Grundlagen/GemeinsameErklaerung.html* (fecha de consulta: 14 de diciembre de 2017).

68 *Translation of Agreement between the Federal Republic of Germany, the Free State of Bavaria and the Art Museum of Bern Foundation*, realizada por Commisssion for Art Recovery, §7 (3), p. 9.

69 *Idem*.

70 *Idem*.

71 *Idem*, §6 (5), pp. 7-8: "If the Task Force comes to the conclusion, on the basis of documentary evidence, that a work evidentially or with high probability is Nazi-confiscated, but if no substantiated claim has been made, the work remains at the Depository. These works shall be presented in exhibitions in Germany and their provenances shall be clearly shown and published via the lost art database. The Federal Government, Bavaria and the KMB shall consult each other regarding the details at the given time. If a substantiated claim is raised in the course of the exhibitions or at a later time, then the provision of para. (4) shall apply If the suspicion of stolen art in the course of further investigations or for other reasons is resolved before the end of the year 2020 by the parties' own assessment, then the work shall be handed over to the KMB at the depository. Otherwise, the KMB shall abandon any claim to the work at the end off the year 2020 and shall transfer any rights to the work to the Federal Government".

sión de la existencia de la obra, para que así su existencia sea conocida por quien se encuentre en condiciones de reclamarla[72].

Desde noviembre de 2017 hasta principios de marzo de 2018, las obras de la colección son objeto de exposición, simultáneamente, en el Museo de Arte de Berna (en este caso, las obras de "arte degenerado") y en el Pabellón de Arte y Exposiciones de la República Federal de Alemania (en este caso, las obras confiscadas por los nazis y obras de origen incierto)[73].

Si surgen nuevas reclamaciones, serán resueltas conforme al procedimiento de restitución al que nos hemos referido en el caso de obras confiscadas que han sido objeto de reclamación por quienes alegan ser sus propietarios legítimos[74].

En cambio, si las obras dejan de estar bajo sospecha antes de que finalice el año 2020, se entregarán al Museo de Arte de Berna[75]. En caso contrario, al final del año 2020, las obras permanecerán en poder del Gobierno Federal alemán[76].

C) Obras de arte sin origen claro

Si se trata de un caso cuyo origen no es claro, en el sentido de que no puede afirmarse que se trate de obras confiscadas ni que su origen sea lícito, el Museo de Arte de Berna dispone de un plazo de veinticuatro meses para decidir si acepta o no tales obras[77]. Si el Museo de Arte

72 *Statement of the German Federal Government, the Länder and the National Associations of Local Authorities regarding on the tracing and return of Nazi-Confiscated Art, especially with regard to Jewish property:* "II. The German public institutions such as museums, archives and libraries have supported the tracing of Nazi-confiscated art already in the past by means of… 4. providing information on the history of Nazi-confiscated art in collections, exhibitions and publications".

73 Véase, respectivamente, *https://www.kunstmuseumbern.ch/en/see/today/688-gurlitt-status-report-120.html* y *http://www.bundeskunsthalle.de/en/exhibitions/gurlitt-status-report.html* (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017); "El tesoro de Gurlitt se muestra al público", *El País*, 7 de noviembre de 2017, disponible en *https://elpais.com/cultura/2017/11/07/actualidad/1510050067_909554.html* (fecha de consulta: 14 de diciembre de 2017).

74 *Translation of Agreement between the Federal Republic of Germany, the Free State of Bavaria and the Art Museum of Bern Foundation*, realizada por Commisssion for Art Recovery, §6 (5), pp. 7-8.

75 *Idem.*

76 *Idem.*

77 *Ibidem*, §6 (6), p. 8. "If the taskforce comes to the conclusion that the origin of the work cannot be sufficiently clarified (neither evidentially or with high probability Nazi-confiscated art nor free of the suspicion of being Nazi-confiscated), the KMB shall decide on basis of the provenance report or the progress report of the Task

de Berna no acepta las obras, éstas permanecerán en poder del Gobierno Federal alemán[78]. Si, antes del final del 2020 se despejan las dudas, entonces se procederá según hemos expuesto con anterioridad, en función de la nueva categoría en la que hayan sido incluidas las obras[79].

4. Restituciones

4.1 Consideraciones previas

Cuando la Comisión de expertos presentó un Informe a principios de 2016, fue evidente que la investigación que se les había encomendado se encontraba ante numerosas dificultades[80]. Con respecto a las tres categorías anteriormente descritas de obras de arte, los resultados hasta entonces obtenidos llevaban a considerar que más de 600 obras no tenían un origen ilícito, mientras que más de 500 obras eran de dudosa procedencia y más de 300 se encontraban pendientes de categorizar[81]. Por ello, la investigación tenía que continuar[82].

Las solicitudes de restitución de obras de arte confiscadas por los nazis que se presentan ante los tribunales, han tenido que superar, tradicionalmente, diversos obstáculos, no sólo derivados de la dificultad de acreditar la procedencia de las obras[83].

Cuando las obras de arte cuya restitución se reclama se encuentran en instituciones públicas, es preciso que el tribunal ante el que se solicita la restitución determine, previamente, si existe o no inmunidad de

---

Force within a reflection period of 24 months irrevocably whether it takes over the work. During the reflection period with the agreement of all parties, these works may already be documented in the lost art data base with the objective of complete transparency and may be displayed in the art museum Bern or in German museums. Should the KMB decide against a takeover, the work remains in the Federal Republic and it is within the discretion and responsibility of the Federal Government and Bavaria, how to deal with the work henceforth. If before the end of the year 2020 in the course of the investigations or for other reasons according to the assessment of the parties it results that the work evidentially or with high probability is not Nazi-confiscated, then it shall be handed over at the Depository to the KMB. Otherwise, the KMB shall abandon any claim to the work at the end of the year 2020 and shall transfer any rights it may have to the work to the Federal Government".

78 *Idem.*

79 *Idem.*

80 "Solo cinco obras del legado Gurlitt se identifican como fruto del expolio nazi", *El País*, 14 de enero de 2016.

81 *Idem.*

82 *Idem.*

83 Véase Chechi, A. "The Gurlitt Hoard: an Appraisal of the Role of International Law with respect to Nazi-Looted Art", *The Italian Yearbook of International Law*, 2013, núm. 23, p. 212.

jurisdicción[84]. Así ocurrió, por ejemplo, cuando Maria Altmann, heredera de una familia judía austriaca que era propietaria de varias obras de Klimt, acudió a los tribunales del Estado de California para solicitar a la República de Austria la restitución de varias obras que estaban expuestas en el Museo Belvedere de la Österreichische Galerie[85]. En este caso, el Tribunal Supremo estadounidense admitió que cabía aplicar la *Foreign Sovereign Inmunities Act* (FSIA), al haber sido presentada la demanda por Maria Altmann con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma[86]. En segundo lugar, el Tribunal Supremo tuvo que

84 Al respecto, véase Torrecuadrada García-Lozano, S., "La inmunidad del Estado y los bienes culturales", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2015, núm. 19, pp. 153-179.

85 *Maria Altmann v. Republic of Austria*, 142 F.Supp.2d 1187 (C.D.Cal.2001); *Altmann v. Republic of Austria*, 317 F.3d 954 (9th Cir. 2002); *Republic of Austria v. Altmann*, 2004 WL 1238028 (U.S.); *Altmann v. Republic of Austria*, 377 F.3d 1105 (9th Cir. 2004); *Altmann v. Republic of Austria*, 335 F.Supp.2d 1066 (C.DE.Cal. 2004). Entre otros, véase, Burris, D. S. / Schoenberg, E. R., "Reflections on Litigating Holocaust Stolen Art Cases", *Vand. J. Transnat'l L.*, 2005, vol. 38, pp. 1041-1050; Adelman, J., "Sovereign Inmunity: Ramifications of Altmann", *ILSA J. Int`L & Comp. L.*, 2004-2005, vol. 11, pp. 173-194; Calvo Caravaca, A. L. / Caamiña Domínguez, C. M., "El caso Klimt", en Calvo Caravaca, A. L. / Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, Colex, 2008, pp. 61-86; Choi, S., "The Legal Landscape of the International Art Market After *Republic of Austria v. Altmann*", *Nw. J. Int'L. & Bus.*, 2005-2006, vol. 167, pp. 167-200; Chorazak, M. J., "Clarity and Confusion: Did *Republic of Austria v. Altmann* Revive State Department Suggestions of Foreign Sovereign Inmunity?", *Duke L. J.*, 2005-2006, vol. 55, pp. 373-404; Chung, J., "Republic of Austria v. Altmann: A Flawed Attempt to Apply Retroactively the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", *Temp. Int'l & Comp. L. J.*, 2006, vol 20, pp. 163-188; Goodman, M. "The Destruction of International Notions of Power and Sovereignty: The Supreme Court's Misguided Application of Retroactivity Doctrine to the Foreign Sovereign Immunities Act in *Republic of Austria v. Altmann"*, *Geo. L. J.*,2004-2005, vol. 93, pp. 1117-1142; Grupta, A., "A Portrait of Justice Deferred: Retroactive Application of the FSIA and its Implications for Holocaust Era Art Restitution. *Republic of Austria v. Altmann*, 124 S. CT. 2240 (2004)", *Dayton L. Rev.*, 2004-2005, vol. 30, pp. 373-400; Iadevaia, L., "Altmann v. Republic of Austria", *DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law*, 2003, vol. 13, pp. 481-494; King, I. P., "Are Foreign Sovereigns Entitled to Constitutional Due Process? The Ninth Circuit's Analysis of Personal Jurisdiction in Altmann v. Republic of Austria", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2003-2004, vol. 29, pp. 389-416; Ledger Ross, J., "Escaping the Hourglass of Statutory Retroactivity Analysis in Republic of Austria v. Altmann", *Tul. L. Rev.,* 2005, vol. 79, pp. 1113-1126; Murray, M. D., "Stolen Art and Sovereign Inmunity: The Case of Altmann v. Austria", *Columbia Journal of Law & the Arts,* 2003-2004, vol. 27, pp. 301-322.

86 28 U. S. C. §§ 1602-1611 (2005). *Republic of Austria et al. v. Maria V. Altmann*, United States Supreme Court, 7 de junio de 2004, *International Legal Materials,* 2004, 1431 y ss. Véase, entre otros, Chorazak, M. J., "Clarity and Confusion: Did Republic of

examinar si se daban las condiciones de la "cláusula de expropiación" de la FSIA, para no admitir la inmunidad de jurisdicción: a) que el derecho de propiedad de las obras hubiese sido adquirido a consecuencia de una violación del Derecho Internacional, y b) que se tratase de obras propiedad de un organismo de un país extranjero que realizase actividades comerciales en el territorio de los Estados Unidos[87].

Se observa en los tribunales estadounidenses una tendencia hacia la interpretación amplia de tales actividades, dado que, por ejemplo, en este caso, se consideró relevante que el Museo Belvedere publicitara sus eventos en Estados Unidos y allí difundiera sus publicaciones sobre la obra[88]. Esta interpretación amplia favorece al solicitante de restitución, ya que con ella se facilita que los tribunales estadounidenses se declaren competentes (al considerar que no existe inmunidad de jurisdicción).

Pero, por lo tanto, es preciso que quienes solicitan la restitución de obras de arte confiscadas durante la Segunda Guerra Mundial superen el obstáculo de una posible inmunidad de jurisdicción[89]. Al respecto,

---

Austria v. Altmann Revive State Department Suggestions of Foreign Sovereign Inmunity?", *Duke L. J.,* 2005-2006, vol. 55, p. 383; Jayme, E., "Human Rights and Restitution of Nazi-Confiscated Artworks from Public Museums: The Altmann Case as a Model of Uniform Rules?", *Uniform Law Review*, 2006, vol. 2, p. 396.

87 La *cláusula de expropiación* de la FSIA que fue preciso analizar en este caso determinaba: "A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case (3) in which rights in property taken in violation of international law are in issue and that property or any property exchanged for such property is present in the United States in connection with a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or that property is owned or operated by an agency or instrumentality of the foreign state and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the United States" (28 U.S.C. § 1605(a) (3) (2005).

88 *Republic of Austria v. Altmann*, 539 U.S. 987 (2003). Véase, entre otros, Burris, D. S. / Schoenberg, E. R., "Reflections on Litigating Holocaust Stolen Art Cases", *Vand. J. Transnat'l L.*, 2005, vol. 38, p. 1046; King, I. P., "Are Foreign Sovereigns Entitled to Constitutional Due Process? The Ninth Circuit's Analysis of Personal Jurisdiction in Altmann v. Republic of Austria", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2003-2004, vol. 29, pp. 389-416.

89 Véase el análisis que en esta obra colectiva se hace del asunto Cassirer y, entre otros, véase O'Donnell, N., "Cassirer Heirs' Claims to Pissarro Work Revived by Appeals Court, the Year 2013 Shows that the Tide for Restitution May be Shifting Again", *The Art Law Report*, 16 de diciembre de 2013, disponible en *http://www.artlawreport.com/2013/12/16/cassirer-heirs-claims-to-pissarro-work-revived-by-appeals-court-the-year-2013-shows-that-the-tide-for-restitution-may-be-shifting-again/* (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017); Caamiña Domínguez, C. M., "Inmunidad de jurisdicción y plazos de prescripción: el asunto Cassirer", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2015, núm. 19, pp. 79-100; Conway, M. G., "Dormant Foreign Affairs Preemption and Von Saher v. Norton Simon Museum: Complicating the "Just

consideramos que cabe destacar la relevancia de la alusión a la "responsabilidad histórica", con la que comienza el acuerdo suscrito en noviembre de 2014 por el Gobierno Federal alemán, el Gobierno de Baviera y el Museo de Arte de Berna[90].

Otro de los obstáculos a los que tradicionalmente han tenido que hacer frente quienes solicitan la restitución de obras de arte, son los diferentes plazos de prescripción que resultan aplicables a los casos de restitución[91]. En el caso Gurlitt, como hemos comentado, la colección fue mantenida en secreto durante más de cincuenta años[92].

Al respecto, podemos distinguir entre los casos que ante los tribunales se plantean en el ámbito de los *mecanismos automáticos de restitución* y los casos que siguen la vía de reclamación de la propiedad de la obra de arte[93].

Como mecanismo automático de restitución, el *Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente,* hecho en Roma el 24 de junio de 1995, resulta aplicable a la restitución de bienes culturales robados y a la devolución de bienes culturales exportados ilegalmente (art. 1)[94]. Dicho Convenio no tiene carácter retroactivo (art. 10), por lo que las solicitudes de restitución y devolución que tienen por objeto obras de arte confiscadas durante la Segunda Guerra Mundial, están excluidas de su ámbito de aplicación

---

and Fair Solution" to Holocaust-Era Art Claims", *Law & Ineq*., 2010, vol. 28, pp. 377-378; Crook, J. R., "Ninth Circuit Finds FSIA Exception for Expropriated Property Allows Claims Against States that did Not Expropriate the Property", *American Journal of International Law,* 2011, vol. 105, núm. 2, pp. 128-130; Díez Soto, C. M., "Cassirer v. Fundación Thyssen: adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el Holocausto", *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 8, núm. 2 (octubre 2016), pp. 377-403; Pollock, B. L., "Out of the Night and Fog: Permitting Litigation to Prompt an International Resolution to Nazi-Looted Art Claims", *Hous. L. Rev.,* 2006-2007, vol. 43, p. 220; Zarrini, E., "Of Hitler and Camille Pissarro: Jurisdiction in Nazi Art Expropriation Cases under the Foreign Sovereign Immunity Act", *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2011, vol.16, núm. 2, pp. 452-453.

90 *Translation of Agreement between the Federal Republic of Germany, the Free State of Bavaria and the Art Museum of Bern Foundation*, realizada por Commisssion for Art Recovery, "Preamble", p. 3: "As the heir of Cornelius Gurlitt, KMB accepts the huge historical responsibility which is connected to the estate".

91 *Véase* Caamiña Domínguez, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, Colex, 2007, pp. 244-249.

92 "La colección Gurlitt volverá a sus dueños legítimos", *El País*, 09 de abril de 2014.

93 *Véase* Caamiña Domínguez, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, Colex, 2007, p. 35.

94 *BOE* núm. 248, de 16 de octubre de 2002, pp. 36366-36373.

(si bien, en virtud del art. 9.1, los Estados contratantes podrían decidir su aplicación retroactiva)[95]. En virtud de su art. 3.3, quienes consideren que una obra de arte robada ha de serles restituida, han de presentar su solicitud en un plazo de tres años desde que conocen la ubicación del bien cultural y la identidad del poseedor (*plazo de prescripción relativo*)[96]. Éste no es el único plazo de prescripción que puede impedir al solicitante reclamar la obra de arte que le ha sido robada, ya que el art. 3.3 también establece un plazo de *plazo de prescripción absoluto* de cincuenta años desde el momento del robo[97]. Los mismos plazos se aplican para el caso de que se solicite la devolución de un bien ilegalmente exportado[98]. En este punto, cabe de nuevo destacar los más de cincuenta años en los que la colección Gurlitt permaneció en secreto[99].

También cabe referirse, en el ámbito de los *mecanismos automáticos de restitución*, a la *Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012 (refundición)*, que se aplica a las solicitudes restitución de bienes culturales ilegalmente exportados (art. 1), en caso de que la salida ilegal del territorio de un Estado miembro se haya producido a partir del 1 de enero de 1993 (art. 14)[100]. La Directiva 2014/60 establece un plazo de prescripción *relativo*, que también es de tres años a partir de la fecha en que la autoridad central competente del Estado miembro requirente haya tenido conocimiento del lugar en el que se encontraba el bien cultural y de la identidad del poseedor o del tenedor del mismo (art. 8.1); y un plazo de prescripción absoluto

95 *Véase* Caamiña Domínguez, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, Colex, 2007, pp. 146-147.

96 *Ibidem*, pp. 151-153.

97 *Ibidem*, p. 153.

98 *Idem.*

99 "La colección Gurlitt volverá a sus dueños legítimos", *El País*, 9 de abril de 2014.

100 *DOUE* núm. L 159, de 28 de mayo de 2014, disponible en *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0060&qid=1421833974126&from=ES* y *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*, *BOE* núm. 93, de 19 de abril de 2017, pp. 30456-30463, disponible en *https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-4258*; véase Rodríguez Pineau, E. / Martínez Capdevila, C., "La protección de los bienes culturales en la UE: un régimen puesto a prueba", en Pérez-Prat Durbán, L. / Lazari A. (coords.), *El tráfico de bienes culturales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015, pp. 249-251.

de treinta años desde la salida ilegal del bien cultural del territorio del Estado miembro requirente (art. 8.1)[101].

Por ello, las reclamaciones de obras de arte que han permanecido ocultas durante varios años –aunque resultasen incluidas en el ámbito de aplicación de los *mecanismos automáticos de restitución*-, resultarían perjudicadas por los *plazos de prescripción absolutos*. Cabe apuntar que dichos mecanismos permiten que a determinadas categorías de bienes culturales no se les aplique el *plazo de prescripción absoluto*, resultando así afectadas, únicamente, por el *plazo de prescripción relativo*, pero se trata de bienes integrantes de un monumento o yacimiento arqueológico identificado, bienes de colecciones públicas o bienes de comunidades tribales o autóctonas (art. 3, apartados 4 a 8 del Convenio de Unidroit de 1995) y, en el caso de la Directiva, se trata de bienes pertenecientes a colecciones públicas, obras incluidas en los inventarios de instituciones eclesiásticas o de otras instituciones religiosas (art. 8).

Por lo que respecta a las demandas sobre el fondo del asunto, es decir, a las reclamaciones de propiedad, existen tribunales que aplican la *demand and refusal rule,* de tal forma que el plazo de prescripción no se inicia hasta que el tercero, al que se le solicita la restitución, se ha negado a la misma[102].

En cambio, para los tribunales que aplican la *discovery rule,* se inicia el cómputo del plazo de prescripción cuando el propietario descubre de la localización de la obra, si bien la valoración de cuándo ha tenido lugar tal descubrimiento se encuentra condicionada, con carácter general, por su actuación diligente en la búsqueda de la obra[103].

La discusión sobre el cómputo del plazo de prescripción puede alargar considerablemente el proceso. Así, en el caso de la solicitud de restitución de la obra *Rue St.Honoré, aprés-midi, effet de pluie* de Pissarro,

101 *Véase* Caamiña Domínguez, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, Colex, 2007, pp. 153-158.

102 *Véase Menzel v. List,* 253 NYS 2d 43 (App. Div. 1964), 267 NYS 2d 804 (Sup. Ct. 1966); 279 NYS 2d 608 (1967); 298 NYS 2d 297 (1969). *Véase*, entre otros, Caamiña Domínguez, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, Colex, 2007, p. 246; Siehr, K., "International Art Trade and the Law", *RCADI,* 1993, vol. 243, pp. 129-131.

103 *Véase Autocephalous Greek Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg & Feldman Fine Arts, Inc*, 717 F. Supp. 1374 (SD Ind. 1989), aff. 917 F. 2d 278 (7th Cir. 1990). *Véase*, entre otros, Foutty, S. L., "Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg & Feldman Fine Arts, Inc.: Entrenchment of the Due Diligence Requirement in Replevin Actions for Stolen Art", *Vand. L. Rev.,* 1990, vol. 43, pp. 1839-1861; Caamiña Domínguez, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, Colex, 2007, p. 244.

que Claude Cassirer presentó contra la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza y el Reino de España ante los tribunales del Estado de California, fueron diversas instancias las que se tuvieron que pronunciar sobre el plazo de prescripción aplicable, por lo que los solicitantes (Claude Cassirer y, posteriormente, sus herederos), se fueron encontrando con que algunas instancias consideraban que la acción había prescrito y otras determinaban que el plazo no había sido superado[104].

4.2 Obras que han sido restituidas

Con respecto a las restituciones de obras descubiertas en la colección Gurlitt, que han sido escasas, podemos comenzar refiriéndonos a "Mujer sentada sobre una butaca" (o "La blusa rumana") (1924) de Matisse, obra que formaba parte originariamente de la colección Rosenberg[105]. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, Paul Rosenberg regresó a París con el objetivo de recuperar su colección, objetivo que continuó siendo perseguido por sus familiares tras su fallecimiento[106]. El cuadro se encontraba en una caja, en la cocina del piso de Múnich de Cornelius Gurlitt y, según se dijo, su estado de conservación era bueno, requiriendo limpieza para recuperar la fuerza que a los colores le había dado Matisse[107]. El representante legal de la familia Rosenberg destacó, cuando tuvo lugar la restitución, que la pintura tenía un significado muy importante para la familia, que así había recuperado una pequeña parte de todo aquello de lo que fueron privados, puesto que tenían constancia de que hay unas 60 obras de la colección Rosenberg que se encuentran en Austria, EE.UU, Suiza o Reino Unido[108]. Por ello, el representante afirmó que "Hay más *cornelius gurlitts* que no han salido a la luz"[109].

Por otro lado, en abril de 2015, se confirmó que procedía la restitución a su heredera de "El Sena visto desde el Pont-Neuf, al fondo del

104 *Véase* § 338(c) (1998) Cal. Civ. Proc. Code; citado en *David Cassirer, Ava Cassirer, United Jewish Federation of San Diego County v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 9 de diciembre de 2013, p. 7. De nuevo, véase el análisis de dicho caso en esta obra colectiva.

105 "Víctimas del expolio artístico nazi recuperan sus tesoros", *El País*, 15 de mayo de 2015. Sobre la colección Rosenberg, véase Feliciano, H., *El museo desaparecido. La conspiración nazi para robar las obras maestras del arte mundial,* Barcelona, Destino, 2004, pp. 69-93

106 "Víctimas del expolio artístico nazi recuperan sus tesoros", *El País*, 15 de mayo de 2015.

107 *Idem.*

108 *Idem.*

109 *Idem.*

Louvre" (1902), de Pissarro, que fue encontraba entre las obras de arte que Cornelius Gurlitt almacenó en la vivienda de Salzsburgo[110].

En mayo de 2015, también se confirmó que sería restituido, a la familia de David Friedmann, el cuadro "Dos jinetes en la playa" (1901), de Lieberman[111].

En febrero de 2017, la Ministra alemana de Cultura entregó un dibujo a lápiz de Menzel titulado "Interior de una iglesia gótica" a los herederos de Elsa Helene Cohen[112]. Dicho dibujo era originariamente propiedad del abogado de Hamburgo, político y coleccionista Albert Martin Wolffson y, al fallecer, había sido heredado por su hija, Elsa Helene Cohen[113]. En 1938, se vio obligada a su venta, ya que necesitaba obtener fondos para marcharse a Estados Unidos[114]. Se dice que la Comisión de expertos ya en 2015 había determinado que el dibujo había llegado ilícitamente a la colección Gurlitt pero su restitución no se produjo hasta febrero de 2017, al encontrarse pendiente de resolución el caso relativo a la herencia de Gurlitt[115].

5. Conclusiones

El caso Gurlitt presenta diversas peculiaridades frente a otras reclamaciones de bienes culturales confiscados durante la Segunda Guerra Mundial: a) el elevado número de obras de arte localizadas en una única colección (si bien, como se ha visto, no todas las obras de arte de la colección Gurlitt tienen una procedencia ilícita); b) la ocultación de la existencia de la colección durante más de cincuenta años, y c) la circunstancia de que nos encontramos ante un caso abierto.

Así, reclamaciones de obras de arte confiscadas durante la Segunda Guerra Mundial, siguen enfrentándose en la actualidad con numerosos obstáculos. A la posible inmunidad de jurisdicción, a los plazos de prescripción y a las dificultades para poder acreditar la procedencia de las obras, se une la ocultación de las mismas durante largos períodos

110 *Idem*; "Un 'pissarro' de Gurlitt, expoliado por los nazis, será devuelto a sus dueños", *El País*, 1 de abril de 2015.

111 "Víctimas del expolio artístico nazi recuperan sus tesoros", *El País*, 15 de mayo de 2015; véase Chechi, A. "The Gurlitt Hoard: an Appraisal of the Role of International Law with respect to Nazi-Looted Art", *The Italian Yearbook of International Law*, 2013, núm. 23, p. 212.

112 "Un dibujo de Menzel expoliado por los nazis regresa a sus dueños", *El País*, 20 de febrero de 2017.

113 *Idem*.

114 *Idem*.

115 *Idem*.

de tiempo, que llevan a muchos propietarios originarios a cuestionarse si sus obras siguen existiendo.

Por ello, las iniciativas para difundir la existencia de las obras cobran una especial relevancia como paso previo a las reclamaciones.

El Acuerdo entre el Gobierno Federal alemán, el Gobierno de Baviera y el Museo de Arte de Berna, refleja la "responsabilidad histórica" que ha de presidir las soluciones en casos como el de la colección Gurlitt. Sin embargo, el escaso el número de restituciones hace que el caso Gurlitt esté todavía muy lejos de haber terminado.

Tal como apuntaba el representante de la familia Rosenberg, no sólo se trata de este caso. A pesar de los años transcurridos, siguen existiendo colecciones que permanecen ocultas, a la espera de ser descubiertas y restituidas a sus propietarios originarios.

6. Bibliografía

Adelman, J., "Sovereign Inmunity: Ramifications of Altmann", *ILSA J. Int`L & Comp. L.,* 2004-2005, vol. 11, pp. 173-194.

Burris, D. S. / Schoenberg, E. R., "Reflections on Litigating Holocaust Stolen Art Cases", *Vand. J. Transnat'l L.*, 2005, vol. 38, pp. 1041-1050.

Caamiña Domínguez, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, Colex, 2007.

Caamiña Domínguez, C. M., "Inmunidad de jurisdicción y plazos de prescripción: el asunto Cassirer", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2015, núm. 19, pp. 79-100.

Calvo Caravaca, A. L. / Caamiña Domínguez, C. M., "El caso Klimt", en Calvo Caravaca, A. L. / Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, Colex, 2008, pp. 61-86.

"Caso Gurlitt: un enigma alemán", *El País*, 9 de noviembre de 2013, disponible en *https://elpais.com/cultura/2013/11/09/actualidad/1384021612_540670.html*

Chechi, A., "The Gurlitt Hoard: an Appraisal of the Role of International Law with respect to Nazi-Looted Art", *The Italian Yearbook of International Law*, 2013, núm. 23, pp. 199-217.

Choi, S., "The Legal Landscape of the International Art Market after Republic of Austria v. Altmann", *Nw. J. Int'L. & Bus.,* 2005-2006, vol. 167, pp. 167-200.

Chorazak, M. J., "Clarity and Confusion: Did Republic of Austria v. Altmann Revive State Department Suggestions of Foreign Sovereign Inmunity?", *Duke L. J.,* 2005-2006, vol. 55, pp. 373-404.

Chung, J., "Republic of Austria v. Altmann: A Flawed Attempt to Apply Retroactively the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", *Temp. Int'l & Comp. L. J.,* 2006, vol. 20, 163-188.

"Cornelius Gurlitt legó sus cuadros al Museo de Arte de Berna", *El País*, 7 de mayo de 2014, disponible en *https://elpais.com/cultura/2014/05/06/actualidad/1399385401_329822.html*

Conway, M. G., "Dormant Foreign Affairs Preemption and Von Saher v. Norton Simon Museum: Complicating the "Just and Fair Solution" to Holocaust-Era Art Claims", *Law & Ineq.*, 2010, vol. 28, pp. 373-405.

Crook, J. R., "Ninth Circuit Finds FSIA Exception for Expropriated Property Allows Claims Against States that did Not Expropriate the Property", *American Journal of International Law,* 2011, vol. 105, núm. 2, pp. 128-130.

Cuadrado Gutiérrez, L. J., "Los Monuments men. Tras el saqueo de los nazis", *Revista Atticus*, 2015, núm. 5 (enero), pp. 185-196.

Díez Soto, C. M., "Cassirer v. Fundación Thyssen: adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el Holocausto", *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, 2016, vol. 8, núm. 2, pp. 377-403.

"¿Dónde están Cornelius Gurlitt y sus cuadros? Un misterio", *El País*, 5 de noviembre de 2013, disponible en *https://elpais.com/cultura/2013/11/05/actualidad/1383653216_499267.html*

Edsel, R. M. / Witter, B., *The monuments men. La fascinante aventura de los "guerreros del arte" que impidieron el expolio cultural nazi*, Barcelona, Destino, 2012.

"El coleccionista alemán Gurlitt tenía 60 cuadros más en Salzburgo", *El País*, 13 de febrero de 2014, disponible en *https://elpais.com/cultura/2014/02/11/actualidad/1392130106_457286.html*

"El Museo de Arte de Berna acepta la parte legítima de la colección Gurlit", *El País*, 24 de abril de 2014, disponible en https://elpais.com/cultura/2014/11/24/actualidad/1416832488_574132.html

Feliciano, H., *El museo desaparecido. La conspiración nazi para robar las obras maestras del arte mundial,* Barcelona, Destino, 2004.

Foutty, S. L., "Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg & Feldman Fine Arts, Inc.: Entrenchment of the Due Diligence Requirement in Replevin Actions for Stolen Art", *Vand. L. Rev.,* 1990, vol. 43, pp. 1839-1861.

Goodman, M., "The Destruction of International Notions of Power and Sovereignty: The Supreme Court's Misguided Application of Retroactivity Doctrine to the Foreign Sovereign Immunities Act in

Republic of Austria v. Altmann*"*, *Geo. L. J.*, 2004-2005, vol. 93, pp. 1117-1142.

Grupta, A., "A Portrait of Justice Deferred: Retroactive Application of the FSIA and its Implications for Holocaust Era Art Restitution. *Republic of Austria v. Altmann*, 124 S. CT. 2240 (2004)", *Dayton L. Rev.*, 2004-2005, vol. 30, pp. 373-400.

"Gurlitt empieza a entregar las obras", *El País*, 27 de marzo de 2014, disponible en *https://elpais.com/cultura/2014/03/27/actualidad/1395916338_845379.html*

Iadevaia, L., "Altmann v. Republic of Austria", *DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law*, 2003, vol. 13, pp. 481-494.

Jayme, E., "Human Rights and Restitution of Nazi-Confiscated Artworks from Public Museums: The Altmann Case as a Model of Uniform Rules?", *Uniform Law Review*, 2006, vol. 2, pp. 393-398.

King, I. P., "Are Foreign Sovereigns Entitled to Constitutional Due Process? The Ninth Circuit's Analysis of Personal Jurisdiction in Altmann v. Republic of Austria", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2003-2004, vol. 29, pp. 389-416.

"La colección Gurlitt volverá a sus dueños legítimos", *El País*, 9 de abril de 2014, disponible en *https://elpais.com/cultura/2014/04/08/actualidad/1396986173_456984.html*

Ledger Ross, J., "Escaping the Hourglass of Statutory Retroactivity Analysis in Republic of Austria v. Altmann", *Tul. L. Rev.,* 2005, vol. 79, pp. 1113-1126.

Murray, M. D., "Stolen Art and Sovereign Inmunity: The Case of Altmann v. Austria", *Columbia Journal of Law & the Arts,* 2003-2004, vol. 27, pp. 301-322.

O'Donnell, N., "Cassirer Heirs' Claims to Pissarro Work Revived by Appeals Court, the Year 2013 Shows that the Tide for Restitution May be Shifting Again", *The Art Law Report*, 16 de diciembre de 2013, disponible en *http://www.artlawreport.com/2013/12/16/cassirer-heirs-claims-to-pissarro-work-revived-by-appeals-court-the-year-2013-shows-that-the-tide-for-restitution-may-be-shifting-again/*

Pollock, B. L., "Out of the Night and Fog: Permitting Litigation to Prompt an International Resolution to Nazi-Looted Art Claims", *Hous. L. Rev.,* 2006-2007, vol. 43, pp. 193-233.

"Press Release by the Chief Public Prosecutor in Augsburg for the Press Conference "Confiscated Collection of Paintings" (English translation), 5 de noviembre de 2013, disponible en *http://www.commartrecovery.org/docs/PressReleaseProsecutor.pdf*

"Recuperan 1.500 obras de arte robadas por los nazis amontonadas en una casa de Múnich", *ABC*, 3 de noviembre de 2013, disponible en *http://www.abc.es/cultura/arte/20131103/abci-recuperan-obras-arte-robadas-201311031421.html*

Rodríguez Pineau, E. / Martínez Capdevila, C., "La protección de los bienes culturales en la UE: un régimen puesto a prueba", en Pérez-Prat Durbán, L. / Lazari, A., *El tráfico de bienes culturales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015, pp. 227-269.

Siehr, K., "International Art Trade and the Law", *RCADI,* 1993, vol. 243, pp. 9-292.

"Solo cinco obras del legado Gurlitt se identifican como fruto del expolio nazi", *El País*, 14 de enero de 2016, disponible en *https://elpais.com/cultura/2016/01/14/actualidad/1452786549_972065.html*

Torrecuadrada García-Lozano, S., "La inmunidad del Estado y los bienes culturales", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19, 2015, pp. 153-179.

"Un anciano escondía en Múnich 1.500 obras de grandes maestros", *El País*, 03 de noviembre de 2013, disponible en *https://elpais.com/cultura/2013/11/03/actualidad/1383505840_170909.html*

"Un dibujo de Menzel expoliado por los nazis regresa a sus dueños", *El País*, 20 de febrero de 2017, disponible en *https://elpais.com/cultura/2017/02/20/actualidad/1487617556_941909.html*

"Víctimas del expolio artístico nazi recuperan sus tesoros", *El País*, 15 de mayo de 2015, disponible en *https://elpais.com/cultura/2015/05/14/actualidad/1431630958_391039.html*

Zarrini, E., "Of Hitler and Camille Pissarro: Jurisdiction in Nazi Art Expropriation Cases under the Foreign Sovereign Immunity Act", *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2011, vol.16, núm. 2, pp. 437-463.

Se terminó de editar el libro "Holocausto y bienes culturales" el 12 de agosto de 2019, estando al cuidado de la edición el servicio de publicaciones de la universidad de huelva