

Breves reflexiones sobre las obras de arte robadas por los nazis

Few brief thoughts on the works of art stolen by the Nazis

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 14.05.2023 / Aceptado: 08.05.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8055

Resumen: Los litigios sobre bienes culturales suelen ser fascinantes, creativos, complejos y llenos de elementos de todo tipo. Muchos de ellos se desarrollan ante tribunales de los Estados Unidos. Una de las partes suele ser un judío o un heredero de ese judío que fue expoliado de una obra de arte por los nazis. Se cumplen 90 años desde la llegada del nacionalsocialismo al poder en Alemania (1933). No obstante, este tipo de casos siguen produciéndose. La finalidad de este ensayo es mostrar las coordenadas técnicas que explican las razones de que se litigue con frecuencia ante tribunales estadounidenses y los criterios utilizados por éstos para determinar cuál es el ordenamiento jurídico aplicable a la eventual restitución de la pintura, el dibujo, la partitura, la escultura, la porcelana o cualquier otro objeto semejante que se reclame.

Palabras clave: Arte robado, buena fe, cuenta bloqueada, excepción de expropiación, expolio nazi, interdictos para recuperar la posesión, Ley de Inmidades Soberanas Extranjeras, Lex loci de la presunta transmisión (*Lex rei sitae*), repatriación de arte robado, test del contacto más significativo, unilateralismo jurídico.

Abstract: Cultural property litigation is often fascinating, creative, complex and full of all sorts of elements. Many of them take place before courts in the United States. One of the parties is usually a Jew or an heir to that Jew who was plundered from a work of art by the Nazis. 90 years have passed since National Socialism came to power in Germany (1933). However, these types of cases continue to occur. The purpose of this essay is to show the technical coordinates that explain the reasons why it is

* Este artículo está dedicado a nuestro amigo JORGE SÁNCHEZ CORDERO, que goza de justa fama como reconocido experto de Derecho del Arte en todo el mundo, por su ejemplo personal y profesional, por sus enseñanzas y por las muchas y buenas veladas que hemos pasado con él en Washington DC y en Roma.

Texto de la Ponencia presentada en el Seminario Derecho internacional privado y restitución de bienes culturales: una obra, un caso, dirigido por A.-L. CALVO CARAVACA y C.ª. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, 27 marzo 2023, Universidad Carlos III de Madrid, online. Agradecemos a la profesora CELIA M.ª. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ las sugerencias formuladas, especialmente valiosas, viniendo de una de las mejores especialistas europeas en comercio internacional de obras de arte.

frequently litigated before US courts and the criteria used by them to determine which is the legal system applicable to the eventual restitution of the painting, the drawing, the score, sculpture, porcelain or any other similar object that is claimed.

Keywords: Stolen Art, good faith, blocked account, expropriation exception, nazi spoliation, replevin actions, Foreign Sovereign Immunities Act, the law of the State where the property is located at the time of the alleged transfer, repatriation of stolen Art, the most significant contact-Test, legal unilateralism.

Sumario: I. Controversias relativas a bienes culturales. 1. Regulación jurídica del patrimonio cultural en Derecho internacional privado. 2. Dos casos célebres en los que ha participado España. A) Naufragio en aguas internacionales y Derecho internacional privado: *Odyssey y Nuestra Señora de las Mercedes* (2009). B) El caso Cassirer (2022). II. Concepto de “obras de arte robadas por los nazis”. III. Clases de acciones judiciales que pueden ejercerse. IV. Concepto e importancia jurídica de las “relaciones privadas internacionales”. V. Razones que explican la frecuencia con que se litiga en Estados Unidos sobre arte robado por los nazis. 1. Transmisión de la propiedad de los bienes muebles. 2. Competencia internacional de los tribunales de Estados Unidos sobre litigios de restitución de obras de arte. 3. Peculiaridades del procedimiento en los Estados Unidos. VI. Cuestiones de Derecho aplicable: La *Gretchenfrage*. 1. Convivir con la complejidad (*Welcome to the United States*). 2. El caso Cassirer llega al Tribunal Supremo de Estados Unidos. 3. Qué soluciones quedan. A) La regla de la *Lex Loci* de la presunta transmisión. B) El *most significant contact-Test*. VII. Eficacia extraterritorial de decisiones. 1. Consideraciones introductorias. 2. Delimitación conceptual: Reconocimiento y *exequatur*. 3. Causas de denegación del reconocimiento y el *exequatur*. A) Contrariedad al orden público internacional español. B) Control de la competencia judicial internacional. 4. Ejecución. VIII. Epílogo: Datos y hechos.

“Das Gewissen ist eine jüdische Erfindung”

ADOLF HITLER,

(H. RAUSCHNING, *Gespräche mit Hitler*, Zürich, Europa Verlag, 1940, p. 210)

“A de facto confiscation of a work of art that arose out of a notorious exercise of man’s inhumanity to man now ends with the righting of that wrong through the mundane application of common law principles. The mills of justice grind slowly, but they grind exceedingly fine”

Vineberg v. Bissonnette 548 F.3d 50, 58-59

(1st Cir. 2008)

I. Controversias relativas a bienes culturales

1. Las disputas internacionales relativas al patrimonio cultural son fascinantes, creativas, complejas y llenas de elementos de todo tipo...¹. En este ensayo, se pretende analizar las cuestiones fundamentales que, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, plantean los litigios suscitados

¹ *Vid., ad ex.*, M. BRIAT/J.A. FREEDBERG-SWARTZBURG (Eds.), *Legal aspects of international art trade / Aspects juridiques du commerce international de l’art / Aspectos jurídicos del comercio internacional del arte*, vol. 4, Deventer, Kluwer, Paris, ICC, 1993; Z. CRESPI REGHIZZI, “Profilo di diritto internazionale privato del commercio dei beni culturali”, *Diritto del commercio internazionale*, 33.2, 2019, pp. 361-384; I. LINDSAY, *The History of Loot and Stolen Art from Antiquity until the Present Day*, London, Unicorn Press Ltd, 2014; J.M.A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita de bienes culturales*, Valladolid, Lex Nova, 2001; L. PÉREZ- PRAT DURBÁN/Z. RUIZ ROMERO (Eds.), *El expolio de bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2022; G. REICHELT, “Internationaler Kulturgüterschutz -rechtliche und kulturpolitische Aspekte-”, en *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 143*, Europa-Institut der Universität Saarlandes, 30. Mai 1988, disponible en <https://europainstitut.de/fileadmin/schriften/143.pdf>; K. SIEHR, “Rechtsschutz im internationalen Kulturgutverkehr: Dreispurigkeit des Rechtsschutzes vor deutschen Gerichten”, en *Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*, München, Beck, 2017, pp. 661-669; M. WEBER, “Private international law and cultural property and art disputes”, en *Research Handbook on Intellectual Property and Cultural Heritage*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2022, pp. 517-543.

por la restitución de obras de arte que fueron obtenidas por los nazis sin el consentimiento de sus legítimos propietarios². Escrito por juristas, este ensayo es obviamente un *estudio jurídico*. Pero esto no designa más que su *objeto formal*, la perspectiva desde la que se aborda un sector de la vida social. Desde el punto de vista de este último, su *objeto material* es la “Cultura”, de la que las obras de arte no son más que una manifestación. FRIEDRICH THIEMANN, que era un personaje imaginario de una obra de teatro (*Schlageter*) de HANNS JOHST, dramaturgo nacionalsocialista³, obra estrenada en la *Staatlichen Schauspielhaus* de Berlín, el 20 abril 1933, cumpleaños de Hitler y en presencia de éste, declaraba: “Cuando oigo ‘cultura’, le quito el seguro a mi Browning” (“*Wenn ich Kultur höre... entsichere ich meinen Browning*”) (Acto primero, escena primera)⁴. De esta frase, algunos han sacado la impresión de que los nacionalsocialistas y la cultura -en especial, el Arte- eran incompatibles. Si esto fuera cierto, no hubieran adoptado una política sistemática e, incluso, obstinada de incautación de obras de arte, que agravó la tragedia que vivían miles de personas⁵.

1. Regulación jurídica del patrimonio cultural en Derecho internacional privado

2. Existen *cinco elementos claves* en la regulación jurídica del patrimonio cultural en Derecho internacional privado que son importantes para los museos de todo el mundo.

3. 1º) ¿El patrimonio cultural pertenece a un *particular*, a un *museo* o a un *Estado* o más bien pertenece a una sola persona? ¿Debe protegerse legalmente el patrimonio cultural de una persona, de una empresa, de un museo o de un Estado? ¿A quién *pertenece* realmente el bien cultural?⁶

No es un patrimonio cualquiera. Es un *patrimonio cultural*; por lo tanto, debemos protegerlo como reflejo de una “cultura” específica⁷. La cultura es un elemento social, una expresión de una sociedad; por consiguiente, debe protegerse la pertenencia del *bien cultural a la sociedad* de la que es una expresión⁸: “*The men and women of these countries have the right to recover these cultural assets which are part of their being*”⁹. Esta idea está latente en quienes defienden la *descolonización* de las obras de arte y el regreso de ellas a sus países de origen (*repatriation of stolen Art*)¹⁰. Es el caso, *ad ex.*, de la

² H. HARTUNG, *Kunstraub in Krieg und Verfolgung: die Restitution der Beute- und Raubkunst im Kollisions- und Völkerrecht*, Berlín, De Gruyter Recht, 2005, pp. 62-63.

³ Ingresó formalmente en el NSDAP el 1 noviembre 1932, con el número de militante 1.352.376, *Bundesarchiv* R 9361-IX KARTEI/18510781. Sobre él, *vid.*, *ad ex.*, R. DÜSTERBERG, “Johst, Hanns: 8.7.1890 - 23.11.1978”, 2004, disponible en <http://www.polunbi.de/pers/johst-01.html> (consultado el 25 febrero 2023); I. PETZSCHMANN, “Hanns Johst 1890-1978”, *LEMO Lebendiges Museum Online*, 14 septiembre 2014, disponible en <https://www.dhm.de/lemo/biografie/hanns-johst> (consultado el 25 febrero 2023).

⁴ “Cuando oigo la palabra cultura, echo mano a la pistola”, *DesEquiLIBROS*, 9 junio 2010, disponible en <http://desequilibros.blogspot.com/2010/06/cuando-oigo-la-palabra-cultura-echo.html> (consultado el 25 febrero 2023).

⁵ *Id.*, *ad ex.*, L. PÉREZ-PRAT DURBÁN/G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (EDS.), *Holocausto y bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2019; A. RYDELL, *Hitlers Bilder: Kunstraub der Nazis – Raubkunst in der Gegenwart*, Frankfurt/New York, Campus Verlag, 2014; B. SCHWARZ, *Auf Befehl des Führers: Hitler und der NS-Kunstraub*, Darmstadt, Theiss, 2014.

⁶ *Id.*, *ad ex.*, P. GERSTENBLITH, “The Public Interest in the Restitution of Cultural Objects”, *Connecticut Journal of International Law*, 16, 2, Spring 2001, pp. 197-246; A. JAKUBOWSKI/K. HAUSLER/F. FIORENTINI, *Cultural heritage in the European Union: a critical inquiry into law and policy*, Leiden, Brill Nijhoff, 2019; P.-T. STOLL, “Where Should Nefertiti Go? Reflections on International Cultural Law”, en *Coexistence, Cooperation and Solidarity: Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. I, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 303-316.

⁷ P. HÄBERLE, “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 54, 1998, pp. 11-38; E. PIERROUX, *La propriété des oeuvres d'art corporelles: éléments pour une propriété spéciale*, 2 vols., Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 2003.

⁸ *Id.*, *ad ex.*, J. BLAKE, “On Defining the Cultural Heritage”, *International and Comparative Law Quarterly*, 49, 1, January 2000, pp. 61-85; A.-L. CALVO CARAVACA/C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Derecho a la cultura versus comercio internacional de obras de arte”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 1, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 255-280; K. SIEHR, “The Protection of Cultural Heritage and International Commerce”, *International Journal of Cultural Property*, 6, 2, July 1997, pp. 304-325.

⁹ AMADOU-MAHTOR M'BOU, “A plea for the return of an irreplaceable cultural heritage to those who created it”, *Museum*, vol. XXXI, nº 1, 1979, p. 58.

¹⁰ *Id.*, *ad ex.*, W. BULLINGER/S. TERKER, “Koloniale Erbe, Verantwortung und Provenienz”, *NJW*, 2019, pp. 731-736; A.

donación por el Papa Francisco de tres fragmentos de mármol del Partenón que se custodiaban en los museos Vaticanos a la Iglesia ortodoxa griega¹¹. Sería también el caso, *ad ex.*, si el Reino Unido devolviese a perpetuidad a Grecia los mármoles de *Elgin*, que son los mármoles del Partenón que constituyen una de las principales atracciones del *British Museum*¹².

4. 2º) Una sola protección del patrimonio de un país hecha a través de las leyes de ese país es ineficaz: es un “juego egoísta”; porque los demás países harán lo mismo para que el patrimonio cultural de un país sólo sea protegido por la autoridades de aquel país, pero no por las autoridades del resto del mundo. *Esta partida se pierde siempre*, si se juega en modo egoísta; porque el mundo es muy grande... La protección del patrimonio cultural a través de normas internas (nacionales) (= normas nacionales de Derecho internacional privado) *no suele ser muy eficaz* (unilateralismo jurídico): cada país tiene, por consiguiente, su propio nivel de protección, que es diferente de un país a otro¹³. Por el contrario, la protección del patrimonio cultural a través de *Convenios internacionales* y normas supranacionales de *Derecho europeo* es más eficaz y eficiente: basta con conocer una sola legislación (= Derecho consensuado, Derecho europeo) para proteger con justicia el patrimonio cultural en los diferentes países y tribunales¹⁴.

HERMAN, *Restitution: The Return of Cultural Artefacts*, London, Lund Humphries Publishers Ltd, 2021; E. JAYME, “Restitution von Kolonialgut: Narrative Wiedergutmachung und kulturelle Identität im Kunstrecht”, en Id., *Internationales Privatrecht - Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte - Kulturgüterschutz, Kunstrecht und Urheberrecht: Vorträge - Aufsätze - Betrachtungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2022, pp. 390-398; K. KUPRECHT, “Kulturgüter aus der Kolonialzeit und Restitution: Änderungen ohne Änderungen”, en M. WELLER ET AL. (HRSG.), *Raubkunst und Restitution Zwischen Kolonialzeit und Washington Principles: Tagungsband des Dreizehnten Heidelberger Kunstrechtstags am 18. und 19. Oktober 2019*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Zürich, St. Gallen, Dike, Wien, facultas, 2020, pp. 153-166; G. REICHEL, “Neue Perspektiven für Schutz von Kulturgut aus kolonialem Kontext”, en M. WELLER/N.B. KEMLE/T. DREIER (HRSG.), *Handel, Provenienz, Restitution: Tagungsband des Zwölften Heidelberger Kunstrechtstags am 20. und 24. Oktober 2018*, Baden-Baden, Nomos, Wien, facultas, Zürich, St. Gallen, Dike, 2020, pp. 45-58; K. SIEHR, “Kolonialismus – Dekolonisierung – Neokolonialismus”, *Bulletin Kunst und Recht*, 2020/2-2021/1, pp. 13-20. También A. LEONE, “De vuelta en casa, la restitución del patrimonio artístico de las excolonias”, *Brújula Global*, Roma, 10 enero, 2022, disponible en <https://www.brujulaglobal.com/articulos/de-vuelta-en-casa-la-restitucion-del-patrimonio-artistico-de-las-excolonias> (consultado el 24 febrero 2023); Anónimo, “Bélgica cifra en 84.000 las obras de arte ‘robadas’ que devolverá al Congo”, *SWI swissinfo.ch*, 19 febrero 2022, disponible en https://www.swissinfo.ch/spa/bélgica-colonialismo_bélgica-cifra-en-84.000-las-obras-de-arte--robadas--que-devolverá-al-congo/47362064 (consultado el 24 febrero 2023).

¹¹ L. PACHO, “El Papa devuelve a Grecia los mármoles del Partenón que conserva en los Museos Vaticanos”, *El País*, 16 diciembre 2022, disponible en <https://elpais.com/cultura/2022-12-16/el-papa-devuelve-a-grecia-los-marmoles-del-partenon-que-conserva-en-los-museos-vaticanos.html> (consultado el 14 enero 2023).

¹² *Vid.*, *ad ex.*, J.H. MERRYMAN, “Thinking About the Elgin Marbles”, *Michigan Law Review*, 83, 8, August 1985, pp. 1881-1884 y 1888-1923; G. ROBERTSON, *Who Owns History?: Elgin’s Loot and the Case for Returning Plundered Treasure*, London, Biteback Publishing, 2019. Europa Press Internacional, “Reino Unido descarta contactos con Grecia para devolver los mármoles del Partenón”, 11 enero 2023, disponible en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-reino-unido-descarta-contactos-grecia-devolver-marmoles-partenon-20230111204645.html> (consultado el 14 enero 2023); C. FRESNEDA, “La ministra de Cultura británica cierra la puerta a Grecia: ‘Los mármoles del Partenón nos pertenecen’”, *Diario El Mundo*, 12 enero 2023, disponible en <https://www.elmundo.es/cultura/arte/2023/01/12/63bfff06321efa04e3f8b457b.html> (consultado el 3 febrero 2023).

¹³ *Vid.*, *ad ex.*, C. BRÜNING, “Staatliche Kulturpflege im liberalen Rechtsstaat”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 27-38; A. JAGIELSKA-BURDUK, *Cultural Heritage as a Legal Hybrid: Between Public and Private Law*, Cham, Springer International Publishing, 2022.

¹⁴ *Vid.*, *ad ex.*, G. AVANZINI, “La circolazione intracomunitaria dei beni culturali privati tra tutela del patrimonio nazionale e identità culturale europea”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, XXVIII, 3-4, 2018, pp. 689-704; G. CARDUCCI, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d’art volés ou illicitement exportés: droit commun, Directive CEE, conventions de l’Unesco et d’Unidroit*, Paris, LGDJ, 1997; E. CATANI/G. CONTALDI/F. MARONGIU BUONAIUTI, *La tutela dei beni culturali nell’ordinamento internazionale e nell’Unione europea: convegno di studi, Macerata 24 ottobre 2018*, Macerata, EUM, Edizioni Università di Macerata, 2020; M.J. ELVIRA BENAYAS, “Transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/60/UE sobre restitución de bienes que hayan salido de forma ilegal de un Estado miembro mediante la Ley 1/2017”, *REDI*, 70, 1, 2018, pp. 181-200; M. FRIGO, “La transition en droit interne italien de la Directive 2014/60 relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d’un État membre”, en *Un patrimoine vivant, entre nature et culture: liber amicorum en l’honneur de Jérôme Fromageau*, Paris, Mare & Martin, 2019, pp. 327-339; W. HYJEK, *Unionsrecht des Kulturgüterschutzes im Binnen- und Außenverhältnis: Gleichlauf oder Unterschiede?*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2021; K.A. SHORT, “Note - Preventing the Theft and Illegal Export of Art in a Europe without Borders”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 26, 1993, pp. 633-665; S. MANSERVISI, *Corso di diritto comunitario dei beni culturali*, Roma, Aracne, 2006; L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte y la Unión Europea: la legislación española del patrimonio histórico y el Mercado interior: la normativa comunitaria sobre exportación y tráfico de bienes culturales*, Madrid, Civitas, Fundación Universidad Empresa,

Éste sería el caso, *ad ex.*, del Convenio UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente (Roma, 24 junio 1995)¹⁵, la Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (París, 14 noviembre 1970)¹⁶ y la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático (París, 2 noviembre 2001)¹⁷.

5. 3º) La técnica jurídica para lograr una protección adecuada del patrimonio cultural en un contexto internacional es una cuestión crucial¹⁸. Hay varias posibilidades:

1994; J.H. MERRYMAN, “Cultural Property Internationalism”, *International Journal of Cultural Property*, 12, 1, February 2005, pp. 11-39; A. MIGLIO, “Kulturgüterschutz in einem Mehrebenensystem: die UNIDROIT-Konvention 1995 und die Vertragsabschlusskompetenz der EU”, *Jahrbuch für italienisches Recht*, 30, 2018, pp. 97-119; L.V. PROTT, “UNESCO and UNIDROIT: A Partnership against Trafficking in Cultural Objects”, *Uniform Law Review*, 1, 1, January 1996, pp. 59-71; A.F.G. RASCHER, *Kulturgütertransfer und Globalisierung: UNESCO-Konvention 1970, Unidroit-Konvention 1995, EG-Verordnung 3911/92, EG-Richtlinie 93/7, schweizerisches Recht*, Zürich, Schulthess, Baden-Baden, Nomos 2000; G. REICHEL, “International Protection of Cultural Property”, *Uniform Law Review*, 13, 1, January 1985, pp. 42-153; E. RODRÍGUEZ PINEAU/C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, “La protección de los bienes culturales en la UE: un régimen puesto a prueba”, en L. PÉREZ-PRAT DURBÁN/A. LAZARI (COORD.), *El tráfico de bienes culturales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 227-269; D. SAVY, “La disciplina dell’Unione europea in tema di traffico illecito dei beni culturali”, *Archeologia ferita*, 2018, pp. 95-107; K. SIEHR, “The Protection of Cultural Property: The 1995 UNIDROIT Convention and the EEC Instruments of 1992/93 Compared”, *Uniform Law Review*, 3, 2-3, April 1998, pp. 671-683; I.A. STAMATOUDI, *Cultural Property Law and Restitution. A Commentary to International Conventions and European Union Law*, Northampton, Edward Elgar, 2011; A.-K. UHL, *Der Handel mit Kunstwerken im europäischen Binnenmarkt: freier Warenverkehr versus nationaler Kulturgüterschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993; M. WELLER, *Rethinking EU cultural property law: towards private enforcement*, Baden-Baden, Nomos, 2018.

¹⁵ *Vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El Convenio de Unidroit de 24 de junio de 1995”, en C.R. FERNÁNDEZ LIESA/J.J. PRIETO DE PEDRO (DIRS.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural: especial referencia a España*, Madrid, Colex, 2009, pp. 155-190; C. FOX, “The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: An Answer to the World Problem of Illicit Trade in Cultural Property”, *American University Journal of International Law and Policy*, 9, 1, 1993, pp. 225-267; B. THORN, *Internationaler Kulturgüterschutz nach der UNIDROIT-Konvention*, Berlin, De Gruyter Recht, 2005.

¹⁶ *Vid.*, *ad ex.*, K. CHAMBERLAIN, “UK Accession to the 1970 UNESCO Convention”, *Art, Antiquity and Law*, 7, 3, September 2002, pp. 231-252; P. O’KEEFE, *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*, Leicester, AnchorPrint, 2007; E. PORTELA VÁZQUEZ, “La protección de bienes culturales robados e ilícitamente exportados a EE.UU. Incorporación del Artículo 7 de la Convención de la Unesco de 1970 al Ordenamiento jurídico estadounidense”, *CDT*, 7, 1, 2015, pp. 142-185.

¹⁷ *Vid.*, *ad ex.*, E.M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *La protección jurídica del patrimonio cultural subacuático en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012; M. ALZAGA GARCÍA/C. GARCÍA RIVERA, “La protección del patrimonio arqueológico subacuático ante actividades legítimas”, en F.X. NIETO PRIETO/M. BETHENCOURT NÚÑEZ (COORD.), *Arqueología subacuática española: Actas del I Congreso de Arqueología Náutica y Subacuática Española, Cartagena, 14, 15 y 16 de marzo de 2013*, vol. 2, 2014, pp. 311-320; M.J. AZNAR GÓMEZ, *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático: con especial referencia al caso de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; V. BOU FRANCH, “La Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático”, en C.R. FERNÁNDEZ LIESA/J.J. PRIETO DE PEDRO (DIR.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural: especial referencia a España*, Madrid, Colex, 2009, pp. 191-228; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos reales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 3589-3721 (pp. 3668-3673); M. GARCÍA GARCÍA-REVILLO/M.J. AGUDO ZAMORA, “Patrimonio cultural subacuático y objetos sumergidos: problemas conceptuales, dificultades normativas”, en RAFAEL CASADO RAIGÓN (DIR.), *L’evoluzione et l’état actuel du droit international de la mer: Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 335-372; E. PÉREZ-ÁLVARO, “The underwater cultural heritage for the benefit of the humankind: a double-edged sword”, en F.X. NIETO PRIETO/M. BETHENCOURT NÚÑEZ (COORD.), *Arqueología subacuática española: Actas del I Congreso de Arqueología Náutica y Subacuática Española, Cartagena, 14, 15 y 16 de marzo de 2013*, vol. 2, 2014, pp. 305-310; J.J. PERIAGO MORANT/M.J. AZNAR GÓMEZ, “Expolio del patrimonio cultural subacuático: régimen jurídico en España”, en L. PÉREZ-PRAT DURBÁN/Z. RUIZ ROMERO (EDS.), *El expolio de bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2022, pp. 167-198; E. PORTELA VÁZQUEZ, “La Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Subacuático: Principios Generales”, *CDT*, 3, 2, 2011, pp. 317-337; M. THEY, “La Convention de l’Unesco de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique: un succès en demi-teinte”, *Revue de droit international d’Assas*, nº 4, 2021, pp. 32-71.

¹⁸ *Vid.*, *ad ex.*, L.M. KAYE, “Looted Art: What Can and Should be Done”, *Cardozo Law Review*, 20, 2, December 1998, pp. 657-670; F. KOHLS, *Kulturgüterschutz: Wirkungen von Verstößen gegen Ausfuhrverbote und Möglichkeiten der Rückführung illegal verbrachter Kulturgüter: eine vergleichende Untersuchung mit den Rechten Dänemarks, Norwegens und Schwedens*, Frankfurt am Main, Lang, 2001; P. LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001; H. NIEĆ, “Legislative Models of Protection of Cultural Property”, *Hastings Law Journal*, 27, May 1976, pp. 1089-1122; K. ODENDAHL, *Kulturgüterschutz: Entwicklung, Struktur und Dogmatik eines ebenenübergreifenden Normensystems*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005; P. OTRANTO, “Più aperto e più rischioso il mercato internaziona-

- a) En primer lugar, la *simple restitución* del bien ilícitamente exportado a otro país tal como se hace, *ad ex.*, con los menores¹⁹.
- b) En segundo lugar, atribución *al Estado de origen* de la propiedad del bien cultural exportado ilícitamente. La ley que determina si el bien salió legal o ilegalmente del Estado de origen no debería ser, por tanto, si se quiere facilitar la restitución de la obra de arte, la *lex rei sitae* o ley del Estado donde actualmente se encuentra el objeto de arte reclamado, sino la *lex originis* o ley del Estado en que se encontraba dicho bien mueble, cuando se produjo la primera salida de un territorio estatal, cuya legalidad se cuestiona²⁰. *Ejemplo*: El Museo de Pontevedra devolvió al Ministerio de Cultura de Polonia dos pinturas del siglo XV: Una *Dolorosa* y un *Ecce Homo* de la escuela del pintor flamenco DIERIC BOUTS, destacado representante de la Escuela de Lovaina. Estos dos cuadros pertenecían a la *Colección de la Princesa Czartoryski*. Los *Czartoryski* eran una familia de la alta aristocracia polaca, con su propio museo (creado en 1796), integrado por cerca de dos mil representaciones pictóricas²¹. Los cuadros estaban depositados en el castillo de Gołuchów, pero, antes de que terminara la guerra, fueron saqueados por los nazis (1944). La Gestapo arrestó al heredero de la colección, AUGUSTYN JÓZEF, y su esposa, la princesa española MARÍA DOLORES BORBÓN-DOS SICILIAS, que fueron deportados a nuestro país gracias a la mediación del Estado español. Según parece, en 1973, un empresario español (J. FERNÁNDEZ LÓPEZ) consiguió dichas obras de una galería de Arte de Madrid o Barcelona. En 1994, ambos cuadros fueron adquiridos por la Diputación Provincial de Pontevedra, que compró toda la colección de 313 cuadros perteneciente al industrial gallego²².
- c) Por último, se pueden establecer *prohibiciones de exportación* de bienes culturales, acompañadas por multas y otras *sanciones (ad ex., nulidad del contrato)* a quienes los exporten ilegalmente²³. Como ha subrayado, entre otros, P. MANKOWSKI, las *prohibiciones de exporta-*

le dei beni culturali italiani”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, XXVIII, 3-4, 2018, pp. 705-723; A.F.G. RASCHER, *Kulturgüterschutz und Globalisierung. UNESCO-Konvention 1970, UNIDROIT-Konvention 1995, EG-Verordnung 3911/92, EG-Richtlinie 93/7, Schweizerisches Recht*, Zürich, Schulthess, 2000; M.-A. RENOLD/P. GABUS, *Claims for the restitution of looted art / La revendication des oeuvres d’art spoliées*, Zürich, Schulthess, 2004; K. SIEHR, “Schicksal von unrechtmäßig verbrachtem Kulturgut nach dessen Rückgabe in den Herkunftsstaat der EU: zu Art. 12 der Richtlinie 93/7/EWG und Art. 13 der Richtlinie 2014/60/EU”, en *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Giesecking, 2018, pp. 461-472.

¹⁹ *Vid.*, *ad ex.*, N. PALMER, “Recovering Stolen Art”, *Current Legal Problems*, 47, 2, 1994, pp. 215-254; L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, “El retorno de los bienes culturales”, en L. PÉREZ-PRAT DURBÁN/Z. RUIZ ROMERO (EDS.), *El expolio de bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2022, pp. 265-314; M. WELLER, “Restitution nationalsozialistischer Raubkunst. Das deutsche Zurechnungsmodell unter der Lupe”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 85-98.

²⁰ *Vid.*, *ad ex.*, D. FINCHAM, “How Adopting the *Lex Originis* Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property”, *Columbia Journal of Law and the Arts*, 32, 1, 2008, pp. 111-150; O.R. KURPIERS, *Die lex-originis-Regel im internationalen Sachenrecht: grenzüberschreitende privatrechtliche Ansprüche auf Herausgabe von abhanden gekommenen und unrechtmäßig ausgeführten Kulturgütern*, Frankfurt am Main, Lang 2005; K. SIEHR, “The *lex originis* for cultural objects in European private international law”, en *Liber Fausto Pocar*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 879-891; V. WIESE, *Der Einfluss des EG-Rechts auf das Internationale Sachenrecht der Kulturgüter*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020; T. SZABADOS, “In Search of the Holy Grail of the Conflict of Laws of Cultural Property: Recent Trends in European Private International Law Codifications”, *International Journal of Cultural Property*, 27, 3, 2020, pp. 323-347.

²¹ *Vid.* página web oficial de este Museo (*Czartoryski Museum*), disponible en: <https://krakow.wiki/czartoryski-museum/> (consultada el 3 febrero 2023).

²² “El Museo de Pontevedra devuelve a Polonia dos cuadros procedentes del expolio nazi”, en *Pecados del Arte*, 26 enero 2023, disponible en <https://pecadosdelarte.com/noticia/324/actualidad/el-museo-de-pontevedra-devuelve-a-polonia-dos-cuadros-procedentes-del-expolio-nazi.html> (consultado el 2 febrero 2023); RTVE.ES/EFE, “El Museo de Pontevedra devuelve a Polonia dos obras expoliadas por los nazis durante la IIGM”, disponible en <https://www.rtve.es/noticias/20230125/museo-pontevedra-devuelve-polonia-dos-obras-expoliadas-nazis-durante-iigm/2417661.shtml> (consultado el 3 febrero 2023).

²³ *Vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos de importación y exportación de bienes culturales”, en M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA/A. SALINAS DE FRIAS (COORDS.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. 1, Sevilla, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, 2005, pp. 259-292; D. MOLL, *Ausfuhrverbote für NS-Raubkunst*, Berlin, Boston, de Gruyter, 2017; K. SIEHR, “Inländische Anerkennung ausländischer Verbote, Kulturgüter illegal auszuführen – 40 Jahre Attorney-General of New Zealand v. Ortiz”, *Kunst und Recht*, 25, 2023, pp. 2-11.

ción de bienes culturales (*Ausfuhrverbote für nationale Kulturgüter*) son normas internacionalmente imperativas (*Eingriffsnormen*)²⁴; es decir, disposiciones de Derecho interno acompañadas de una norma unilateral expresa o implícita, de origen legislativo o jurisprudencial, que tutelan un interés general, no intereses de particulares, y que, por lo tanto, son absolutamente irrenunciables para los tribunales del foro, incluso en presencia de un elemento extranjero o aunque sea una legislación extranjera la que, en virtud de la norma de conflicto ordinaria, regule el conjunto de la relación de que se trate, tal como ocurre en materia de contratos internacionales (art. 9 Reglamento Roma I) o de obligaciones extracontractuales internacionales (art. 16 Reglamento Roma II)²⁵.

6. 4º) La protección de los *terceros de buena fe*: los terceros de buena fe pueden haber adquirido el bien cultural exportado ilícitamente a un país determinado de conformidad con la ley de aquel país (*lex rei sitae*); de tal manera que consideren que han adquirido legítimamente el bien²⁶.

Sin embargo, la protección de los terceros que actúan de buena fe *no es igual* en todos los ordenamientos del mundo. En algunos sistemas, todos los bienes, incluso si son robados, adquiridos de buena fe, pasan a ser propiedad del comprador. En otros sistemas, el bien robado se convierte en *extra commercium* y no puede ser adquirido por nadie, ni siquiera de buena fe²⁷. Las posiciones legales se vuelven inestables en un contexto internacional.

7. 5º) La *inmunidad de jurisdicción*: los tribunales de un Estado no pueden juzgar a otro Estado sin el consentimiento de éste²⁸. Como afirmaba ya BARTOLO DE SASSOFERRATO, un célebre estatuario italiano: “*Non enim una civitas potest facere legem super alteram, quia par in parem non habet imperium*”²⁹. La inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero ha sido alegada en varias ocasiones, cuando se trataba de litigios que tenían por objeto la restitución de obras de arte robadas por los nazis (*ad ex.*, *Altmann v. Republic of Austria*, 541 U.S. 677 [2004]; *Fred Westfield et al. v. Federal Republic of Germany*, No. 09-cv-204 [M.D. Tenn., filed Mar. 2, 2009]; *De Csepel v. Republic of Hungary* 859 F.3d 1094 [D.C.Cir. 2017]; *Republic of Hungary, et al. v. Rosalie Simon, et al.*, 592 US _ [2021]³⁰;

²⁴ H.-P. MANSEL, “Eingriffsnormen im internationalen Sachenrecht”, en T. ACKERMANN/J. KÖNDGEN (HRSG.), *Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa: Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2015, pp. 375-382 (pp. 380-381).

²⁵ P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, vol. 2 (*Besonderer Teil*), 2ª ed., München, C.H. Beck, 2019, p. 462; H.-P. MANSEL, “Eingriffsnormen im internationalen Sachenrecht”, en T. ACKERMANN/J. KÖNDGEN (HRSG.), *Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa: Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2015, pp. 375-382 (pp. 377-378); K. SIEHR, “Kulturgüter als *res extra commercium* im internationalen Rechtsverkehr”, en *Lebendiges Recht: von den Sumerern bis zur Gegenwart. Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Verl. Recht und Wirtschaft, 1995, pp. 703-722 (pp. 715-716).

²⁶ M. ANTON, *Rechtshandbuch Kulturgüterschutz und Kunstrestitutionsrecht*, vol. 2 (*Zivilrecht – Guter Glaube im internationalen Kunsthandel*), Berlin, New York, 2010; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 3; S. RUDOLPH, *Restitution von Kunstwerken aus jüdischem Besitz: Dingliche Herausgabeansprüche nach deutschem Recht*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2007, pp. 190-236.

²⁷ *Vid.*, *ad ex.*, K. SIEHR, “Kulturgüter als *res extra commercium* im internationalen Rechtsverkehr”, en *Lebendiges Recht: von den Sumerern bis zur Gegenwart. Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Verl. Recht und Wirtschaft, 1995, pp. 703-722; A. WEIDNER, *Kulturgüter als res extra commercium im internationalen Sachenrecht*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2001.

²⁸ *Vid.*, *ad ex.*, E.K. BANKAS, *The state immunity controversy in international law: private suits against sovereign states in domestic courts*, 2ª ed., Berlin, Springer, 2022; M. BERENTELG, *Die Act-of-State-Doktrin als Zukunftsmodell für Deutschland?: zur Nachprüfung fremder Hoheitsakte durch staatliche Gerichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010; H. FOX/P. WEBB, *The Law of State Immunity*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013; S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, “La inmunidad del Estado y los bienes culturales”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 19, 2015, pp. 153-181 (también, con ligeros cambios, como *Id.*, “Las obras de arte del Estado y su inmunidad”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 10, 2017, pp. 401-426); X. YANG, *State Immunity in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

²⁹ BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Tractatus represaliarum*, 1354, *Questio I/3*, § 10, citado por X. YANG, *State Immunity in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 517, nota 87.

³⁰ Disponible en <https://www.oyez.org/cases/2020/18-1447> (consultado el 13 abril 2023). *Vid.*, *ad ex.*, K.L. BOYD, “International Arbitration and the Future of Holocaust Restitution in the Aftermath of Republic of Hungary v. Simon and Federal Republic of Germany v. Philipp” (4 marzo 2021), disponible en <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/04/in->

Federal Republic of Germany, et al. v. Alan Philipp, et al., 592 US _ [2021]³¹; *Berg v. Kingdom of the Netherlands*, N° 20-1765 [4th Cir. 2022]³²). Como se ha señalado, “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”³³.

Ejemplo 1: Un cuadro perteneciente al Estado español reclamado por los judíos a los que había sido robado por nazis alemanes³⁴. Uno de ellos averiguó dónde se encontraba la pintura impresionista (2000). Tras algunas gestiones que no tuvieron éxito, presentó una demanda de restitución contra el Estado español y el Museo Thyssen-Bornemisza ante los tribunales de California (2005)³⁵. El primer escollo que tenía que salvar el demandante era la *inmunidad de jurisdicción* de, al menos, el Estado español. Éste no era un valladar insalvable: El Tribunal Supremo de los Estados Unidos había resuelto un año antes que la “excepción de expropiación” (*expropriation exception*) era aplicable al expolio de obras de arte por los nazis (*Altmann v Republic of Austria*)³⁶. Según la *Foreign Sovereign Immunities Act*, 28

ternational-arbitration-and-the-future-of-holocaust-restitution-in-the-aftermath-of-republic-of-hungary-v-simon-and-federal-republic-of-germany-v-philipp/ (consultado el 13 abril 2023); W.S. DODGE, “Brief of Professor William S. Dodge as *Amicus Curiae* in Support of Plaintiffs-Appellants, Simon v. Republic of Hungary (February 5, 2018)”, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3118607> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3118607> (consultado el 13 abril 2023); D.G. SAVAGE, “Supreme Court weighs heirs’ claims over forced Jewish art sales during Nazi era”, *Los Angeles Times*, 3 diciembre 2020, disponible en <https://www.latimes.com/politics/story/2020-12-03/supreme-court-weighs-if-heirs-of-jewish-art-dealers-can-sue-over-nazis-forced-sale-of-relics> (consultado el 13 abril 2023); T. SHARMA/A. WHISTLER, “Republic of Hungary v. Simon”, disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/18-1447> (consultado el 13 abril 2023).

³¹ Disponible en <https://www.oyez.org/cases/2020/19-351> (consultado el 13 abril 2023). Comentado por J. MIKOLAJCZAK/D.M. BIALER, “Federal Republic of Germany v. Philipp”, disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/19-351> (consultado el 13 abril 2023); F. ROMANI/A. CHECHI/M.-A. RENOLD, “Case Guelph Treasure – Alan Philipp, Gerald G. Stiebel and Jed R. Leiber v. Germany and Prussian Cultural Heritage Foundation”, Platform ArThemis (<http://unige.ch/art-adr>), Art-Law Centre, University of Geneva, disponible en <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/case-guelph-treasure-2013-alan-philipp-gerald-g-stiebel-and-jed-r-leiber-v-germany-and-prussian-cultural-heritage-foundation-1> (consultado el 13 abril 2023); J. ZEDER, “Looted: A Saga of Nazi-Stolen Art: The maddening tale of the Guelph Treasure’s theft and the enduring quest for restitution by the heirs and their attorney Nicholas O’Donnell ’03.”, *BC Law, Boston College Law School Magazine Online*, Summer 2021, disponible en <https://lawmagazine.bc.edu/2021/07/looted-a-saga-of-nazi-stolen-art/> (consultado el 13 abril 2023).

³² Disponible en <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca4/20-1765/20-1765-2022-02-03.html> y en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-ca4-20-01765/pdf/USCOURTS-ca4-20-01765-0.pdf> (consultados el 13 abril 2023). Comentado por S. DRAWDY, “Multi-million dollar collection remains with the Netherlands after heirs lose U.S. and Dutch claims” (13 mayo 2020 y actualizado el 27 mayo 2020), disponible en <https://ial.uk.com/collection-remains-with-netherlands-after-heirs-lose-us-and-dutch-claims/> (consultado el 13 abril 2023).

³³ *Vid.*, *ad ex.*, G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, “La inmunidad del Estado como límite a la restitución de los bienes expoliados durante el Holocausto”, en L. PÉREZ- PRAT DURBÁN/G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (EDS.), *Holocausto y bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2019, pp. 153-176 (p. 156).

³⁴ *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, 596 U.S. ___ (2022), disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/596/20-1566/#tab-opinion-4571695>. *Vid.*, *ad ex.*, C. KOTUBY, “U.S. Supreme Court decides *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*” (28 abril 2022), disponible en <https://conflictoflaws.net/2022/u-s-supreme-court-decides-cassirer-v-thyssen-bornemisza-collection-foundation/>; M. LUFKIN, “In US Supreme Court hearing over Nazi-looted Pissarro, justices question Spanish museum’s position” (18 enero 2022), disponible en <https://www.theartnewspaper.com/2022/01/18/us-supreme-court-cassirer-pissarro-nazi-loot-hearing>; S. MARTÍNEZ, “Los Cassirer, la familia judía que exige al Thyssen el cuadro que les salvó la vida en la Alemania nazi”, *Diario El Español*, 17 marzo 2018, disponible en https://www.elespanol.com/reportajes/20180317/cassier-familia-exige-thyssen-cuadro-salvo-alemania/292471811_0.html, consultado el 23 enero 2023; N. O’DONNELL, “District Court Dismisses Cassirer Claim for Pissarro against Thyssen Bornemisza Collection by Applying Spanish Law of Adverse Possession”, June 8, 2015, disponible en <https://blog.sullivanlaw.com/artlawreport/2015/06/08/district-court-dismisses-cassirer-claim-for-pissarro-against-thyssen-bornemisza-collection-by-applying-spanish-law-of-adverse-possession/> (consultado el 5 febrero 2023); A. PATEL, “Case Review: *Cassirer et al. v. Thyssen Bornemisza Collection Foundation* (2022)” (27 mayo 2022), disponible en <https://itsartlaw.org/2022/05/27/case-review-cassirer-et-al-v-thyssen-bornemisza-collection-foundation-2022-2/>; D.D. SAVAGE, “Supreme Court hears Californians’ claim to painting taken by Nazis, sold to museum” (18 enero 2022), disponible en <https://www.latimes.com/politics/story/2022-01-18/supreme-court-hears-california-familys-claim-to-painting-taken-by-nazis-sold-to-museum>; S. SHERRY, “What Should Happen Next in *Cassirer*?” (22 abril 2022), *Transnational Litigation Blog*, disponible en <https://tlblog.org/what-should-happen-next-in-cassirer/>; M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court, Entscheidung vom 21. April 2022, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – Cassirer et al. / Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100.

³⁵ *Cassirer v. Kingdom of Spain* 2006 WL 8423211 at *1 (C.D.Cal. 2006).

³⁶ *Altmann v. Republic of Austria* 142 F.Supp.2d 1187 (C.D.Cal. 2001); *aff’d and rem’d* 317 F.3d 954 (9th Cir. 2002); opi-

U.S.C. § 1605 (FSIA), los tribunales estadounidenses tienen competencia judicial internacional, cuando la demanda tenga por objeto la restitución de propiedades que sus legítimos propietarios perdieron en virtud de una violación del Derecho internacional y cuando el Estado extranjero, organismo público extranjero o construcción jurídica instrumental creada y organizada por uno de los anteriores haya realizado actividades comerciales en los Estados Unidos³⁷. En un principio, la defensa del Estado español y su Museo sostuvo que la FSIA era inaplicable en su caso; pero un Tribunal del Noveno Circuito rechazó este alegato, basándose en que ambos demandados eran organismos extranjeros de carácter público y en que era irrelevante, a estos efectos, que España no hubiese participado, en 1939, en la expropiación de la obra, sino que lo hubiera sido la Alemania nazi (2012) (*application to non-expropriating State*): “*In sum, the statute states that the property at issue must have been ‘taken in violation of international law’. It does not state ‘taken in violation of international law by the foreign state being sued’ [...] For these reasons, we conclude that § 1605(a)(3) does not require that the foreign state against whom suit is brought be the foreign state that took the property at issue in violation of international law*”³⁸. El Tribunal recurrió, por tanto, a *dos argumentos*. Primero: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (Digesto, 6.2.8). Segundo: la redacción en voz pasiva de la disposición legal en la que se basaba su razonamiento pone en evidencia que lo relevante es que un Estado se haya apropiado ilegítimamente del objeto de arte, no quién haya sido o si tiene que serlo el Estado que actualmente tiene la obra de arte (*argumento por analogía* extraído de *Dean v. United States*, 556 U.S. 568 [2009])³⁹. El Tribunal del Noveno Circuito zanjó así una cuestión interesante, en la que realmente no entró, a saber: si es un acto estatal *iure gestionis* o *iure imperii* la adquisición por el Estado demandado de la propiedad de una obra de arte de manera legítima, cuando ésta ha sido objeto de una apropiación ilegítima previa que el actual Estado propietario desconocía⁴⁰.

Ejemplo 2: El Estado austríaco estaba en posesión del cuadro “retrato de Adele Bloch-Bauer I” (1917) de GUSTAV KLIMT, comúnmente conocido como *Woman in Gold*, que estuvo expuesto durante muchos años en la Galería estatal de Belvedere, en Viena⁴¹. En el año 2000, la Sra. MARIA ALTMANN, heredera de FERDINAND BAUER-BLOCH, que estaba domiciliada en California desde 1945, solicitó la restitución de dicho cuadro ante los tribunales estadounidenses. Para ello, demandó al Estado austriaco y a la Galería de Belvedere. Austria se opuso a la restitución e invocó su *inmunidad de jurisdicción*. Esto

nion amended and rehearing den’d 327 F.3d 1246 (9th Cir. 2003); aff’d on other grounds 541 U.S. 677 (2004); 377 F.3d 1105 (9th Cir. 2004); 335 F.Supp.2d 1066 (C.D.Cal. 2004). Sieher ferner 538 U.S. 1029 (2003) – granting stay und 539 U.S. 987 (2003) – granting certiorari in part. *Vid., ad ex.*, D.P. VANDENBERG, “In the Wake of Republic of Austria v. Altmann: The Current Status of Foreign Immunity in United States Courts”, *University of Colorado Law Review*, 77, 2006, pp. 739-766.

³⁷ *Cassirer v. Kingdom of Spain* 461 F.Supp.2d 1157, 1178 (C.D.Cal. 2006); aff’d in part, rev’d in part 580 F.3d 1048 (9th Cir. 2009); rev’d en banc 616 F.3d 1019 (9th Cir. 2010): “*The Court concludes that Defendants have engaged such numerous commercial contacts with the United States that the ‘commercial activity’ element of the expropriated property exception is easily established [...] There are sales to United States residents of reproductions of the Painting, [...] and hundreds of other contacts involving the purchase and sale of merchandise [...] some of which are directly related to Picasso and even the Painting itself*”.

³⁸ *Cassirer v. Kingdom of Spain* 616 F.3d 1019, 1031 f. (9th Cir. 2010). Sobre esta cuestión, *vid., ad ex.*, B.L. HAY, “*Cassirer v. Kingdom of Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*”, en *Id.*, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, § 7.3.1.

³⁹ Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/556/568/> (consultado el 10 febrero 2023).

⁴⁰ *Vid., ad ex.*, B. ARP, “Dos males, un bien no hacen: el asunto Cassirer ante los tribunales estadounidenses y la inmunidad de jurisdicción de España”, *REDI*, 63, 2, 2011, pp. 161-177; G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, “La inmunidad del Estado como límite a la restitución de los bienes expoliados durante el Holocausto”, en L. PÉREZ- PRAT DURBÁN/G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (EDS.), *Holocausto y bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2019, p. 167.

⁴¹ *Altmann v. Republic of Austria* 142 F.Supp.2d 1187 (C.D.Cal. 2001); aff’d and rem’d 317 F.3d 954 (9th Cir. 2002); opinion amended and rehearing den’d 327 F.3d 1246 (9th Cir. 2003); aff’d on other grounds 541 U.S. 677 (2004); 377 F.3d 1105 (9th Cir. 2004); 335 F.Supp.2d 1066 (C.D.Cal. 2004). Sieher ferner 538 U.S. 1029 (2003) – granting stay und 539 U.S. 987 (2003) – granting certiorari in part. *Vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El caso Klimt”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (COORDS.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, Colex, 2008, pp. 61-86; M.J. CHORAZAK, “Clarity and Confusion: Did Republic of Austria v. Altmann Revive State Department Suggestions of Foreign Sovereign Immunity”, *Duke L.J.*, 55, 2005, pp. 373-404; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 84-88; W.H. RECHBERGER, “Adele, Amalie und das Belvedere. Zur Kunstrückgabe am Beispiel zweier Klimt-Porträts”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 62-73.

último era comprensible; puesto que, en aquel momento, no estaba claro en la jurisprudencia estadounidense si la *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*, que había sido aprobada en 1976, tenía efectos retroactivos; es decir, si era aplicable a actos jurídicos anteriores a esa fecha o si, por el contrario, los litigios jurídicos, cuyo origen se encontrase en tiempos de la Segunda Guerra Mundial, debían resolverse exclusivamente con la legislación vigente en aquella época -que, a diferencia de la FSIA, seguía la teoría de la *inmunidad absoluta* del Estado extranjero-. Con *Altmann v. Republic of Austria*, el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió dicha cuestión en favor de la aplicación retroactiva de la FSIA y, por tanto, de los intereses de los demandantes (*Altmann v. Republic of Austria* 541 U.S. 677 [2004]): “[...] we affirm the panel’s judgment because the Act, [...] clearly applies to conduct, like petitioners’ alleged wrongdoing, that occurred prior to 1976 and, for that matter, prior to 1952 when the State Department adopted the restrictive theory of sovereign immunity”⁴².

2. Dos casos célebres en los que ha participado España

8. Dos casos litigiosos muestran hasta qué punto dichas controversias legales pueden ser variadas:

A) Naufragio en aguas internacionales y Derecho internacional privado: *Odyssey* y *Nuestra Señora de las Mercedes* (2009)

9. La compañía americana *Odyssey* recuperó el pecio conocido como *Black Swan*, que correspondía a la fragata de guerra española *Nuestra Señora de las Mercedes*⁴³. Este navío fue hundido el 5 de octubre de 1804 en aguas del Atlántico, en la batalla del cabo Santa María (5 octubre 1804), frente a las costas del Algarve portugués, por otra fragata inglesa, aunque no existía ninguna declaración previa de guerra⁴⁴. Unos dos meses después de la pérdida de la fragata, el rey español Carlos IV declaró formalmente la guerra a Gran Bretaña, lo que llevó a un desastre aún mayor, la batalla de Trafalgar (21 octubre 1805)⁴⁵. Los restos del naufragio de la *Mercedes* constaban de cerca de 600.000 monedas de oro y plata, entre otros objetos.

⁴² *Altmann v. Republic of Austria* 541 U.S. 677, 700 (2004).

⁴³ *Vid.*, ad ex., M.A. ALCOCEBA GALLEGU, “Algunas consideraciones sobre los aspectos competenciales del caso *Odyssey* y el régimen de protección del patrimonio subacuático español”, en C.R. FERNÁNDEZ LIESA/J.J. PRIETO DE PEDRO (DIR.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural: especial referencia a España*, Madrid, Colex, 2009, pp. 455-462; F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, “El asunto del ‘Nuestra señora de la Mercedes’ (*Odyssey*)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 17, 2009; F. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La fragata del rey Nuestra Señora de las Mercedes”, *Desperta Ferro. Arqueología e Historia*, nº 3, 2015, pp. 32-37; C. GARCÍA DEL PINO/F. ESCOBAR GUIO, “Almiranta ‘Nuestra Señora de las Mercedes’: Naufragio”, *Revista de arqueología*, Año nº 24, nº 262, 2003, pp. 54-59; S. GARCÍA RAMÍREZ, “La última misión de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes”, *Revista de Historia Naval*, año nº 32, nº 127, 2014, pp. 27-41; G. GIMÉNEZ DE LA CUADRA, “La fragata nuestra Señora de las Mercedes y el caso *Odyssey*”, *La Toga*, nº 177, 2010, pp. 40-41; J.A. GOULD/E. DE CABO, “España gana el caso Nuestra Señora de las Mercedes: un éxito jurídico, histórico y cultural”, en *El último viaje de la fragata Mercedes: la razón frente al expolio. Un tesoro cultural recuperado*, Madrid, Museo Naval, Museo Arqueológico Nacional, 2014, pp. 135-145; C. GUTIÉRREZ NEIRA/I. MONTERO RUIZ/C. MARCOS ALONSO, “Análisis elemental de las monedas de oro procedentes de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes (1804)”, en P. GRAÑEDA MIÑÓN (ED. LIT.), *Patrimonio numismático y museos: actas XV Congreso Nacional de Numismática. Madrid, 28-30 de octubre de 2014*, Madrid, 2016, pp. 643-654; C. MARCOS ALONSO, “Las monedas de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes, una historia mutilada”, en F.X. NIETO PRIETO/M. BETHENCOURT NÚÑEZ (COORD.), *Arqueología subacuática española: Actas del I Congreso de Arqueología Náutica y Subacuática Española, Cartagena, 14, 15 y 16 de marzo de 2013*, vol. 1, 2014, pp. 313-322; C. MARCOS ALONSO/P. OTERO MORÁN/P. GRAÑEDA MIÑÓN, “Las monedas de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes”, en *El último viaje de la fragata Mercedes: la razón frente al expolio. Un tesoro cultural recuperado*, Madrid, Museo Naval, Museo Arqueológico Nacional, 2014, pp. 337-350; F.X. NIETO PRIETO, “El cargamento de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes: un proyecto arqueológico y museístico”, en F.X. NIETO PRIETO/M. BETHENCOURT NÚÑEZ (COORD.), *Arqueología subacuática española: Actas del I Congreso de Arqueología Náutica y Subacuática Española, Cartagena, 14, 15 y 16 de marzo de 2013*, vol. 1, 2014, pp. 305-312.

⁴⁴ Las razones que llevaron a la flota británica a atacar las explica S. GARCÍA RAMÍREZ, “La última misión de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes”, *Revista de Historia Naval*, año nº 32, nº 127, 2014, pp. 27 y ss. (pp. 35-38).

⁴⁵ S. GARCÍA RAMÍREZ, “La última misión de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes”, *Revista de Historia Naval*, año nº 32, nº 127, 2014, pp. 38-41.

El buque español fue reflotado por la empresa americana Odyssey y llevado a Florida -que lo proclamó el 18 mayo 2007-. En su anuncio público, la empresa estadounidense, que bautizó la operación como *cisne negro* (*Black Swan*), no indicó ni la ubicación ni el pabellón del navío⁴⁶. El pecio se encontraba en aguas internacionales, fuera de toda soberanía territorial de cualquier Estado.

10. Debe recordarse que:

- a) La Compañía Odyssey sostuvo que, aunque la fragata pertenecía a la Armada Española, se encontraba en una misión comercial, contratada de forma privada y transportando carga de propiedad privada. El navío puede ser un “buque de Estado”, pero no su cargamento, que nunca había sido propiedad del Reino de España.
- b) Por otra parte, la República del Perú mantuvo que el tesoro fue fabricado en el Perú con metales peruanos y, por lo tanto, le pertenecía⁴⁷.
- c) El Reino de España alegó que *Nuestra Señora de las Mercedes* era un buque de Estado y, por lo tanto, pertenecía al Estado español.

11. En la resolución del caso por los tribunales estadounidenses se declaró que:

- a) El navío *Nuestra Señora de las Mercedes* era una nave de Estado propiedad del Reino de España.
- b) Por consiguiente, los tribunales estadounidenses no tenían competencia para decidir sobre la propiedad del pecio. La inmunidad soberana aplicable a los buques de Estados extranjeros impedía que los tribunales estadounidenses se pronunciasen sobre la cuestión de su propiedad⁴⁸.

12. Fue Odyssey quien inició el proceso judicial ante los jueces norteamericanos, que culminó con el informe y la recomendación del Tribunal de Tampa (Florida) de 3 junio 2009, cuyo ponente fue el juez MARK A. PIZZO⁴⁹. Por tanto, no fue el Reino de España quien reivindicó la propiedad del pecio ante los tribunales estadounidenses.

13. El 22 diciembre 2009, el Juez de distrito estadounidense STEVEN D. MERRYDAY desestimó las demandas de Odyssey y Perú, considerando que carecía de jurisdicción para conocer del caso, y ordenó a Odyssey que restituyese los restos del naufragio que tuviera en su poder a España⁵⁰.

Todo el cargamento fue entregado al Reino de España por el tribunal norteamericano, únicamente como depósito, en espera de una decisión del tribunal competente sobre la cuestión de su *propiedad* y eventualmente de los *derechos de Odyssey* derivados de su descubrimiento. El tesoro se encuentra ahora en el *Museo marítimo de Cartagena*.

⁴⁶ Sobre los argumentos de Perú, F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, “El asunto del ‘Nuestra señora de la Mercedes’ (Odyssey)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 17, 2009, pp. 16-17.

⁴⁷ Sobre la identificación del pecio y su ubicación, F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, “El asunto del ‘Nuestra señora de la Mercedes’ (Odyssey)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 17, 2009, pp. 4-6.

⁴⁸ F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, “El asunto del ‘Nuestra señora de la Mercedes’ (Odyssey)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 17, 2009, pp. 7-16.

⁴⁹ Case N°. 8:07-CV-614-SDM-MAP. United States District Court. Middle District of Florida. Tampa Division. *Odyssey marine exploration, inc. (plaintiff) v. The Unidentified Shipwrecked Vessel (defendant in rem) and The Kingdom of Spain, The Republic of Peru, et al. (claimants)*. El texto íntegro está disponible en https://www.gc.noaa.gov/documents/2012/122209_Mercedes-black_swan.pdf (consultado el 30 diciembre 2022); <https://www.culturaydeporte.gob.es/fragatamercedes/dam/jcr:8c6c973b-e529-45b8-88d6-fa3df2829650/02--order-district-judge--22-12-2009.pdf> (consultado el 30 diciembre 2022).

⁵⁰ *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel*, Case N° 8:07-cv-614-T-23MAP, Order of the District Judge, 22 December 2009. El texto íntegro está disponible en <https://case-law.vlex.com/vid/odyssey-marine-v-unknown-891049376> (consultado el 30 diciembre 2022) ; https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/case-law-doc/trafficking-cultural-property/crimetype/usa/2012/case_shipwreck_mercedes_html/Odyssey_Marine_v._Unidentified_Shipwrecked_Vessel_675_F_Supp._2d_1126_-_Dist.pdf (consultado el 30 diciembre 2022). *Vid.* V.S. VADI, “International Law and the Uncertain Fate of Military Sunken Vessels”, *The Italian Yearbook of International Law*, 19, 1, 2010, pp. 253-276.

B) El caso *Cassirer* (2022)

14. En 1900, PAUL CASSIRER, que tenía una galería de arte en Berlín, compró el cuadro *Rue de Saint-Honoré dans l'après-midi. Effet de pluie* (*Rue Saint-Honoré por la tarde. Efecto de lluvia*) a un agente del pintor CAMILLE PISSARRO, que era de origen judío⁵¹.

En 1939, el cuadro pertenecía a LILLY CASSIRER NEUBAUER, la hija de PAUL. Ésta se vio forzada a vender el cuadro para obtener un visado de salida al Reino Unido para ella y su segundo marido, que deseaban huir de la Alemania nazi. LILLY aceptó, como precio de venta, 900 Reichsmark, el equivalente a 360 dólares estadounidenses de 1939, una cantidad muy por debajo de su valor real⁵²; aunque, en realidad, nunca recibió el dinero: se pagó en una cuenta ya bloqueada (*Sperrkonto*) por el régimen nazi. El cuadro fue comprado por JAKOB SCHEIDWIMMER, marchante miembro del partido nacionalsocialista, quien, a su vez, lo revendió a JULIUS SULZBACHER, coleccionista de arte judío, que huyó con él a Países Bajos. Durante la ocupación alemana de este país, el cuadro fue confiscado por la Gestapo y devuelto a Alemania, donde un comprador anónimo lo adquirió en pública subasta.

LILLY y su marido lograron escapar a Estados Unidos desde un campo de concentración en Marruecos.

Se sabe que, en 1951, SYDNEY BRODY, coleccionista estadounidense, compró el cuadro en la galería de FRANK PERLS, en Beverly Hills (California, EE.UU.). En 1952, siguiendo las instrucciones del Sr. BRODY, el mismo marchante al que lo compró puso el cuadro a la venta en la Galería Knoedler de Nueva York (EE.UU.). En ese año, SYDNEY SCHOENBERG, un coleccionista de Missouri (EE.UU.) lo compró para su colección privada en St. Louis, Missouri (EE.UU.), donde permaneció entre 1952 y 1976.

15. Una vez finalizada la guerra, LILLY reclamó la restitución del cuadro a la República Federal de Alemania. De hecho, en 1950 interpuso una demanda ante los tribunales alemanes. La devolución no se pudo llevar a cabo; puesto que, tras la pública subasta antes mencionada, el cuadro se hallaba en *paradero desconocido*. En 1958, LILLY aceptó recibir una compensación del Gobierno de la República Federal de Alemania. Éste la reconoció como propietaria y le otorgó, como reparación, 120.000 marcos. Las partes consideraron que esta cantidad, que equivaldría hoy a 250.000 \$, era un precio justo. En la actualidad, el Pissarro está valorado en decenas de millones de dólares. Como consecuencia del acuerdo transaccional, ni LILLY ni sus herederos intentaron de nuevo localizar o recuperar el cuadro. De esa transacción, deben destacarse tres datos: 1º) Además de LILLY, se benefició la heredera de J. SULZBACHER, que recibió 14.000 marcos del total de 120.000 antes indicado. 2º) Como consecuencia del acuerdo transaccional, LILLY renunció al ejercicio de cualquier *acción futura contra las otras partes* de este acuerdo -es decir, el Estado alemán, JAKOB SCHEIDWIMMER y JULIUS SULZBACHER (en realidad, la heredera de éste)-. Conforme a la regla *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, un acuerdo no crea obligaciones ni derechos para terceros sin su consentimiento. 3º) El acuerdo transaccional entre el Gobierno alemán y unos particulares víctimas del nacionalsocialismo se alcanzó en virtud de la legislación especial dictada para solventar situaciones de este tipo⁵³ y, en concreto, la *Ley federal que regula las obligaciones monetarias del Reich alemán y entidades legales equivalentes sujetas a la Ley de restitución* (*Bundesgesetz zur Regelung der rückerstattungsrechtlichen Geldverbindlichkeiten des Deutschen Reichs und gleichgestellter Rechtsträger [Bundesrückerstattungsgesetz - BRüG]*) de 19 julio 1957⁵⁴.

16. En 1976, el cuadro fue comprado en la *Stephen Hahn Gallery* de Nueva York por el Barón HANS HEINRICH THYSSEN-BORNEMISZA, heredero de un imperio siderúrgico en Alemania, que pagó

⁵¹ <https://www.museothyssen.org/coleccion/artistas/pissarro-camille/rue-saint-honore-tarde-efecto-lluvia>.

⁵² *Cassirer v. Kingdom of Spain* 616 F.3d 1019, 1023 (9th Cir. 2010).

⁵³ Sobre esta normativa especial, *vid., ad ex.*, H.-J. BRODESSER, *Wiedergutmachung und Kriegsfolgenliquidation: Geschichte - Regelungen - Zahlungen*, München, Beck, 2000, pp. 82-130; A. LEHMANN-RICHTER, "Die gerichtliche Beurteilung rückwirkender Gesetzesänderungen im Wiedergutmachungsrecht", *forum historiae iuris*, Artikel vom 11. Dezember 2002, disponible en <https://forhistiur.net/media/zeitschrift/0212lehmann-richter.pdf> (consultado el 2 enero 2023).

⁵⁴ Texto completo disponible en https://www.gesetze-im-internet.de/br_g/BJNR007340957.html (consultado el 2 enero 2023).

275.000 dólares por él y otros tres cuadros⁵⁵. El Barón se llevó el cuadro a su residencia en Lugano (Suiza), donde formó parte de la Colección Thyssen-Bornemisza. Consta que, desde entonces hasta 1990, el cuadro de PISARRO viajó fuera de Suiza, como parte de *siete exposiciones temporales*, que tuvieron lugar en Australia, Japón, Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y España. Cada una de ellas fue objeto, en su momento, de una *amplia publicidad*.

17. En 1993, el Barón vendió el cuadro y casi toda su colección al Reino de España, a la Colección Thyssen-Bornemisza, entidad creada por el Estado español⁵⁶. El Reino de España pagó 300 millones de dólares por la colección y le cedió el edificio del antiguo palacio de Villahermosa. Fue decisivo para que el barón rechazara otras ofertas el hecho de que estuviese casado con la española TITA CERVERA, su quinta esposa.

18. El nieto de LILLY, CLAUDE, se enteró, en 1999, de que el cuadro estaba en Madrid y demandó a la Fundación Thyssen ante los tribunales de California, reclamando la restitución del cuadro⁵⁷.

19. El Estado español y la Fundación Thyssen-Bornemisza sostuvieron que los tribunales de California carecían de jurisdicción en este caso; porque se trataba de un Estado extranjero que, como tal, se beneficiaría de la inmunidad de jurisdicción y ejecución que le reconocía el Derecho internacional (*Foreign State Immunity*)⁵⁸. La formulación de la *excepción de jurisdicción* por la parte española era *anacrónica y errónea*. Era anacrónica; porque, ya en aquel momento, el Derecho internacional había abandonado la *teoría de la inmunidad absoluta* del Estado extranjero y la había sustituido por la *teoría de la inmunidad relativa* del Estado extranjero. Era errónea porque, como consecuencia de lo anterior, era preciso determinar cuáles eran los supuestos en los que se consideraba que el Estado extranjero conservaba su inmunidad (*acta iure imperii*) y cuales eran aquéllos en los que se comportaba como un particular cualquiera y, por tanto, carecía de aquélla (*acta iure gestionis*). Éstos no debían buscarse en el Derecho internacional general ni en la práctica antigua práctica de los tribunales estadounidenses, sino en el Derecho federal de los Estados Unidos: la “Ley de inmunidades” (*The Foreign Sovereign Immunities Act [FSIA]* de 1976)⁵⁹. Según la *Foreign Sovereign Immunities Act*, 28 U.S.C. § 1605(a)(3), “*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 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 [...]*”.

⁵⁵ “La rue Saint Honoré de Pissarro: de los Cassirer al barón Thyssen-Bornemisza”, en *Los grandes robos de arte: Las obras robadas de la historia del arte*, disponible en <https://losgrandesrobosdearte.wordpress.com/2022/04/08/la-rue-saint-honore-de-pissarro-de-los-cassirer-al-baron-thyssen-bornemisza/> (consultado el 8 enero 2023).

⁵⁶ I. GUARDANS I CAMBÓ, “El contrato de adquisición de la colección Thyssen-Bornemisza”, *REDI*, 45, 2, 1993, pp. 604-608.

⁵⁷ *Vid., ad ex.*, C.M. DIEZ SOTO, “Cassirer v. Fundación Thyssen: adquisición por usucapción extraordinaria de obra de arte robada durante el holocausto”, *CDT*, 8, 2, 2016, pp. 377-403; B.L. HAY, “Cassirer v. Kingdom of Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, en *Id.*, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, pp. 269-307.

⁵⁸ *Vid., ad ex.*, B.L. HAY, “Cassirer v. Kingdom of Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, en *Id.*, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, pp. 272-276; S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, “Algunas reflexiones sobre el caso *Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza* desde el Derecho Internacional Público”, en L. PÉREZ-PRAT DURBÁN/G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (EDS.), *Holocausto y bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2019, pp. 203-243; E. ZARRINI, “Of Hitler and Camille Pissarro: Jurisdiction in Nazi Art Expropriation Cases under the Foreign Sovereign Immunity Act”, *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, 16, 2011, pp. 437-463.

⁵⁹ *Vid., ad ex.*, AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (Fourth) of the Foreign Relations Law of the United States. Tentative Draft*, Philadelphia, PA, American Law Institute, 2016, §§ 455-463; L.P. MALSON ET AL., “The Foreign Sovereign Immunities Act: 2009 Year in Review”, *Law & Business Review of the Americas*, 17, 2011, pp. 39-80, disponible en <https://scholar.smu.edu/lbra/vol17/iss1/5> (consultado el 15 marzo 2023); D.P. VANDENBERG, “In the Wake of Republic of Austria v. Altmann: The Current Status of Foreign Immunity in United States Courts”, *University of Colorado Law Review*, 77, 2006, pp. 739-766; C.A. WHYTOCK, “Foreign State Immunity and the Right to Court Access”, *Boston University Law Review*, 93, 2013, pp. 2033-2093.

A la luz de esta normativa el Tribunal de Distrito de California consideró que efectivamente la Fundación Thyssen era o se asemejaba a una fundación estatal: era una “*instrumentality*”; puesto que, aunque tenía gestión privada, el Estado español la había creado, la había organizado, había comprado los cuadros que integraban su colección y, además, tenía amplios poderes para nombrar a los directores-, y, por tanto, sí estaba sometida a los tribunales de California en virtud del FSIA⁶⁰. Si el Tribunal de Distrito californiano no profundizó más ni la demandada española recurrió en apelación es porque, por un lado, se trataba de una excepción procesal de la que todos eran conscientes de que tenía un corto recorrido y, por otro, que la FSIA no consideraba inmunes a las “actividades en violación del Derecho internacional”, que, como se verá, fue un tema muy polémico en su momento -aunque, hoy en día, cueste imaginarlo-. Desde entonces, el enfrentamiento por el cuadro de Pissarro entre los Cassirer y la Fundación Thyssen-Bornemisza dejó de ser sólo un litigio, para convertirse en una *saga* de ellos, larga, compleja y apasionante⁶¹.

20. En abril de 2022, el Tribunal Supremo de EE. UU. dictaminó que se debe aplicar la regla de conflicto de leyes de California, no la regla federal de conflicto de leyes de EE.UU.⁶².

21. Como consecuencia de ello, así es como están las cosas ahora:

— Si se aplicase la *Ley española*: el barón HANS HEINRICH VON THYSSEN-BORNEMISZA lo compró, junto con otros tres cuadros, en 1976, de buena fe (buena fe confirmada por la Corte Suprema de los Estados Unidos) por 275.000 dólares a una galería de Nueva York⁶³. Pertenece al museo español del Reino de España por varias razones:

- a) La adquisición por parte del Museo Thyssen se ha realizado de buena fe por un tercero y, aunque el bien sea sustraído, ha sido un hecho de dominio público durante tres años (art. 1956 CC).
- b) Si el comprador es de mala fe, con seis años de posesión adquiere la propiedad. El Thyssen exhibió el Pissarro durante casi ocho años antes de que los Cassirer exigieran su restitución por primera vez en 2001, un año después de que CLAUDE lo hubiera localizado⁶⁴.

— Si se aplicase la *Ley de California*: Según la ley de California, un objeto obtenido de este modo (contrario al Derecho internacional) no puede crear un título legítimo incluso si el adquirente actúa de buena fe. El cuadro sería propiedad de Claude, el nieto de la anterior propietaria⁶⁵.

⁶⁰ B.L. HAY, “Cassirer v. Kingdom of Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, en *Id.*, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, p. 273.

⁶¹ *Cassirer v. Kingdom of Spain et al.* 2006 WL 8423211 (C.D.Cal. 2006); 461 F.Supp.2d 1157 (C.D.Cal. 2009); *aff'd* in part, *rev'd* in part, *rem'd* 580 F.3d 1048 (9th Cir. 2009) – Cassirer I; order for rehearing en banc 590 F.3d 981 (9th Cir. 2009); *diss'd* in part, *aff'd* in part 616 F.3d 1019 (9th Cir. 2010); *cert. den.* 564 U.S. 1037; 2012 WL 12875771 (C.D.Cal. 2012); 2012 WL 12882881 (C.D.Cal. 2012); *aff'd* in part, *rev'd* in part and *rem'd* 737 F.3d 613 (9th Cir. 2013) – Cassirer II; 2014 WL 5510996 (C.D.Cal. 2014); 2015 WL 12672087 (C.D.Cal. 2015); 153 F.Supp.3d 1148 (C.D.Cal. 2015); *rev'd* and *rem'd* 862 F.3d 951 (9th Cir. 2017) – Cassirer III; *cert. den.* 138 S.Ct. 1992 (Mem); C.D.Cal. 2019 – findings of facts and conclusions of law, disponible *online* en <https://www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2019/05/CassirerThyssen-JUDGMENT.pdf> (consultado el 12 abril 2023); *aff'd* 2020 WL 4746626 (9th Cir. 2020) – Cassirer IV; *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Found.*, 142 S. Ct. 1502, 1506 (2022) – Cassirer V. Para una relación de las sentencias estadounidenses sobre este asunto, *vid.* https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20-1566/185307/20210729143916595_20-1566%20Brief%20in%20Opposition.pdf (consultado el 6 febrero 2023). *Vid.* “Nota de la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza sobre el fallo del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso Cassirer v. Fundación Colección Thyssen- Bornemisza”, disponible en https://www.museothyssen.org/sites/default/files/document/2022-04/Nota_Pissarro_22.04.2022.pdf (consultado el 22 enero 2023).

⁶² *Vid.* M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court, Entscheidung vom 21. April 2022, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – Cassirer et al. / Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100.

⁶³ C. ECKL, *Treu und Glauben im spanischen Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

⁶⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos reales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 3589-3721 (pp. 3627-3628).

⁶⁵ LAW JOURNAL EDITORIAL BOARD, “Choice of Law Question Settled: The Supreme Court issued a little-noticed but important clarifying decision resolving a lopsided circuit split”, *New Jersey Law Journal*, 12 junio 2022, disponible en <https://www.law.com/njljournal/2022/06/12/choice-of-law-question-settled/> (consultado el 20 febrero 2023).

22. Cabe observar que la solución a la que conduce el Derecho español equivale a la que resultaría en caso de que se aplicaran otras legislaciones europeas -como, *ad ex.*, el ordenamiento italiano-. En el *Derecho italiano*, la persona que compra en Italia, de buena fe, bienes robados adquiere tales bienes por usucapión con posesión de diez años y, si es poseedor de mala fe, se requiere posesión de veinte años (art. 1161 CC). Además, el adquirente y propietario de buena fe de cosas muebles, con justo título, adquiere la propiedad de tales cosas en forma definitiva e irrevocable (art. 1153 CC)⁶⁶.

23. La *regla de conflicto de leyes aplicable es lex rei sitae* tanto si el caso se resuelve en los tribunales de Estados Unidos o España o Italia: el cuadro estaba en España, cuando el Estado español lo compró en 1993; porque toda la colección ya estaba arrendada por España. Por consiguiente, en tanto el bien se encontraba en España, se aplica la ley española con las consecuencias antes señaladas.

II. Concepto de “obras de arte robadas por los nazis”

24. Muchas de las obras de arte robadas por los nazis han acabado siendo objeto de litigios ante los tribunales de los Estados Unidos⁶⁷. Ahora bien cabe preguntarse a qué nos referimos exactamente cuando hablamos de “obras de arte robadas por los nazis”⁶⁸. Se trata de un concepto muy preciso en el que cabe distinguir un *elemento material*, un *elemento espiritual* y un *elemento temporal*.

25. El término “robo” debe ser comprendido en un *sentido amplio*⁶⁹. Con él nos referimos a cualquier cambio de propiedad como consecuencia del cual se haya privado a un propietario judío de una obra de arte; ya sea por confiscación, robo, hurto, venta forzosa o venta a un precio mucho más bajo que el del mercado para financiar la huída al extranjero⁷⁰.

26. Los *motivos* para que a tales personas se les privase de su propiedad fueron la raza (*Rasische Verfolgung*), la religión (*Verfolgung aus Gründen des Glaubens*), la ideología (*Verfolgung aus Gründen der Weltanschauung*), la oposición al nacionalsocialismo (*Politische Verfolgung*) u otras causas (*weitere Verfolgungsgründe*)⁷¹. Se trataba, en definitiva, de víctimas de actos despiadados y cobardes de un régimen bárbaro.

27. Los robos de obras de arte tuvieron lugar entre el 30 enero 1933 y el 8 mayo 1945 (art. 1.1 de la *Military Government Law 59, “Restitution of Identifiable Property”*, November 10, 1947 [*Gesetz Nr. 59: Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände der Militärregierung Deutschland – Amerikanisches Kontrollgebiet – vom 10.11.1947, ABl. der US-Militärregierung v. 10.11.1947*])⁷². La Ley nº

⁶⁶ G. MAGRI, “Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten und die Besonderheiten des italienischen Rechts im europäischen Kontext”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 215-224.

⁶⁷ *Vid.*, *ad ex.*, B.L. HAY, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.

⁶⁸ *Vid.* *Lootedart.com., The Central Registry of Information on Looted Cultural Property 1933-1949*, disponible en <https://www.lootedart.com> (consultado el 14 febrero 2023). *Vid.*, *ad ex.*, I. LINDSAY, “World War II, Hitler, Goering and the other Nazi leaders”, en ID., *The History of Loot and Stolen Art from Antiquity until the Present Day*, London, Unicorn Press Ltd, 2014; L. PÉREZ- PRAT DURBÁN/G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (EDS.), *Holocausto y bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2019.

⁶⁹ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 3, nota 14.

⁷⁰ *Vid.*, *ad ex.*, H. HARTUNG, *Kunstraub in Krieg und Verfolgung: die Restitution der Beute- und Raubkunst im Kollisions- und Völkerrecht*, Berlin, De Gruyter Recht, 2005, pp. 59-63; S. RUDOLPH, *Restitution von Kunstwerken aus jüdischem Besitz: Dingliche Herausgabeansprüche nach deutschem Recht*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2007, pp. 11-56.

⁷¹ *Vid.*, *ad ex.*, H.-J. BRODESSER, *Wiedergutmachung und Kriegsfolgenliquidation: Geschichte - Regelungen – Zahlungen*, München, Beck, 2000, pp. 96-103; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 3, nota 14.

⁷² Texto disponible en <https://dfs.ny.gov/system/files/documents/2019/02/us-military-law-59.pdf> (consultado el 7 febrero 2023). *Vid.*, *ad ex.*, J.M. FERGUSON, “Military Government Property Laws in Occupied Germany”, *Kentucky Law Journal*, 37,

59 del Gobierno militar americano marcó la senda que siguieron las leyes análogas de las otras potencias occidentales de ocupación (Gran Bretaña y Francia)⁷³.

28. Cabe preguntarse si la restitución de las obras de arte robadas por el Estado nacionalsocialista es una *cuestión carente de interés*. La respuesta es “no”. Se calcula que el régimen nazi llegó a robar entre 600.000 a 650.000 obras de arte⁷⁴. Esto supuso 1/3 de todas las obras de arte de particulares que había en Europa⁷⁵. ROBERT G. STOREY, fiscal estadounidense en el juicio contra los principales criminales de guerra en Nuremberg, proclamó que el expolio de arte por el Tercer Reich equivalía a todos los tesoros del Museo Metropolitano de Arte de Nueva York, el Museo Británico de Londres, el Louvre de París y la Galería Tretyakov de Moscú juntos⁷⁶. B. SCHWARZ lo resumió con estas palabras: “Probablemente fue el mayor robo de arte de todos los tiempos” (*Es war wahrscheinlich der größte Kunstraub aller Zeiten*)⁷⁷.

Actualmente quedan por restituirse unas 100.000 de ellas⁷⁸. Con esta cantidad de obras de arte robadas, no puede extrañar que se siga litigando sobre su propiedad; aunque hayan transcurrido más de 75 años desde que finalizó la Segunda Guerra mundial.

Ejemplo 1: Uno de los países más castigados por el expolio de obras de arte durante la Segunda Guerra Mundial y los años que siguieron a ésta fue Polonia⁷⁹. Se calcula que, como consecuencia de la rapiña nazi (1939-1944) y soviética (1944-1950), perdió cerca de 516.000 obras de arte -lo que supuso más del 70% de su patrimonio artístico-⁸⁰.

1, 1948, pp. 45-56 (pp. 54-55), disponible en <https://uknowledge.uky.edu/klj/vol37/iss1/3> (consultado el 7 febrero 2023); J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 11-12.

⁷³ Vid. *Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände an Opfer der nationalsozialistischen Unterdrückungsmaßnahmen der Militärregierung Deutschland – Britisches Kontrollgebiet – vom 12.05.1949* (VOBl. der britischen Militärregierung, S. 152); *Anordnung BK/O (49) 180 der Alliierten Kommandantur Berlin für die westlichen Sektoren von Berlin vom 12.05.1949 – Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände an Opfer der nationalsozialistischen Unterdrückungsmaßnahmen (REAO)* (VOBl. für Groß-Berlin, S. 221); *VO Nr. 120 über die Rückerstattung geraubter Vermögensobjekte vom 10.11.1947 der Militärregierung Deutschland (Französisches Kontrollgebiet)* (ABl. der französischen Oberkommandos in Deutschland Nr. 119 v. 14.11.1947, S. 1219). Vid., ad ex., J. LILLTEICHER, *Raub, Recht und Restitution – Die Rückerstattung jüdischen Eigentums in der frühen Bundesrepublik*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2007; D. MOLL, *Ausführverbote für NS-Raubkunst*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2017; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 11-14; S. RUDOLPH, *Restitution von Kunstwerken aus jüdischem Besitz: Dingliche Herausgabeansprüche nach deutschem Recht*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2007, pp. 69-114.

⁷⁴ D. MOLL, *Ausführverbote für NS-Raubkunst*, Berlin, Boston, de Gruyter, 2017, p. 3.

⁷⁵ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 1-2.

⁷⁶ R. SEYDEWITZ/MAX SEYDEWITZ, *Die Dame mit dem Hermelin. Der größte Kunstraub aller Zeiten*, Berlin, Henschelverlag, 1963, p. 48.

⁷⁷ B. SCHWARZ, *Auf Befehl des Führers: Hitler und der NS-Kunstraub*, Darmstadt, Theiss, 2014, p. 11.

⁷⁸ L.M. KAYE, “Avoidance and Resolution of Cultural Heritage Disputes: Recovery of Art Looted During the Holocaust”, *Willamette J. Intl L. & Dis. Res.*, 14, 2006, pp. 243-268 (p. 244). Siguiendo su estela, J. BARNES, “Holocaust Expropriated Art Recovery (HEAR) Act of 2016: A Federal Reform to State of Limitations for Art Restitution Claims”, *Colum. J. Transant'l L.*, 56, 2018, pp. 593-635 (p. 598); J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 2.

⁷⁹ Vid., ad ex., S. AREND, “‘Die Faszination des Möglichen’: Die Beteiligung von Prof. Dr. Dagobert Frey (Universität Breslau) und Prof. Dr. Otto Kletzl (Reichsuniversität Posen) am NS-Kulturrab im besetzten

Polen in der Zeit des Zweiten Weltkriegs”, en R. DEHNEL (HRSG.), *NS-Raubgut in Museen, Bibliotheken und Archiven*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012, pp. 217-230; N. CIESLINSKA-LOBKOWICZ, “Wer, was, woher, wohin. Geographie des NS-Kunstraubs in Polen und verschiedene Ausfuhrwege der konfiszierten Kulturgüter”, en R. DEHNEL (HRSG.), *NS-Raubgut in Museen, Bibliotheken und Archiven*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012, pp. 175-192; B. SCHWARZ, “6. Kunstraub in Polen”, en ID., *Auf Befehl des Führers: Hitler und der NS-Kunstraub*, Darmstadt, Theiss, 2014, pp. 111-136.

⁸⁰ “El Museo de Pontevedra devuelve a Polonia dos cuadros procedentes del expolio nazi”, en *Pecados del Arte*, 26 enero 2023, disponible en <https://pecadosdelarte.com/noticia/324/actualidad/el-museo-de-pontevedra-devuelve-a-polonia-dos-cuadros-procedentes-del-expolio-nazi>, consultado el 2 febrero 2023. Sobre el expolio de obras de arte por los soviéticos, en general, vid., ad ex., I. LINDSAY, “1945, the Soviets and Stalin”, en ID., *The History of Loot and Stolen Art from Antiquity until the Present Day*, London, Unicorn Press Ltd, 2014.

Ejemplo 2: el caso Gurlitt. En septiembre 2010, aduaneros descubrieron que un anciano (77 años) que regresaba en el tren de Zúrich a Munich llevaba en efectivo consigo una cantidad significativa (9.000 €). Se llamaba CORNELIUS GURLITT. Es cierto que era una cantidad inferior a la que la legislación obligaba a declarar cuando se viajaba de un país a otro. Pero un cúmulo de hechos declarados por el propio GURLITT levantaron las sospechas de los aduaneros alemanes: el dinero procedía de las ventas de cuadros, acostumbraba a venderlos a un mismo marchante suizo (EBERHARD KORNFELD), que siempre le pagaba en cheque o efectivo, y nunca declaró oficialmente un trabajo o empleo. Quedaba por saber si declaraba o no a Hacienda los ingresos derivados de la venta de cuadros -venta que justificaba para vivir y pagarse el tratamiento médico-. Hicieron llegar sus datos a la oficina tributaria, que confirmó que CORNELIUS no declaraba ningún ingreso. Se emitió una orden para registrar su vivienda en Munich. Los investigadores hicieron un hallazgo espectacular: GURLITT poseía más de 1258 obras de “arte degenerado” (*Entartete Kunst, Degenerate Art*) en Munich y más de 200 obras de ese tipo en Salzburgo⁸¹. Muchas de ellas habían sido obtenidas sin el consentimiento de sus legítimos propietarios judíos. Todas se las había transmitido su padre (HILDEBRAND GURLITT)⁸². CORNELIUS era un proveedor del *mercado negro* de obras de arte robadas a judíos. Es natural preguntarse cuántos “otros GURLITT” quedarán por ser descubiertos⁸³.

29. El *transcurso del tiempo* ha dejado su huella sobre estos litigios. En un principio eran muy sencillos: por un lado, estaban las víctimas del régimen nazi o sus herederos y, por otro, quienes se habían aprovechado. Con independencia del país en el que se litigase, la solución era muy simple: salvo en caso de prescripción o usurpación, debía procederse a la restitución⁸⁴.

Hoy, por el contrario, se enfrentan *dos partes igualmente inocentes*: por un lado, los herederos de los propietarios originariamente privados de la obra de arte y, por otro, un adquirente de buena fe⁸⁵.

⁸¹ El 18 julio 1937, celebración del Día del Arte alemán (*Tag der Deutschen Kunst*) en Munich, ADOLF HITLER pronunció un discurso en el que dejó claro qué consideraba el Nacionalsocialismo “arte degenerado”: “*Kubismus, Dadaismus, Futurismus, Impressionismus usw. haben mit unserer deutschen Volke nichts zu tun. Denn alle diese Begriffe sind weder alt noch sind sie modern, sondern sie sind einfach das gekünstelte Gestammel von Menschen, denen Gott die Gnade einer wahrhaft künstlerischen Begabung versagt [...]*” (citado por A. RYDELL, *Hitlers Bilder: Kunstraub der Nazis – Raubkunst in der Gegenwart*, Frankfurt/New York, Campus Verlag, 2014, p. 48). El odio sistemático al Arte moderno se plasmó en una política de expropiación sistemática que oficialmente duró cuatro años (finales de junio de 1937 a finales de junio de 1941), que tuvo su fundamento legal en la *Gesetz über Einziehung von Erzeugnissen entarteter Kunst, Reichsgesetzblatt 1938, Teil I, S. 612* (disponible en <https://www.sachsen.schule/~detektei/dok/kunst.htm> [consultado el 11 abril 2023]). Un autor –D. SCHMIDT, *Schriften deutscher Künstler im zwanzigsten Jahrhundert*, vol. 2 (*In letzter Stunde. Künstlerschriften 1933 bis 1945*), Dresden 1964, p. 221- señaló que: “El propósito de la ley es ocultar permanentemente a la vista del público este círculo de engendros artísticos, del cual, como se ha verificado, emana un efecto nocivo” (“*Der Zweck des Gesetzes ist, diesen seinem Umfange nach feststehenden Kreis von Kunsterzeugnissen, von denen eine schädliche Wirkung ausgeht, für immer den Augen der Öffentlichkeit zu entziehen*”). *Vid., ad ex.*, M. HOFFMANN, “Die Brücke-Künstler und die nationalsozialistische Aktion ‘Entartete Kunst’”, disponible en <https://www.bruecke-museum.de/de/sammlung/perspektiven/776/die-bruecke-kunstler-und-die-nationalsozialistische-aktion-entartete-kunst> (consultado el 11 abril 2023); A. MAGET DOMINICÉ, “Une collection d’œuvres d’art qui soulève de nombreuses questions: Réflexions sur la collection Gurlitt”, *sui-generis*, 2014, p. 46, §§ 12 a 16, disponible en <https://sui-generis.ch/article/view/sg.4/636> (consultado el 11 abril 2022); J. POLTERMANN, “‘Wiedergutmachung’ für deutsche Museen? Die Beschlagnahmen ‘entarteter’ Kunst in den Bayerischen Staatsgemäldesammlungen 1937/38 und deren Entscheidung”, *Jahresbericht / Bayerische Staatsgemäldesammlungen*, 2016, pp. 136-152, disponible en http://archiv.ub.uni-heidelberg.de/artdok/6063/1/Poltermann_Wiedergutmachung_fuer_deutsche_Museen_2016.pdf (consultado el 11 abril 2023).

⁸² *Vid.* sobre este personaje M. HOFFMANN/N. KUHN, *Hitlers Kunsthändler: Hildebrand Gurlitt 1895–1956. Die Biographie*, München, C.H.Beck, 2016.

⁸³ C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El caso o los casos Gurlitt”, en L. PÉREZ- PRAT DURBÁN/G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (EDS.), *Holocausto y bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2019, pp. 245-270; A. MAGET DOMINICÉ, “Une collection d’œuvres d’art qui soulève de nombreuses questions: Réflexions sur la collection Gurlitt”, *sui-generis*, 2014, p. 46, disponible en <https://sui-generis.ch/article/view/sg.4/636> (consultado el 11 abril 2022).

⁸⁴ D.L. CAREY MILLER/D.W. MEYERS/A.L. COWE, “Restitution of Art and Cultural Objects: A Re-assessment of the Role of Limitation”, *Art, Antiquity and Law*, 6, 1, March 2001, pp. 1-17; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 3.

⁸⁵ *Vid., ad ex.*, A. HAWKINS/R.A. ROTHMAN/D.B. GOLDSTEIN, “A Tale of Two Innocents: Creating an Equitable Balance between the Rights of Former Owners and Good Faith Purchasers of Stolen Art”, *Fordham Law Review*, 64, 1, 1995, pp. 49-96; R. HÜTTEMANN/P. RAWERT, “NS-verfolgungsbedingt entzogenes Kulturgut und der stiftungsrechtliche Grundsatz der Vermögenserhaltung”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo*

Así, *ad ex.*, CLAUDE CASSIRER falleció en 2010 y le sucedieron, como litigantes, sus hijos -DAVID y AVA CASSIRER- y la *Jewish Federation* del Condado de San Diego (California, EE.UU.). Para resolver su diferencia, se ejerce una acción judicial, se acude a un procedimiento contradictorio y se llega a una solución final en la que sólo cabe un ganador.

Ejemplo: Never Say Never Again. O, como dicen otros, *Never Say Die!* En la práctica procesal, puede ser difícil precisar si la prescripción de las acciones legales se ha producido o no. El asunto *Cassirer* es un buen ejemplo de ello. En el año 2000, CLAUDE CASSIRER, nieto y heredero de LILLY CASSIRER, se enteró por unos amigos de que el cuadro de PISARRO que había pertenecido a su familia y del que los nazis se habían apoderado estaba expuesto en el Museo de la Fundación Thyssen-Bornemisza en Madrid (España). Fracasadas las negociaciones y contactos para su restitución, CLAUDE demandó al Estado español y a la Fundación Thyssen-Bornemisza ante un tribunal federal de Los Ángeles en mayo de 2010. En ese mismo año, CLAUDE falleció. Sus herederos continuaron el litigio contra el Museo (dejaron al Estado español al margen en virtud de un acuerdo al que llegaron). Pero, en mayo de 2012, el Tribunal de Distrito consideró que la acción había prescrito. El Tribunal de Distrito empleó dos argumentos. Primero, la acción había prescrito; porque se presentó la demanda con dos años más de retraso que los tres años de prescripción previstos por la legislación del Estado de California: se tuvo conocimiento de la ubicación del cuadro en el 2000, la posible acción prescribió en 2003 y la primera demanda se presentó en 2005⁸⁶. Segundo, si bien era cierto que los legisladores de California habían ampliado, en 2010, el plazo de prescripción de 3 a 6 años, cuando se trataba de reclamaciones de obras de arte contra museos y galerías (Cal. Civ. Proc. Code § 338(c)(3) (2010), dicha reforma legal era inconstitucional. *doctrine of foreign affairs preemption*. En 2013, el Tribunal de Apelación consideró que era constitucional la Ley de California aprobada en 2010, ampliando a seis años la prescripción de acciones sobre objetos de arte contra museos y galerías, y que, por tanto, el procedimiento podía continuar⁸⁷.

III. Clases de acciones judiciales que pueden ejercerse

30. Una acción judicial es el “derecho a perseguir en juicio lo que a uno se le debe” (*actio nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur* [Digesto, 44, 7, 51]). Quienes deseen recuperar una obra de arte robada por los nazis pueden interponer fundamentalmente *dos tipos de acciones legales*: una acción reivindicatoria (*rei vindicatio*) o una acción para averiguar dónde se encuentra la obra de arte o quién la posee. Pero también pueden ejercer *otro tipo de acciones* -como, *ad ex.*, las que se ejercen para la adopción de medidas provisionales que garanticen, en caso de condena, que la ejecución de la sentencia es factible, para que se devuelva un bien cultural que fue objeto de préstamo internacional por un museo nacional a un museo extranjero⁸⁸ o para que se ejecute una deuda sobre el bien cultural que se entregó como garantía⁸⁹.

31. En el caso nº 20–1566, *David Cassirer, et al., petitioners v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, 21 abril 2022, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos proclamó que, en una demanda

Schack zum 70. Geburtstag, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 50-61; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 3; S.C. SYMEONIDES, “A Choice-of-Law for Conflicts Involving Stolen Cultural Property”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 38, 2005, pp. 1177-1198 (pp. 1190-1191).

⁸⁶ *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Foundation*, 2012 WL 1285771 (C.D. Cal. 2012).

⁸⁷ *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Foundation*, 737 F.3d 613 (9th Cir. 2013), disponible en <https://casetext.com/case/cassirer-v-thyssen-bornemisza-collection-found> (consultado el 16 marzo 2023). *Vid.*, *ad ex.*, B.L. HAY, “Cassirer v. Kingdom of Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, § 7.2.

⁸⁸ S.-M. RAACH, *Herausgabeklagen in internationale Kulturgutleihgaben*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.

⁸⁹ H.-P. MANSEL, “Kunstwerke als Kreditsicherheit bei internationaler Einlagerung: zum internationalen Privatrecht der Sicherungsabrede bei Sicherungseigentum”, en *Grundlagen des Arbeits- und Sozialrechts: Festschrift für Ulrich Preis zum 65. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2021, pp. 825-837.

que suscita reclamaciones no federales contra un Estado extranjero u otra estructura jurídica instrumental bajo la *Foreign Sovereign Immunities Act*, un tribunal debería determinar el Derecho sustantivo, usando la misma norma de conflicto aplicable en una demanda similar contra un demandado que fuese un particular⁹⁰. Por consiguiente, el Tribunal no se pronunció sobre quién era el propietario, ni sobre quién tenía el cuadro litigioso ni sobre dónde se encontraba éste. Se ejerció una acción de ese *otro tipo de acciones*, que antes se ha referido.

Es cierto que dicha acción se inserta en el marco de una acción reivindicatoria, que se encuentra en el origen del litigio. Pero su finalidad no es la restitución de la obra de arte robada. Ni siquiera es señalar cuál es el Derecho aplicable a dicha restitución, sino una cuestión técnica previa que estaba por resolver: cuál es el sistema de Derecho internacional privado -o, si se prefiere, la norma de conflicto- que debería fijar cuál es el Derecho material competente que debe aplicarse al fondo del litigio y que, por consiguiente, regirá la cuestión de la restitución del bien reclamado.

32. En la práctica judicial estadounidense, las acciones judiciales de devolución de las obras de arte obtenidas por los nazis sin el consentimiento de sus legítimos propietarios se dirigieron especialmente contra demandados que pertenecían a uno de estos tres grandes grupos (*three general groups*)⁹¹: museos públicos (*ad ex.*, *United States v. Portrait of Wally*⁹², *Rosenberg v. Seattle Art Museum*⁹³, *Grosz v. Museum of Modern Art*⁹⁴, *Museum of Fine Arts, Boston v. Seger Thomschitz*⁹⁵, *Detroit Institute of Arts and Toledo Museum of Art v. Ullin*⁹⁶, *Schoeps v. Museum of Modern Art*⁹⁷, *Von Saher v. Norton Simon Museum of Art*⁹⁸)⁹⁹, coleccionistas particulares (*Goodman v. Searle*¹⁰⁰, *Orkin v. Taylor*¹⁰¹, *Bakalar v. Vavra*¹⁰², *Dunbar v. Seger-Thomschitz*¹⁰³, *Vineberg v. Bissonnette*¹⁰⁴) y Estados extranjeros (*ad ex.*, *Altmann*

⁹⁰ Supreme Court of the United States, n° 20-1566, *David Cassirer, et al., petitioners v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation* (April 21, 2022).

⁹¹ B.L. HAY, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, pp. 17-18; E. POCKOCK, "Spoliation of Works of Art During the Holocaust and World War II Period - A Commentary on the National Museum Directors' Conference First Progress Report on Provenance Research for the Period 1933-1945", *Art, Antiquity and Law*, 5, 1, March 2000, pp. 81-96.

⁹² *U.S. v. Portrait of Wally* 105 F.Supp.2d 288 (S.D.N.Y. 2000); reargument den. 2000 WL 1890403 (S.D.N.Y. 2000); summary judgment granted 2002 WL 553532 (S.D.N.Y. 2002); summary judgment den. 663 F.Supp.2d 232 (S.D.N.Y. 2009); stipulation and order of settlement and discontinuance, No. 99-CV-09940 (S.D.N.Y. 2010).

⁹³ *Rosenberg v. Seattle Art Museum* 42 F.Supp.2d 1029 (W.D.Wash. 1999); 124 F.Supp.2d 1207 (W.D.Wash. 2000).

⁹⁴ *Grosz v. Museum of Modern Art* 772 F.Supp.2d 473 (S.D.N.Y. 2010); motion to amend and reconsideration den. 772 F.Supp.2d 473 (S.D.N.Y. 2010); aff'd 403 F.App'x 575 (2nd Cir. 2010); cert. den. 565 U.S. 819 (2011).

⁹⁵ *Museum of Fine Arts, Boston v. Seger-Thomschitz* 2009 WL 6506658 (D.Mass. 2009); aff'd 623 F.3d 1 (1st Cir. 2010); cert. den. 131 S.Ct. 1612 (2011); reh'g den. 131 S.Ct. 2176 (2011).

⁹⁶ *Detroit Institute of Arts v. George Ullin et al.*, No. 06-cv-10333 (E.D. Mich., filed Jan. 24, 2006); *Toledo Museum of Art v. George Ullin et al.*, No. 06-cv-7031 (N.D. Ohio, filed Jan. 24, 2006). *The Detroit Institute of Arts v. Ullin* 2007 WL 1016996 (E.D.Mich. 2007). *Toledo Museum of Art v. Ullin* 477 F.Supp.2d 802 (N.D. Ohio 2006).

⁹⁷ *Schoeps v. Museum of Modern Art* 549 F.Supp.2d 543 (S.D.N.Y. 2008); 594 F.Supp.2d 461 (S.D.N.Y. 2009); request den. 599 F.Supp.2d 532 (S.D.N.Y. 2009); 603 F.Supp.2d 673 (S.D.N.Y. 2009).

⁹⁸ *Von Saher v. Norton Simon Museum of Art at Pasadena* 2007 WL 4302726 (C.D. Cal. 2007); aff'd in part, rev'd in part, rem'd 578 F.3d 1016 (9th Cir. 2009); amended and superseded on denial for rehearing en banc 592 F.3d 954 (9th Cir. 2009); cert. den. 564 U.S. 1037, 131 S.Ct. 3055 (2011) - von Saher I; 862 F.Supp.2d 1044 United (C.D. Cal. 2012); rev'd and rem'd 754 F.3d 712 (9th Cir. 2014) - von Saher II; cert. den. 135 S.Ct. 1158 (Mem); 2015 WL 12910626 (C.D. Cal. 2015); 2016 WL 7626149 (C.D. Cal. 2016); 2016 WL 7626153 (C.D. Cal. 2016); aff'd 897 F.3d 1141 (9th Cir. 2018) - von Saher III; cert. den. 139 S.Ct. 2616 (Mem).

⁹⁹ *Vid.*, *ad ex.*, C. CRONIN, "Ethical Quandaries: The Holocaust Expropriated Art Recovery Act and Claims for Works in Public Museums", *St. John's Law Review*, 92, 3, Fall 2018, pp. 509-549; E. FURTWÄNGLER/M. LAMMERT (HRSG.), *Kunst und Profit: Museen und der französische Kunstmarkt im Zweiten Weltkrieg = Art e profit: les Musées et le marché de l'art français pendant la Seconde guerre mondiale*, Berlin, De Gruyter, 2022.

¹⁰⁰ *Goodman v. Searle* No. 96-6459 (N.D. Ill. 1996).

¹⁰¹ *Adler v. Taylor* 2005 WL 4658511 (C.D. Cal. 2005); aff'd sub nomine *Orkin v. Taylor* 487 F.3d 734 (9th Cir. 2007); cert. den. 552 U.S. 990 (2007).

¹⁰² *Bakalar v. Vavra* 2008 WL 4067335 (S.D.N.Y. 2008); vac'd and rem'd 619 F.3d 136 (2nd Cir. 2009); 819 F.Supp.2d 293 (S.D.N.Y. 2011); aff'd 500 Fed.App'x. 6 (2nd Cir. 2012); cert. den. 569 U.S. 968, 133 S.Ct. 2038; 2006 WL 2311113 (S.D.N.Y. 2006); 550 F.Supp.2d 548 (S.D.N.Y. 2008); 851 F.Supp.2d 489 (S.D.N.Y. 2011).

¹⁰³ *Dunbar v. Seger-Thomschitz* 638 F.Supp.2d 659 (E.D. La. 2009); aff'd 615 F.3d 574 (5th Cir. 2010); cert. den. 562 U.S. 1221.

¹⁰⁴ *Vineberg v. Bissonnette* 529 F.Supp.2d 300 (D.R.I. 2007); aff'd 548 F.3d 50 (1st Cir. 2008).

v. *Republic of Austria*¹⁰⁵, *Westfield v. Federal Republic of Germany*¹⁰⁶, *Orkin v. Swiss Confederation*¹⁰⁷, *Cassirer v. Kingdom of Spain*¹⁰⁸, *De Csepel v. Republic of Hungary*¹⁰⁹).

IV. Concepto e importancia jurídica de las “relaciones privadas internacionales”

33. El “objeto” de una disciplina jurídica es el “conjunto de relaciones sociales” que tal disciplina jurídica regula¹¹⁰. Pues bien: el objeto del Derecho internacional privado son las “situaciones privadas internacionales”. Al respecto, cabe destacar varios aspectos.

- 1º) Las “situaciones privadas internacionales”, debido a su carácter “internacional”, suscitan “dificultades jurídicas especiales”. En efecto, estas situaciones exigen la precisión de los tribunales competentes, de la legislación estatal aplicable y de la eficacia de resoluciones extranjeras
- 2º) Estas “situaciones privadas internacionales” exigen la presencia de una rama del Derecho específica que las regule: el Derecho internacional privado (“*the applicable rules and doctrines on choice of law*”)¹¹¹.
- 3º) El Derecho civil, mercantil y procesal de cada Estado son disciplinas jurídicas diseñadas para regular, exclusivamente, situaciones privadas “internas”, pero no para regular situaciones privadas “internacionales”.

34. Visto que el objeto del Derecho internacional privado son las “situaciones privadas internacionales”, resulta necesario analizar con detalle qué se entiende por situación “privada” y qué se entiende por situación “internacional”.

35. Se conoce como “situación jurídica privada” aquella cuyos sujetos intervinientes son sujetos particulares o bien actúan en calidad de tales. Los sujetos de una situación jurídica “privada” ocupan una

¹⁰⁵ *Altmann v. Republic of Austria* 142 F.Supp.2d 1187 (C.D.Cal. 2001); aff’d and rem’d 317 F.3d 954 (9th Cir. 2002); opinion amended and rehearing den’d 327 F.3d 1246 (9th Cir. 2003); aff’d on other grounds 541 U.S. 677 (2004); 377 F.3d 1105 (9th Cir. 2004); 335 F.Supp.2d 1066 (C.D.Cal. 2004). Sieher ferner 538 U.S. 1029 (2003) – granting stay and 539 U.S. 987 (2003) – granting certiorari in part.

¹⁰⁶ *Westfield v. Germany* 2009 WL 2356554 (M.D.Tenn. 2009); aff’d 633 F.3d 409 (6th Cir. 2011).

¹⁰⁷ *Orkin v. Swiss Confederation* 2011 WL 167840 (S.D.N.Y. 2011); aff’d 444 Fed.App’x. 469 (2nd Cir. 2011).

¹⁰⁸ *Cassirer v. Kingdom of Spain et al.* 2006 WL 8423211 (C.D.Cal. 2006); 461 F.Supp.2d 1157 (C.D.Cal. 2009); aff’d in part, rev’d in part, rem’d 580 F.3d 1048 (9th Cir. 2009) – Cassirer I; order for rehearing en banc 590 F.3d 981 (9th Cir. 2009); diss’d in part, aff’d in part 616 F.3d 1019 (9th Cir. 2010); cert. den. 564 U.S. 1037; 2012 WL 12875771 (C.D.Cal. 2012); 2012 WL 12882881 (C.D.Cal. 2012); aff’d in part, rev’d in part and rem’d 737 F.3d 613 (9th Cir. 2013) – Cassirer II; 2014 WL 5510996 (C.D.Cal. 2014); 2015 WL 12672087 (C.D.Cal. 2015); 153 F.Supp.3d 1148 (C.D.Cal. 2015); rev’d and rem’d 862 F.3d 951 (9th Cir. 2017) – Cassirer III; cert. den. 138 S.Ct. 1992 (Mem); C.D.Cal. 2019 – findings of facts and conclusions of law, disponible en https://www.lootedart.com/web_images/pdf2019/CassirerThyssen-JUDGMENT%2030.4.19.pdf, consultado el 2 marzo 2023; aff’d 2020 WL 4746626 (9th Cir. 2020) – Cassirer IV.

¹⁰⁹ *De Csepel v. Republic of Hungary* 808 F.Supp.2d 113 (D.D.C. 2011); 2011 WL 13244741 (D.D.C. 2011); aff’d in part, rev’d in part 714 F.3d 591 (D.C.Cir. 2013); 75 F.Supp.3d 380 (D.D.C. 2014); 169 F.Supp.3d 143 (D.D.C. 2016); aff’d in part, rev’d in part, rem’d with instructions 859 F.3d 1094 (D.C.Cir. 2017); cert. den. 139 S.Ct. 784 (Mem); 2020 WL 2343405 (D.D.C. 2020); United States Court of Appeals

for the District of Columbia Circuit, argued October 7, 2021, decided March 8, 2022, No. 20-7047 David L. de Csepel, et al., appellees v. Republic of Hungary, a foreign state, et al., appellants, Appeal from the United States District Court for the District of Columbia (No. 1:10-cv-01261), No. 20-8001 In re: Republic of Hungary, et al., petitioners, Petition and Cross-Petition for Permission to Appeal Under 28 U.S.C. § 1292(b) from an Interlocutory Order of the United States District Court for the District of Columbia (No. 1:10-cv-01261), disponible en [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/B1B3B6C98C3A57B8852587FF0055D821/\\$file/20-7047-1938132.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/B1B3B6C98C3A57B8852587FF0055D821/$file/20-7047-1938132.pdf).

¹¹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 124-125.

¹¹¹ *Vid.*, ad. ex., J.M. CARRUTHERS, “Cultural Property and Law - An International Private Law Perspective”, *Juridical Review*, 3, 2001, pp. 27-45; M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court, Entscheidung vom 21. April 2022, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – Cassirer et al. ./ Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100 (p. 97).

“posición jurídica de igualdad”. Los sujetos privados no disponen de poderes exorbitantes o privilegiados con arreglo a la Ley. Son particulares, sujetos privados. No operan como autoridades públicas dotadas de “poderes exorbitantes” atribuidos por el Derecho público. Por ello se habla de “relaciones jurídicas horizontales”. En consecuencia, el concepto de “situación privada” cubre las siguientes relaciones jurídicas.

- 1º) Relaciones jurídicas en las que intervienen sujetos particulares. Estas relaciones pueden adoptar una modalidad “contradictoria” o una modalidad “no contradictoria”¹¹².
- 2º) Relaciones jurídicas en las que interviene un sujeto de Derecho público pero que actúa sin “potestad de imperio”¹¹³. En la actualidad es muy frecuente la intervención del Estado y demás organismos públicos en la vida económica, mediante la realización de actividades desligadas de la función pública *stricto sensu*. Visto que tales entes participan en el comercio internacional despojados de su potestad de *imperium*, puede afirmarse que operan como “sujetos privados”, y por tanto el Derecho Público no es aplicable. Precisar cuándo un sujeto público interviene con o sin “potestad de *imperium*” no es nada sencillo. Esta cuestión surge con frecuencia en relación con los contratos internacionales en los que participa el Estado como parte del contrato.

36. El Derecho internacional privado regula las situaciones privadas “internacionales” y no las situaciones jurídicas privadas meramente internas. Ahora bien, la distinción entre “situaciones internas” y “situaciones internacionales” es más difícil de lo que parece. Ello es así porque hay muchos tipos de elementos extranjeros, de diferente naturaleza y de intensidad diferente. Además, como han indicado algunos autores, en la actualidad todo está conectado con todo y la práctica totalidad de las situaciones jurídicas contienen elementos extranjeros en mayor o menor medida. Por ello, multitud de tesis doctrinales han tratado de perfilar cuándo una situación jurídica privada es “internacional”. La más relevante es la tesis del “elemento extranjero puro”¹¹⁴.

37. Según la tesis del “elemento extranjero puro”, una situación privada manifiesta carácter “internacional” cuando presenta, al menos, un “elemento extranjero” (*Sachverhalt mit Auslandsberührung*), cualquiera que sea dicho “elemento”. El caso presenta “elementos extranjeros”, por lo que es “internacional” y debe ser regulado por el Derecho internacional privado. Esta tesis es la mayormente seguida por la jurisprudencia española¹¹⁵.

38. A la luz de lo anteriormente expuesto, ya estamos en condiciones de responder a dos preguntas:

- 1ª) Si la acción reivindicatoria de judíos estadounidenses contra la Fundación Thyssen-Bornemisza / el Estado español es una situación privada internacional. La respuesta es afirmativa. En efecto, como hemos visto una situación privada internacional es una relación jurídica multiconectada con los ordenamientos jurídicos de varios Estados, con independencia de cuál sea su naturaleza (personal, real o local o conductista). En el caso *Pisarro*, hay: a) *Elementos personales*: Los propietarios o poseedores del cuadro tenían distintas nacionalidades o domicilios en diversos Estados (Alemania, Países Bajos, California, Missouri, Nueva

¹¹² A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 125.

¹¹³ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 125-126.

¹¹⁴ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 127.

¹¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 127.

York, Suiza, España). b) *Elementos reales*: El cuadro ha estado en cada uno de ellos. En España, desde hace 30 años. c) *Elementos locales o conductistas*: El cuadro ha sido objeto de sucesivas ventas en Alemania (1939), Estados Unidos (1951), Suiza (1976) y España (1992). Tiene, pues, razón M. WELLER, cuando destaca que es propio de los procedimientos de arte saqueado por los nazis que los objetos reclamados se encuentren ellos mismos “al final de una larga cadena de transmisiones con un número de elementos extranjeros” (“at the end of a long chain of transfers with a number of foreign elements”)¹¹⁶.

- 2ª) ¿Cuáles son los problemas jurídicos fundamentales que hay que resolver en tales supuestos? El Derecho internacional privado. proporciona respuesta jurídica a *tres grandes cuestiones* (F. VISCHER)¹¹⁷: 1º) ¿Son competentes los órganos jurisdiccionales u otras autoridades públicas españolas para entrar a conocer del fondo del problema jurídico que plantea una situación privada internacional?; 2º) Si la respuesta al interrogante anterior es afirmativa, ¿cuál es, entonces, el Derecho aplicable a la situación privada internacional?; 3º) ¿Cuáles son los efectos jurídicos que producen en España los actos y decisiones extranjeras relativas a situaciones privadas internacionales? De este modo, el contenido del Derecho internacional privado está compuesto por tres “sectores de normas” que dan respuesta a los interrogantes anteriores: a) Competencia judicial internacional; b) Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales; c) Validez extraterritorial de actos y decisiones extranjeras¹¹⁸.

V. Razones que explican la frecuencia con que se litiga en Estados Unidos sobre arte robado por los nazis

39. Desde un *punto de vista sociológico*, como ha señalado J.P. RAPP, son varios los *factores* que explican el gran número de litigios sobre arte robado por los nazis que se han desarrollado y continúan llevándose ante los tribunales estadounidenses: *muchos judíos* se fueron a vivir a los Estados Unidos durante o después de la guerra; muchas obras de arte con un pasado nazi se encuentran en Estados Unidos, que es el *mayor mercado de arte del mundo*; los tribunales estadounidenses se ganaron la reputación de ser un foro con *claras ventajas* para las demandas de restitución de obras artísticas¹¹⁹.

40. Desde un *punto de vista jurídico* esas claras ventajas tienen que ver con la reglamentación por el Derecho de los Estados Unidos de la transmisión de la propiedad de los bienes muebles, la competencia internacional de sus tribunales y ciertas peculiaridades del procedimiento¹²⁰.

1. Transmisión de la propiedad de los bienes muebles

41. Existe una regla de Derecho internacional privado universalmente aceptada por las legislaciones nacionales para determinar cuál es la ley aplicable a la transmisión de la propiedad y demás

¹¹⁶ Vid. M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court, Entscheidung vom 21. April 2022, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – Cassirer et al. / Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100 (p. 97).

¹¹⁷ F. VISCHER, “Bemerkungen zum Verhältnis von internationaler Zuständigkeit und Kollisionsrecht”, en *Mélanges Alfred E. von Overbeck*, Fribourg, 1990, pp. 349-377.

¹¹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 158; M. FRIGO, *Circulation de biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, La Haye, Académie de droit international de La Haye, 2016.

¹¹⁹ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 24. En general, sobre el papel desempeñado por las tropas estadounidenses, *vid.*, *ad ex.*, I. LINDSAY, “1945, the US army”, en *Id.*, *The History of Loot and Stolen Art from Antiquity until the Present Day*, London, Unicorn Press Ltd, 2014.

¹²⁰ *Vid.*, *ad ex.*, M.J. BAZYLER, *Holocaust Justice: The Battle for Restitution in America's Courts*, New York, 2003; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 39 y ss.

derechos reales: la *lex rei sitae* o ley del Estado en que se encuentra el bien¹²¹. Dicha regla es necesaria; porque los Estados no regulan siempre de la misma manera la transmisión de la propiedad y otros derechos reales.

42. En el Derecho de cosas de los Estados Unidos existe un *principio: no good faith purchaser can obtain good title*¹²².

La expresión “Derecho de cosas” de los Estados Unidos es una *generalización*; puesto que existen tanto sistemas legales como Estados individuales existen en la Unión¹²³. Cuestión distinta es que se parecen mucho todos ellos, salvo significativas *desviaciones* del modelo mayoritario (especialmente Luisiana).

La *doctrina no good title* significa que: “*Neither a thief nor a good faith purchaser from the thief, nor even subsequent good faith purchasers, can pass good title*”¹²⁴. No es una novedad jurídica. Procede del Derecho romano. En él, estaba vigente el principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* (Digesto, 50,17,54 y 41, 1, 20); es decir, nadie puede transmitir un derecho mayor que el que él tiene¹²⁵.

¹²¹ *Vid., ad ex.*, R. ALDEN, “Notes - Modernizing the Situs Rule for Real Property Conflicts”, *Texas Law Review*, 65, 3, February 1987, pp. 585-633; P.M. BATOR, “An Essay on the International Trade in Art”, *Stanford Law Review*, 34, 2, January 1982, pp. 275-384; I.F.G. BAXTER, “Conflicts of Law and Property”, *McGill Law Journal*, 10, 1, 1964, pp. 1-37; J.H. BEALE, “The Situs of Things”, *Yale Law Journal*, XXVIII, 6, April 1919, pp. 525-541; W. CARNAHAN, “Tangible Property and the Conflict of Laws”, *University of Chicago Law Review*, 2, 3, April 1935, pp. 345-384; J.M. CARRUTHERS, *Transfer of property and private international law*, Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2016; P.B. CARTER, “Decisions of British Courts During 1981 Involving Questions of Public or Private International Law: B. Private International Law: Note - Transfer Inter Vivos of Movable Property”, *British Yearbook of International Law*, 52, 1, 1981, pp. 329-334; J.A. CLARENCE-SMITH, “Classification by the Site in the Conflict of Laws”, *Modern Law Review*, 26, 1, January 1963, pp. 16-33; C.W. FASSBERG, “On Time and Place in Choice of Law for Property”, *International and Comparative Law Quarterly*, 51, 2, April 2002, pp. 385-400; D. FINCHAM, “Rejecting Renvoi for Movable Cultural Property: The Islamic Republic of Iran v. Denyse Berend”, *International Journal of Cultural Property*, 14, 1, February 2007, pp. 111-120; M. FRANKLIN, “Comparative Law - Security of Acquisition and of Transaction: La Possession Vaut Titre and Bona Fide Purchase”, *Tulane Law Review*, 6, 1932, pp. 589-612; P. HAY, “The Situs Rule in European and American Conflicts Law - Comparative Notes”, en P. HAY/M.H. HOEFELICH (Eds.), *Property Law and Legal Education: Essays in Honor of John. E. Cribbet*, Urbana and Chicago, IL, USA, University of Illinois Press, 1988, pp. 109-132; A.E. HAYWORTH, “Notes - Stolen Artwork: Deciding Ownership is No Pretty Picture”, *Duke Law Journal*, 43, 2, November 1993, pp. 337-383; F. HELLENDALL, “The Characterization of Proprietary Rights to Tangible Movables in the Conflict of Laws”, *Tulane Law Review*, XV, 1941, pp. 374-393; F.V. KRUSE, “What Does ‘Transfer of Property’ Mean with Regard to Chattels? A Study in Comparative Law”, *American Journal of Comparative Law*, 7, 4, Autumn 1958, pp. 500-515; J.H.C. MORRIS, “The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws”, *British Yearbook of International Law*, XXII, 1945, pp. 232-248; J.W. SINGER, “Property Law Conflicts”, *Washburn Law Journal*, 54, 1, Fall 2014, pp. 129-160; R.J. WEINTRAUB, “An Inquiry into the Utility of ‘Situs’ as a Concept in Conflicts Analysis”, *Cornell Law Quarterly*, 52, 1, Fall 1966, pp. 1-42.

¹²² *Vid., ad ex.*, M. ANTON, *Zivilrecht - Guter Glaube im internationalen Kunsthandel*, Berlin, de Gruyter, 2010; A.D.M. FORTE (Ed.), *Good faith in contract and property*, Oxford, Hart Publ., 1999; P. GALLO, *Contratto e buona fede: buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Torino, Utet Giuridica, 2009; R. HARRISON, *Good faith in sales*, London, Sweet & Maxwell, 1997; R. MEYER, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtsstradition*, Göttingen, Wallstein-Verl., 1994; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 40-46; J. SCHELLERER, *Gutgläubiger Erwerb und Ersitzung von Kunstgegenständen: BGB, Kunsthandel, Europäisches Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016; C. STEMPER, *Treu und Glauben im Unionsprivatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016; S.C. SYMEONIDES, “A Choice-of-Law for Conflicts Involving Stolen Cultural Property”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 38, 2005, pp. 1177-1198 (pp. 1190-1191); M. WEBER, “Internationale Aspekte des gutgläubigen Erwerbs gestohlener Kulturgüter”, en M. WELLER/N. KEMLE/T. DREIER (HRSG.), *Raub - Beute - Diebstahl: Tagungsband des Sechsten Heidelberger Kunstrechtstags am 28. und 29. September 2012*, Zürich, St. Gallen, Dike-Verl., Wien, facultas.wuv, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2013, pp. 45-76; R. ZIMMERMANN/S. WHITTAKER (Eds.), *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

¹²³ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 40, nota 4.

¹²⁴ A. BIONDI, “The Merchant, the Thief and the Citizen: The Circulation of Works of Art Within the European Union”, *Common Market Law Review*, 34, 5, 1997, pp. 1173-1195; C.S.P. HARDING/M.S. ROWELL, “Protection of Property versus Protection of Commercial Transactions in French and English Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 26, 2, April 1977, pp. 354-380; A. HAWKINS/R.A. ROTHMAN/D.B. GOLDSTEIN, “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.*, 64, 1995, pp. 49-96 (p. 50).

¹²⁵ G. MAGRI, “Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten und die Besonderheiten des italienischen Rechts im europäischen Kontext”, en H. GROTHE/P. MANKOWSKI (HRSG.), *Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2022, pp. 215-224.

43. La *ratio* que se esconde tras el Derecho de los Estados Unidos es que: “*The common law protects theft victims over commercial certainty in part on the philosophy that whereas original owners were unwillingly robbed of the art’s possession, subsequent purchasers made the choice to buy the art from the thief (albeit perhaps in good faith)*”¹²⁶. Dicho con otros términos, desde un punto de vista técnico, en el Derecho estadounidense el principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* (seguridad del derecho subjetivo, *Rechtssicherheit*) ha triunfado sobre su opuesto, el principio *mobilia non habet sequelam* (la seguridad del tráfico, *Verkehrssicherheit*)¹²⁷.

44. A los actuales poseedores de la obra de arte, en la práctica, sólo les quedan *tres remedios* a los que acogerse eventualmente para no ser desposeídos:

45. 1º) La “prescripción” (adquisitiva). Conocida como *adverse possession, prescription* o *squatter rights* (derechos de los ocupantes ilegales) es un modo de adquisición de la propiedad en virtud del cual el poseedor no propietario de un bien consigue la propiedad de éste por el transcurso del tiempo¹²⁸. Equivale a nuestra *usucapión*.

Su valor en los litigios de restitución de obras de arte es “casi” insignificante. Es una figura que se aplica exclusivamente a los derechos reales inmobiliarios en casi todos los Estados de la Unión¹²⁹.

Existe, no obstante, una *excepción*, que se aplicó en el caso *Dunbar v. Seger-Thomschitz*¹³⁰. En el Estado de Luisiana sí existe la posibilidad de una prescripción adquisitiva; porque el Código Civil de Luisiana originariamente estuvo muy influido por el Código de Napoleón de 1804¹³¹. Se trataba de un cuadro de OSKAR KOKOSCHKA, *Portrait of a Youth* (1910). En el marco de un proceso de “arianización” (*Arisierung*), hubo una venta forzosa a un anticuario en 1939¹³². Después de la guerra, este anticuario emigró a Estados Unidos y, en 1946, su galería vendió el cuadro a la madre de SARAH B. DUNBAR. Ésta heredó el cuadro en 1973. Como quiera que descendientes del propietario judío obligado a vender reclamaron el cuadro, ella interpuso una *acción declarativa negativa (action to quiet title)* ante los tribunales

¹²⁶ J.A. KREDER, “Executive Weapons to Combat Infection of the Art Market”, *Wash. U. L. Rev.*, 88, 2011, pp. 1353-1363 (p. 1362).

¹²⁷ C. ROODT/D. CAREY-MILLER, “Stolen cultural property: implications of Vitium Reale in private law and private international law”, *Transnational Dispute Management*, 5, 2013, pp. 1-10. Sobre el segundo de estos principios, *vid.*, *ad ex.*, L.J. VAN APeldoorn, “Mobilia Non Habent Sequelam”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d’histoire du droit / The Legal History Review*, 11, 2, 1932, pp. 133-186.

¹²⁸ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 42.

¹²⁹ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 42.

¹³⁰ *Dunbar v. Seger-Thomschitz* 638 F.Supp.2d 659 (E.D.La. 2009); *aff’d* 615 F.3d 574 (5th Cir. 2010), disponible en <https://casetext.com/case/dunbar-v-seger-thomschitz-3> (consultado el 16 marzo 2023) y en <https://www.govinfo.gov/app/details/US-COURTS-ca5-09-30717/summary> (consultado el 16 marzo 2023); cert. den. 562 U.S. 1221. *Id.*, *ad ex.*, J.A. KREDER, “The New Battleground of Museum Ethics and Holocaust-Era Claims: Technicalities Trumping Justice or Responsible Stewardship for the Public Trust?”, *Oregon Law Review*, 88, 2009, pp. 37-94; K. ASHTA/A. CHECHI/M.-A. RENOLD, “Case Portrait of a Youth – Reichel Heirs v. Sarah Blodgett Dunbar”, *Platform ArThemis* (<http://unige.ch/art-adr>), Art-Law Centre, University of Geneva, disponible en <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/portrait-of-a-youth-2013-reichel-heirs-v-sarah-blodgett-dunbar> (consultado el 16 marzo 2023); B.L. HAY, “Museum of Fine Arts, Boston v. Seger-Thomschitz”, en *Id.*, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, §§ 10.1 a 10.6 (§ 10.6); C.J. MIRAMADI, “Too Little, Too Late: Dunbar v. Seger-Thomschitz and the Ongoing Challenge Posed by Prescriptive Periods in Holocaust-Era Art and Cultural Property Restitution Matters”, *Art Antiquity and Law*, 17, 2012, pp. 69-89.

¹³¹ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 43-44.

¹³² La bibliografía sobre la “arianización” (o expropiación y expulsión de los judíos) de la vida social y económica durante el Tercer Reich es casi imposible de abarcar. Algunas obras -más allá de las generales- son especialmente interesantes por la meticulosidad de la exposición o la sutileza del análisis, como, *ad ex.*, R. EISFELD (HRSG.), *Mitgemacht: Theodor Eschenburgs Beteiligung an ‘Arisierungen’ im Nationalsozialismus*, Wiesbaden, Springer VS, 2015; T.B. HESSLING, *Auflösung jüdischer Haushalte im ‘Dritten Reich’: zur ‘Arisierung’ in Bayerisch Schwaben: Augsburg und Fischach*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2018; M. KISSNER/A. ROTH, *Notare in der nationalsozialistischen ‘Volksgemeinschaft’: Das westfälische Anwaltsnotariat 1933-1945*, Baden-Baden, Nomos, 2017; A.A. WEISE, *Nach dem Raub: die Vermögensverwertungsstelle beim Oberfinanzpräsidenten Hannover (1941-1950)*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2017.

de Luisiana. El objeto de la acción era que se declarase que ella era la legítima propietaria del cuadro y que no lo era ninguna otra persona (ni los reclamantes ni cualquier potencial demandante futuro). Los tribunales de Luisiana le dieron la razón; puesto que: 1º) Se presume que se quiere poseer como propietario, salvo que se haga en nombre y representación de otra persona (art. 3421 CC de Luisiana). 2º) Quien ha poseído un mueble como propietario durante diez años adquiere la propiedad por prescripción. No es necesario para esta prescripción que haya ni título ni buena fe (art. 3427 CC de Luisiana).

46. 2º) La “usucapión” (o prescripción adquisitiva). Su importancia real es muy reducida. Los Estados como Nueva York o California aplican una regla muy favorable a los titulares originarios a los que se privó de su propiedad: la *demand and refusal rule*. Este principio fue establecido -como recuerda J.P. RAPP- en uno de los primeros casos de restitución ante los tribunales estadounidenses que hubo (*Menzel v. List* 267 N.Y.S.2d 804, 809 (NY Sup. Ct. 1966)¹³³. Significa que “*The rule in this State is that a cause of action for replevin against the good-faith purchaser of a stolen chattel accrues when the true owner makes demand for return of the chattel and the person in possession of the chattel refused to return it*” (*Solomon R. Guggenheim Found. v. Lubell* 77 N.Y.2d 311, 316 s. [NY Ct. App. 1991]).

47. 3º) Las denominadas “defensas equitativas” (*equitable defenses*), como la *doctrine of laches*. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos definió esta doctrina en *Costello v. United States* 365 US 265, 282 (1961): “*Laches requires proof of (1) lack of diligence by the party against whom the defense is asserted, and (2) prejudice to the party asserting the defense*”¹³⁴. Tradicionalmente, para invocar la *doctrine of laches*, se ha requerido que se demuestren tres elementos: (a) Que el actor demore la presentación de la demanda (en argot forense, que se “haya dormido en sus derechos”) (*delay*). (b) Que no se pueda explicar dicho retraso de manera racional (*unreasonable*). (c) Que, como consecuencia de esta demora, los testigos y/o las pruebas puedan haberse perdido o ya no estén disponibles y que las circunstancias hayan cambiado de tal manera que dicha demora perjudique injustamente al demandado (*injury*). Esta doctrina es un reflejo de una vieja máxima jurídica latina: *Vigilantibus non dormientibus aequitas subvenit*. -es decir, que “la equidad ayuda a los que están vigilantes, no a aquellos que se duermen en sus derechos”-. “*Laches*” procede del término latino *laxus*. La *doctrine of laches* equivale, *servata distantia*, a nuestra *doctrina de los actos propios*.

2. Competencia internacional de los tribunales de Estados Unidos sobre litigios de restitución de obras de arte

48. Nada de todo lo anterior sería posible si no fuera *fácil y rápido justificar la competencia internacional* de los tribunales estadounidenses para conocer de las acciones interpuestas contra el poseedor de la obra de arte.

49. En primer lugar, los tribunales estadounidenses pueden ser internacionalmente competentes, ejerciendo la *personal jurisdiction* contra el poseedor actual del objeto de arte reclamado y potencial obligado a su restitución; es decir, apoyándose en el hecho de que al demandado se le ha notificado personalmente el inicio de un procedimiento judicial contra él, estando presente en el territorio de este

¹³³ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 46.

¹³⁴ Citando *Gallagher v. Cadwell*, 145 U.S. 368, 145 U.S. 372; *Southern Pacific Co. v. Bogert*, 250 U.S. 483, 250 U.S. 488-490; *Gardner v. Panama R. Co.*, 342 U.S. 29, 342 U.S. 31. Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/265/> (consultado el 22 marzo 2023). *Vid., ad ex.*, B. DEMARSIN, “Has the Time (of Laches) Come? Recent Nazi-Era Art Litigation in the New York Forum”, *Buff. L. Rev.*, 59, 2011, pp. 621-692; K.E. FORT, “The New Laches: Creating Title Where None Existed”, *Geo. Mason L. Rev.*, 16, 2, 2009, pp. 357-401; A.R. IBRAHIM, “The Doctrine of Laches in International Law”, *Virginia Law Review*, 83, 3, April 1997, pp. 647-692; A. MINKOVICH, “The Successful Use of Laches in the World War II-Era Art Theft Disputes: It’s Only a Matter of Time”, *Colum. J.L. & Arts*, 27, 2004, pp. 349-384; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 201-209.

Estado, sin que importe, a estos efectos, que su presencia sea transitoria o permanente¹³⁵. Lo proclama el § 28 *Restatement (Second) of Conflict of Laws*: “A state has power to exercise judicial jurisdiction over an individual who has present within its territory, whether permanently or temporarily”.

Ejemplo: La Fundación Thyssen-Bornemisza alegó ante el Tribunal de Distrito californiano que los tribunales de California carecían de competencia judicial internacional para enjuiciar al Museo a la luz de una demanda que exigía la restitución de una obra de arte robada por los nazis o su indemnización.

La Fundación esgrimió varios argumentos contra la *personal jurisdiction*: (a) En Estados Unidos, está constitucionalmente prohibido que se prive a las personas de su propiedad sin un “proceso legal justo” (*due process of law*)¹³⁶. (b) Según la denominada “cláusula del proceso justo” (*due process clause*), se prohíbe generalmente que un tribunal ejerza su jurisdicción sobre una parte no residente, salvo que ésta tenga “contactos mínimos” (*minimum contacts*) suficientes con el foro (en este caso, California) para que el procedimiento sea respetuoso con el “juego limpio y justicia sustancial” (*fair play and substantial justice*)¹³⁷. (c) En el caso concreto de que se trataba, faltaban los contactos mínimos necesarios para que un tribunal californiano pudiera ejercer la jurisdicción personal sobre un museo público español.

El Tribunal de Distrito de California desestimó dicha argumentación. En primer lugar, consideró que el marco legal de la contienda no debía buscarse tanto en la jurisprudencia anterior, como en la legislación federal: Era la *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* la que fijaba cuáles eran los supuestos en que los tribunales estadounidenses podían ejercer jurisdicción sobre Estados extranjeros. En segundo lugar, el demandado no podía exigir ninguna conexión territorial adicional con los Estados Unidos que no se hallara recogida por la Ley misma. Por último, no era necesario investigar más a fondo el grado de contacto entre el Museo y los Estados Unidos; puesto que los *Cassirer* fundamentaban la competencia de los tribunales estadounidenses, sobre todo, en la denominada *excepción de expropiación (expropriation exception)* de la FSIA, que era poco discutible en este caso.

50. En segundo lugar, los *long arm statutes* permiten que se justifique la jurisdicción en virtud de *mínimos contactos de negocios* en los Estados Unidos (= abandono de los requerimientos mecánicos de consentimiento, presencia física o domicilio [*Pennoyer v. Neff* 95 U.S. 714 (1878)] por obra de *International Shoe Co. v. Washington* 326 U.S. 310 (1945))¹³⁸. Esto es válido tanto para demandados nacionales como extranjeros¹³⁹.

51. En tercer lugar, según la *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*, la competencia para conocer de litigios sobre restitución de obras de arte sustraídas por los nazis se puede basar en el ejercicio de una actividad comercial (*commercial activity exception*) relacionada con el territorio de los Estados Unidos¹⁴⁰,

¹³⁵ A.L. PARRISH, “Sovereignty, Not Due Process: Personal Jurisdiction over Nonresident Aliens”, *Wake Forest Law Review*, 41, 2006, pp. 1-60; T.D. PETERSON, “The Timing of Minimum Contacts”, *George Washington Law Review*, 79, 2010, pp. 101-160; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 73-74; C.W. RHODES/C.B. ROBERTSON, “Toward a New Equilibrium in Personal Jurisdiction”, *UC Davis Law Review*, 48, 2014, pp. 207-270.

¹³⁶ *Cassirer*, 461 F. Supp.2d at 1168 (quoting *Altmann v. Republic of Austria*, 142 F. Supp.2d 1187, [C.D. Cal. 2001]).

¹³⁷ *International Shoe Co. v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945), disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/310/> (consultado el 11 marzo 2023).

¹³⁸ M.M. MALONEY, “Specific Personal Jurisdiction and the ‘Arise from or relate to’ Requirement... What does It Mean?”, *Washington & Lee Law Review*, 50, 1993, pp. 1265-1301; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 48, 74, 100 y 117-119.

¹³⁹ S.A. BENJAMIN, “The Territorial Reach of Federal Courts”, *Florida Law Review*, 71, 2019, pp. 979-1015; G.B. BORN, “Reflections on Judicial Jurisdiction in International Cases”, *Ga. J. Int’l & Comp. L.*, 17:1, 1987, pp. 1-44; R.E. DEGNAN/M.K. KANE, “The Exercise of Jurisdiction over and Enforcement of Judgments against Alien Defendants”, *The Hastings Law Journal*, 39, 1988, pp. 799-855; P. HAY, “American Judicial Jurisdiction over out-of-State Defendants revisited”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 622-630; G.P. MILLER, “In Search of the Most Adequate Forum: State Court Personal Jurisdiction”, *Stanford Journal of Complex Litigation*, vol. 2: 1, Winter 2014, pp. 1-39; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 48.

¹⁴⁰ *Id.*, ad ex., R. PAVONI, “Sovereign Immunity and the Enforcement of International Cultural Property Law”, *EUI Working*

siempre que: (a) los demandados sean *Estados extranjeros* o *Museos e instalaciones de arte de carácter público*; y (b) la demanda se base en “*commercial activity carried on in the United States by the foreign state*” o en “*an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States*” (28 U.S.C. §1605[a][2]1 y 3).

Para aplicar la *commercial activity exception*, los tribunales estadounidenses deben tener en consideración los siguientes datos:

- 1º) *Qué es*, a estos efectos, una *actividad comercial*: Debe tratarse de un acto jurídico no soberano (un acto jurídico patrimonial semejante al que podría llevar a cabo un particular [*actae iure gestionis*])¹⁴¹, ya sea de tracto sucesivo o de tracto único: “*either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act*” (28 U.S.C. § 1603[d]).
- 2º) *Cómo se sabe si una actividad comercial se realiza en Estados Unidos o en el extranjero, pero causa un efecto directo en los Estados Unidos*: “*A ‘commercial activity carried on in the United States by a foreign state’ means commercial activity carried on by such state and having substantial contact with the United States*” (28 U.S. Code § 1603[e]).

Ejemplo 1: WALTER WESTFELD era un comerciante judío que fue deportado a Auschwitz, donde murió (1943)¹⁴². En 2009, varios familiares suyos demandaron a la República Federal de Alemania en los tribunales de Tennessee (*Westfield v. Germany* 2009 WL 2356554 [M.D.Tenn. 2009]; aff’d 633 F.3d 409 [6th Cir. 2011]). Solicitaban una indemnización por la colección de obras de arte que los nazis le confiscaron y vendieron en pública subasta. En ella, había cuadros de El Greco, van Dyck y otros célebres pintores europeos. Hubo, al final, un vencedor, la República Federal de Alemania, y unos perdedores, los familiares herederos de Westfeld. La discusión se centró en la doctrina de la *inmunidad de los Estados extranjeros*, que se oponía a la demanda, y en la *excepción de actividad comercial* contemplada por la FSIA, que la permitía concurriendo ciertas condiciones. Para llegar a la anterior conclusión, se debatió si: (a) La confiscación de la colección por los nazis podía considerarse una *actividad comercial*: El Tribunal de Distrito estimó que no lo era y, además, precisó que: “*the subsequent disposition of the art collection on the private art market through privately-owned auction houses does not render the initial act of seizure a commercial activity*” (*Westfield v. Federal Republic of Germany*, 2009 WL 2356554, at 6* [M.D. Tenn. 2009]). (b) Si, tanto si se trataba de una actividad comercial como si no, la expropiación de las obras de arte por los nazis había tenido un *efecto directo* o un *efecto indirecto* en los Estados Unidos. El Tribunal de Apelación para el Sexto Circuito consideró que, en absoluto, había tenido un “efecto directo” y que sólo cabría plantearse si lo habría tenido “indirecto”. Llegado a este punto, el Tribunal de Apelación interpretó que el único factor que podría considerarse sería la intención que tuvo WALTER WESTFELD de enviar la colección a Tennessee (Estados Unidos), donde vivía su hermano, tan pronto le

Papers, Law 2012/30, pp. 3-6; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 83, 87-92 y 108.

¹⁴¹ *Malewicz v. City of Amsterdam* 362 F.Supp.2d 298, 313 (D.D.C. 2005), disponible en <https://casetext.com/case/malewicz-v-city-of-amsterdam-3> (consultado el 13 marzo 2023) y en https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/case-law-doc/trafficking_cultural_property_crime_type/usa/2007/malewicz_heirs_vs_city_of_amsterdam_html/Malewicz_v._City_of_Amsterdam_362_F_Supp._2d_298_-_Dist._Court_Dist.pdf (consultado el 13 marzo 2023). *Vid., ad ex.*, A. CHECHI/E. VELIOGLU/M.-A. RENOLD, “Case 14 Artworks – Malewicz Heirs and City of Amsterdam”, December 2013, disponible en <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/14-paintings-2013-malewicz-heirs-and-city-of-amsterdam/case-note-2013-14-artworks-2013-malewicz-heirs-and-city-of-amsterdam> (consultado el 13 marzo 2023); J. DRYSDALE, “Malewicz v. City of Amsterdam 362 F. SUPP. 2D 298 (D.D.C. 2005)”, *DePaul J. Art, Tech. & Intell. Prop. L.*, 16, 2005, pp. 161-172, disponible en <https://via.library.depaul.edu/jatip/vol16/iss1/5> (consultado el 13 marzo 2023); H.N. SPIEGLER, “Litigation against a Foreign Sovereign in the United States to Recover Artworks on Temporary Loan: The Malewicz Case”, *Bringing Together the World’s Lawyers*, nº 2007-1, disponible en https://www.tagalliances.com/files/Specialty%20Group%20News/litigation/Herrick_Juriste%20International.pdf (consultado el 13 marzo 2023).

¹⁴² B.L. HAY, “Westfield v. Federal Republic of Germany”, en *Id.*, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, §§ 4.1 a 4.6; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 90-91; E. ZARRINI, “Of Hitler and Camille Pissarro: Jurisdiction in Nazi Art Expropriation Cases under the Foreign Sovereign Immunity Act”, *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, 16, 2011, pp. 437-463 (pp. 437-440).

fuera posible -cosa que le impidió su detención por la Gestapo-. Admitirlo, sostuvo el Tribunal de Apelación para el Sexto Circuito sería llevar demasiado lejos los límites puestos por la FSIA a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero. Por lo tanto, confirmó la sentencia del tribunal de instancia (*Westfield v. Federal Republic of Germany*, 633 F.3d 409 [6th Cir. 2011]¹⁴³).

Ejemplo 2: En el asunto *Cassirer*, el Estado español y la Fundación Thyssen-Bornemisza alegaron que el Museo no tenía ninguna actividad comercial en Estados Unidos; puesto que se trataba de una institución cultural sin ánimo de lucro. El Tribunal de Distrito mostró claramente su desacuerdo con esta afirmación por tres motivos: (a) Es más importante, para determinar el carácter comercial de una actividad, la conducta que la intención o, dicho con otros términos, la referencia a la naturaleza de la conducta, transacción o acto particular, más que la referencia a su propósito (FSIA, 28 U.S.C. § 1603[d]). En definitiva, en palabras del Tribunal de Apelación, es irrelevante que: “*the Foundation’s activities are undertaken on behalf of a non-profit museum to further its cultural mission*”¹⁴⁴. (b) Lo que sí es relevante es que las acciones sean el tipo de acciones mediante las que un particular participa en transacciones y tráfico o comercio¹⁴⁵. Este razonamiento era de vital importancia; puesto que, en efecto, había quedado acreditado en el transcurso del procedimiento que el museo había vendido (especialmente catálogos de las obras expuestas en él), había contratado a publicistas y encargado anuncios en publicaciones periódicas estadounidenses. (c) Nada de esto último hubiera ocurrido en Estados Unidos, si no hubiera existido el propósito de animar a los estadounidenses a visitar “*the museum where the Pissarro is featured*”¹⁴⁶.

52. Por último, según la *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*, se conoce como *expropriation exception*, la posibilidad de demandar la restitución de obras de arte que fueron expropiadas, violando el Derecho internacional¹⁴⁷. Según la *Foreign Sovereign Immunities Act*, 28 U.S.C. § 1605(a)(3), “*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 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 [...]*”.

Ejemplo: En *Cassirer*, se discutió la aplicabilidad al caso de la *expropriation exception* y, en particular, si se había obtenido el cuadro de LILLY CASSIRER en violación del Derecho internacional. Esta duda puede resultar sorprendente hoy en día; pero estaba justificada. En *Altmann*, el tribunal había afirmado que la *excepción de expropiación* no era aplicable, cuando la víctima tenía la nacionalidad del Estado demandado; porque, en esa época, no había ningún principio de Derecho internacional consolidado que protegiese a los individuos de sus propios Estados¹⁴⁸. La Sr^a CASSIRER -se sostuvo ante el Tribunal de Distrito de California- era alemana al tiempo de los hechos enjuiciados y, por tanto, carecería de legitimación procesal activa. Sin embargo, el Tribunal de Distrito mantuvo otra opinión -que no se recurrió en apelación-: (a) Conforme al Derecho alemán de nacionalidad, cuando se produjeron los hechos enjuiciados, la demandante carecía de la nacionalidad alemana; puesto que se privaba de ella a

¹⁴³ Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-ca6-09-06010/pdf/USCOURTS-ca6-09-06010-0.pdf> (consultado el 15 marzo 2023).

¹⁴⁴ *Cassirer I*, 616 F.3d, en 1032.

¹⁴⁵ *Cassirer I*, 616 F.3d, en 1032 (citando *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 504 U.S. 607, 614 [1992]).

¹⁴⁶ *Cassirer I*, 616 F.3d at 1033–34, con cita de *Altmann*, 317 F.3d, 969.

¹⁴⁷ B.L. HAY, “*Cassirer v. Kingdom of Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*”, en Id., *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, § 7.3.1; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 48, 87, 90-109, 112-119, 190 y 200; ; E. ZARRINI, “*Of Hitler and Camille Pissarro: Jurisdiction in Nazi Art Expropriation Cases under the Foreign Sovereign Immunity Act*”, *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, 16, 2011, pp. 437-463.

¹⁴⁸ *Altmann v. Republic of Austria*, 317 F.3d 954, 968 (9th Cir. 2002), citado en *Cassirer*, 461 F. Supp.2d, 1165: “[...] *the plaintiff cannot be a citizen of the defendant country at the time of expropriation, because expropriation by a sovereign state of its own nationals does not implicate settled principles of international law*”.

quienes eran judíos de acuerdo con las leyes raciales del Tercer Reich -circunstancias todas ellas que se hicieron manifiestas en el transcurso del procedimiento¹⁴⁹-. (b) Por consiguiente, LILLY CASSIRER era extranjera y tenía legitimación procesal activa para ejercer una acción de restitución de una obra de arte expropiada por los nazis: “[...] since Germany itself did not consider Ms. Cassirer to be a citizen, Ms. Cassirer’s alleged German ‘citizenship’ at the time of the taking does not preclude the application of the expropriation exception in this case”¹⁵⁰.

3. Peculiaridades del procedimiento en los Estados Unidos

53. Para interponer una acción reivindicatoria o indemnizatoria de un objeto de arte sustraído por los nazis a sus legítimos propietarios ante los tribunales estadounidenses, *no* es un *requisito de procedibilidad* que previamente se hayan agotado los procedimientos internos ante los tribunales del Estado en que se encuentre la obra de arte que se reclama (*exhaustion of remedies*)¹⁵¹. Es ésta una cuestión que no está explícitamente regulada en la legislación estadounidense; sin embargo se planteó y se resolvió en el asunto *Cassirer*. La defensa objetó que no podían demandar la restitución de la pintura impresionista a los tribunales de California, si antes no lo hacían ante los tribunales españoles. La respuesta del Tribunal de Apelación fue lapidaria: “*The expropriation exception says nothing at all about exhaustion of remedies*”¹⁵².

54. Ciertas peculiaridades del procedimiento en los Estados Unidos tienen un papel decisivo en la frecuencia con la que los tribunales estadounidenses son el *forum* al que se recurre para la restitución de las obras de arte robadas por los nazis:

- El *pretrial discovery* o descubrimiento previo al juicio;
- Las costas procesales bajas (*filing fees*) y el sistema de retribución de los abogados en primera instancia (*American rule of costs*). Sin esta reducción de los gastos procesales, sería ilusorio imaginar que las víctimas de la expropiación nazi hubieran estado en condiciones económicas adecuadas para pretender judicialmente la restitución o indemnización por los objetos de arte robados (*money judgment*). *Ejemplo*: MARIA ALTMANN tuvo que renunciar a la litigación en Austria; porque, para sufragar la *cautio iudicatum solvi* que se le exigía¹⁵³, hubiera tenido que depositar 1.600.000 dólares (= aproximadamente el 1% del valor en que fueron estimadas las pinturas reclamadas [150 millones de dólares]) y hubiera tenido que vender casi todas sus propiedades para afrontar el depósito de 135.000 dólares, que es la cantidad a la que redujo finalmente el tribunal austriaco la caución¹⁵⁴.
- El pacto de *cuota litis* (*pacta de quota litis, contingent fees*): sólo se paga a los abogados, si el resultado es favorable -que era un contrato de retribución por servicios profesionales prohibido, con distinto alcance, en la mayoría de países europeos-¹⁵⁵.

¹⁴⁹ *Cassirer*, 461 F. Supp.2d, 1165: “[...] compelling evidence that Ms. Cassirer was not a German citizen at the time of Nazi Germany’s taking of the Painting since, according to the Nazis’ citizenship laws at that time, ‘Jew cannot be a citizen of the Reich’”.

¹⁵⁰ *Cassirer*, 461 F. Supp.2d, 1165-1166.

¹⁵¹ *Vid.* B.L. HAY, “Cassirer v. Kingdom of Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, en *Id.*, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, § 7.3.1; C.W. MICHAELS, “Stolen Art Restitution Claims and the Exhaustion of Local Remedies: How Foreign-Based Plaintiffs are Able to Succeed Under the Foreign Sovereign Immunity Act”, *The Journal of Arts Management, Law, and Society*, 42, 1, 2012, pp. 22-35.

¹⁵² *Cassirer I*, 616 F.3d, 1034.

¹⁵³ En general, sobre la *cautio iudicatum solvi*, *vid.*, *ad ex.*, C. FOUNTOLAKIS/L. WÉRY, “La *provisio ad litem* - une contribution d’entretien à ne pas rembourser”, en E.M. BELSER/P. PICHONNAZ/H. STÖCKLI (EDS.), *Le droit sans frontières, Recht ohne Grenzen, Law without borders: Mélanges pour Franz Werro*, Bern, Stämpfli Editions, 2022, pp. 247-260; R.A. SCHÜTZE, “Zur Verpflichtung englischer Kläger zur Sicherheitsleistung für die Prozesskosten (§ 110 ZPO) (OLG Frankfurt a.M., S. 521)”, *IPRax*, 2022, n. 5, pp. 481-483.

¹⁵⁴ B.L. HAY, *Nazi-looted Art and the Law: the American cases*, Cham, Springer, 2017, p. 96.

¹⁵⁵ C.I. GÓMEZ LIGÜERRE/C.A. RUIZ GARCÍA, “Honorarios de abogados, competencia y pacto de *quota litis*”:

- Los fondos de financiación de litigios (*litigation funds*) o contratos de financiación de litigios por terceros (*third-party funding* [“TPF”])¹⁵⁶.

VI. Cuestiones de Derecho aplicable: La *Gretchenfrage*

1. Convivir con la complejidad (*Welcome to the United States*)

55. La pregunta delicada pero crucial -la *Gretchenfrage*, en terminología germánica- en todo proceso de restitución de una obra de arte es la individualización del Derecho material aplicable al fondo del asunto. ¿Cuál de los ordenamientos jurídicos conectados con el caso a resolver será el que determinará cuáles son los derechos y obligaciones de las partes? Es obvio que según sea así será el resultado¹⁵⁷. Desgraciadamente las reclamaciones transfronterizas de obras de arte pueden ser muy complejas, puesto que es habitual que concurren cumulativamente *varios factores* que dificultan la solución que se le dé al concurso de normas potencialmente aplicables. Las obras de arte reclamadas son habitualmente *bienes de naturaleza mueble*, que han estado conectados, de alguna manera con las legislaciones de varios Estados antes, durante o después del proceso de adquisición de la obra¹⁵⁸. En ese contexto internacional, es crucial determinar cuál es el ordenamiento jurídico estatal que responderá a cuestiones básicas como, *ad ex.*:

- a) Si el demandante o el demandado (o sus causahabientes), en verdad, adquirieron la obra de arte litigiosa y, por consiguiente, están *legitimados* como partes en ese proceso (*lex causae*)¹⁵⁹.
- b) Si el *modo de adquisición* de la obra de arte fue la confiscación o el robo o, por el contrario, la propiedad se perdió de otra manera¹⁶⁰.
- c) Si la *buena fe* del adquirente es relevante o no para la transmisión de la propiedad¹⁶¹.
- d) Si efectivamente se produjo un *conflicto móvil*. Esto es lo que ocurrió en *Cassirer*¹⁶². Sus legítimos propietarios perdieron el cuadro impresionista en Alemania. Posteriormente fue

Comentario a la STS, 3ª, 4.11.2008 (JUR 2008\2800; MP: Eduardo Espín Templado)”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2009; C. JAMIN, “Deux questions préalables à l’instruction du procès de la prohibition des pactes de *quota litis*”, en *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, pp. 517-534; V. MANTECA VALDELANDE, “Sentencia sobre la prohibición de la cuota litis en sentido estricto”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 771, 2009, pp. 1-6; P. OESTMANN, “Streit um Anwaltskosten in der frühen Neuzeit: Teil 1: Metodische Grundlegung, Anwaltsverträge und Bezahlungsarten”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, nº 132, 2015, pp. 152-218; ID., “Streit um Anwaltskosten in der frühen Neuzeit”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, nº 133, 2016, pp. 190-296; J.R. RODRÍGUEZ CARBAJO, “El final de la prohibición del pacto de cuota litis”, *Diario La Ley*, nº 7117, 2009; J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, “El pacto de ‘quota litis’ en la deontología de los abogados”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 25, 2008-2009, pp. 79-110; J. SCHEPKE, *Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts: gegenläufige Gesetzgebung in England und Deutschland*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998; A. ZURIMENDI ISLA, “Ilícitud de la prohibición de cuota litis: A propósito de la STS 4-1-2008”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, nº 5, 2009, pp. 239-250.

¹⁵⁶ D. AGULLÓ AGULLÓ, “Los contratos de financiación de litigios por terceros (*third-party funding*) en España”, *Revista de Derecho Civil*, 9, 1, 2022, pp. 183-231.

¹⁵⁷ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 126; S.C. SYMEONIDES, “A Choice-of-Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 38, 4, October 2005, pp. 1177-1198.

¹⁵⁸ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 127.

¹⁵⁹ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 127.

¹⁶⁰ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 127.

¹⁶¹ *Vid.*, *ad ex.*, J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 127; K. SIEHR, “Kulturgüter als res extra commercium im internationalen Rechtsverkehr”, en *Lebendiges Recht: von den Sumerern bis zur Gegenwart. Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Verl. Recht und Wirtschaft, 1995, pp. 703-722; S.C. SYMEONIDES, “A Choice-of-Law for Conflicts Involving Stolen Cultural Property”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 38, 2005, pp. 1177-1198 (pp. 1190-1191); A. WEIDNER, *Kulturgüter als res extra commercium im internationalen Sachenrecht*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2001.

¹⁶² J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 127.

llevado a los Países Bajos. Confiscado por la Gestapo, el cuadro regresó a Alemania. De allí, la pintura fue entregada a compradores de Estados Unidos, donde cambió varias veces de manos (California, Nueva York, Missouri). Un marchante estadounidense transfirió el cuadro en Nueva York a un coleccionista en Suiza. Éste, a su vez, lo acabó traspasando a una fundación creada y organizada por el Estado español que exhibe el cuadro de Pissarro en su Museo. El cuadro no sólo recorrió muchos países -cada uno de los cuales tiene su propio ordenamiento jurídico y sus peculiaridades sobre la adquisición de la propiedad-, sino que también pasaron muchos años desde que los CASSIRER perdieron el cuadro hasta que finalmente lo reclamaron ante los tribunales de California. La naturaleza siente horror al vacío (*horror vacui*): Para evitar un *non liquet*, debe existir un sistema jurídico que responda a estas dos preguntas: Si, transcurrido tanto tiempo, puede ejercerse una acción reivindicatoria o de otro tipo (problema de la *prescripción*) y si el potencial demandado ha adquirido la propiedad por el mero paso del tiempo (problema de la *usucapión*), tanto si ha mediado como si no la buena fe.

2. El caso *Cassirer* llega al Tribunal Supremo de Estados Unidos

56. Precisamente la cuestión que ocupaba al Tribunal Supremo de los Estados Unidos era de este tipo: ¿Qué norma de conflicto debería usar un tribunal para determinar el Derecho aplicable en una demanda de la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (FSIA)* que plantease pretensiones no federales? Dicho con otros términos, ¿cuáles son las normas de conflicto aplicables a la reclamación en un proceso contra un Estado extranjero, si los tribunales de Estados Unidos basan su jurisdicción en la *excepción de expropiación (expropriation exception)* del § 1605(3)(a) de la *Federal Sovereign Immunities Act (FSIA)*?¹⁶³. La respuesta la ha dado *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Found.*, 142 S. Ct. 1502, 1506 (2022)¹⁶⁴.

57. Según el *principio de exclusividad*, los tribunales de un Estado, con carácter general, sólo aplican su propio sistema de Derecho internacional privado y no el sistema de Derecho internacional privado de otros Estados.

Esta solución aparentemente sencilla puede ser complicada, cuando se trata de la restitución de obras de arte por los tribunales de los Estados Unidos.

En primer lugar, porque es un *Estado plurilegislativo*: cada Estado de la Unión no sólo tiene su propio Derecho privado, sino también su propio sistema de Derecho internacional privado -y, por tanto, sus propias normas de conflicto-¹⁶⁵.

En segundo lugar, porque la mayoría de las reclamaciones de obras de arte sustraídas por los nazis se ha interpuesto ante los tribunales federales de los Estados Unidos y, en especial, ante los de California y Nueva York, cuyo Derecho material es inicialmente favorable a los actores en cuestiones como la *prescripción (eine sehr klägerfreundliche Position)*.

Que sea usual la competencia de los tribunales federales en este tipo de litigios es algo que se explica por la frecuencia con la que, al menos, una parte de tales procesos (sea el demandante o el demandado) es un extranjero o tiene su domicilio o sede fuera de los Estados Unidos (*diversity jurisdiction*)¹⁶⁶.

¹⁶³ *Vid., ad ex.*, W. BAUDE, “The Important Choice of Law Questions Lurking in Tomorrow’s Stolen-Pissarro Argument”, *reason.com*, 17 enero 2022, disponible en <https://reason.com/volokh/2022/01/17/the-important-choice-of-law-questions-lurking-in-tomorrows-stolen-pissarro-argument/> (consultado el 12 marzo 2023); M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court, Entscheidung vom 21. April 2022, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – Cassirer et al. / . Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100 (p. 97).

¹⁶⁴ Comentada por LAW JOURNAL EDITORIAL BOARD, “Choice of Law Question Settled: The Supreme Court issued a little-noticed but important clarifying decision resolving a lopsided circuit split”, *New Jersey Law Journal*, 12 junio 2022, disponible en <https://www.law.com/njlawjournal/2022/06/12/choice-of-law-question-settled/> (consultado el 20 febrero 2023).

¹⁶⁵ *Vid., ad ex.*, J.A.R. NAFZIGER, “Resolving International Conflict of Laws by Federal and State Law”, *Pace Y.B. Int’l L.*, 2, 1, 1990, pp. 67-81, disponible en <https://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol2/iss1/3> (consultado el 11 marzo 2023).

¹⁶⁶ Los tribunales federales de los Estados Unidos son competentes para conocer litigios de restitución de obras de arte,

En tercer lugar, porque si finalmente se litiga ante un tribunal federal, éste aplicará el Derecho del Estado de la Unión en el que tenga su sede, habida cuenta la inexistencia de normas federales al respecto¹⁶⁷. Por el Derecho del Estado de la sede, se entiende no sólo el Derecho material de dicho Estado, sino también sus normas de conflicto. Es ésta una interpretación que se sustenta en *dos hitos jurisprudenciales* estadounidenses: El caso *Erie*, conforme al cual, de ordinario, los *diversity cases* se regulan por Derecho estatal y no por Derecho federal¹⁶⁸, y el caso *Klaxon*, conforme al cual, para determinar cuál es el Derecho aplicable, el tribunal federal debería aplicar las normas de conflicto de leyes del Estado del foro¹⁶⁹. Esto acarrea, en la práctica, un *efecto diabólico* para los demandados en un proceso de

cuando (a) Un Estado extranjero es demandado y no puede invocar la inmunidad de jurisdicción conforme a la FSIA (28 U.S.C. § 1330 [a]). (b) En los *diversity cases*; es decir, si las partes son de diferentes Estados, si una de las partes es extranjera o si un Estado extranjero es un demandante (28 U.S.C. § 1332 [a]). Un requisito previo es que el importe del litigio sea superior a 75.000 dólares estadounidenses. *Vid., ad ex.*, J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 77 y 127.

¹⁶⁷ *Barkanic v. General Administration of Civil Aviation of the People's Republic of China*, 923 F.2d 957 (2d Cir. 1991), disponible en <https://casetext.com/case/barkanic-v-general-admin-of-caac> (consultado el 11 abril 2023) (comentado por D.E. SEIDELSON, "The Foreign Sovereign Immunities Act: Whose Conflicts Law? Whose Local Law? *Barkanic v. General Administration of Civil Aviation of the People's Republic of China*", *Brook. L. Rev.*, 58, 1992-1993, pp. 427-454); *Northrop Grumman v. Republic*, 575 F.3d 491 (5th Cir. 2009), disponible en <https://casetext.com/case/northrop-grumman-v-republic#p496> (consultado el 11 abril 2023) (*vid.* J.E. PRINCE, "Chipping Away at the 'Wall of Stone': Foreign Country Law and Federal Rule of Civil Procedure 44.1", *The Advocate*, febrero 2011, pp. 30-33 [p. 30, nota 4]); *O'Bryan v. Holy See*, 556 F.3d 361 (6th Cir. 2009), disponible en <https://casetext.com/case/obryan-v-holy-see> (consultado el 11 abril 2023) (*vid.* C. RYNGAERT, "The Legal Status of the Holy See", *Goettingen Journal of International Law*, 3, 3, 2011, pp. 829-859, en especial pp. 837-838 y 855-858); *Oveissi v. Islamic Republic of Iran*, 879 F. Supp. 2d 44 (D.D.C. 2012), disponible en <https://casetext.com/case/oveissi-v-islamic-republic-of-iran-5> (consultado el 11 abril 2023).

¹⁶⁸ *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938): "Except in matters governed by the Federal Constitution or by Acts of Congress, the law to be applied in any case is the law of the State". Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/64/> (consultado el 11 marzo 2023). *Vid., ad ex.*, D.E. CHILDRESS III, "When *Erie* Goes International", *Northwestern University Law Review*, 105, 4, 2011, pp. 1531-1580, disponible en <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1145&context=nulr> (consultado el 11 marzo 2023); J.T. CROSS, "The *Erie* Doctrine in Equity", *Louisiana Law Review*, 60, 1, Fall 1999, pp. 173-232, disponible en <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol60/iss1/8> (consultado el 11 marzo 2023); A.R. GLUCK, "Intersystemic Statutory Interpretation: Methodology as 'Law' and the *Erie* Doctrine", *The Yale Law Journal*, 120, 8, June 2011, pp. 1898-1998; C.F. GOLDSMITH, JR., "Federal Courts — The 'Erie Doctrine' and Tolling of the State Statute of Limitation", *North Carolina Law Review*, 47, 1969, pp. 715-723, disponible en <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol47/iss3/13> (consultado el 11 marzo 2023); M.S. GREEN, "The *Erie* Doctrine: A Flowchart", *Akron Law Review*, 52, 2018, pp. 215-257, disponible en <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3031&context=facpubs> (consultado el 11 marzo 2023); G.C. HAZARD, JR., "Has the *Erie* Doctrine Been Repealed by Congress?", *University of Pennsylvania Law Review*, 156, 2007-2008, pp. 1629-1648, disponible en https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/1630/Has_the_Erie_Doctrine_Been_Repealed_by_Congress.pdf?sequence=2&isAllowed=y (consultado el 11 marzo 2023); C.H. RANDALL, JR., "The *Erie* Doctrine and State Conflict of Laws", *South Carolina Law Review*, 17, 4, 1964, pp. 494-505, disponible en <https://scholarcommons.sc.edu/sclr/vol17/iss4/5> (consultado el 11 marzo 2023); K. ROOSEVELT, III, *Conflict of laws*, 3ª ed., St. Paul, MN, Foundation Press, 2022, pp. 153-160; A.N. STEINMAN, "What Is the *Erie* Doctrine? (and what does it mean for the contemporary Politics of Judicial Federalism?)", *Notre Dame L. Rev.*, 84, 1, 2008, pp. 245-330, disponible en <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol84/iss1/5/> (consultado el 11 marzo 2023); R.J. WEINTRAUB, "The *Erie* Doctrine and State Conflict of Laws Rules", *Indiana Law Journal*, 39, 2, 1964, pp. 228-261, disponible en <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol39/iss2/2> (consultado el 11 marzo 2023).

¹⁶⁹ *Klaxon Co. v. Stentor Electric Manufacturing Co.*, 313 U.S. 487, 496 (1941): "In *diversity of citizenship cases*, the federal courts, when deciding questions of conflict of laws, must follow the rules prevailing in the States in which they sit". Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/313/487/> (consultado el 11 marzo 2023). *Vid., ad ex.*, R.V. CARPENTER, "Pluralistic Legislative Jurisdiction: Plaintiff's Choice under the *Klaxon* Rule", *Indiana Law Journal*, 40, 4, Summer 1965, pp. 477-509, disponible en <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol40/iss4/1> (consultado el 12 marzo 2023); Z.D. CLOPTON, "Horizontal Choice of Law in Federal Court", *University of Pennsylvania Law Review*, 169, 2021, pp. 2193-2241, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3806001> (consultado el 12 marzo 2023); W.H. DANNE, JR., "A Resurgence of the *Klaxon* Controversy - Contemporary Legal Trends Revitalize an Old Principle", *Villanova Law Review*, 12, 3, Spring 1967, pp. 603-617, disponible en <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol12/iss3/8> (consultado el 12 marzo 2023); K. ROOSEVELT III, "Choice of Law in Federal Courts: From *Erie* and *Klaxon* to *Cafa* and *Shady Grove*", *Northwestern University Law Review*, 106, 1, 2012, pp. 1-53, disponible en <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1134&context=nulr> (consultado el 12 marzo 2023); *Id.*, *Conflict of laws*, 3ª ed., St. Paul, MN, Foundation Press, 2022, pp. 161-166; L.M. RUNDIO, JR., "Conflict of Laws - A Federal Court, Sitting in Diversity, Held Not Bound by Conflict of Laws Rules of the Forum State When a False Conflict is Found to Exist", *Loyola University Chicago Law Journal*, 3, 1, Winter 1972, pp. 155-168, disponible en <https://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2451&context=luclj> (consultado el 12 marzo 2023); M.J. SLOVIN, "Stipulating to Overturn *Klaxon*", *New York University Law Review*, 97, June 2022, pp. 127-145,

restitución de obras de arte sustraídas a judíos por los nazis: en muchos casos, tendrán que enfrentarse a las legislaciones de Nueva York o California, los dos Estados de la Unión con mayor peso en el mercado internacional del arte¹⁷⁰, que, como antes se ha expuesto, tienen, como regla de base, una predisposición favorable a las víctimas de los nazis (*eine sehr klägerfreundliche Position*).

58. Con estos mimbres, se crea una *cierta inseguridad jurídica*, pero se asume que es el precio a pagar por alcanzar una *solución justa y equitativa*. No es extraño, pues, que los especialistas en Derecho del arte describan el sistema estadounidense de determinación del Derecho rector de tales disputas como una “paleta caótica” (*chaotic palette*)¹⁷¹ o como “un camino equivocado a través del laberinto del Minotauro” (*Irrweg durch das Labyrinth des Minotaurus*)¹⁷².

59. En todo caso, solicitar al Tribunal Supremo de Estados Unidos que clarificase qué regla de conflicto debían emplear los tribunales federales es una reclamación que responde a una *necesidad* y no a un prurito de erudición. El recurso era necesario, al menos formalmente, porque existía una diferencia de criterio entre los tribunales de los distintos circuitos federales a la hora de emplear una norma de conflicto que determine cuál es el Derecho aplicable en los casos de restitución de obras de arte que impliquen a organismos o agencias de un Estado soberano extranjero. Por un lado, estaba el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito -partidario de aplicar una norma de conflicto que estuviese en el Derecho federal de EE.UU. (*choice of law rule under federal common law*)- y, por otro, todos los demás tribunales federales -partidarios de aplicar las normas de conflicto del Estado de la Unión, ante cuyos órganos judiciales se litigara (*choice-of-law rule of the forum State*¹⁷³ o *Klaxon rule*¹⁷⁴)-: Si bien el Tercer Circuito no se había planteado el tema, los circuitos Segundo, Quinto y Federal sí lo habían hecho y se oponían a la solución defendida por el Noveno Circuito¹⁷⁵.

Cuestión distinta es si, de admitirse el recurso por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el cambio de norma de conflicto supondría también una alteración del Derecho aplicable al fondo del asunto y, por tanto, pudiese reconocerse a los Cassirer la propiedad del cuadro en lugar del Estado español¹⁷⁶. El propio Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha destacado que: “*In Theory and in Practice, the Federal Common Law’s and the Forum’s Choice-of- Law Tests Lead to the Same Result*”¹⁷⁷.

60. Conviene que distingamos entre el *dictum* y la *ratio decidendi*.

61. Según el *dictum* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en una demanda de la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (FSIA)*, que plantea pretensiones no federales contra un Estado

disponible en <https://ssrn.com/abstract=4036746> (consultado el 12 marzo 2023); D.R.W., “From Swift v. Tyson to the Klaxon Case”, *Virginia Law Review*, 28, 8, June 1942, pp. 1116-1129.

¹⁷⁰ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 128.

¹⁷¹ P. REYHAN, “A Chaotic Palette: Conflict of Laws in Litigation between Original Owners and Good-Faith Purchasers of Stolen Art”, *Duke L.J.*, 50, 2001, pp. 955-1044.

¹⁷² J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 127-128.

¹⁷³ *Barkanic v. General Admin. of Civ. Aviation of People’s Republic of China*, 923 F. 2d 957, 959-961 (CA2 1991); *Northrop Grumman Ship Systems, Inc. v. Ministry of Defense of Republic of Venezuela*, 575 F. 3d 491, 498 (CA5 2009); *O’Bryan v. Holy See*, 556 F. 3d 361, 381, n. 8 (CA6), cert. denied, 558 U. S. 819 (2009); *Oveissi v. Islamic Republic of Iran*, 573 F. 3d 835, 841 (CA9 2009). *Vid., ad. ex.*, J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 139-141.

¹⁷⁴ *Klaxon Co. v. Stentor Electric Manufacturing Co.* 313 U.S. 487 (1941).

¹⁷⁵ LAW JOURNAL EDITORIAL BOARD, “Choice of Law Question Settled: The Supreme Court issued a little-noticed but important clarifying decision resolving a lopsided circuit split”, *New Jersey Law Journal*, 12 junio 2022, disponible en <https://www.law.com/njlawjournal/2022/06/12/choice-of-law-question-settled/> (consultado el 20 febrero 2013).

¹⁷⁶ *Vid., ad. ex.*, J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 141.

¹⁷⁷ *Vid., ad. ex.*, https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20-1566/185307/20210729143916595_20-1566%20Brief%20in%20Opposition.pdf, pp. 12-23 (consultado el 6 febrero 2023).

o entidad extranjera, un tribunal debe determinar el Derecho sustantivo, utilizando la misma norma de conflicto aplicable en una demanda similar contra una parte privada. Aquí, eso significa aplicar la norma de conflicto del Estado del foro, no una norma que derive del *Common Law* federal.

62. La *ratio decidendi* de la decisión se apoya en *cuatro argumentos* de distinta naturaleza, aunque complementarios entre sí:

- 1º) La FSIA nunca “tuvo la intención de afectar al Derecho sustantivo que determina la responsabilidad de un Estado o entidad extranjera” considerada susceptible de demanda (*First Nat. City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba*, 462 U. S. 611, 620).
- 2º) Por el contrario, cuando un Estado extranjero no es inmune a un litigio, está sujeto a las mismas normas de responsabilidad (el mismo Derecho sustantivo) que un particular (*First Nat. City Bank*, at 622, n. 11). Como observa el Tribunal Supremo de Estados Unidos: “*Section 1606 also dictates the selection of a choice-of-law rule: It, too, must mirror the rule that would apply in a similar suit between private parties. For only the same choice-of-law rule can guarantee use of the same substantive law - thus [...] guarantee the same liability*”.

Ahora bien, esta idea no es novedosa (*nihil novum sub sole*). Fue defendida por el Juez WOLIN, un juez de distrito de New Jersey, 31 años antes que el Tribunal Supremo de Estados Unidos: “[...] *because the FSIA was enacted only to provide foreign states and their instrumentalities access to federal courts to ensure uniformity in the application of the doctrine of sovereign immunity, in those cases where the statute does not afford immunity, foreign states should be treated no differently than private defendants. This policy is best achieved by applying state choice-of-law rules to actions based on state law.*”¹⁷⁸.

- 3º) Si se considerasen dos demandas que buscan la recuperación de una pintura: una demanda contra un museo controlado por un Estado extranjero, como en este caso, y la otra contra un museo privado, podría ocurrir lo siguiente: Si las normas de conflicto en los dos juicios fueran distintas, también podría serlo el Derecho sustantivo designado por ellas. Y si el Derecho sustantivo difiriese, también podrían ser diferentes los resultados de las demandas.
- 4º) Por último, la creación judicial de *Common Law* federal para desplazar las normas creadas por el Estado tiene que ser “necesaria para proteger exclusivamente intereses federales” (“*necessary to protect uniquely federal interests*”) (*Texas Industries, Inc. v. Radcliff Materials, Inc.*, 451 U. S. 630, 640).

63. Obsérvese que, por muy tentador que hubiera sido para el Tribunal Supremo de Estados Unidos poner fin a esta *saga de procesos* y afirmar que “*under California property law, even a good-faith purchaser of stolen property cannot prevail against the rightful pre-theft owner*” -lo que hubiera supuesto resolver la *cuestión de fondo* de la que se viene discutiendo desde hace años (= quiénes son los auténticos propietarios de la obra de arte litigiosa)-, la Corte se ha abstenido en aras de la *congruencia* de la resolución judicial con el *petitum* de los solicitantes y, en cambio, ha declarado expresamente que no es a ella sino a los tribunales inferiores a quienes les compete ocuparse de esta cuestión: “*We do not today decide those questions; they remain in the hands of the lower courts.*”¹⁷⁹.

3. Qué soluciones quedan

64. Devuelto *Cassirer* a la Corte de Apelación, hay qué preguntarse qué Derecho aplicará este tribunal a la eventual restitución del cuadro. Algunos medios de comunicación se han apresurado ya a

¹⁷⁸ *Pittston Co. v. Allianz Ins. Co.*, 795 F. Supp. 678, 682 (D.N.J. 1992), disponible en <https://casetext.com/case/pittston-co-v-allianz-ins-co> (consultado 20 febrero 2023).

¹⁷⁹ *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, 596 U.S. ____ (2022), disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/596/20-1566/#tab-opinion-4571695>.

informar que no hay razones para que ese ordenamiento jurídico deje de ser la *Lex rei sitae* y, por tanto, no se recurra al Derecho español, como hicieron los anteriores tribunales que conocieron del caso. Dicho con otras palabras, nada cambiaría: el cuadro pertenecería a la Fundación Thyssen-Bornemisza y al Estado español. Es posible. No es una opinión infundada. Así lo creyó también el Juzgado de Distrito, cuando afirmó que tanto la regla de conflicto del *Common Law* federal como la del Estado de California provocan, como resultado, que el Derecho español sea aplicable al fondo del asunto¹⁸⁰.

Pero existen buenos *motivos para dudar*. Recurrir ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos supone emplear tiempo, trabajo y dinero en un procedimiento en el que no está asegurado el éxito. ¿Con qué finalidad se interpuso el recurso? ¿Sólo para unificar la jurisprudencia discrepante entre los tribunales federales del Noveno Circuito y los demás? Está claro que a una parte le interesa que siga siendo así y a la otra no. De hecho hay quien sostiene ya que, si se contempla *Cassirer* como una *saga* de procesos y no como un proceso aislado, la cuestión de fondo no es otra que cuál es la Ley sustantiva que se debe aplicar, si la de España o la de California, para discernir a quién corresponde la propiedad del objeto de arte: El tribunal de primera instancia y el Noveno Circuito aplicaron el *Common Law* federal que llevó al tribunal a aplicar la ley española, en lugar de un proceder a análisis bajo las normas de conflicto del foro (California), que hubiera llevado a la aplicación de la ley de California¹⁸¹. Lo que no está tan claro es si estamos ante una proclamación técnicamente correcta o ante meras ilusiones, un *wishful thinking*. Además... esas *otras soluciones* posibles existen. Veamos cuáles han sido y, en particular, cómo han evolucionado desde un planteamiento de base más conservador -no se sabe si “justo”, pero, desde luego, “seguro”- a uno más innovador -quizá “más justo”, pero, desde luego, “más inseguro”, como consecuencia del cual se tiene la sensación, al menos, de que se cambia “el imperio de la ley” por “el imperio de los jueces”.

A) La regla de la *Lex Loci* de la presunta transmisión

65. Desde la década de los años 80, hay constancia clara de que los tribunales estadounidenses proclamaron, de vez en cuando, la regla de la *Lex loci* o, mejor, de la *Lex rei sitae*: Es la ley del Estado en que se encuentra la obra de arte en el momento de su adquisición la que rige la transmisión de la propiedad (*ad ex.*, *Wertheimer v. Cirkers Hayes Storage Warehouse, Inc.* 2001 WL 1657237 at *5 [NY Sup. Ct. 2001]¹⁸²; *Garrison Special Opportunities Fund LP v. Fidelity Nat'l Card Servs., Inc.* 130 A.D.3d 546, 548 [NY App. Div. 2015]¹⁸³; *In re Application of Toren*, 2017 N.Y. Slip Op. 30963 [N.Y. Sup. Ct. 2017]¹⁸⁴). Así, *ad ex.*, en el caso *DeWeerth v. Baldinger*, un tribunal neoyorquino declaró que: “*The law of New York governs all issues in this case, including the question of which party has the superior right to possession of the Monet. New York is the place where the sale of the painting [...] occurred and where the Monet is and has been located*”¹⁸⁵.

66. Esta línea jurisprudencial de los tribunales estadounidenses se caracteriza por los siguientes datos:

¹⁸⁰ United States District Court Central District Of California, Civil Minutes – General, Case N° CV 05-3459-JFW (Ex) Date: April 30, 2019 *David Cassirer, et al. -v- Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, disponible en https://www.lootedart.com/web_images/pdf2019/CassirerThyssen-JUDGMENT%2030.4.19.pdf (consultado el 23 enero 2023). *Vid.*, *ad ex.*, E. RODRÍGUEZ PINEAU, “¿Retener o retornar?: Reflexiones sobre la solución material del asunto Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza”, en L. PÉREZ-PRAT DURBÁN/G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (EDS.), *Holocausto y bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2019, pp. 177-201.

¹⁸¹ LAW JOURNAL EDITORIAL BOARD, “Choice of Law Question Settled: The Supreme Court issued a little-noticed but important clarifying decision resolving a lopsided circuit split”, *New Jersey Law Journal*, 12 junio 2022, disponible en <https://www.law.com/njlawjournal/2022/06/12/choice-of-law-question-settled/> (consultado el 20 febrero 2013).

¹⁸² Disponible en <https://casetext.com/case/wertheimer-v-cirkers-hayes-str-warehouse> (consultado el 11 abril 2023).

¹⁸³ Disponible en <https://casetext.com/case/garrison-special-opportunities-fund-lp-v-fid-natl-card-servs-inc> (consultado el 11 abril 2023).

¹⁸⁴ Disponible en <https://casetext.com/case/in-re-application-of-toren> (consultado el 11 abril 2023).

¹⁸⁵ *DeWeerth v. Baldinger* 658 F.Supp. 688 (S.D.N.Y. 1987); rev'd 836 F.2d 103 (2d Cir. 1987); cert. den. 108 S.Ct. 2823 (1988).

- 1º) Sigue la *solución tradicional y mayoritaria* en el Derecho internacional privado comparado; es decir, la adquisición de derechos reales se determina por la ley del Estado en el que éstos se encuentran en el momento de su transmisión (*Lex rei sitae*)¹⁸⁶. Lo subraya, con claridad meridiana, el tribunal de Nueva York del caso *Greek Orthodox Patriarchate of Jerusalem v. Christie's, Inc.*: “*questions relating to the validity of a transfer of personal property are governed by the law of the state where the property is located at the time of the alleged transfer*”¹⁸⁷.
- 2º) Detrás de una norma de conflicto bilateral -si el bien mueble se encuentra en otro Estado, será la ley de éste la que aplique el tribunal-, se encuentra, *de facto*, una *solución legeforista*: el Derecho aplicable al fondo del asunto ha sido el Derecho estadounidense -en concreto, el Derecho del Estado de la Unión en que se encuentra el tribunal- y no el Derecho de un Estado extranjero; porque la obra de arte, cuya restitución se solicitaba, se encontraba siempre en Estados Unidos en todos estos casos¹⁸⁸.

B) El *most significant contact-Test*

67. Según la jurisprudencia dominante estadounidense en la actualidad, la regla de la *Lex loci* del lugar de la presunta transmisión de la propiedad ha sido sustituida por el *most significant contact-Test* para determinar cuál es el Derecho material aplicable a la restitución de obras de arte robadas por los nazis: “No es el Derecho del lugar donde se encuentra la propiedad el que es el punto de referencia para el Derecho sustantivo aplicable al examen de la situación de la propiedad, sino la ley del Estado que tiene el mayor interés en la aplicación de su Derecho sustantivo al caso concreto”¹⁸⁹.

Éste planteamiento metodológico se encuentra recogido en el *Restatement of the Law (Second) Conflict of Laws*, que es una codificación privada elaborada por el *American Law Institute*, con influencia innegable en la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses. El *Restatement* lo proclama, con carácter general, en su § 6 y, con carácter particular, en §§ 222 (*property*)¹⁹⁰, 244 (*validity and effect of conveyance of interest in chattel*)¹⁹¹ y 246 (*acquisition by adverse possession or prescription of interest in chattel*)¹⁹². La regla general es la siguiente: “§ 6. *Choice of Law Principles*

- (1) *A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.*

¹⁸⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos reales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 3589-3721 (pp. 3608-3620); V. WIESE, “Der Bedeutungswandel der Situs-Regel im Internationalen Sachenrecht der Kulturgüter”, en *Kulturgüterschutz - Kunstrecht – Kulturrecht: Festschrift für Kurt Siehr zum 75. Geburtstag aus dem Kreise des Doktoranden- und Habilitandenseminars “Kunst und Recht”*, Baden-Baden, Nomos, Zürich, St. Gallen, Dike, Wien, Facultas, 2010, pp. 45-76.

¹⁸⁷ *Greek Orthodox Patriarchate of Jerusalem v. Christie's, Inc.* 1999 WL 673347 at *4 (S.D.N.Y. 1999).

¹⁸⁸ Además de los casos citados en las dos notas anteriores, *vid.*, *ad ex.*, *Schoeps v. Museum of Modern Art* 594 F.Supp.2d 461, 465 (S.D.N.Y. 2009).

¹⁸⁹ *Vid.*, *ad ex.*, W.L. CHARRON, “A Comity of Error: Analyzing New York’s Choice of Law Rules in Stolen Art Cases”, *New York Law Journal*, vol. 250, nº 102, November 25, 2013, disponible en <https://pryorcashman.giassets.com/content/uploads/2020/03/NYLJ-20-20A-20Comity-20of-20Error-20analyzing-20New-20Yorks-20c.pdf> (consultado el 19 febrero 2023); J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 135.

¹⁹⁰ *Property*. § 222. *The General Principle. The interests of the parties in a thing are determined, depending upon the circumstances, either by the “law” or by the “local law” of the state which, with respect to the particular issue, has the most significant relationship to the thing and the parties under the principles stated in § 6.*

¹⁹¹ § 244. *Validity and effect of conveyance of interest in chattel.*

(1) *The validity and effect of a conveyance of an interest in a chattel as between the parties to the conveyance are determined by the local law of the state which, with respect to the particular issue, has the most significant relationship to the parties, the chattel and the conveyance under the principles stated in § 6.*

(2) *In the absence of an effective choice of law by the parties, greater weight will usually be given to the location of the chattel, or group of chattels, at the time of the conveyance than to any other contact in determining the state of the applicable law.*

¹⁹² “§ 246. *Acquisition by Adverse Possession or Prescription of Interest in Chattel. Whether there has been a transfer of an interest in a chattel by adverse possession or by prescription and the nature of the interest transferred are determined by the local law of the state where the chattel was at the time the transfer is claimed to have taken place.*”

- (2) *When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include*
- (a) *the needs of the interstate and international systems,*
 - (b) *the relevant policies of the forum,*
 - (c) *the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,*
 - (d) *the protection of justified expectations,*
 - (e) *the basic policies underlying the particular field of law,*
 - (f) *certainty, predictability and uniformity of result, and*
 - (g) *ease in the determination and application of the law to be applied*".

68. El *cambio de modelo* no se produjo como consecuencia de ninguna reforma legislativa en los Estados de la Unión, sino como resultado de una *evolución jurisprudencial*. Hubo, al principio, una *fisura*, que convivió con el anterior modelo de solución y que pasó casi desapercibida. En el caso *Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon*, un tribunal de Nueva York manifestó que: "*In applying the New York rule that a purchaser cannot acquire good title from a thief, New York courts do not concern themselves with the question of where the theft took place, but simply whether one took place. Similarly, the residence of the true owner is not significant for the New York policy is not to protect resident owners, but to protect owners generally as a means to preserve the integrity of transactions and prevent the state from becoming a marketplace for stolen goods*"¹⁹³.

69. La *quiebra* del modelo de solución seguido hasta entonces por los tribunales estadounidenses se produjo con el caso *Bakalar v. Vavra*¹⁹⁴. En este caso, se discutió la propiedad del dibujo de EGON SCHIELE titulado *Sitzende mit angezogenem linken Bein* (1917). Originariamente perteneció al artista de cabaret FRITZ GRÜNBAUM, actor judío de nacionalidad austriaca, que desaprobaba al nacionalismo dentro y fuera de los escenarios -fallecido en el campo de concentración de Dachau (1941)- y a su esposa ELISABETH GRÜNBAUM -fallecida en el campo de concentración de Minsk (1942)-. Se sabe con certeza que: a) En 1956, la Galería Gutekunst de Berna (Suiza) compró el dibujo de EGON SCHIELE. Se ignora quién fue el vendedor. b) En ese mismo año, la compañía suiza que lo había adquirido lo revendió a la Galería St. Etienne de Nueva York. c) En 1963, el Sr. BAKALAR compró esta obra de arte a dicha Galería por 4.300 \$. d) En 2005, Sotheby's incluyó al dibujo de SCHIELE en su catálogo de obras a la venta. Ésta no pudo realizarse; porque herederos de FRITZ GRÜNBAUM (VAVRA y FISCHER) pretendieron su recuperación. e) BAKALAR reaccionó, ejerciendo una acción para que se declarase que él era el legítimo propietario de la obra de arte y que las pretensiones de los herederos habían prescrito, y VAVRA y FISCHER, en reconvencción, demandaron que se discutiese, como cuestión de fondo, quién era el legítimo propietario del dibujo y que, mientras se resolvía este asunto, se reconociese que ellos tenían mejor título para disfrutar de la posesión del cuadro (*replevin action*)¹⁹⁵.

70. En su análisis del caso *Bakalar v. Vavra*, la *Court of Appeals* del Segundo Circuito se apartó, desde un primer momento, de la doctrina jurisprudencial hasta entonces dominante y recurrió al Derecho del Estado de Nueva York, no en virtud de ninguna norma de conflicto, sino de un *análisis de intereses* (*interest analysis*). Esto suponía que, dado que el caso estaba conectado con *tres ordenamientos jurídicos* (el estadounidense [en particular, el del Estado de Nueva York], el austriaco y el suizo), el tribunal se valdría del Derecho del Estado de Nueva York; pero sólo a condición de que éste tuviera más interés en ser aplicado que los otros dos ordenamientos jurídicos:

¹⁹³ *Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon* 536 F.Supp. 829, 846 (E.D.N.Y. 1981).

¹⁹⁴ *Bakalar v. Vavra and Fischer* 2008 WL 4067335 (S.D.N.Y. 2008); vac'd and rem'd 619 F.3d 136 (2nd Cir. 2009); 819 F.Supp.2d 293 (S.D.N.Y. 2011); aff'd 500 Fed.App'x 6 (2nd Cir. 2012); cert. den. 569 U.S. 968, 133 S.Ct. 2038; 237 F.R.D. 59 (S.D.N.Y. 2006); 2006 WL 2311113 (S.D.N.Y. 2006); 550 F.Supp.2d 548 (S.D.N.Y. 2008); 851 F.Supp.2d 489 (S.D.N.Y. 2011).

¹⁹⁵ Sobre las *replevin actions*, *vid., ad. ex.*, J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 6, 46-47, 122-124, 162-163 y 177-178.

- 1º) La Corte de Apelación del Segundo Circuito, en efecto, justificó la utilización del Derecho de Nueva York con el argumento de que: “*The manner in which the New York rule is applied reflects an overarching concern that New York not become a marketplace for stolen goods and, in particular, for stolen artwork*”¹⁹⁶. El argumento del interés general del mercado neoyorkino en preservar la legalidad/legitimidad de las transacciones de obras de arte que se lleven a cabo en él había sido ya consagrado con anterioridad, al menos, por dos resoluciones judiciales (*Menzel v. List*¹⁹⁷ y *Solomon R. Guggenheim Found. v. Lubell*¹⁹⁸).
- 2º) Tribunales de otros Estados de la Unión recurrieron también a este planteamiento metodológico, que, en rigor, supone un *juicio prudencial previo* de las *circunstancias del caso concreto*, que puede ser enormemente difícil de articular, y que, en todo asunto, involucra un *enfoque unilateralista*, que recuerda al empleado históricamente por los Estatutarios. Según un tribunal de California implicado en *Cassirer*, se trata de lo siguiente: “*Primero, el tribunal determina si la ley relevante de cada una de las jurisdicciones potencialmente afectadas con respecto al tema particular en cuestión es la misma o diferente. Segundo, si hay una diferencia, el tribunal examina el interés de cada jurisdicción en la aplicación de su propia ley bajo las circunstancias del caso particular para determinar si existe un verdadero conflicto. Tercero, si el tribunal determina que existe un verdadero conflicto, evalúa y compara cuidadosamente la naturaleza y la fuerza del interés de cada jurisdicción en la aplicación de su propia ley para determinar el interés de qué Estado se vería más perjudicado, si su política estuviera subordinada a la política del otro Estado, y luego, en última instancia, aplica la ley del Estado cuyo interés se vería más perjudicado, si no se aplicara su ley*”¹⁹⁹.

71. Como ha señalado J.P. RAPP, el empleo del *most significant contact-Test* para determinar cuál es el Derecho material aplicable a la restitución de obras de arte robadas por los nazis ha tenido, en la práctica, *dos importantes efectos*:

- 1º) Como *regla general*, los tribunales estadounidenses aplican la ley de los EE. UU. en los litigios sobre restitución de obras de arte objeto de saqueo o expropiación por los nazis (*tendencia al legeforismo*). Los mismos tribunales que muestran su indiferencia ante hechos relevantes ocurridos en el extranjero -como, *ad ex.*, la venta del bien robado en pública subasta-, se muestran, sin embargo, receptivos a justificar la aplicación de la ley estadounidense en virtud de la residencia de ambas partes en Estados Unidos, de la localización del bien litigioso en territorio norteamericano o del hecho de que se hubiese adquirido en él por el demandado²⁰⁰. *Ejemplo*: En *Autocephalous Greek Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg*, el tribunal no tomó en consideración que el bien se encontraba en Suiza al tiempo de su venta, fue comprado en Suiza y, además, fue adquirido de buena fe según el Derecho suizo. En cambio, el tribunal de distrito empleó la legislación de Indiana, argumentando que: (a) Este Estado de la Unión tenía un contacto muy significativo con el caso, dado que el bien se encontraba actualmente en ese Estado y que en él se hallaban tanto el domicilio

¹⁹⁶ *Bakalar v. Vavra* 619 F.3d 136, 140 (2nd Cir. 2010).

¹⁹⁷ *Menzel v. List* 49 Misc.2d 300, 305, 267 N.Y.S.2d 804 (NY Sup. Ct. 1966); mod. 28 A.D.2d 516, 279 N.Y.S.2d 608 (NY App. Div. 1967); rev'd as to modification 24 N.Y.2d 91, 298 N.Y.S.2d 979, 246 N.E.2d 742 (NY Ct. App. 1969).

¹⁹⁸ *Solomon R. Guggenheim Found. v. Lubell* 77 N.Y.2d 311, 317 (NY Ct. App. 1991).

¹⁹⁹ Texto original: “*First, the court determines whether the relevant law of each of the potentially affected jurisdictions with regard to the particular issue in question is the same or different. Second, if there is a difference, the court examines each jurisdiction’s interest in the application of its own law under the circumstances of the particular case to determine whether a true conflict exists. Third, if the court finds that there is a true conflict, it carefully evaluates and compares the nature and strength of the interest of each jurisdiction in the application of its own law to determine which state’s interest would be more impaired if its policy were subordinated to the policy of the other state, and then ultimately applies the law of the state whose interest would be more impaired if its law were not applied.*”, *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation* 153 F.Supp.3d 1148, 1155-1156 (C.D.Cal. 2015).

²⁰⁰ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 137.

como la sede de los demandados, porque hay un contacto muy significativo con este estado (lugar de residencia y lugar de negocios de los residentes, ubicación actual de la obra de arte); (b) Suiza no tenía interés alguno en que se aplicase su Derecho a una obra de arte que sólo estuvo en Suiza de paso (*res in transitu*)²⁰¹.

- 2º) Otro efecto no menos importante es que el recurso al Derecho estadounidense ha permitido descartar las *normas jurídicas protectoras de los adquirentes de buena fe* que existen en los ordenamientos jurídicos europeos, basándose en que: (a) El Estado en que se litiga tiene mayor interés en cómo se resuelva el asunto litigioso que el Estado en el que se realizó la compraventa; (b) la legislación estadounidense protege a la víctima del saqueo o expropiación de la obra de arte de los compradores de buena fe y evita el comercio ilegal de obras de arte²⁰².

72. Un caso extremo y poco frecuente es la ausencia de *minimum contacts*: los tribunales estadounidenses no aplican Derecho estadounidense a la restitución de obras de arte robadas por los nazis, cuando falta una *conexión mínima* entre la adquisición del objeto de arte y los EE. UU.²⁰³. Así ocurrió, *ad ex.*, en *Warin v. Wildenstein & Co.*: la obra de arte nunca estuvo en el Estados Unidos y ningún acto de adquisición relevante tuvo lugar en territorio estadounidense²⁰⁴. El tribunal estadounidense desestimó las pretensiones de los demandantes en virtud del Derecho francés (= aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero en un caso tan excepcional que lo más probable es que nunca hubiera debido llegar a los tribunales norteamericanos).

VII. Eficacia extraterritorial de decisiones

1. Consideraciones introductorias

73. De ordinario, los litigios para la devolución de obras de arte robadas por los nazis ante tribunales estadounidenses tienen una larga duración. Mucho de ellos no concluyen con una sentencia, ordenando la restitución de los objetos de arte: porque los demandantes se niegan a continuar litigando, porque opera la doctrina de la inmunidad de jurisdicción o ejecución de un Estado extranjero, porque ha prescrito la acción, porque se recurre a un arbitraje o se confía la solución de fondo del proceso iniciado a una negociación extrajudicial, una mediación o una conciliación. En otros litigios, por el contrario, se llega a obtener una sentencia de restitución o de indemnización y entonces surge una cuestión: la ejecución o eficacia de dicha resolución judicial.

74. Toda sentencia firme es un acto jurídico de uno de los poderes del Estado -el judicial- que, *velis nolis*, debe ser cumplida. Cuando se trata de litigios sobre la devolución de obras de arte sucede lo

²⁰¹ 717 F.Supp. 1374, 1393 (S.D.Ind. 1989); *aff'd* 917 F.2d 278 (7th Cir. 1990).

²⁰² J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 137. Este último argumento ("*illicit trafficking in stolen art*") fue también utilizado en *Sotheby's Inc. v. Shene* 2009 WL 762697 (S.D.N.Y. 2009).

²⁰³ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 137-139.

²⁰⁴ En la Francia ocupada por los alemanes, los nazis robaron 8 valiosos manuscritos ilustrados del hogar de ALPHONSE KANN (octubre 1940). La *Wildenstein Gallery* adquirió del Gobierno francés dichos manuscritos, que habían sido recuperados, entre 1949 y 1952. El inventario completo de las obras robadas por los nazis a este coleccionista francés, puede verse en *Cultural Plunder by the Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg: Database of Art Objects at the Jeu de Paume*, disponible en https://www.errproject.org/jeudepaume/card_advanced_search.php?Card_CollectionId=91 (consultada el 19 febrero 2023). *Warin v. Wildenstein & Co.* 2001 WL 1117493 at *1 (NY Sup. Ct. 2001); *aff'd* 293 A.D.2d 348 (NY App. Div. 2002); *rec'd and vac'd* 297 A.D.2d 214 (NY App. Div. 2002); 13 Misc.3d 1201(A), 824 N.Y.S.2d 759 (NY Sup. Ct. 2006) (disponible en <https://law.justia.com/cases/new-york/other-courts/2006/2006-51631.html> [consultado el 19 febrero 2023]); *aff'd* 45 A.D.3d 459, 846 N.Y.S.2d 153 (NY App. Div. 2007) (disponible en <https://caselaw.findlaw.com/ny-supreme-court-appellate-division/1302490.html> [consultado el 19 febrero 2023]). *Vid.*, *ad ex.*, J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 138-139.

mismo. Ahora bien, conviene distinguir entre la declaración de ejecutividad y la ejecución material de la sentencia según se trate de hacerla efectiva en el *territorio del Estado del tribunal del foro*, el que ha conocido directamente del fondo del litigio, o en el *territorio de un Estado extranjero*. En ambos supuestos, se trata de cuestiones procesales y no de cuestiones sustantivas o de Derecho material.

75. En el primer supuesto, una sentencia de un tribunal estadounidense en materia de restitución de obras de arte robadas tiene las mismas posibilidades de ser ejecutada en los Estados Unidos que cualquier otra sentencia de condena. Sin embargo, si el objeto de arte robado no se encuentra en Estados Unidos y, además, el demandado no posee en territorio norteamericano ningún otro bien que pueda ser embargado, la resolución judicial será, de hecho, ineficaz (*ad ex.*, *Agudas Chasidei Chabad of U.S. v. Russian Federation*)²⁰⁵.

76. Imaginemos, como hipótesis, que finalmente un tribunal estadounidense condenara al Museo Thyssen-Bornemisza a restituir el cuadro litigioso. En este escenario, cabe imaginar la negativa del museo a entregar la pintura impresionista y se plantearía ante los tribunales españoles -y no ante los tribunales del Estado de origen de la sentencia de condena- una problemática que se conoce con el nombre de *validez o eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales extranjeras*²⁰⁶. Veamos, a continuación, qué camino deberían recorrer los herederos de Cassirer o sus causahabientes y cuáles serían las causas que posiblemente se opondrían al cumplimiento de la sentencia estadounidense.

77. Tres datos son importantes:

- (a) En principio, las resoluciones dictadas por las autoridades de un Estado son eficaces sólo en el territorio de dicho Estado y no en el territorio de otros Estados.

²⁰⁵ *Agudas Chasidei Chabad of U.S. v. Russian Federation* 466 F.Supp.2d 6 (D.D.C. 2006); *aff'd in part, vac'd in part, rev'd in part* 528 F.3d 934 (D.C.Cir. 2008); 729 F.Supp.2d 141 (D.D.C 2010); 798 F.Supp.2d 260, 266 f. (D.D.C. 2011); 915 F.Supp.2d 148, 151 f. (D.D.C. 2013); 128 F.Supp.3d 242 (D.D.C. 2015). Comentado por J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 115-117.

²⁰⁶ *Vid.*, *ad ex.*, E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007; A. BRIGGS, *Civil jurisdiction and judgments*, 7ª ed., Abingdon, Oxon; New York, NY, Informa Law from Routledge, 2021; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Eficacia extraterritorial de decisiones", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 851-1086; G. CUNIBERTI, "Le fondement de l'effet des jugements étrangers", *RCADI*, 2018, t. 394, pp. 87-283; Y. DUTREY GUANTES, "La modificación de medidas dictadas en sentencia extranjera: una cuestión pendiente (AP Cantabria 11 febrero 2020)", *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 832-839; A. GIUSSANI, "Grounds for refusal of recognition of foreign judgments: developments and perspectives in EU member states regarding public order and conflicting decisions", en V. RĬAVEC/K. DRNOVŠEK/C.H. VAN RHEE (EDS.), *Cross-border enforcement in Europe: national and international perspectives*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2020, pp. 57-71; S. HACKSPIEL/P. BAŃCZYK, "Urteilsanerkennung und Integration in der EU und in den USA", en B. HESS/E. JAYME/H.-P. MANSSEL (HRSG.), *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Gieseking, 2018, pp. 137-150; W.J. HAU, "Executio non conveniens? Zum Ausschluss der Vollstreckung anerkenntnisfähiger ausländischer Entscheidungen", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 116, 1, 2017, pp. 23-43; B. HESS/P. ORTOLANI (EDS.), *Impediments of national procedural law to the free movement of judgments*, München, C.H. Beck, Oxford, Hart, Baden-Baden, Nomos, 2019; J. IZQUIERDO/M. ROBLES, "Dificultades asociadas a la ejecución de resoluciones extranjeras frente a Estados soberanos en España", *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, n° 7; K.D. KERAMEUS, "Enforcement in the international context", *RCADI*, 1997, pp. 179-410; H. VAN LOON, "Towards a global Hague Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters", *NIPR*, 38, 1, 2020, pp. 4-18; P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, París, 1973; H. KUPELYANTS, "Recognition and enforcement of foreign judgments in the absence of the debtor and his assets within the jurisdiction: reversing the burden of proof", *Journal of Private international Law*, 2018, pp. 455-475; P. KUTNER, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments", *RabelsZ*, 2019, pp. 1-76; M. LIEBERKNECHT, "Die innerstaatliche Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen im Lichte der völkerrechtlichen Nichtanerkennungspflicht", *IPRax*, 2018, pp. 573-579; M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, "La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena de prestación periódica de alimentos)", *REDI*, 2002, pp. 641-668; A.T. VON MEHREN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", *RCADI*, 1980, vol.167, pp. 1112; H.J. PUTTFARKEN, "Grundrechte im internationalen Rechtsraum", *RIW*, vol.41, 1995, pp. 617-627; D. SINDRES, "Le contrôle par le juge de l'exequatur des condamnations pécuniaires prononcées par un juge étranger", *RCDIP*, 2021, 3, pp. 533-562.

- (b) Sin embargo, con mucha frecuencia, las decisiones que resuelven “casos internacionales” deben desplegar “efectos jurídicos” en varios países.
- (c) Todos los Estados disponen de un sistema de “validez extraterritorial de decisiones” edificado sobre el principio de *tutela judicial efectiva*. Se trata de un conjunto de normas que permiten que una decisión extranjera sea “importada” y produzca efectos jurídicos en un concreto Estado. Esas normas componen el sector de la “validez extraterritorial de decisiones”. Estas normas benefician a los particulares implicados en situaciones privadas internacionales y también a los Estados, que no deben costear “dobles procesos”.

2. Delimitación conceptual: Reconocimiento y *exequatur*

78. El *reconocimiento* es el mecanismo jurídico que dota a la decisión extranjera de efectos procesales en el Estado requerido (*Anerkennung*). Los *efectos procesales* de las resoluciones públicas extranjeras son los siguientes.

- (a) *Efecto de cosa juzgada material*. En sus dos vertientes: (1) La decisión extranjera vincula a las autoridades nacionales (*sentido positivo* de la cosa juzgada material); (2) No puede volverse a plantear el asunto ya resuelto por la decisión extranjera (*sentido negativo* de la cosa juzgada material).
- (b) *Efecto constitutivo*. Permite que se cree, extinga o modifique un derecho o situación jurídica derivado de la decisión reconocida. Ocurre, por ejemplo, en materia de divorcio o filiación.
- (c) *Efecto de tipicidad*. Permite que la decisión extranjera se trate como una decisión nacional a efectos de considerarla como “sentencia firme” o “resolución judicial”.

79. El *exequatur* es el mecanismo jurídico de Derecho internacional privado que convierte la decisión extranjera en un “título ejecutivo”. La resolución extranjera podrá ser ejecutada en otro país como un título ejecutivo nacional. Es preciso distinguir entre el “proceso de *exequatur*” y la “ejecución material de la sentencia”.

- (a) *Exequatur*. Proceso mediante el cual se convierte una decisión extranjera en título ejecutivo nacional (*Vollstreckbarerklärung*).
- (b) *Ejecución material de la sentencia*. Una vez obtenido el *exequatur* de la decisión extranjera, será posible la ejecución material del fallo contenido en tal decisión extranjera (art. 523.1 y 2 LEC) (*Zwangsvollstreckung*)²⁰⁷.

80. Los efectos jurídicos de las decisiones judiciales y no judiciales de *terceros Estados* en España se rige por las normas nacionales españolas sobre validez extraterritorial de decisiones. También se regirán por estas normas las decisiones dictadas por Estados miembros de la UE cuando no resulte aplicable al caso una normativa europea vigente. Estas normas nacionales son de dos tipos.

- (a) *Convenios internacionales*. Gozan de prevalencia aplicativa sobre las normas españolas de producción interna (art. 96.I CE y art. 2 LCJIMC). Si el instrumento internacional dispone que no procede otorgar efectos jurídicos en España a la sentencia o decisión extranjera, no será posible acudir a las normas españolas de producción interna con tal objetivo.
- (b) *Normas de producción interna*. Son las normas contenidas en los arts. 41-61 LCJIMC. Se trata de normas subsidiarias, aplicables tan sólo en defecto de normativa europea o Convenios internacionales en vigor para España.

²⁰⁷ R. GEIMER, “Grenzüberschreitende Zwangsvollstreckung in Forderungen”, en S. KUBIS ET AL. (EDS.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 597-610.

81. En el caso de una eventual sentencia firme de un tribunal estadounidense que pudiese punto final al caso *Cassirer*, sería aplicable la Ley 29/2015 de 30 julio 2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC)²⁰⁸. Esta Ley presenta las características siguientes:

- (a) Recoge un sistema de control de requisitos de regularidad internacional (*modelo italiano*). No se revisa el fondo de la resolución extranjera.
- (b) Distingue entre *reconocimiento* y *exequatur*.
- (c) Recoge unas “*causas de rechazo*” del reconocimiento y *exequatur* y no las “condiciones” para lograrlos.
- (d) Adopta un enfoque *muy favorable* a los efectos jurídicos en España de las resoluciones públicas extranjeras.
- (e) La Ley 29/2015 ha copiado el sistema europeo de los “Reglamentos Bruselas”, pero el *exequatur* es siempre necesario para la posterior ejecución de la resolución extranjera en España.

82. Los mecanismos legales para lograr los efectos jurídicos de las sentencias extranjeras en España a través de la LCJIMC son:

- (a) *Reconocimiento incidental* (art. 44.2 LCJIMC). Es el reconocimiento que se invoca, por la parte interesada, ante la autoridad judicial española que conoce de un concreto asunto. Produce *efectos incidentales, limitados al proceso* en el que se invoca la resolución extranjera. Dicha autoridad decide si concede o no concede el reconocimiento a la resolución extranjera en el marco del proceso principal del que conoce en ese momento.
- (b) *Reconocimiento por homologación* (art. 42.1 LCJIMC). Es la acción dirigida a declarar, a título principal y con *efectos erga omnes*, el reconocimiento de una resolución judicial extranjera en España.
- (c) *No reconocimiento por homologación* (art. 42.2 LCJIMC). Se trata de la acción que se ejercita para que un tribunal español declare, a título principal y con *efectos erga omnes*, que una resolución extranjera no es susceptible de reconocimiento en España.
- (d) *Exequatur* (art. 50.1 LCJIMC). Es la acción para lograr que una autoridad judicial española otorgue, en España, *efectos ejecutivos* a una resolución extranjera. Sólo una vez que la resolución extranjera ha obtenido su *exequatur* en España, dicha resolución extranjera puede ser ejecutada en España.

83. Los *procedimientos para lograr los efectos jurídicos de las resoluciones extranjeras en España* a través de la LCJIMC son los siguientes.

²⁰⁸ *Vid., ad ex.*, M.A. AMORES CONRADI, “Eficacia de resoluciones extranjeras en España: pluralidad de regímenes, unidad de soluciones”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Tecnos, 1995, pp. 267-316; A.-L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, Tecnos, 1986; L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial: problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009; C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “La rebeldía del demandado en el control de las garantías procesales como causa de denegación del reconocimiento en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional: Una visión comparada con el sistema Bruselas”, *REEI*, 2016; F.F. GARAU SOBRINO, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *CDT*, 2015, pp. 158-187; H.C. LAUGWITZ, *Die Anerkennung und Vollstreckung drittstaatlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen: rechtsvergleichende Betrachtung und europäische Regelungsoptionen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016; F.-X. LICARI, “Nota a Sent Cour d’appel Poitiers 26 febrero 2009 (*punitive damages*)”, *JDI Clunet*, 2010; P. MANKOWSKI, “Fehlende Verbürgung der Gegenseitigkeit im Verhältnis zu Liechtenstein (OLG Stuttgart, S. 444)”, *IPRax*, 2015-4, pp. 410-412; F. MARCHADIER, “Nota a Sent. TEDH 13 octubre 2009 (*Östürk vs. Turquie*)”, *RCDIP*, 2010, pp. 498-510; H. MUIR-WATT, “Nota a Sent. Chambre des Lords de 22 juillet 2004, *Gouvernement des États-Unis vs. Barnette*”, *RCDIP*, 2005, pp. 315-322; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *CDT*, 2016, pp. 234-259; C. SCHREIBER, *Die Haftung des Vollstreckungsgläubigers im internationalen Zivilrechtsverkehr*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008.

- (a) *Procedimiento de reconocimiento incidental (art. 44.2 LCJIMC)*. Sirve para canalizar la acción de *reconocimiento incidental (art. 44.2 LCJIMC)*.
- (b) *Procedimiento de exequatur (art. 42 LCJIMC)*. A través del procedimiento de *exequatur* se pueden ejercitar tres acciones diferentes: (1) *Acción de exequatur (art. 50.1 LCJIMC)*; (2) *Acción de reconocimiento por homologación (art. 42.1 LCJIMC)*; (3) *Acción de no reconocimiento por homologación (art. 42.2 LCJIMC)*. Aunque resulta *paradójico*, la acción de “reconocimiento por homologación” de una resolución extranjera en España se articula a través de este procedimiento, que el legislador denomina “*exequatur*”. El legislador español *confunde* de modo inapropiado la acción de reconocimiento, la acción de *exequatur* y el procedimiento para obtener el reconocimiento y el *exequatur*.

3. Causas de denegación del reconocimiento y el *exequatur*

84. Las *causas de denegación del reconocimiento y del exequatur* se encuentran recogidas en el art. 46 LCJIMC. Los *caracteres del sistema* que establece son éstos:

- (a) *Modelo italiano*: se procede a un control de requisitos de regularidad internacional de la resolución extranjera. No se revisa el fondo de la decisión extranjera. No se trata de volver a juzgar lo juzgado ya por un juez extranjero (art. 48 LCJIMC).
- (b) Es un *control obligatorio* de la regularidad de la decisión extranjera (art. 46 LCJIMC in primis).
- (c) Es un control que se practica *de oficio* por el juez español.
- (d) Existen unos *motivos cerrados* de rechazo del reconocimiento / *exequatur*. Es un sistema de *numerus clausus*.
- (e) El art. 16 LCJIMC recoge un conjunto de “*causas de rechazo*” y no una lista de “*condiciones necesarias*” para obtener el reconocimiento / *exequatur*. Se arranca del principio de que una decisión extranjera es válida y producirá efectos legales en España a menos que concurren alguno de estos “*motivos de rechazo*” del reconocimiento recogidos en el art. 46 LCJIMC.

85. La relación de las causas de denegación del reconocimiento y del *exequatur* (art. 46.1 LCJIMC) es ésta:

- (a) Contrariedad de la resolución extranjera con el *orden público internacional español*.
- (b) Resolución dictada con manifiesta *infracción de los derechos de defensa* de cualquiera de las partes. Si la resolución se dictó en rebeldía, existe manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente *de forma regular* y con *tiempo suficiente* para que pudiera defenderse (art. 46.1.b).II LCJIMC).
- (c) Control de la *competencia judicial internacional* del tribunal del Estado de origen. La resolución judicial extranjera no se reconocerá:
 - (1) Si se ha dictado en litigios cuya materia es objeto de *competencia exclusiva de los tribunales españoles*. Tales materias se encuentran relacionadas en el art. 24 RB I-bis y art. 22 LOPJ.
 - (2) En las demás materias, si el litigio no presenta una *conexión razonable* con el Estado de origen.
- (d) *Inconciliabilidad* de las resoluciones extranjeras con una resolución *dictada en España*.
- (e) *Inconciliabilidad* de la resolución extranjera con una resolución dictada anteriormente *en otro Estado*, si esta última resolución reúne las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.

- (f) *Litigio pendiente en España* entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero (= litispendencia internacional).

86. Es muy probable que *dos de estas causas de denegación* del reconocimiento y del *exequatur* se utilizasen contra una eventual sentencia estadounidense desfavorable para el Museo Thyssen-Bornemisza: el orden público internacional español y el control de la competencia judicial internacional del tribunal del Estado de origen.

A) Contrariedad al orden público internacional español

87. El art. 46.1.a) LCJIMC indica que las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán cuando “*fuera contrarias al orden público*”. En realidad, el precepto se refiere al *orden público internacional español*. No se trata ni de las normas imperativas españolas (= normas jurídicas que las partes no pueden descartar por pacto: son las normas de orden público interno), ni se trata tampoco de las normas internacionalmente imperativas españolas (= normas que se aplican a casos internacionales con independencia de cuál sea la Ley estatal que rijan tales casos: “leyes de policía”). Se trata, realmente, del “orden público internacional”, esto es, del conjunto de principios jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico español.

El orden público internacional constituye un *concepto jurídico indeterminado*. Se trata del “*conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinados*”²⁰⁹. Pues bien, se rechaza el reconocimiento de la resolución extranjera, si ello comporta la vulneración de principios fundamentales, básicos e irrenunciables del Derecho español. Muchos de tales principios se encuentran recogidos en la Constitución española²¹⁰, pero también se encuentran en los instrumentos legales internacionales en vigor para España que contienen “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, como el CEDH 4 noviembre 1950. La sentencia extranjera puede, en efecto, provocar una “externalidad negativa”. Ello significa que la resolución extranjera resuelve una cuestión jurídica que afecta a unos concretos sujetos particulares; pero, al mismo tiempo, esa misma resolución puede causar un daño grave a la cohesión y a la estructura jurídica de la “sociedad española”. En tal caso, es aconsejable rechazar el reconocimiento / *exequatur* de estas resoluciones extranjeras.

Sólo mediante la intervención del orden público internacional como causa de rechazo del reconocimiento / *exequatur* se evita ese daño “colateral” y “externo” que la resolución extranjera puede causar a la estructura jurídica de la sociedad española. Ese daño que es mayor que el beneficio que el reconocimiento / *exequatur* pudiera comportar para los particulares implicados. La preservación de la cohesión y la estructura jurídica de la sociedad española reviste un interés “público”. Cuando el reconocimiento / *exequatur* de una sentencia extranjera daña un interés “público”, el mecanismo del orden público internacional exige el rechazo de tal reconocimiento / *exequatur*. Así, por ejemplo, se podría afirmar que produce efectos contrarios al orden público internacional español el reconocimiento en España de sentencias extranjeras que ignoran una situación jurídicamente consolidada como es la derivada de la propiedad adquirida mediante usucapión extraordinaria de un bien mueble que lleva muchos años en España, con independencia de quién fuera un anterior legítimo propietario y si el actual obró de buena fe o no. A un nivel individual, está en juego quién es el auténtico propietario; pero, desde un punto de vista social, lo que está en juego es la protección del mercado, la seguridad jurídica de las transacciones, el mismo régimen jurídico de la propiedad.

Por último, la expresión “orden” hace referencia a la “estructura jurídica básica del Derecho español”. Se protege la estructura jurídica fundamental de la sociedad española, una estructura, un orden que permite mantener la paz social. Ahora bien, no se trata de un “orden público de dirección”, esto es,

²⁰⁹ STC 54/1989 de 23 febrero 1989, SAP Madrid 23 febrero 2011 [CENDOJ 28079370142011100121] (laudo arbitral dictado en Madrid).

²¹⁰ STC 54/1989 de 23 febrero 1989.

de los principios básicos de un determinado modelo de sociedad, sino más bien de un “orden público de protección”, orientado a garantizar los derechos individuales de toda persona. No se trata de “dirigir” u “obligar” a los particulares a seguir un determinado modelo de organización social, sino de proteger los derechos fundamentales sobre los que se construye la sociedad española. En este sentido, se puede dar ejecución en España a sentencias extranjeras que activan instituciones no conocidas en Derecho español siempre que ello no vulnere los “*principios y valores jurídicos, políticos o morales que por ser fundamentales merecen la consideración de irrenunciables y se entiende como instrumento al servicio de los destinatarios de las normas y de la protección de los derechos individuales*”. Es un orden público de protección “*entendido como salvaguarda de los derechos de las personas*”²¹¹.

No es fácil responder a una pregunta: cuáles son los elementos que deberían tomar en consideración los jueces españoles y, en general, los jueces de los Estados miembros de la UE para precisar si una sentencia de un tribunal de Estados Unidos sería manifiestamente contraria al orden público del foro (sea éste el español, el alemán o el de cualquier otro Estado de la UE). No es fácil concretarlo; porque hasta ahora ni en España ni en Alemania se ha producido *ningún precedente claro y significativo* de reconocimiento o ejecución de una sentencia estadounidense que ordene la restitución de una obra de arte saqueada por los nazis -al menos, nosotros no lo conocemos-. En Alemania, donde la doctrina ha especulado sobre si dicha posibilidad sería realista, se ha apuntado que sería *dudoso*: (a) Es, como mínimo, discutible que se pueda preferir la Ley estadounidense -que ignora la posibilidad de adquirir de *buena fe* obras de arte saqueadas por los nazis-; puesto que, casi con total seguridad, la parte contra la que se pretenda obtener el reconocimiento objetará -y el tribunal europeo le dará la razón- que, si hay un ordenamiento jurídico que tiene *un vínculo significativo con el litigio* es el del Estado donde se pretende el reconocimiento, si, además, en él tiene su domicilio o sede social el demandado y es en su territorio donde se encuentra el objeto artístico que se reclama. (b) Es *arriesgado* suponer que un tribunal de un Estado miembro de la UE no estime contrario a su orden público que se pretenda aplicar en un caso concreto que le concierne una ley extranjera que responde a una idea básica -la imprescriptibilidad de las acciones reivindicatorias de obras de arte, salvo excepciones-, cuando, desde tiempos del antiguo Derecho privado romano, jueces y legisladores de la Europa continental han resuelto *el conflicto entre los que tienen derecho a la restitución y el comprador de buena fe* en favor de la conciliación mediante la *prescripción*²¹².

B) Control de la competencia judicial internacional

88. El juez extranjero que ha pronunciado la resolución cuyo del reconocimiento / *exequatur* se solicita en España debe haber sido un juez internacionalmente competente. En España no se otorga el reconocimiento / *exequatur* a resoluciones extranjeras dictadas por jueces internacionalmente incompetentes, jueces que operan con criterios de competencia internacional excesivos (*excessive jurisdiction*). Ello se traduce en dos ideas básicas (art. 46.1.c) LCJIMC).

- 1ª) La resolución judicial extranjera no se reconocerá si se ha dictado en materias objeto de *competencia exclusiva* de los tribunales españoles. No es un supuesto que concurra en el caso Cassirer.
- 2ª) En los demás casos, esto es, en relación con materias que no son objeto de competencia exclusiva de los tribunales españoles, la resolución extranjera no se reconocerá si la competencia del juez de origen no obedeciere a una “conexión razonable”. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio, cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española (*Spiegelbildlichkeitsprinzip*). Sí es un supuesto que podrá cuestionarse en el caso Cassirer.

²¹¹ AAP Barcelona 14 mayo 2018 [ECLI:ES:APB:2018:2488A] (sentencia dictada en República de Guinea).

²¹² J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 118.

89. Debemos preguntarnos, por tanto, cómo es el *control de la competencia del juez de origen en litigios que no versan sobre materias objeto de competencia exclusiva de los tribunales españoles*. Las sentencias extranjeras dictadas por jueces que carecen de “competencia internacional” (= jueces internacionalmente incompetentes) no obtienen el reconocimiento ni el *exequatur* en España. En efecto, el juez español que debe pronunciarse sobre el reconocimiento / *exequatur* debe llevar a cabo un “control de la competencia judicial internacional del juez de origen” incluso si la materia objeto de la litis no pertenece al elenco de “competencias exclusivas” de los tribunales españoles. Varios aspectos deben ponerse de relieve:

90. 1º) *Causa independiente*. Con inmejorable criterio, el legislador de 2015 ha diseñado esta causa de rechazo del reconocimiento / *exequatur* en el art. 46.1c) LCJIMC como una causa autónoma e independiente del control de los derechos de defensa, que era el anterior enfoque seguido por la LEC 1881. El control de la competencia judicial internacional protege al demandado; pero también al Estado cuyas competencias exclusivas pueden haberse visto infringidas.

91. 2º) *Justificación del control de la competencia judicial internacional*. Este control se justifica por varias razones (D.P. FERNÁNDEZ ARROYO): (a) Se logra una protección del demandado frente a foros exorbitantes (= foros que producen una infracción de la tutela judicial efectiva del demandado, que se ve “arrastrado” y “atraído” a una jurisdicción estatal totalmente imprevisible para él por el potente campo de tracción que generan los foros exorbitantes en relación con todo demandado); (b) Se combate el *Bad Forum Shopping*, esto es los movimientos estratégicos de demandantes astutos que sitúan el pleito ante tribunales de países que disponen de criterios de competencia judicial internacional excesivamente laxos con el espurio objetivo de sortear la aplicación de la Ley imperativa española; (c) Se garantiza la regularidad jurídica general de la decisión extranjera, pues es frecuente que ciertos jueces extranjeros se declaren internacionalmente competentes con infracción de sus propios foros de competencia judicial internacional y ejerzan una “jurisdicción excesiva” al desobedecer sus propias normas procesales relativas a los foros de competencia internacional²¹³.

92. 3º) *Ámbito del control*. El “control de la competencia del juez de origen” comprende el control de la “jurisdicción” y de la “competencia judicial internacional”. No es preciso controlar la “competencia interna, territorial y funcional” del juez extranjero²¹⁴. Se trata de denegar el reconocimiento / *exequatur* a una resolución dictada por un tribunal extranjero “internacionalmente no competente”, y no de “dar una lección al juez extranjero sobre cómo debe aplicar su propio Derecho procesal”.

93. 4º) *Sistemas teóricos para acreditar la “competencia internacional” del juez extranjero*. La acreditación de la “competencia internacional” del juez extranjero es una cuestión complicada. Existen varios modos de intentar demostrar que el juez que dictó la sentencia extranjera era un juez “internacionalmente competente”²¹⁵.

- (a) *Sistema bilateralista / “the mirror principle”*. Durante decenios, el TS aplicó, con algunas inflexiones, el llamado “sistema bilateralista”. Consiste en lo siguiente: se considera que un tribunal extranjero es “internacionalmente competente”, cuando un tribunal español lo hubiera sido en un caso semejante (*Spiegelbildlichkeitsprinzip*). Por tanto, el juez extranjero debió utilizar para declararse internacionalmente competente los criterios de competencia judicial que regulan, en las normas españolas, la competencia judicial internacional de los

²¹³ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *RCADI*, t. 323, 2006, pp. 9-259 (pp. 53-79).

²¹⁴ *Vid.*, ad ex., L. ÁLVAREZ AGOUÉS, “Conflicto negativo de competencia territorial respecto al exequátur de resolución judicial extranjera proveniente de un tribunal estadounidense: acertada selección del bloque normativo aplicable. A propósito del Auto n.º 260/2020 del Tribunal Supremo”, *CDT*, 14, 1, 2022, pp. 570-577.

²¹⁵ *Vid.*, ad ex., P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES/S. LAVAL, *Droit international privé*, 11^e édition, Paris, Dalloz, 2023, pp. 479-528.

tribunales españoles²¹⁶. Si el juez extranjero fundó su competencia en un foro de los recogidos en la normativa española, el “espejo” funciona y se supera este control. Si, por el contrario, el juez extranjero se basó en un foro no recogido en la normativa española que regula la competencia judicial internacional, el espejo no refleja nada y el control no se supera. Deben considerarse, a estos efectos, exclusivamente, las normas españolas de competencia judicial internacional y no las normas europeas de competencia judicial internacional. Sin embargo, este sistema resulta ser xenófobo, imperialista, rígido y simplista. No tiene en cuenta que cada Estado tiene sus propios foros de competencia judicial internacional, que no tienen por qué ser inadecuados ni por qué ser los mismos que los que rigen en España.

- (b) *Sistema de los contactos razonables*. A partir de 1998, el TS cambió de criterio y adoptó el “nuevo modelo francés”, que consiste en lo siguiente: el tribunal extranjero que dictó la sentencia debe ser considerado como un tribunal internacionalmente competente si el litigio presenta “contactos razonables” con el país donde se desarrolló el proceso²¹⁷. Se trata del “sistema de los contactos razonables”. La Sala Primera del TS español optó por este sistema desde finales de los años 90 del pasado siglo²¹⁸.
- (c) *El sistema español actualmente vigente: la combinación perfecta*. El legislador español que ha redactado la LCJIMC ha optado por combinar los dos sistemas anteriores del siguiente modo.

En primer lugar, prevalece, como regla general, el “sistema de los contactos razonables”. Por ello, se considera que el juez de origen es internacionalmente competente si el país al que pertenece presenta “una conexión razonable” con el litigio. Así, en el caso de una sentencia dictada en Argentina, se trataba del caso de demandantes trabajadores argentinos y su reclamación encontraba su origen en trabajos prestados en Argentina: la conexión con Argentina era razonable y debe por ello estimarse que los tribunales argentinos eran internacionalmente competentes para dictar la sentencia cuyo reconocimiento ahora se pretende en España²¹⁹.

En segundo lugar, como regla especial que facilita la aplicación del sistema de los contactos razonables, se introduce una pequeña dosis del sistema bilateralista (*Spiegelbildlichkeitsprinzip*). Así, se presume la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española. Debe subrayarse que no se exige que el juez extranjero haya empleado criterios “iguales” a los recogidos en los foros de competencia judicial internacional españoles, sino meramente “similares”. Por ejemplo, si en una concreta materia las normas españolas de competencia judicial

²¹⁶ ATS 21 octubre 1982 [REDI, 1983, pp. 504-511], ATS 3 febrero 1986 [REDI, 1989, pp. 619-620], ATS 15 diciembre 1987 [REDI, 1990, pp. 242-245], ATS 23 junio 1989 [REDI, 1990, p. 253].

²¹⁷ Sent. Cour Cass. Civ. I, 6 febrero 1985, *Simitch* [RCDIP, 1985, p. 369, *JDI Clunet*, 1985, p. 460, nota A. HUET]: “existence d’un lien caractérisé entre le pays dont le juge a été saisi et le litige”. *Vid., ad ex.*, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES/S. LAVAL, *Droit international privé*, 11^e édition, Paris, Dalloz, 2023, p. 486.

²¹⁸ ATS 24 diciembre 1996 [REDI, 1998, II, vol. L, pp. 223-227], ATS 10 febrero 1998 [R. 2666], ATS 20 enero 1998 [R. 2667], ATS 7 abril 1998 [R. 3559], ATS 21 abril 1998 [R. 3562], ATS 28 abril 1998 [R. 3595], ATS 10 septiembre 1996 [R. 3555 [1998]], ATS 15 octubre 1996 [R. 4285], ATS 5 mayo 1998 [R. 4289], ATS 23 junio 1998 [REDI, pp. 228-230], ATS 12 enero 1999 [R. 135], ATS 2 febrero 1999 [R. 786], ATS 25 mayo 1999 [R. 3480], ATS 27 abril 1999 [R. 2701], ATS 13 abril 1999 [R. 2612], ATS 23 marzo 1999 [R. 2417], ATS 30 marzo 1999 [R. 2422], ATS 18 mayo 1999 [R. 3167], ATS 8 junio 1999 [R. 4346], ATS 15 junio 1999 [R. 4349], ATS 25 mayo 1999 [R. 3480], ATS 7 septiembre 1999 [R. 6529], ATS 26 octubre 1999 [R. RJ 7796], ATS 14 marzo 2000 [R. 1767], ATS 15 febrero 2000 [R. RJ 1771], ATS 8 febrero 2000 [R. 764], ATS 28 mayo 2002 [CENDOJ 28079110012002202252], ATS 2 julio 2002 [JUR 2002\204638], ATS 11 junio 2002 [JUR 2002\179703], ATS 31 julio 2002 [JUR 2002\216501], ATS 3 diciembre 2002 [JUR 2003\671], ATS 24 julio 2003 [JUR 2003\206251], ATS 31 julio 2003 [RJ 2003\6965], ATS 15 julio 2003 [RJ 2003\6965], ATS 8 julio 2003 [CENDOJ 28079110012003205925], ATS 1 julio 2003 [RJ 2003\6882], ATS 1 abril 2003 [CENDOJ 28079110012003203458] [ECLI:ES:TS:2003:3579A], ATS 25 marzo 2003 [JUR 2003\88210], ATS 17 febrero 2004 [JUR 2004\107600], ATS 20 enero 2004 [JUR 2004\54332], ATS 1 marzo 2005 [JUR 2005\94991], ATS 17 octubre 2006 [JUR 2006\250671], ATS 21 marzo 2006 [JUR 2006\170417], SAP Madrid 12 febrero 2008 [CENDOJ 28079370122008100039] (sentencia dictada en Pensilvania), AAP Madrid 14 junio 2011 [JUR 2011\265994] (sentencia dominicana de divorcio), AAP Madrid 16 abril 2012 [CENDOJ 28079370242012200080] (*exequatur* de sentencia cubana relativa a filiación).

²¹⁹ AAP Madrid 3 febrero 2020 [ECLI:ES:APM:2020:1083AA] (sentencia argentina).

internacional emplean el foro del “domicilio del demandado”, podría aceptarse como similar un foro extranjero de competencia judicial internacional basado en la mera “residencia” del demandado o en su “residencia habitual”. Se trata de un “enfoque flexible” del control de la competencia judicial internacional del juez de origen que se adapta correctamente a la diversidad de legislaciones en el mundo (Preámbulo VIII, LCJIMC: “[s]e proporciona una pauta para determinar la existencia de una conexión razonable a partir de la bilateralización de los foros establecidos en el Derecho procesal civil internacional español, que es suficientemente flexible, pues basta con que el tribunal de origen haya conocido a partir de criterios de conexión similares a los previstos en nuestra legislación”).

En tercer lugar, si el Derecho extranjero no emplea un foro o criterio similar a los criterios españoles de competencia judicial internacional, puede suceder que, de todos modos, el caso presente una clara conexión con el país cuyos jueces han dictado la sentencia cuyo reconocimiento / *exequatur* se pretende ahora en España. En tal supuesto, debe señalarse que la concreción del “test de los contactos razonables” es complicada. No es posible proporcionar “reglas generales fijas” para practicar este test. Puede decirse tan sólo que son circunstancias que manifiestan una “vinculación razonable” con el país extranjero: la residencia, nacionalidad y la sumisión de las partes. En este sentido, y de la mano de la jurisprudencia española, puede concretarse lo siguiente.

- (i) El domicilio de ambas partes en el país extranjero cuyos tribunales dictan la sentencia constituye conexión suficiente para estimar que el tribunal de origen era internacionalmente competente en el sentido del art. 46.1.c) LCJIMC²²⁰.
- (ii) La nacionalidad extranjera de una de las partes y el lugar de celebración del matrimonio en el extranjero acreditan ya, según el TS, una “vinculación suficiente” con dicho país²²¹.
- (iii) Una mera “residencia temporal” del demandante no es suficiente para acreditar “vinculación suficiente” con el Estado extranjero²²². La mayor parte de los *quickie divorces* no superan el “test de los contactos razonables”; porque se dictan por un tribunal inapropiado (*inappropriate forum*) que basa su competencia internacional en una mera residencia de pocas semanas o días, razón por la que se deniega el *exequatur* de la sentencia extranjera en España.
- (iv) En el caso de que las partes se hayan sometido a un tribunal extranjero pero el caso no presente ningún otro “contacto” con el país extranjero, existe *Bad Forum Shopping* pero siempre que se trate de un litigio sobre materia indisponible que en Derecho español dispone de foros objetivos de competencia judicial internacional y respecto del cual no se admite la elección de foro. En tal caso, el reconocimiento / *exequatur* en España debe rechazarse. El “test de los contactos razonables” constituye una poderosa arma de combate contra el *Bad Forum Shopping*. Se evita así que las partes busquen un “foro de conveniencia”, un país sin “contactos reales” con el litigio para lograr una sentencia que no habrían podido lograr en España y que debe producir efectos, exclusivamente, en España.

*Ejemplo: El caso de la sent. Cass. Italia de 28 octubre 2015: daños en Israel y sentencia norteamericana cuyo exequatur se solicita en Italia*²²³. La sent. Cass. Italia de 28 octubre 2015 se enfrentó con el siguiente caso. Un ciudadano estadounidense, judío, fue asesinado en un ataque terrorista reivindicado por Hamas y que tuvo lugar en Israel. El Tribunal de Distrito de Estados Unidos del Distrito de Columbia admitió su propia competencia judicial internacional y dictó sentencia por la que condenó a Irán, acusado de dirigir el ataque. Irán fue condenado a pagar 26.002.690 de dólares US en concepto de daños y 225 millones de dólares US por daños punitivos a los familiares de la víctima. Dichos familiares solicitaron el *exequatur* de la sentencia norteamericana en Italia con el fin de proceder a la ejecución de

²²⁰ ATS 28 octubre 2008 [JUR 2008\366120] (*exequatur* de sentencia de divorcio inglesa).

²²¹ ATS 21 marzo 2006 [JUR 2006\170417] (*exequatur* con el Reino Unido).

²²² Sent. Cour Cass. Francia 5 mayo 1998 (*Bulletin*, 1998 I n. 168, p. 112).

²²³ Sent. Cass. Italia de 28 octubre 2015 n. 21946 (<http://www.marinacastellaneta.it/blog/immunita-di-stati-esteri-dalla-giurisdizione-per-atti-terroristici-va-negata-la-sentenza-straniera-non-puo-pero-essere-delibata-se-non-e-rispettato-il-principio-della-competenza-internazionale.html>).

los activos iraníes en Italia. Solución = La *Corte di Cassazione* italiana rechazó el *exequatur* en Italia de la sentencia norteamericana porque estimó que el tribunal norteamericano carecía de competencia internacional para dictar dicha sentencia al no presentar el caso vínculos razonables con los Estados Unidos de América.

94. En definitiva, debe quedar claro que, llegado el momento, será muy difícil convencer a un tribunal español de que un tribunal estadounidense era internacionalmente competente para conocer de una acción reivindicatoria sobre un bien mueble que, al tiempo de interponerse la demanda por un residente en California, se encontraba en España y llevaba muchos años fuera de los Estados Unidos. Una cosa es que el tribunal norteamericano sea competente conforme a su legislación / jurisprudencia interna y otra muy distinta es que un tribunal del Estado en el que se pretende el reconocimiento considere que exista una “conexión razonable”.

95. No es ésta una interpretación que esté aislada del contexto europeo o que carezca de toda justificación jurídica. Si se toma como referencia a Alemania, que es el Estado europeo donde más se ha analizado la denominada *competencia internacional indirecta*, como presupuesto del reconocimiento (§ 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), se recuerdan *tres razones* por las que un tribunal estadounidense que hubiera solucionado un litigio sobre la devolución de objetos de arte robados por los nazis en virtud de la FSIA sería competente en su país, pero no lo sería considerado en Alemania: (a) Los tribunales alemanes no están a favor del reconocimiento de las demandas extranjeras en las que la competencia internacional no sólo no tiene una correspondencia directa con la ley procesal alemana, sino que, además, se apoyan en una sola razón: la presencia a corto plazo en la jurisdicción respectiva o una actividad comercial única²²⁴. (b) En Derecho alemán no existe la *expropriation exception*: Por consiguiente, los tribunales alemanes no serían competentes para conocer (ni tampoco reconocerían competencia internacional) de acciones ejercitadas contra Estados o museos extranjero por el único y exclusivo motivo de que el objeto de arte en disputa se perdió para su propietario en violación del Derecho internacional²²⁵. (c) Una decisión extranjera que, para aplicar la *expropriation exception* de la FSIA, basase su jurisdicción en actos soberanos del Estado y los considerase actos jurídicos del Tercer Reich como el predecesor legal de la República Federal de Alemania, no sería compatible con el § 328 Abs. 1 Nr. 1 y Nr. 4 ZPO²²⁶. Se trataría de una interpretación de naturaleza jurídica discutible -si “extensiva” o “análoga”-, pero, en todo caso, construida a partir de la sentencia BGH 26 junio 2003 – III ZR 245/98²²⁷.

4. Ejecución

96. Cuando no concurre ninguna de las dos causas de denegación del reconocimiento o del *exequatur*, debe procederse a la *ejecución material (Vollstreckung)* de la decisión judicial extranjera (reparación, repatriación, regreso o restitución)²²⁸. Cuando no hay un *cumplimiento voluntario* de ésta,

²²⁴ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 117.

²²⁵ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 117-118.

²²⁶ J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 118.

²²⁷ BGH Urt. v. 26.06.2003 – III ZR 245/98, disponible en <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2000&nr=26591&linked=urt&Blank=1&file=dokument.pdf> (consultado el 3 marzo 2023): “Die Anerkennung des Urteils eines griechischen Gerichts, durch das die Bundesrepublik Deutschland wegen Kriegsverbrechen der deutschen Wehrmacht in Griechenland im Zweiten Weltkrieg zur Zahlung von Schadensersatz an verletzte griechische Staatsangehörige verurteilt wurde, ist ausgeschlossen, weil ein solches Urteil dem völkerrechtlichen Grundsatz der Staatenimmunität widerspricht”. Sobre el tema de este caso, *ad ex.*, MARTIN KLINGNER, “Deutschland entzieht sich NS-Verantwortung”, *LTO*, 12 septiembre 2011, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/kriegsopfer-entschaedigung-vor-igh-deutschland-entzieht-sich-ns-verantwortung/> (consultado el 3 marzo 2023).

²²⁸ H. HARTUNG, *Kunstraub in Krieg und Verfolgung: die Restitution der Beute- und Raubkunst im Kollisions- und Völkerrecht*, Berlin, De Gruyter Recht, 2005, pp. 64-66.

se puede acudir a la *ejecución forzosa (Zwangsvollstreckung)*. Ésta se realiza conforme a un procedimiento que regula la *lex fori*; es decir, la legislación procesal del Estado en cuyo territorio se lleva a cabo (*Territorialität und streng formalisiertes Verfahren*)²²⁹. Será esta ley la que determine si se debe devolver la misma obra de arte reclamada, si se puede o debe sustituir por una indemnización por el valor de dicha obra y los daños causados por la privación de ésta²³⁰ o si cabe la indemnización en especie (*restitutio in specie, restitutio in kind*) -es decir, el cambio del bien cultural reivindicado por otro u otros objetos de arte de un valor económico equivalente al primero²³¹-. *Ejemplo*: Según el § 2 de la *Bundesgesetz zur Regelung der rückerstattungsrechtlichen Geldverbindlichkeiten des Deutschen Reichs und gleichgestellter Rechtsträger (Bundesrückerstattungsgesetz – BRüG)* de 19 julio 1957, *BGBI. I S. 734*, en principio, el demandante sólo podría exigir una indemnización y no la restitución del objeto artístico reclamado: “*Rückerstattungsrechtliche Ansprüche im Sinne dieses Gesetzes sind Ansprüche, die nach den Rechtsvorschriften zur Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände (§ II Nr. 1) oder nach den Vorschriften dieses Gesetzes Rückerstattungsberechtigten oder deren Rechtsnachfolgern zustehen und auf einen Geldbetrag oder auf Schadensersatz gerichtet sind*” (“A efectos de la presente Ley, los derechos de restitución son aquellos derechos que, de conformidad con la Ley de Devolución de Bienes, son reclamaciones que se deben en virtud de las disposiciones legales sobre la devolución de bienes identificables (§ 11 N° 1) o en virtud de las disposiciones de la presente Ley, a los titulares de los derechos de restitución o a sus sucesores legales y cuyo objetivo sea obtener una cantidad de dinero o compensación monetaria”)²³².

VIII. Epílogo: Datos y hechos

97. Pese al tiempo transcurrido desde el final de la Segunda Guerra Mundial, sigue estando presente la litigiosidad en torno a las obras de arte que fueron confiscadas por los nazis. Se calcula que alrededor de 100.000 de ellas siguen desaparecidas²³³. Son, como gráficamente las ha descrito una autora, los “últimos prisioneros” de aquel conflicto bélico (“*the last prisoners of war*”)²³⁴. Como consecuencia de su valor material, la restitución de las obras de arte robadas por los nazis se ha convertido en un “negocio interminable” (*unfinished business*)²³⁵.

98. Conseguir que, *mutatis mutandis*, los bienes culturales saqueados por los nazis vuelvan a sus legítimos propietarios -ya sean éstos las víctimas originarias de la expropiación o sus causahabientes- ha costado, parafraseando a WINSTON CHURCHILL, “*blood, toil, tears and seat*”. La *restitutio in integrum* ha costado, sobre todo, tiempo, mucho tiempo. Por esto, no cabe extrañarse de que algunos autores, una cierta práctica arbitral y algunos Estados contemplen los medios alternativos de resolución de controver-

²²⁹ H. HARTUNG, *Kunstraub in Krieg und Verfolgung: die Restitution der Beute- und Raubkunst im Kollisions- und Völkerrecht*, Berlin, De Gruyter Recht, 2005, pp. 72-73.

²³⁰ H. HARTUNG, *Kunstraub in Krieg und Verfolgung: die Restitution der Beute- und Raubkunst im Kollisions- und Völkerrecht*, Berlin, De Gruyter Recht, 2005, pp. 70-71 y 75-78.

²³¹ H. HARTUNG, *Kunstraub in Krieg und Verfolgung: die Restitution der Beute- und Raubkunst im Kollisions- und Völkerrecht*, Berlin, De Gruyter Recht, 2005, pp. 73-75.

²³² Texto disponible en https://www.gesetze-im-internet.de/br_g/BJNR007340957.html (consultado el 12 abril 2023).

²³³ L.M. KAYE, “Avoidance and Resolution of Cultural Heritage Disputes: Recovery of Art Looted During the Holocaust”, *Willamette J. Intl L. & Dis. Res.*, 14, 2006, pp. 243-268 (p. 244). Siguiendo su estela, J. BARNES, “Holocaust Expropriated Art Recovery (HEAR) Act of 2016: A Federal Reform to State of Limitations for Art Restitution Claims”, *Colum. J. Transant'l L.*, 56, 2018, pp. 593-635 (p. 598); J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 2; M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court, Entscheidung vom 21. April 2022, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – Cassirer et al. ./ Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100 (p. 97).

²³⁴ E. HENSON, “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.*, 51, 2002, pp. 1103-1158.

²³⁵ S.E. EIZENSTAT, *Imperfect Justice: Looted Assets, Slave Labor, and the unfinished Business of World War II*, New York, Public Affairs, 2003; ID., “Imperfect justice: looted assets, slave labor, and the unfinished business of World War II”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 37, 2, 2004, pp. 333-351.

sias (ADRS) como la vía más adecuada para solventar este tipo de disputas²³⁶. Se espera que, en 2024, se haga público un proyecto de investigación del profesor MATTHIAS WELLER, de la Universidad de Bonn, conocido como “*Restatement of Restitution Rules for Nazi-Confiscated Art*”, que, construido a partir de la praxis de los 20 últimos años, facilitará la tarea de árbitros o mediadores²³⁷.

Ahora bien, no cabe hacerse falsas ilusiones. Hoy por hoy, nadie discute que el procedimiento judicial es lento, caro y complejo. Pero una cosa es esto y otra -muy distinta- que la libertad para acceder a los tribunales de que gozan las partes vaya a ser sustituida o deba serlo por ningún ADR vinculante. Algunos, además, no creemos que, con carácter general, pueda afirmarse que el arbitraje sea rápido, barato y sencillo. Tampoco creemos que, con carácter general, deba promoverse la sustitución del procedimiento judicial por el procedimiento arbitral, tratándose de la devolución de obras de arte. Ésta es una cuestión que sólo debe plantearse caso por caso, a la luz de las circunstancias concretas de éste, como se hizo, *ad ex.*, para poner fin definitivamente a *Altmann v Republic of Austria*.

99. Es dudoso que el *Soft Law* vaya a tener más impacto que el muy limitado que hasta ahora ha tenido para asegurar *Just and Fair Solutions* a la restitución de obras de arte robadas por los nazis a judíos. Así, *ad ex.*, los *Principios de Washington sobre Arte confiscado por los nazis* (Washington DC, 3 diciembre 1998) proclaman en su preámbulo que dichos Principios no tienen carácter vinculante: “*In developing a consensus on non-binding principles to assist in resolving issues relating to Nazi-confiscated art, the Conference recognizes that among participating nations there are differing legal systems and that countries act within the context of their own laws*”²³⁸. No deja, por tanto, de resultar sorprendente

²³⁶ *Vid.*, sobre esta cuestión polémica, *ad ex.*, M. BERENBAUM/E. GAFFNEY/J.A. KREDER, “Statement of Concerns About Disposition of Nazi-Looted Art in the United States, Submitted to the Office of Holocaust Issues, U.S. Department of State”, September, 22, 2009 (September 21, 2009), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1476518> (consultado el 15 marzo 2023); K.L. BOYD, “International Arbitration and the Future of Holocaust Restitution in the Aftermath of Republic of Hungary v. Simon and Federal Republic of Germany v. Philipp” (4 marzo 2021), disponible en <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/04/international-arbitration-and-the-future-of-holocaust-restitution-in-the-aftermath-of-republic-of-hungary-v-simon-and-federal-republic-of-germany-v-philipp/> (consultado el 13 abril 2023); S. ELIE, “What Wait So Long: The Cornelius Gurlitt Collection and the Need for Clear ADR Mechanisms in the Restitution of Looted Art”, *Cardozo J. Conflict Resol.*, 18, 2017, pp. 363-390; R. KEIM, “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.*, 3, 2003, pp. 295-315; 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*, 73, 1, 2007, pp. 155-216; J. MULLERY, “Fulfilling the Washington Principles: A Proposal for Arbitration Panels to Resolve Holocaust-Era Art Claims”, *Cardozo J. Conflict Resol.*, 11, 2010, pp. 643-674; N. PALMER, “The Best We Can Do? Exploring a Collegiate Approach to Holocaust-related Claims”, en E. CAMPFENS (ED.), *Fair and Just Solutions? Alternatives to Litigation in Nazi-Looted Art Disputes: Status Quo and New Developments*, The Hague, the Netherlands, Eleven International Publishing, 2015, pp. 153-185; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 216-218; C. ROODT, “State Courts or ADR in Nazi-Era Art Disputes: A Choice ‘More Apparent than Real’?”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 14, 2, Winter 2013, pp. 421-463; C. WOODHEAD, “Nazi Era Spoliation: Establishing Procedural and Substantive Principles”, *Art, Antiquity and Law*, XVIII, 2, July 2013, pp. 167-192.

²³⁷ *Vid.* <https://www.jura.uni-bonn.de/professur-prof-dr-weller/research-project-restatement-of-restitution-rules-for-nazi-confiscated-art> (consultado el 17 febrero 2023).

²³⁸ Según estos 11 Principios: “1. Art that had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted should be identified. 2. Relevant records and archives should be open and accessible to researchers, in accordance with the guidelines of the International Council on Archives. 3. Resources and personnel should be made available to facilitate the identification of all art that had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted. 4. In establishing that a work of art had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted, consideration should be given to unavoidable gaps or ambiguities in the provenance in light of the passage of time and the circumstances of the Holocaust era. 5. 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. 6. Efforts should be made to establish a central registry of such information. 7. Pre-War owners and their heirs should be encouraged to come forward and make known their claims to art that was confiscated by the Nazis and not subsequently restituted. 8. 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. 9. If the pre-War owners of art that is found to have been confiscated by the Nazis, or their heirs, cannot be identified, steps should be taken expeditiously to achieve a just and fair solution. 10. Commissions or other bodies established to identify art that was confiscated by the Nazis and to assist in addressing ownership issues should have a balanced membership. 11. Nations are encouraged to develop national processes to implement these principles, particularly as they relate to alternative dispute resolution mechanisms for resolving ownership issues”. Disponibles en <https://www.state.gov/washington-conference-principles-on-nazi-confiscated-art/> (consultado el 1 abril

que se hayan visto reflejados en abundante jurisprudencia de algunos de sus 44 Estados firmantes (Alemania, Austria, Francia, Países Bajos y Reino Unido) o en la jurisprudencia mucho más escasa de alguno de ellos (Suiza)²³⁹. Generalmente, como ha ocurrido en España con el asunto *Cassirer*, lo único que se oye de ellos son los *ecos del silencio*.

100. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, un problema de la mayor enjundia lo constituyen los *foros de competencia internacional* de los tribunales estadounidenses en los litigios sobre bienes culturales. Si emplearan el foro general del domicilio del demandado (*actor sequitur forum rei*) o el foro especial del lugar del bien cuya titularidad es polémica (*forum rei sitae*), nada podría objetarse a la legitimidad de su decisión, declarándose competentes, ni siquiera a la hora de pretender que sus resoluciones gocen de eficacia extraterritorial²⁴⁰. No cabe duda de que los foros que emplean los tribunales de Estados como California o Nueva York protegen a las víctimas (o sus causahabientes) de los expolios de obras de arte cometidos por los nazis -dicho con otros términos, protegen a la parte que generalmente es más débil (*Schutz der "schwächeren Partei"*)-. Ésta es una de las directrices (*Leitprinzipien*) que deben seguir los foros especiales de competencia. Ahora bien, existen otras directrices que salen malparadas del sistema judicial estadounidense, como la protección del demandado (*Beklagenschutz*) o la previsibilidad de las competencias y la seguridad jurídica (*Vorhersehbarkeit der Zuständigkeiten und Rechtssicherheit*). Éste es uno de los motivos que explican la falta de empatía que ciertos medios sociales y tribunales europeos muestran ante la litigiosidad por bienes culturales del otro lado del Océano Atlántico.

101. Es difícil llegar a la *armonía internacional de soluciones* -es decir, que los litigios sobre obras de arte reciban la misma solución con independencia del cuál sea el Estado al que pertenezcan los tribunales que resuelvan el fondo del asunto (quiénes son los propietarios de las obras de arte litigiosas)-; porque el Derecho es complejo y, aunque se siga una misma metodología jurídica, la perspectiva que se adopte puede ser distinta. En efecto, según la opinión mayoritaria y casi unánime, el Derecho atiende a tres fines: la *justicia*, la *seguridad jurídica* y el *bien común*. Lo que ocurre es que algunos de estos fines pueden colisionar en un caso concreto. Se puede pensar, *ad ex.*, que los auténticos propietarios de los objetos artísticos expoliados son las víctimas que fueron expoliadas (o sus herederos) por mucho tiempo que haya pasado desde que las primeras perdieron sus bienes al verse obligadas a venderlos bajo una coacción irresistible o al ser privadas *manu militari* de ellos. Pero, si esto es así, cabe preguntarse entonces qué queda de la *seguridad jurídica* cuando haya transcurrido mucho tiempo desde que ocurrieron los hechos que condujeron a la privación de la propiedad. Se puede creer que sólo a través de la *restitución* del dibujo, pintura o escultura que se sustrajo se alcanza una *solución justa y equitativa* (*Just and Fair Solution*); pero cabe entonces preguntarse qué quedaría del *proceso legal justo* (*due process of law*), de la posibilidad de que los actuales propietarios de los bienes culturales reivindicados expongan sus razones y ofrezcan soluciones alternativas, compromisos, acuerdos asumibles por ambas partes que quieran conciliar justicia con seguridad jurídica al tiempo que reducen los *daños colaterales*.

102. En un artículo seminal de WILLIAM L. CHARRON, se resaltaba que: “Existe una connotación negativa de que los poseedores de buena fe de supuestas [...] obras de arte robadas por los nazis que

2023). Un desarrollo de estos Principios es la *Terezin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues* de 30 junio 2009, disponible en <https://2009-2017.state.gov/p/eur/rls/or/126162.htm> (consultado el 1 abril 2023). *Vid.*, *ad ex.*, J. BINDE-NAGEL, Die unvollendete Geschichte von NS-Raubkunst: Zum 20. Jubiläum der *Washington Principles on Nazi-confiscated Art*, en M. WELLER/N.B. KEMLE/T. DREIER (HRSG.), *Handel, Provenienz, Restitution: Tagungsband des Zwölften Heidelberger Kunstrechtstags am 20. und 24. Oktober 2018*, Baden-Baden, Nomos, Wien, facultas, Zürich, St. Gallen, Dike, 2020, pp. 59-72; M. WELLER/A. DEWEY, “Warum ein ‘Restatement of Restitution Rules for Nazi-Confiscated Art’? Das Beispiel ‘Fluchtgut’”, en M. WELLER ET AL. (HRSG.), *Raubkunst und Restitution Zwischen Kolonialzeit und Washington Principles: Tagungsband des Dreizehnten Heidelberger Kunstrechtstags am 18. und 19. Oktober 2019*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Zürich, St. Gallen, Dike, Wien, facultas, 2020, pp. 61-82.

²³⁹ *Vid.* M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court, Entscheidung vom 21. April 2022, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – Cassirer et al. / Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100 (p. 97, nota [7]).

²⁴⁰ *Vid.*, *ad ex.*, K. SIEHR, “Das Forum rei sitae in der neuen EuGVO (Art. 7 Nr. 4 EuGVO n.F.) und der internationale Kulturgüterschutz”, en *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 837-850.

prevalecen en los tribunales son únicamente los beneficiarios de ‘defensas técnicas’, lo que hace que sus juicios sean ‘no equitativos’ e ‘injustos’. Ésa es una denuncia superficial. Los poseedores de buena fe que prevalecen en los tribunales lo hacen porque las leyes pertinentes y sus importantes políticas subyacentes, que en sí mismas no se denuncian como injustas, favorecen sus posiciones [...] el paso de demasiado tiempo y la correspondiente pérdida de evidencia necesaria para probar o refutar razonablemente una pretensión más allá del punto de especulación, hace que un fallo a favor del demandante sea demasiado problemático e injusto desde el punto de vista del procedimiento [...] Las razones políticas detrás de tal decisión pueden no estar de acuerdo con los sentimientos detrás de los Principios de Washington, pero esas razones no son menos importantes y valiosas”²⁴¹.

103. La Historia del Arte remonta sus orígenes a la noche de los tiempos, cuando hace miles de años las pinturas rupestres o los monumentos megalíticos tenían connotaciones mágicas o míticas. Todavía hoy el Arte y, sobre todo los litigios que se relacionan con él provocan *más pasión que análisis racional*. En este ensayo se ha intentado explicar, desde una perspectiva sólo jurídica, cuáles son los patrones que permiten comprender por qué se litiga tanto ante tribunales estadounidenses para obtener la devolución de obras de arte sustraídas a judíos por los nazis y cómo pueden concluir esas controversias. Lamentablemente el Derecho es una ciencia social y no una ciencia exacta: Manejamos, en el mejor de los casos, probabilidades, no certezas. Es menos arduo intuir si *el gato de Schrödinger* seguirá o no en su caja que entrever si el objeto de arte será devuelto. *Only Heaven Knows*.

²⁴¹ WILLIAM L. CHARRON, “Examining the Policy Implications of the *Cassirer* Decision”, *Art Antiquity and Law*, XXIV, 2, July 2019, pp. 167-172 (p. 172).