

La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales

Ministerio
de Cultura

LctiBC

La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales

Curso celebrado en Madrid
16 al 27 de octubre de 2006

Edición a cargo de
Pilar Barraca de Ramos

Actas del Curso celebrado en la Academia de Bellas
Artes de San Fernando en Madrid, durante los días
16 al 27 de octubre de 2007

www.mcu.es

Coordinación general

Pilar Barraca de Ramos

Colaboración en las Jornadas

Nuria Núñez Navarro

Colaboración en la publicación

Laura de Miguel Riera

I.^a Edición 2008



MINISTERIO DE CULTURA

Edita:

© SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

Subdirección General

de Publicaciones, Información y Documentación

© Del texto y las fotografías los autores

NIPO: 551-08-039-7



MINISTERIO
DE CULTURA

César Antonio Molina
Ministro de Cultura

María Dolores Carrión Martín
Subsecretaria de Cultura

José Jiménez
Director General de Bellas Artes y Bienes Culturales

Índice general

Programa del curso	9
Inauguración	15
<i>Luis Lafuente Batanero</i>	
La situación general de la protección del patrimonio en España	19
<i>Félix Benítez de Lugo y Guillén</i>	
Cultura y la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales	39
<i>Pilar Barraca de Ramos</i>	
Sistema judicial y protección del patrimonio histórico-artístico	51
<i>Consuelo Fidalgo Martín</i>	
La relación del patrimonio histórico con el derecho penal	67
<i>Jesús María García Calderón</i>	
Falsificaciones y robo de obras de arte	87
<i>Ramón Fernández Gallego</i>	
Interpol y su trabajo en relación con la protección del patrimonio	93
<i>Carlos Bisquert Cebrián</i>	
Las brigadas del patrimonio en el entorno jurídico de las comunidades autónomas. Mossos d'esquadra	101
<i>Tomás Rabadán</i>	
Los depósitos judiciales	107
<i>Isabel Quintana Jiménez</i>	
Importación y exportación de bienes culturales	117
<i>Carlos González-Barandiarán y de Muller</i>	
La convención de París 1970 y UNIDROIT	123
<i>Juan Manuel García Labajo</i>	
La protección de los bienes culturales en los conflictos armados	131
<i>Fernando Pignatelli y Meca</i>	
La directiva 93/7/CEE del Consejo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un estado miembro	153
<i>Ignacio Rodríguez Fernández</i>	
La custodia de las colecciones del Estado	163
<i>María Agúndez Lería</i>	
Medios preventivos y planes de emergencia en museos	169
<i>Carmen Rallo Gruss</i>	

El expolio de yacimientos arqueológicos	175
<i>Angel M. Núñez Sánchez</i>	
Los códigos deontológicos	205
<i>Manuel Casamar Pérez</i>	
Mesa redonda / Ponencias de participantes americanos	211
Lista de participantes	213



LA LUCHA CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES

MADRID

16 AL 27 DE OCTUBRE DE 2006

Programa
Curso: La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales
Madrid, 16 al 27 de octubre 2006

Lunes 16, octubre 2006

- 16.00 - 16.30 Inauguración Curso. Bienvenida
16.30 - 18.00 Ley 16/1985 y RD 111/1986. Situación general de la protección patrimonio en España
D. Félix Benítez de Lugo

Martes, 17 de octubre 2006

- 9.30 - 11.30 Cultura y la lucha contra el tráfico ilícito
D^a Pilar Barraca de Ramos
12.00 - 14.00 El sistema judicial y la defensa del patrimonio cultural
D^a Consuelo Fidalgo
16.00 - 18.00 Actuación penal y la protección del patrimonio
D. Jesús García Calderón

Miércoles, 18 de octubre de 2006

- 10.30 - 11.30 Falsificaciones y robo de obras de arte
D. Ramón Fernández Gallego
12.00 - 13.00 INTERPOL y su trabajo en relación con la protección del patrimonio
D. Carlos Bisquert Cebrián
13.00 - 14.00 La Ley 12/1995 de represión de contrabando
D. Antonio Cortés
16.00 - 17.00 Las brigadas de patrimonio en el entorno jurídico de las Comunidades Autónomas
D. Tomás Rabadán
17.00 - 19.00 Visita al Museo de Policía de Ávila

Jueves, 19 de octubre 2006

- 9.30 - 10.30 Procedimientos judiciales en relación con el patrimonio artístico
D. Fernando Martínez Pérez
10.30 - 11.30 Depósitos judiciales
D^a Isabel Quintana
12.00 - 13.00 Exportación e importación
D. Carlos González-Barandiarán
13.00 - 14.00 El comité de Bienes Culturales de la Unión Europea
D^a Pilar Barraca de Ramos
16.00 - 18.00 Visita Aduana Aeropuerto Madrid - Barajas

Viernes, 20 de octubre 2006

Visita Aduana – Puerto Valencia

Lunes, 23 de octubre 2006

- 9.30 - 11.30 Importancia de los Tratados de restitución y el patrimonio cultural
D. Miguel Ángel de la Fuente
12.00 - 13.00 Convención de Paris 1970. UNIDROIT
D. Juan Manuel García Labajo
13.00 - 14.00 Convención de La Haya
D. Fernando Pignatelli
16.00 - 19.00 Mesa redonda

Martes, 24 de octubre 2006

- 9.30 - 11.30 Directiva 93/7 CEE de la Unión Europea
D. Ignacio Rodríguez
12.00 - 13.00 La custodia de la colecciones del Estado
D^a María Agúndez Leria

13.00 - 14.00 Medios preventivos y planes de emergencia en museos
D^a Carmen Rallo
16.00 - 19.00 Mesa redonda

Miércoles, 25 de octubre 2006

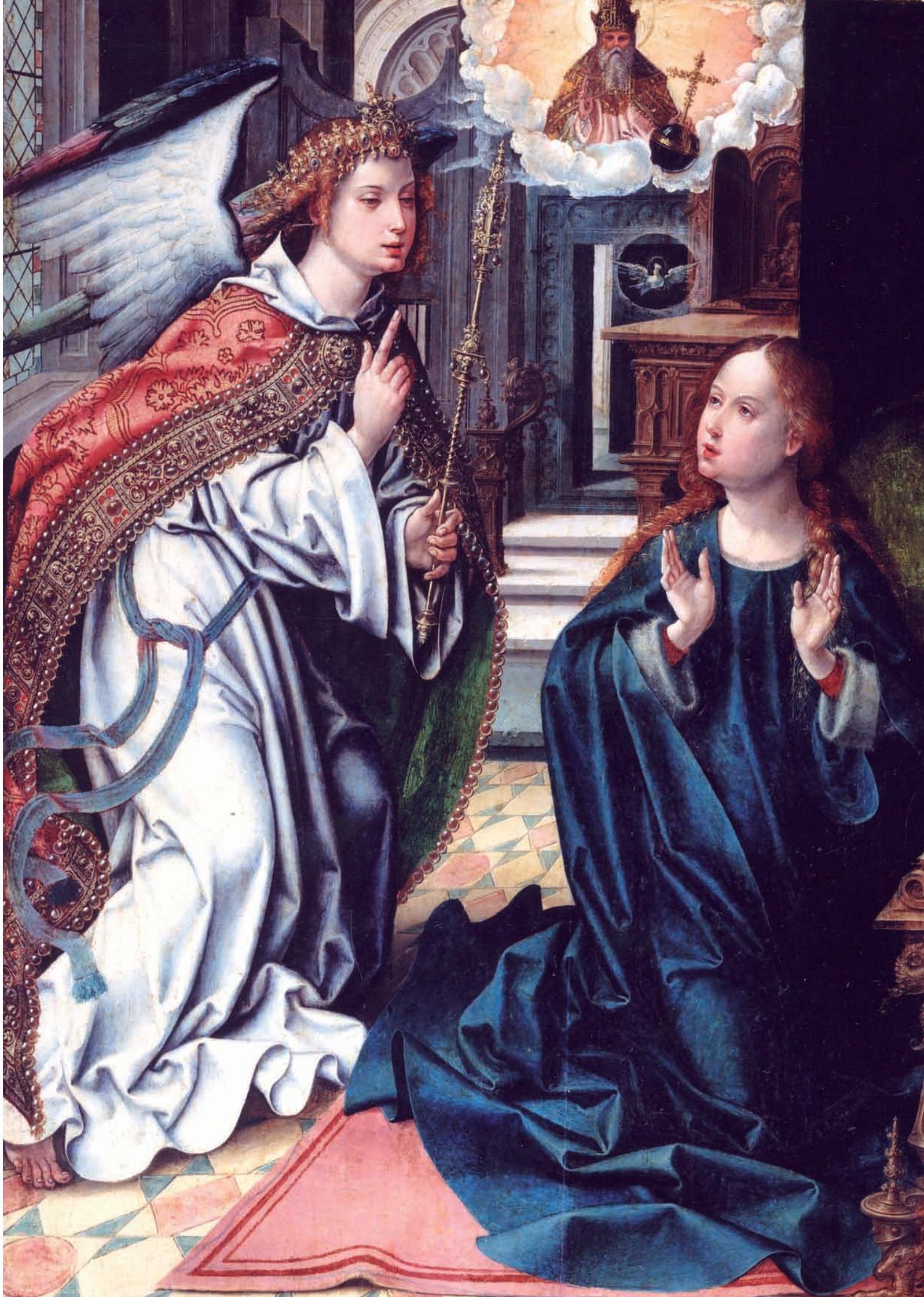
9.30 - 11.30 El expolio de los yacimientos arqueológicos
D. Angel Núñez
12.00 - 13.00 Formación de profesionales: Procedimiento español
Los cursos de identificación de bienes culturales
D^a Pilar Barraca de Ramos
13.00 - 14.00 Los códigos deontológico y su relación con el patrimonio
D. Manuel Casamar
16.00 - 19.30 Visita al Museo Thyssen-Bornesmiza
Visita a la exposición temporal «El bodegón»
en el Museo Nacional del Prado

Jueves, 26 de octubre 2006

9.30 - 11.30 El mercado del arte y su relación con el tráfico ilícito
D^a Pilar Barraca de Ramos
12.00 - 14.00 Listas Rojas de bienes culturales
D. Ignacio Acosta
16.00 - 19.00 Mesa redonda

Viernes, 27 de octubre 2006

10.30 - 11.30 Visita Museo Real Academia de Bellas Artes de San Fernando
12.00 - 13.00 Evaluación del curso
13.00 - 14.00 *Clausura*



Inauguración

Luis Lafuente Batanero
Subdirector General de Protección
del Patrimonio Histórico - MCU

En primer lugar, quiero darles la bienvenida a España y a este curso, que se engloba en el marco internacional de las actividades culturales que desarrolla el Ministerio de Cultura, a través de la Subdirección General de Protección del Patrimonio Histórico.

Como es bien conocido, el título de estas jornadas que ya casi es una frase hecha, alude al gran problema que existe con la lacra de la protección del patrimonio cultural y que se expresa en el expolio y contrabando de los bienes culturales, formando un tráfico ilegal que supone el tercer mercado del mundo, tanto en lo que se refiere a la cantidad de objetos en movimiento como al aspecto económico que está ligado al mismo. No han bastado la elaboración de normas y convenciones internacionales para evitar los saqueos de yacimientos arqueológicos, la importación y la exportación ilegales entre unos países y otros, las falsificaciones de obra moderna o antigua, etc. Todo ello tiene como consecuencia la preocupación incesante de los gobiernos de los diferentes Estados y la búsqueda de nuevos instrumentos que sean eficaces.

La lucha en sí misma contra ese tráfico ilícito supone en líneas generales un sistema de actuación que engloba a diferentes departamentos de las Administraciones de cada país. Realmente, este sistema se está organizando en los últimos años y es fruto de la colaboración entre los distintos profesionales, por lo que existe todavía un gran desconocimiento de actuación. Por otra parte, la ausencia de un procedimiento sistemático ágil se traduce en la pérdida de nuestros patrimonios culturales. Cuando estamos hablando de los procesos de robo o desaparición de los bienes culturales, estamos refiriéndonos a la pérdida más reciente de los bienes, que obliga a las respectivas Administraciones a la recuperación en el plazo más breve de tiempo, y siempre acogiéndonos a la legislación vigente. En esta línea, me gustaría destacar que, con una perspectiva actual y práctica, se ha dejado a un lado la teoría sobre la recuperación de bienes que un día fueron de nuestro patrimonio pero que ya hace siglos empezaron a formar parte de las

colecciones de otras instituciones culturales de reconocido prestigio de otros países. Es éste el momento de enfrentar directamente el expolio reciente, de buscar los medios para prevenirlo, y en su caso, para recuperarlo, de buscar medios de actuación.

En consecuencia, el objetivo de estas jornadas es, fundamentalmente, establecer los puntos necesarios de procedimiento para lograr una eficaz lucha contra el tráfico ilegal de bienes culturales. Dicho así parece un tópico más, pues todos los que estamos aquí presentes sabemos que son muchos los factores que favorecen este tráfico ilegal, y que su lucha es un esfuerzo que resulta negativo en la mayor parte de las veces.

Precisamente por esta razón es por la que debemos formar equipos, tanto de carácter nacional como internacional, con una estrecha relación entre las administraciones para las que trabajamos, y así en el futuro podremos conseguir algo que de manera individual nunca sería posible. En España hemos iniciado ya hace años un vínculo fuerte entre las distintas Administraciones, creando por un lado cuerpos policiales que trabajan expresamente en temas de patrimonio cultural y, por otro lado, estableciendo los puntos de contacto con las Comunidades Autónomas en lo que llamamos la *Lista de Enlaces*.

Asimismo, y desde la Dirección General de Bellas Artes de este Ministerio, se trabaja a fondo en el desarrollo de cursos de formación de profesionales de las distintas áreas de la Administración, como pueden ser los componentes de Justicia, de los Cuerpos de Seguridad del Estado (Policía y Guardia Civil), y de los Cuerpos de Aduanas. Este sistema de formación es lento, pero la idea germina a lo largo de los años y puedo decir que ha empezado a dar sus frutos especialmente en el control del movimiento ilegal de bienes culturales. Así, y como ejemplos, se pueden señalar las intervenciones que se efectúan en Aduanas, tanto de importación como de exportación; y el trabajo ejemplar de las Brigadas de Patrimonio de la Policía y de la Guardia Civil, tanto en el ámbito de investiga-

ción de los delitos de robo o falsificación, como en la prevención del expolio arqueológico y del contrabando. Asimismo, tengo que destacar cómo ha evolucionado favorablemente la esfera del campo jurídico, con la presencia de profesionales versados en el área del patrimonio histórico.

También me gustaría destacar cómo desde el ámbito de Cultura se ha modificado sustancialmente la perspectiva que se tenía hace unos años de lo que suponía la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Hace apenas unos años, esta lucha se expresaba en una serie de reclamaciones que muchas veces no tenían respaldo legal. Ahora miramos hacia el presente de nuestro patrimonio y hacia el futuro con una mayor prevención de lo que supone la custodia de estos bienes. A todo ello ha contribuido el sustancial cambio en los aspectos político, económico y social que ha experimentado España en los últimos veinte años.

Todo ello será explicado durante estos días por los profesionales que forman parte de este gran equipo, quienes explicarán diferentes perspectivas de aspectos que a veces son los mismos. Este curso está concebido como una reunión de intercambio de experiencias entre profesionales, tanto los ponentes como los asistentes, ya que se ha intentado organizar de manera que se traten los diversos aspectos que están en torno al tráfico ilícito y cuáles son los mejores medios de combatirlo. Algunos de estos aspectos que se han incluido como medios preventivos no son sino parte de determinados valores un día perdidos en la búsqueda de procedimientos, y que hay que volver a realzar, como pueden ser los temas dedicados a los códigos deontológicos y a la colaboración administrativa entre países, expresada en temas tan básicos como puede ser la elaboración y difusión de las listas de objetos en peligro.

Un aspecto que me parece importante es el estudio del llamado mercado del arte y las cuestiones que plantea su existencia y su desarrollo: qué es y qué se esconde detrás del gran escenario internacional que supone este mercado y cuál es la consecuencia de la moda del coleccionismo. Es interesante descubrir la actualidad de anticuarios, galerías, subastas y marchantes de arte y buscar en los entresijos de la importante infraestructura creada para comprender un sistema que puede ser un aliado para las Administraciones de Cultura, mientras se sienta comprendido por ellas.

Algunos temas quedarán pendientes, como puede ser la elaboración de los procedimientos más elementales para la perfecta cooperación entre las diferentes unidades que trabajan en el sistema. Pero en estas jornadas esperamos que se perfilen las ideas básicas que permitan en un futuro muy próximo la realización de este trabajo, y la mejor manera de iniciar este camino es la participación activa en las mesas redondas y debates que se susciten a lo largo de estos días, por lo que espero de todos los aquí presentes su colaboración. Precisamente la última mesa redonda se dedicará a un extenso debate sobre cada una de las partes de estas jornadas, de la que se espera conseguir unas conclusiones generales que sirvan para establecer los puntos esenciales de las pautas a seguir para la mejor lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.

Finalmente, quiero expresar mi agradecimiento por la satisfactoria respuesta a esta convocatoria y por la presencia de tantos profesionales de cualquiera de los ámbitos reseñados, con el deseo de que éste sea sólo el comienzo de otras reuniones similares aquí, en España, o en otros países interesados en contribuir de manera efectiva a este trabajo.



La situación general de la protección del Patrimonio en España

Félix Benítez de Lugo y Guillén

Abogado del Estado

1. Ausencias en el patrimonio cultural español

España, Italia y Grecia siempre se han preocupado, por su riqueza patrimonial cultural; de evitar que la misma traspasara sus fronteras. De unas formas lícitas y de otras ilícitas.

Los mármoles del friso del Partenón (mármoles Elgin) fueron objeto de un acuerdo entre el sultán turco y el gobierno británico, que los compró. Hoy están en el British Museum de Londres.

Entre 1801 y 1812, Lord Elgin, se apropió (?) de una gran parte del friso, de la metopa y del frontón del Partenón. Se lo llevó a Inglaterra. A posteriori los vendió al Gobierno Británico por 25.000 libras. Hoy están en el British Museum de Londres.

En 1972 el Metropolitan Museum de Nueva York pagó un millón de dólares por una vasija del maestro Euphronios y del alfarero Euxitheos provenientes de una excavación clandestina realizada en Etruria.

En España también se producen muchas huidas de nuestro patrimonio cultural.

Recordemos:

1729. El embajador inglés en Madrid, Stanhope se lleva a Londres los Murillos que integrarían la colección del Duque de Rotland.

1736. La Condesa de Verrie adquiere cuadros de Murillo y se los lega a su amante Conde de Lassay.

1760. Mr. Blackwood se lleva a Londres *La Sagrada Familia* de Murillo.

1767. *Las Bodas de Canaa* de Murillo es vendida en Londres por 6.000 libras.

1768. En Londres se vende el *Niño mendigo* de Murillo.

1772. En París se vende la colección del Duque de Choiseul, por lo que el Ermitage de San Petersburgo adquiere dos Murillos.

1779. Octubre. Carlos III, mediante su ministro Floridablanca, ordena a los puestos aduaneros que

detengan y decomisen las pinturas que se intenten exportar de artistas fallecidos. Fruto de la orden es el decomiso en Ágreda (Soria) de una *Magdalena* de Murillo que llevaba un arriero por orden de un tal Pedro Casamayor para entregarla en Bayona a D. Pedro Miramón. La pintura fue entregada a la Academia de San Fernando.

Finales del XVIII. La colección del banquero gaditano D. Sebastián Martínez, con unos 300 cuadros se va a Londres, entre ellos estaba *La Vieja y el muchacho* de Murillo y *La presunta mujer del Conde Duque* de Velázquez.

1792. Se venden en el extranjero los bienes de Felipe Orléans, entre los que se encontraban un Ribera y dos Velázquez.

1795. En los salones de Spring Gardens, de Londres, se vende la colección de Calonne, primer ministro que fue de Francia, entre los que se encontraba *Autorretrato con un muchacho*, atribuido a Velázquez; *La Epifanía* y *La Caridad Romana* de Ribera; *Cristo con la Cruz a Cuestas* de Morales; *El Salvador* y *La Florista* de Murillo.

Invasión francesa. Rapiña por parte del mariscal Soult (*Nacimiento de la Virgen* de Murillo), Sebastiani, Coula in Court, el Barón de Fabvier (*San Gil ante Gregorio IX* y *San Diego de Alcalá*, ambos de Murillo); Juan Bautista Eble (*Los Despojos de la Virgen* de Antonio Pereda); Belliard; Desolle; etc.

Fernando VII regaló la *Venus del Espejo* de Velázquez a Wallis el agente de Buchanam y *La Tela Real*, también de Velázquez al embajador británico Sir Henry Wellesley.

El 21 de junio de 1813 José Bonaparte es derrotado por Wellington en la batalla de Vitoria. Un carruaje abandonado por Bonaparte cae en las manos del ejército vencedor. Contenía 165 pinturas una de las cuales era *El aguador de Sevilla* de Velázquez.

El Duque de Wellington envía las pinturas a Inglaterra a través de su hermano Lord Marlborough. El Presidente de la Real Academia Inglesa le informa que esas pinturas pertenecen a la Real Colección

Española de Madrid y que José Bonaparte se las apropió cuando huía con ellas de Madrid.

Wellington se dirige a su hermano Sir Henry Wellesley, Embajador inglés en España manifestando el deseo de devolver las pinturas. En el 1816, Wellington insiste en esa devolución ante el embajador español en Londres, Conde de Fernán Nuñez.

Y el Conde de Fernán Nuñez se dirige por carta al Duque de Wellington en los siguientes términos:

“*Excmo. Señor: Estimado Duque y amigo: Le he acompañado la contestación oficial que he recibido de la Corte y de la misma deduzco que su Majestad, emocionado por su delicadeza, no desea privarle a usted de aquello que llegó a su poder por medios tan justos como honorables. Tal es mi opinión del caso, y así creo que debe dejar el asunto estar como está y no referirse a él más. En cualquier caso, cualquiera que pueda ser la intención de V.E. yo estaré siempre dispuesto a actuar de acuerdo con sus deseos, no solo en esto, sino en cualquier otro asunto en el que yo le pueda ser útil. Su devoto amigo y cariñoso primo que le saluda. – FERNÁN NUÑEZ*”.

Las pinturas, pues, se quedaron en Londres y están en el Wellington Museum. Muchas de ellas se distinguen por los números de los inventarios reales, que aún subsisten, y por la flor de Lis en el ángulo inferior izquierdo las que proceden de la colección de Isabel de Farnesio.

1823. Lord Heytesbury se lleva a Inglaterra *Las gallegas de la ventana* de Murillo y *San Francisco, San Benito* y *San Jerónimo* de Zurbarán.

Creación del Museo del Prado:

1827. Real Orden prohibiendo la exportación de obras de arte.

1827. La Condesa de Chinchón vende en París parte de sus cuadros. Se recuperaría el *Cristo* de Velázquez y *El Zorrero del Rey* de Francisco Ricci.

1837. Se exportan los siguientes cuadros de Zurbarán: *La Virgen de los Cartujos*, *La batalla de los jerezanos*, *La Circuncisión*, *La Epifanía*, *La Asunción* y *El Nacimiento*.

1839. Sale de España *La Muerte de Séneca* de Velázquez.

1852. Se vende la *Inmaculada* de Murillo por 586.000 francos al Estado Francés. El cuadro sería recuperado por España.

1853. La Casa Christie's Manson Woods de Londres subasta 501 cuadros de la colección de Luís Felipe por 27.812 libras esterlinas con 16 chelines y 9 peniques y 244 cuadros de la colección Standish por 9.859 libras y 19 chelines.

1860. Se vende en París 50 cuadros de la Colección del Canónigo liberal D. Manuel López Cepero.

1867. Se subasta en París parte de los cuadros de la

colección del Marqués de Salamanca, de ellos 81 españoles.

1875. Segunda subasta en París de cuadros de la colección del Marqués de Salamanca, de ellos 44 españoles *Don Manuel García*, *Mujeres conversando*, *Francisco Javier Goya*, *Doña Lorenza Correa*, *Doña Gumersina Goicochea*, *La dama del abanico* y *Corrida de Toros*, todos de Goya; *Hijo pródigo* de Murillo; *Puerta del Sol* de Paret; *Apolo y Marsias* e *Inmaculada* de Ribera; *Nacimiento de La Virgen*, *La Virgen con sus padres* y *Un doctor en ambos derechos* de Zurbarán; etc.

1876. Se exporta parte de la colección del Infante Don Sebastián Gabriel de Borbón y Braganza. Otra parte se exportaría en el año 1902.

1920. Se exporta a América el ábside decorado de la Iglesia de Santa María de Mur.

1945. Un incendio devora el Kaiser Friedrich Museum donde se encontraban los cuadros *Dialéctica* y *Astronomía* de Pedro Berruguete; *Santa Inés* de Alonso Cano y otros de Zurbarán, Murillo, Ribera y Goya.

Juan Antonio Gaya Nuño (*La Pintura Española fuera de España*) inventaría 3.150 obras de arte existentes en el extranjero hasta el año 1958. Entre ellas tenemos:

- Unos frescos de la Ermita de San Baudilio de Berlanga (Soria) donde se construyó en el siglo XI una iglesia mozárabe. El Tribunal Supremo avaló la venta. Los frescos están en Nueva York.
- En 1905 salió de España, piedra a piedra, el castillo de Vélez Blanco a Nueva York. Pudo recuperarse y están en Zaragoza.
- La salida ilegal de muchas obras por parte de Erik el Belga (René Alphonse Van Der Berghe) y en 1983 de la *Marquesa de Santa Cruz* de Goya (recuperada).

Cierto es que, afortunadamente, se han recuperado muchos bienes: 11 cuadros del Museo de Bellas Artes de Cádiz; tres paneles de 72 azulejos catalanes del siglo XVIII desaparecidos del Museo Arqueológico Municipal de Orot; una cruz procesional de plata sustraída de la iglesia Parroquial de Santa María de Bemil, Caldas de Reyes, Pontevedra; dos relieves de nogal sobre la vida de San Hipólito, sustraídos de la iglesia parroquial de Támara de Campos (Palencia); un óleo sobre tela de principios del siglo XVII que representa a santa Catalina, sustraído del Convento de Santa Isabel, de Toledo; dos cuadros de Rubens, *La Aurora* y *El Laberinto de Creta*, sustraídos del Museo de Bellas Artes de La Coruña; un grupo escultórico que representa a *Santa Ana con la Virgen niña* robado de la iglesia parroquial de San Lorenzo Mártir de Torralbilla (Zaragoza), etc. etc.

¿Por qué todo ese tráfico ilícito? Al parecer, el tráfico de obras de artes es el tercer comercio ilegal del mundo, solo superado por el narcotráfico y por la piratería informática.

Otras desapariciones (y sin carácter exhaustivo):

- De El Greco: *La Asunción de la Virgen, La Piedad, El Cardenal D. Fernando Niño de Guevara, San Martín y el pobre, Vista de Toledo, La Visitación, Autorretrato, Desposorios de la Virgen, La Oración del Huerto, Laocoonte y sus hijos.*
 - De Luís Tristán: *Epifanía.*
 - De Sánchez Cotán: *Bodegón.*
 - De Zurbarán: *San Serapio y San Francisco.*
 - De Velázquez: *El Almuerzo, El Aguador de Sevilla, Vieja Friendo Huevos, La Dama del Abanico, Juan de Pareja, Inocencio X, La Venus del Espejo.*
 - De Murillo: *La Vieja despiojando a un niño, Las gallegas en la ventana.*
 - De Valdés Leal: *Alegoría de la Vanidad.*
 - De Claudio Coello: *Carlos II.*
 - De Luis Meléndez: *Autorretrato.*
 - De Goya: *El Médico, La Marquesa de Pontejos, La Marquesa de Solana, D^a Isabel Cobos de Porcel, Las Majas de la Sombrilla, Los Herreros.*
 - De Vicente López: *Fernando VII.*
 - De Lucas: *Víctimas de la Guerra, La Inquisición.*
 - De Madrazo: *El Pintor Inglés.*
 - De Fortuny: *La Vicaría.*
- etc. etc. etc.

2. Justificación de la protección del patrimonio cultural

2.1. Por ser cultura e historia

El Real Decreto-Ley 9-agosto-1926 (Decreto-Ley CALLEJO) nos diría en su exposición de motivos que el legislador debía (obligación) conservar los monumentos y las joyas de arte para que sean utilizados por “aquellos que deseen estudiar en ellas la epopeya de sus grandezas pretéritas” (razones históricas) o por “los que, llevados por puros ideales de la belleza inmortal, que es de todos los tiempos, quieren llenar su espíritu con su contemplación” (razones estéticas).

Las obras de arte pueden ser objeto de estudio y análisis, al margen del hedónico placer estético de su contemplación.

2.2. Por existir intereses ecuménicos

Porque en dichos bienes hay intereses colectivos públicos, ecuménicos que convergen en él, frente a los puros intereses individuales.

Esos intereses públicos son los que se deben conjugar con los privados, fruto lógico de la tendencia socializante y socializadora de la vigente interpretación teleológica de la propiedad.

GONZALEZ UBEDA nos dirá al respecto: “El alto grado de interés público que está en la esencia de toda obra de arte histórico artística, ha producido como lógica consecuencia que la intervención del Estado en la propiedad privada... haya tenido una intensidad tal que, para muchos autores, las obras del patrimonio histórico-artístico en manos de particula-

res se encuentran en una zona intermedia entre la propiedad privada y el dominio público”.

Quiebra aquí de forma manifiesta la concepción absolutista del derecho de propiedad, que adquiere un matiz o función social y que se consagra en el art. 153 de la Constitución de Weimar con estas lacónicas palabras: “Propiedad obliga. Su utilización debe estar simultáneamente al servicio del bien común”. Función social que es recogida por el art. 33.2 de nuestra Carta Magna.

El art. 33 de la Constitución reconoce la propiedad privada y la herencia, pero en su apartado 2) matiza que “la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”.

La propiedad privada ya la encontramos reconocida en el pensamiento racionalista del siglo XVII, si bien limitada a los bienes de consumo. No alcanzaba a justificar la propiedad de la tierra.

Fue LOCKE el que llegó a tal extremo, entendiendo que la propiedad privada es una proyección de la propia personalidad; un derecho natural del individuo; un derecho que precisamente hace al hombre libre; un derecho preexistente al Estado y que éste debe garantizar.

BENTHAM, STUART MILL y GREEN justificarían la propiedad sobre la base de que los bienes son producidos por el trabajo del hombre y por ello les pertenecen.

La revolución liberal barrenaría los pilares de la propiedad privada. Ahí están las posturas de ROUSSEAU, PROUDHON, MARX y ENGELS. Se cuestiona la propiedad privada en exclusiva de todos o determinados bienes o frente a la colectividad.

Nuestro derecho positivo irá acoplándose a esa revolución de la propiedad. La Constitución de 1812 la reconocerá sin límites (teoría de LOCKE). También sería reconocida en las Constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1873. Fue la Constitución republicana de 1931, que empieza a relacionar la propiedad privada con los “intereses de la economía nacional” (art. 44). El Fuero del Trabajo de 1938, supedita esa propiedad “al interés supremo de la nación” (declaración XII). El Fuero de los Españoles de 1945 la subordinaría “a las necesidades de la nación y al bien común” (art. 30). Y la Ley de Principios del Movimiento Nacional insistiría en que todos “los intereses individuales y colectivos han de estar subordinados siempre al bien común de la Nación” (principio V), reconociendo “a la propiedad privada en todas sus formas como derecho condicionado a su función social” (principio X).

Y esa función social de la propiedad es la que encontramos recogida en el párrafo 2 del art. 33 de la actual Constitución. Pero ahora, esa función social es la que legitima la propiedad privada, siguiendo así la doctrina de VON GIERKE y de DUGUIT. Para este último todo propietario tiene “la obligación, de orden objetivo, de emplear la riqueza que posee en mantener y aumentar la interdependencia social” y es esa “obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa”, la

que determina que “la propiedad no es el derecho subjetivo del propietario, es la función social del tenedor de la riqueza”.

Ese impulso social de la propiedad privada se acrecenta ante los bienes culturales por el carácter ecuménico de los mismos.

2.3. Por su incorporación a la humanidad

Ya que un grupo humano la seleccionó y eligió para incorporarse a él.

El hombre, señalará PÉREZ LUÑO, como ser social e histórico, no puede realizarse plenamente, sino en el entorno que lo religue con el legado más valioso de su pasado cultural. Así podrá el hombre “desenvolver sus vivencias en un medio que le permita identificar sus señas de identidad, que quedarían desdibujadas caso de que se hiciera *tabula rasa* con los testimonios históricos y artísticos que conforman los aspectos más destacados de sus propias raíces comunitarias”.

2.4. Por ser estímulo para generaciones futuras

Porque, como señalan GARCÍA ESCUDERO y PENDÁS, ese patrimonio constituye “un estímulo a la creatividad de las generaciones presentes y futuras, que podrán –a través del conocimiento y admiración de las grandes creaciones artísticas- ver impulsado su espíritu de emulación, con el consiguiente beneficio para el desarrollo de la cultura nacional y universal”.

2.5. Reflexiones

El hombre se despersonaliza en la gran urbe convirtiéndose, a lo más, en un simple número.

Soledad, extrañamiento y aislamiento describen hoy la vasta distancia espiritual existente entre un hombre y otro hombre. Es este mundo sin alma el que permitió surgir el célebre personaje “K” de KAFKA.

Y no tenemos duda que esa despersonalización, que esa soledad, que ese rebañismo humano, que esas colmenas por viviendas, que ese olvido de la naturaleza y de la cultura han propiciado el nacimiento de la sociología neoizquierdista de Wright MILLS, el marxismo freudiano de Herbert MARCUSE, el anarquismo de Paul GOODMAN, el misticismo apocalíptico de Norman BROWN, la psicoterapia de origen zen de Alan WATTS, el narcisismo de Timothy LEARY, la búsqueda de un nuevo “modus vivendi” de HUXLEY y todos esos movimientos contraculturales de los “hippys”, “beatnikes”, etc.

Angustiosamente se lucha contra una vida angustiosa. El marco de la vida que rodea al hombre no produce un clima de paz y reposo. Le impulsa, por el contrario, a la lucha y muchas veces a la violencia.

Estamos en presencia de un “hábitat” calificado por MARCUSE como “la lógica de la dominación”, y por BROWN como “política de pecado, cinismo y desesperación”.

Barrington MOORE nos dirá: “el progreso reciente parece ser inseparable de una mayor pérdida de libertad. Los campos de concentración, el exterminio masivo, las guerras mundiales y las bombas atómicas no son recaídas en la barbarie, sino la inexorable materialización de las realizaciones de la ciencia moderna, de la tecnología y la dominación. El sometimiento más eficaz del hombre, la destrucción del hombre por el hombre (*homo homini lupus* nos dijo HOBBS) se produce ahora que la civilización parece haber alcanzado su cenit, cuando los logros materiales e intelectuales de la humanidad parecen permitir la creación de un mundo verdaderamente libre”.

GINSBER –el trovador religioso del mantra hindú, como lo calificaría ROSZAK- en su poema “Sunflower Sutra”, censurará enérgicamente que la sociedad haya mecanizado y brutalizado *su entorno* en nombre del progreso.

Ha surgido así esa nueva contracultura que se asienta, como indica ROSZAK, sobre un sentido profundamente personalista de la comunidad más que sobre valores técnicos e industriales, siendo una amarga crítica del actual *entorno* del hombre.

La civilización ha cambiado demasiado violentamente al hombre. Los grandes “santones” han aprendido a oír y a hablar con la naturaleza. A nosotros nos han enseñado a ser sordos y mudos.

Estamos en una encrucijada; en un pleno reto. La civilización no puede, ni debe, retroceder, pero hay que devolver al hombre su espíritu. Hay que suprimir su angustia. La cultura tiene que luchar contra la contracultura. La “psique” tiene que reposar. Y todo ello es inlograble si nuestro “medio ambiente” es feroz, hostil, angustioso e intranquilizante, y si no buscamos a través de la cultura paz y reposo para nuestro espíritu.

Todo ello justifica con exceso la necesidad de proteger a nuestro patrimonio histórico-cultural.

Son ya tradicionales las posturas doctrinales y de nuestro Derecho positivo que justificaban la protección del Patrimonio Histórico-Artístico. En ellas siempre se hablaba de cultura y de intereses colectivos o ecuménicos que priman sobre los intereses privados o particulares.

La Carta de Venecia nos dirá: “los monumentos están cargados de un mensaje espiritual del pasado, que, teniendo en cuenta los valores humanos, se considera necesario transmitirlos a las generaciones futuras con toda autenticidad”.

Eduardo ROCA (*El Patrimonio Artístico y Cultural, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid*), señalará: “nos encontramos con unos valores que, siendo en principio obra del hombre, se sustantivan independizándose de él, adquiriendo categorías suprapersonales e intemporales. La obra de arte adquiere una sustantividad tal, que se independiza del autor para incrustarse en el patrimonio de la comunidad”.

La obra de arte, pues, se aliena –en pura terminología hegeliana- de su creador, para independizarse, llevar vida propia y convertirse en ecuménica. “Los gran-

des artistas no tienen patria”, nos diría MUSSET (*Les vœux stériles*).

Este interés superior de la comunidad en la conservación del Patrimonio Histórico-Artístico se encuentra también recogido en nuestro Derecho positivo. El Decreto-Ley de 9 de agosto de 1920, nos manifestará en su exposición de motivos –auténticos criterios interpretativos para nosotros los letrados- que las normas del mismo nacen para, sin menoscabo del derecho legítimo de la propiedad individual, afianzar el interés supremo que al público corresponde.

El primitivo concepto de la propiedad como un *ius utendi, abutendi, disponendi y vindicando* va poco a poco siendo limitado por la sociedad en su devenir socializante.

El interés privado se condiciona, en sus facultades ilimitadas, frente a intereses públicos, colectivos o comunes. Bástenos citar aquí la Encíclica *Rerum Novarum* de LEÓN XIII y la *Cuadragésima Anno de PÍO XI*, en las que se señala la necesidad de coordinar y armonizar la propiedad privada con el bien común.

Esta misma idea late en nuestra Constitución, en su art. 33,2, cuando alude a la función social de la propiedad privada.

Nuestra normativa ha venido siempre respetando este principio. El Decreto de 9 de enero de 1923, nos señalará que “hoy el derecho de propiedad, ya radique en un una persona individual o jurídica, no puede concebirse con aquel carácter exageradamente individualista que le asignará el Derecho romano, por el contrario, la preponderancia del elemento social que en el derecho de propiedad palpita da lugar a que cada día se limite más el ejercicio de dicha facultad por un interés colectivo de orden superior”.

En el mismo sentido se manifiesta el Decreto de 12 de junio de 1953, que “sin perjuicio del respeto a los derechos privados” indica que debe quedar debidamente “salvaguardada la función social que la propiedad tiene, especialmente la de obras de valor artístico que de forma tan directa representan momentos gloriosos de la historia de una nación y contribuyen de modo muy eminente a la educación de la sensibilidad de un pueblo”.

Bella es la interpretación que hace Jacques ESTEVE (*El arte y la propiedad*, Nancy, 1925), al indicar que el artista incorpora a la materia su genio y sus inquietudes –su alma, diríamos nosotros-, interpretando así las costumbres, aspiraciones y sentimientos de su entorno. Y es por ello por lo que señala que toda obra de arte es una colaboración entre el autor de hoy y las generaciones pasadas, presentes y futuras.

Fruto de la etapa ideológica del Consejo de Europa será el Convenio Cultural Europeo, abierto a la firma en París el 19 de diciembre de 1954, y al que España se adhirió en 1957, en el que se insistirá en que el patrimonio cultural europeo es un patrimonio cultural común de Europa. Y de “patrimonio universal” será calificado por la Convención sobre el Patrimonio Mundial Cultural y Natural.

Así surge un interés comunitario, ecuménico, sobre esos bienes que impone límites a los titulares de los derechos dominicales privados y precisamente en función de esos intereses generales.

José Luis ÁLVAREZ, en un artículo titulado “*La reunión de Praga sobre la situación del Patrimonio Artístico Mueble en los países de Europa Central y Oriental*”, publicado en el Boletín de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando (nº 77), afirmará:

“Por la concurrencia sobre esos bienes de dos intereses: uno privado, el del propietario del edificio o de la obra de arte; y otro público, el del Estado o la comunidad, los bienes culturales tienen una naturaleza jurídica diferente de la de los bienes comunes, y por eso exigen un tratamiento legislativo, sustantivo y fiscal, especial”.

“El concepto moderno de propiedad, ya no es el concepto de Derecho Romano de que el dueño tenía todos los derechos de forma absoluta, el *ius utendi*, el *ius disponendi* sin limitaciones. Hoy la propiedad es un derecho con límites, bien por la función social que cumple, bien por la concurrencia en los bienes de intereses públicos y privados, bien por la misma naturaleza del objeto”.

“Ese doble interés, público y privado, que concurre en los bienes culturales, exige una legislación especial y que esos bienes estén sujetos a limitaciones, obligaciones, y tengan en cambio subvenciones o bonificaciones fiscales para poder conservarlos y como compensación a ese carácter limitado o menos absoluto de la propiedad de esos bienes”.

El Patrimonio Artístico Cultural –nos seguirá diciendo- es una riqueza que pertenece a todos y que todos debemos cuidar, pues es un patrimonio, más aún que del Estado, de la comunidad.

Este Patrimonio, nos dirá el referido notario y políptico, en primer lugar, es obra de un autor que ha recogido y sublimado la enseñanza de una escuela o un conjunto de artistas; se da en él un doble aspecto: la titularidad del propietario y el derecho del autor; es muestra de la cultura o el arte de un pueblo, y su examen y exhibición pueden considerarse un derecho de la colectividad.

La inserción, pues, de la cultura y de la historia en la materia, en ese Patrimonio, exigen su conservación y respeto en aras de un interés público y general frente al individual o particular, con todos los inconvenientes que para éstos ello signifique.

3. Medidas proteccionistas

Tres son los grandes medios de protección del Patrimonio Histórico-Artístico, según se indica en la Declaración de Ámsterdam (1975), aprobado por el Congreso sobre el Patrimonio Arquitectónico

Europeo, que se celebró bajo los auspicios del Consejo de Europa: medidas económicas, medidas educativas y medidas legislativas.

3.1. Medidas económicas

Son fáciles de comprender y pueden ir por muy diversos caminos: subvenciones a fondo perdido para los titulares o poseedores de los inmuebles, préstamos privilegiados, beneficios fiscales, etc.

Aquí no podemos silenciar el hecho de que la UNESCO, ha creado el Fondo del Patrimonio Mundial, con el fin de facilitar ayuda económica a proyectos de los diversos Estados firmantes de la Convención para protección, conservación, revalorización y rehabilitación de ese Patrimonio.

3.2. Medidas educativas

Hay, por otro lado, que educar culturalmente a la gente. José Luis ÁLVAREZ, nos dirá que hay que introducir en el país la idea fundamental de que el Patrimonio es una riqueza general, que pertenece a todos y que, por ello, todos los ciudadanos deben ser custodios y amantes de dicho Patrimonio. Con ello, la sociedad, de pasiva tiene que pasar a activa, a beligerante.

3.3. Medidas legislativas

En nuestro Derecho positivo eran muchas y muy numerosas. No es el momento oportuno, estimamos, de hacer un estudio de todas ellas.

4. Normativa vigente

4.1. La Constitución Española

4.1.1. Artículo 33

El artículo 33, al reconocer “el derecho a la propiedad privada y a la herencia” señala que “la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”.

Se establece así un matiz socializante a la propiedad. Matiz que existe en el Patrimonio Histórico Cultural por apreciarse en el mismo unos valores superiores a la pura propiedad privada; unos valores, como ya hemos indicado, públicos, ecuménicos.

Todas esas limitaciones que van surgiendo a la propiedad absoluta constituyen un retorno, en cierta forma, a la propiedad comunitaria de Platón.

En el período arqueológico, a juicio de AZCÁRATE, existía la propiedad mueble, pero no la inmobiliaria, dado el carácter nómada de los pueblos.

En el neolítico, al surgir el pastoreo, pudiera acaecer que ya existiera una propiedad inmueble, aunque fuera temporal. Propiedad que se desarrolla y fortalece en la edad de los metales con el nacimiento de la agricultura.

En los pueblos primitivos parece que la propiedad

es colectiva (Rusia, India, celtas, Derecho homérico, germanos, etc.) o familiar (el régimen madrugado de Servia), aunque dicho extremo no esté debidamente justificado. En este sentido, RUIZ GIMÉNEZ nos dirá: “en el estado actual de las investigaciones no se confirma la hipótesis de que la propiedad común o colectiva haya sido la única vigente en todos los países y respecto a todas las categorías de bienes. Junto a formas prevalentes de propiedad común o colectiva, que muchas veces es de órbita familiar y no de grupo político, se encuentran rasgos de propiedad privada sobre algunos objetos e incluso sobre parcelas de tierra”.

Todo en principio es discutible.

Lo único cierto es que en la época de las Doce Tablas la propiedad se manifiesta de forma individualizada y así pasa al Derecho romano.

Frente a Roma se alza el Derecho germánico con una propiedad colectiva sobre la tierra, sin duda por el continuo carácter migrador y conquistador del pueblo. Recordemos que las conquistas de los bárbaros no eran de sus ejércitos, sino de pueblos enteros que se trasladaban con sus mujeres, padres, hijos, ganados, ajuars, etc.

En *De bello Galileo* de CÉSAR se afirma que entre los germanos nadie poseía una porción determinada de tierra con límites propios. Eran los príncipes los que cada año repartían las fincas entre las familias.

La propiedad se desintegra en la Edad Media. Frente a la propiedad colectiva del campo (*allmend o marta*), surge un terreno común que se distribuía entre las familias (*bova, buva, bufer, buber, sors, portio*) y la casa como patrimonio propio (*curtis, mansus, bof, tompre, bool*).

Las invasiones bárbaras conectan civilizaciones extrañas: la romana y la germánica. De la simbiosis surgen nuevas formas de propiedad: la comunal, la alodial o libre, la beneficiaria (concesiones de la nobleza a los plebeyos), la censal (censo) y la servil (de los esclavos).

Todo ello avoca a un feudalismo en que se resquebraja el dominio directo del útil.

Fue con el cristianismo cuando vuelve a renacer el carácter social de la propiedad. Basándose en dicha doctrina, SANTO TOMÁS nos señalaría que la propiedad privada obliga a detentar las cosas como si fueran comunes, de manera que se comuniquen con los que las necesitan. Pero la posición fue más teórica que práctica.

La doctrina tomista influye de forma decisiva en España en los siglos XVI y XVII y, respetándose la propiedad privada para satisfacer necesidades personales y familiares, se reconoce que los bienes deben utilizarse de forma que se permita socialmente su aprovechamiento.

Frente a esa concepción de la propiedad, surge la doctrina liberal (LOCKE, BENTHAM, STUART MILL, etc.) que prescinden del fin social de la propiedad para defender tesis absolutistas y omnímodas.

Ese pensamiento liberal de la propiedad se verá

posteriormente atacado por ROUSSEAU y PROUDHON y más recientemente por MARX y ENGELS.

Hoy las posiciones doctrinales son armonizadoras. No se niega el derecho de propiedad privada, pero se condena su abuso. En ciertos casos –bienes culturales– hay intereses supraindividuales.

Nuestra Constitución de Cádiz de 1812 reconocía el derecho de propiedad privada. Lo mismo acaece en las Constituciones de 1837 y de 1845. La Constitución de 1873 considera la propiedad privada como un derecho natural. Es a partir de la Constitución de 1931 cuando se recogen las matizaciones de la Constitución de Weimar (1919) y se impregna a la propiedad privada de ese matiz social.

El mundo es cambiante y la teoría sobre la propiedad también. Al principio, inexistente; luego comunal; más tarde individual y absolutista; se descompone en la Edad Media; se retorna a la propiedad privada en la Edad Moderna; y acaba con los tiempos actuales buscándose una armonización entre los intereses privados y los públicos.

Hoy día toda la doctrina respalda las limitaciones que tienen en el ejercicio de sus derechos dominicales los titulares de bienes culturales. ZANOBINI reconocerá la existencia justa de las limitaciones que imponen al propietario la obligación de abstenerse del ejercicio de determinada actividad, ya sea de modo absoluto, ya con la posibilidad de una autorización que permita su ejercicio en determinadas condiciones, limitaciones negativas a las que más modernamente se añaden aquellas que imponen un deber positivo de actuación.

GRISOLIA calificará a esos bienes culturales, como “bienes de interés público”.

GARCÍA ESCUDRO y PENDÁS GARCÍA señalarán que “estamos más allá de la simple limitación administrativa del uso y disfrute del dominio, para situarnos en el marco de la delimitación del contorno ordinario de un tipo de propiedad específico sobre una clase peculiar de bienes muy lejos de la concepción abstracta o idealizada de la teoría tradicional”.

Sin duda el mejor defensor de esta propiedad dividida ha sido GIANNINI. “La cosa es –nos dice–, de un lado, elemento material de intereses de naturaleza patrimonial, objeto de un derecho de propiedad, pero es también y al mismo tiempo un bien cultural en cuanto portador de intereses de naturaleza inmaterial y carácter público cuya tutela corresponde al Estado como representante de la colectividad, que ostenta un derecho de fruición sobre tales bienes”.

GARCÍA ENTERRÍA, siguiendo esta posición doctrinal advertirá: “No se trata, pues, de un ejercicio “funcionarizado” de la propiedad privada, sino de una asignación integral de su titularidad y de su tutela al Estado como bien cultural. La contraposición entre un *corpus mechanicum* y un *corpus mysticum*, en relación con una misma cosa y su eventual disociación, es ya conocida de los juristas y sobre ella se construyen derechos inmateriales como el de la propiedad industrial (yo soy dueño de esta máquina,

pero no de la propiedad industrial de su modelo) o de la propiedad intelectual (yo soy dueño de un libro que compro, pero no puedo reproducirlo)”.

En análogo sentido José Luis ÁLVAREZ indicará que esos bienes culturales, aunque sean de pertenencia privada, sirven institucionalmente a fines de interés social, y por eso tienen que estar sujetos a un particular régimen en el que se armonicen los intereses privados y la tutela pública. En esos bienes, existen unos intereses colectivos distintos de los del puro propietario, que son intereses de la comunidad y que tienen que coordinarse con aquéllos de la forma más eficaz para la conservación de ese patrimonio.

En este sentido de una propiedad no absoluta se manifestará G. PALMA (*Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Jovene, Napoli, 1971), que aludirá a una propiedad funcionarizada para los bienes culturales. Para dicho autor los valores culturales de determinados bienes son los que legitiman para que las leyes impriman a su propiedad una particular dirección funcional, con las consiguientes limitaciones o cargas para el titular dominical.

Nuestra Constitución de 1978 reitera, una vez más, esa función social de la propiedad privada; pero ahora, la función social se convierte en elemento legitimador del derecho de propiedad. Ésta lleva implícita una función social, y de ella se derivan una serie de derechos y obligaciones.

El derecho de propiedad, en su consideración absolutista, ha desaparecido. Frente a la utilidad pública o al interés social –y lo cultural goza de ambos matices– surge un derecho subjetivo de propiedad “debilitada”. Terminología ésta que utiliza nuestro Tribunal Constitucional (s. TC 11/1983 de 2 de diciembre). Y ello es así, porque existen “fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales (s. TC 22/1984 de 17 de febrero).

La s. TC 37/1987 de 20 de marzo nos indicará que “el derecho de propiedad no es sólo un haz de facultades, sino también un conjunto de deberes y obligaciones. No puede identificarse a la propiedad con el contenido único del art. 848 CC sino como una pluralidad de regímenes de propiedad en función de los bienes”.

Esa función social de la propiedad la identifica ALONSO IBÁÑEZ con el interés general que en cada momento histórico demande la utilización de los distintos bienes, advirtiendo que no se pueden ver como cuestiones desconexionadas por un lado el interés general y por otro la función social de la propiedad. El interés general no puede ser interpretado como algo abstracto, sino como algo que, en el caso del instituto de la propiedad, tiene un concreto contenido, contenido que se lo da la llamada función social y el interés general, hay algo más. Es el propio interés general el que dimensiona el contenido de la propiedad, transformándolo en un instituto socialmente beneficioso. Con el ejercicio dominical se persiguen intereses privados, pero no hasta el punto de que choquen con los intereses generales. El interés gene-

ral influye en el instituto de la propiedad en dos polos diferentes y sucesivos: dimensionándolo desde su interior, y dimensionándolo desde el exterior, es decir, operando como un límite externo.

Para GARCÍA ENTERRÍA, el problema específico de los bienes culturales es el del conflicto potencial de las dos utilidades, el problema de la interferencia del derecho de fruición colectiva con el derecho a la pertenencia económica individual. Para resolver este problema, dice el autor, la regla general es que deben ser mantenidas las dos mientras sean compatibles, y que en última instancia si no son compatibles prevalecerá el derecho de la fruición colectiva. El art. 128 de la Constitución posibilita esta interpretación.

Y entre esos deberes sociales que tiene la propiedad privada se encuentran todas las obligaciones que se imponen en la LPHE y su Reglamento, pues, como ya hemos indicado, en la propiedad histórico-cultural hay intereses superiores a los puramente individuales.

4.1.2. Artículo 44

Su apartado 1º reza así: “Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho”.

La cultura, nacida por el ocio creador, es derecho de todos los ciudadanos.

Fue la Conferencia de la UNESCO, celebrada en Venecia en 1970, la que señaló que la cultura es un derecho del hombre. Y así fue entendido en otras confrontaciones internacionales posteriores (Yakarta, 1973; Accra, 1975 y Bogotá, 1978).

Por el art. 44, el Estado, consciente de que la cultura es un deber primario del mismo, como nos diría ORTEGA Y GASSET, se compromete, se obliga a facilitar a los ciudadanos cuantos medios sean precisos y necesarios para que accedan a la cultura. Reto sin fin, porque la cultura es ilimitada en su horizonte.

En base a este art. 44 el Patrimonio Histórico Español, al ser patrimonio cultural, se impregna de un matiz público y social que trasciende de la mera titularidad privada. El Estado así se obliga a su desarrollo y difusión. El Estado se compromete a facilitar el acceso de los ciudadanos a la cultura.

Los poderes públicos deben desarrollar, pues, esos medios de acceso a la cultura. Y esa política cultural se resume por TORRES DEL MORAL en los siguientes puntos:

1. Es necesario, de un lado, el establecimiento de una igualdad de oportunidades para alcanzar y disfrutar los bienes culturales.
2. Pero ello exige, de otro lado, la difusión de dichos bienes y manifestaciones, e incluso, si fuera menester, la socialización de los mismos, o de una parte significativa de los mismos, para hacer posible la igualdad de oportunidades antes apuntada.
3. No es menos necesario, en tercer lugar, que esa política cultural apueste por la integralidad de la cultura, de manera que en ella se armonicen todas las dimensiones de la vida humana: la física y la psíquica, la sensible y la estética, la social y la

política, la moral y, en su caso, la religiosa. La cultura ha de integrar *bios, logos y ethos*. Potenciar una de esas dimensiones a costa de las otras lleva a la distorsión de la cultura y del hombre.

4. Y para ello, tan importante como el caudal de conocimientos y de vivencias, es su orientación hacia el despertar de la imaginación creadora, el despertar de la libre actividad lúdica, el despertar de la esperanza fundada en una vida de participación, con igualdad y sin discriminación. En una palabra: cultura de libertad y de participación.
5. Uno de los medios que actualmente parecen más adecuados para ello es la animación cultural, la agitación cultural (expresiones ambas de circulación creciente e simposios sobre la materia), tendente a la consecución de una cultura viva, no meramente museística. Y llevar esta misma animación y vivificación al propio museo y a los monumentos y sus entornos naturales.
6. Todo ello requiere una descentralización de los medios de creación y de fomento cultural, que comience con la transferencia de las correspondientes competencias a las comunidades autónomas y termine con un incremento de la función cultural de los ayuntamientos, acaso el ámbito más apropiado de la política cultural, como se ha demostrado en España durante los últimos cuatro años. Todo ello conformará una nueva estructura cultural del Estado que consiga una “casa de cultura” en cada pueblo y acabe, también en esto, con el secular centralismo, sin que por eso haya que dismantelar el Museo del Prado.
7. Se precisa una política fiscal que fomente y no obstaculice ni frene la creación artística. Es decir, se precisa superar la concepción de la cultura como mercancía, al mismo tiempo que es necesario proteger y apoyar las industrias culturales para que puedan hacer frente en mejores condiciones a la ya dilatada crisis económica. Y ésto se puede decir de la industria editorial (colapsada por la brutal contracción del mercado iberoamericano), como de la cinematográfica; del teatro, como de las artes plásticas; y se puede y se debe decir de la música, secularmente olvidada por los Presupuestos Generales del Estado.
8. Hace falta remover el modelo decimonónico de los archivos y bibliotecas españoles, que arrastran una aterradora carencia de profesionales y que ahuyentan, más que atraen, a los ciudadanos e investigadores. Ya sería buena noticia que la Consejería Andaluza de Cultura pudiera informar en 1984 que se ha rebajado ese deprimente 93 por 100 de andaluces que nunca ha estado en una biblioteca.
9. Todo ello nos depara la necesidad de mejorar la muy escasa y muy deficiente infraestructura cultural española. Cuesta trabajo admitir que todavía no hay un conocimiento ni siquiera aproximado de las obras y lugares que componen

nuestro patrimonio histórico, cultural y artístico.

10. Hace falta, en fin, asumir en plenitud el hecho y el derecho del pluralismo cultural español, o lo que es igual, asumir plenamente que la cultura española es resultado dialéctico de las varias culturas españolas. La protección de esta cultura compleja debe tender a aminorar los restos de colonialismo cultural por parte de las naciones que lideran el mundo, sin caer con ello en un cerril nacionalismo. Y, como reverso de la misma política, es preciso intensificar la presencia de la cultura española en el área mediterránea, en convivencia con otras muchas, y en Iberoamérica, de donde corre el peligro de ser desalojada.

4.1.3. Artículo 45

El artículo 45 nos dice:

“1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

Este art. 45 recoge, como dice la s.TC 64/1982, de 4 de noviembre,

“la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que ha plasmado también en numerosos documentos internacionales”.

para armonizar la utilización racional de los recursos materiales con la protección de la naturaleza,

“todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de vida”.

Podemos así entender que este artículo pretende una simbiosis entre la naturaleza y la cultura, para lograr esa meta feliz de “calidad de vida” que ya anunciaba ROUSSEAU, según indica HARICH cuando nos decía que para el escritor citado “el progreso civilizatorio empuja a los hombres al envilecimiento, si no persigue el objetivo de restablecer con sus medios la naturaleza para, albergados por ella, armónicamente reconciliadas con ella, llevar una vida de concordia y de sentido común siempre presente”.

4.1.4. Artículo 46

Nos dice:

“1. Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del legado histórico cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, sitos en su territorio, cualquiera que sea su régi-

men jurídico y su titularidad. La Ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.

2. El Patrimonio Nacional es una unidad indivisible, cuyos bienes serán inalienables e imprescriptibles. Su régimen y administración serán objeto de una ley”.

El carácter social del patrimonio artístico se consagra en este precepto, imponiendo limitaciones a la propiedad privada.

El artículo contiene un mandato estático –conservar- y otro dinámico –promover-.

José Luis ÁLVAREZ al analizar este art. 46 de la Constitución destaca:

1º. La imposición a los poderes públicos de dos actividades específicas: garantizar la conservación y promover el enriquecimiento.

2º. La introducción del concepto de Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico.

3º. La referencia a los pueblos de España.

4º. La explicación de que el Patrimonio comprende todos los bienes que por naturaleza tengan esa significación histórica, artística o cultural, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad.

5º. La constitucionalización de la sanción penal de los atentados contra ese patrimonio.

Según FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ las exigencias que latan en este art. 46 de la Constitución “no se agotan en la mera protección de la herencia monumental recibida, en defensa del monumento como cosa, estática e individualmente considerado, sino que adicionalmente postulan la restauración de esa herencia y la regeneración completa del tejido urbano y cultural del que el monumento forma parte y al que contribuye a dar vida, recibéndola de él al propio tiempo, vida que la dinámica urbana amenaza de forma permanente y que puede ser dañada también por las agresiones al ambiente en que el monumento se integra, aun en el caso de que el monumento como cosa permanezca intacto”.

Por ello, como dice ALONSO IBÁÑEZ, no se puede limitar el alcance del art. 46 a mera norma de organización y conservación del Patrimonio Histórico, hay que extender su operatividad al marco de una política activa de promoción cultural en la que el reconocimiento por la legislación ordinaria de situaciones jurídicas subjetivas a favor de los ciudadanos garanticen el acceso a la Cultura.

4.2. Ley 16/1985 de 25 de junio

Defendió el proyecto el ministro de Cultura Javier SOLANA y MADARIAGA que reconoció la existencia de “multitud de Decretos, de Órdenes, de instrucciones, con la consiguiente ausencia de un mínimo de criterios generales y una desconexión con otros ámbitos del ordenamiento jurídico”.

Manifestó, por otro lado, que el Ejecutivo era “consistente también de que la protección de nuestro común patrimonio histórico exige la concurrencia de todos los poderes públicos” y que “el texto prevé los

mecanismos para asegurar la comunicación, para asegurar el intercambio de información entre todos los poderes, toda vez que la descentralización de los servicios públicos se encuentra prácticamente concluida en lo que se refiere a la gestión de bienes.

Finalizó el ministro su exposición señalando que “la conservación de nuestro patrimonio histórico, su enriquecimiento y el acceso a aquél por parte de todos los ciudadanos son objetivos que no es posible satisfacer por separado; antes, al contrario, del cumplimiento simultáneo de todos ellos depende que pueda considerarse pagado un tributo, el que merece nuestra historia y los frutos de la creatividad humana”.

Efectivamente hasta dicha fecha existían más de 40 normas de aplicación, lo que dificultaba su interpretación tanto para la Administración como para los administrados.

En la Exposición de Motivos de la Ley se nos dice que el Patrimonio Histórico Español “es el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea... Es una Ley que busca asegurar la protección y fomentar la cultura material debida a la acción del hombre en sentido amplio y concibe aquélla como un conjunto de bienes que en sí mismos han de ser apreciados sin establecer limitaciones derivadas de su propiedad, uso, antigüedad o valor económico... El Patrimonio Histórico Español es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio a la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece la sensibilidad de los ciudadanos”.

4.3. Real Decreto 11/1986 de 10 de enero

El ap. 1) de la Disposición Final de la Ley 16/1985, autorizaba al Gobierno “para dictar, además de las disposiciones reglamentarias expresamente previstas en la presente Ley, las que sean precisas para su cumplimiento”.

No le fue fácil al Ejecutivo reglamentar la Ley. Por ello, como urgía su desarrollo, por Real Decreto 11/1986, de 10 de enero, se aprobó *un Reglamento en desarrollo parcial de la misma*.

5. Bienes que se integran al Patrimonio Cultural

La nueva Ley amplía, de forma notoria, el ámbito de aplicación de la Ley. Así en dicho Patrimonio se integran los siguientes bienes:

- Los muebles e inmuebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnológico, científico o técnico.
- El patrimonio documental.
- El patrimonio bibliográfico.
- Los yacimientos arqueológicos.
- Las zonas arqueológicas.

- Los sitios naturales, jardines y parques que tengan valor artístico, histórico o antropológico.

Se respeta con dicha tendencia amplificadora el “Acuerdo de Granada” (octubre 1985).

Los bienes a que afecta la Ley y el Reglamento se podrán clasificar de la siguiente forma:

5.1. Bienes Inmuebles

5.1.1. De interés cultural

- A) *Declarados por Ministerio de la Ley.*
- B) *Declarados por Real Decreto de forma individualizada.*

5.1.2. Clases

A) Monumentos

Aquellos bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería, u obras de escultura colosal siempre que tengan interés histórico, artístico, científico o social (art. 15.1).

BARRERO, intentando clarificar el precepto señalará que “las realizaciones arquitectónicas” se refieren de conformidad con el precepto tradicional de arquitectura, a cualquier clase de edificios, en tanto que “los de ingeniería” remitirán, por el contrario, a todo tipo de construcciones obra de tal ciencia en sus diversas modalidades. Las “obras de escultura colosal”, por último, remitirán, no obstante, la imprecisión de los términos legales, a aquellas realizaciones humanas susceptibles de integración en el concepto clásico de escultura y que se encuentran adheridas al suelo formando parte del paisaje.

Ahora bien, el precepto exige además que esos bienes tengan un interés histórico, artístico, científico o social.

Todos son conceptos jurídicos indeterminados, que se deberían determinar en cada caso concreto.

B) Jardín histórico

Comprende el espacio limitado, producto de la ordenación por el hombre de elementos naturales, a veces complementado con estructuras de fábrica, y estimado de interés en función de su origen o pasado histórico o de sus valores estéticos, sensoriales o botánicos (art. 15.2 LPHA).

La inclusión de los Jardines Históricos dentro de la nueva Ley se debe a una sugerencia del Grupo Popular, ya que en el proyecto que el Gobierno envió a las Cortes, no figuraba.

De destacar es la necesidad de que exista una actuación del hombre “Producto de la ordenación por el hombre de elementos naturales”, dice el precepto. Si no existe esa actuación humana, no puede haber un Jardín Histórico.

C) Conjunto histórico

Es la agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo, es conjunto históri-

co cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúna esas mismas características y pueda ser claramente delimitado (art. 15.3 LPHE).

D) Sitio histórico

Es el lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico (art. 15.4 LPHE).

5.2. Bienes Muebles

5.2.1. De interés cultural

A) *Declarado por ministerio de la Ley*

B) *Declarado por el Decreto de forma individualizada*

5.2.2. No declarados de interés cultural, pero con singular relevancia. Se inscriben en el Inventario General.

Aquí ya es de detectar un diferente trato entre los bienes muebles y los inmuebles. Estos últimos pueden ser declarados Bienes de Interés Cultural, pero no tienen acceso al Inventario; éste está reservado para los bienes muebles que, además, también pueden adquirir la condición de Bien de Interés Cultural. No comprendemos la razón de que no exista un Inventario de bienes inmuebles donde podrían acceder los que hubieren valores culturales pero no tan intensos como para ser declarados de “interés cultural”.

5.3. Patrimonio Arqueológico

Lo constituyen los *bienes muebles e inmuebles*, de carácter histórico susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental. Forman parte, asimismo, de este patrimonio, los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes.

5.4. Patrimonio etnográfico

Lo integran los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales.

5.4.1. Bienes inmuebles

Aquellas edificaciones e instalaciones cuyo modelo constitutivo sea expresión de conocimientos adquiridos, arraigados y transmitidos consuetudinariamente y cuya factura se acomode, en su conjunto o parcialmente, a una clase, tipo o forma arquitectónicas utilizados tradicionalmente por las comunidades o grupos humanos.

5.4.2. Bienes muebles

Aquellos objetos que constituyen la manifestación o el producto de actividades laborales, estéticas y lúdicas propias de cualquier grupo humano, arraigadas y transmitidas consuetudinariamente.

5.4.3. Conocimientos o actividades

Se considera que tiene valor etnográfico y gozarán de protección administrativa aquellos conocimientos o actividades que procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizados por una determinada comunidad. Cuando se trate de conocimientos o actividades que se hallen en previsible peligro de desaparecer, la Administración competente adoptará las medidas oportunas conducentes al estudio y documentación científica de estos bienes.

5.5. Patrimonio documental

Forman parte del Patrimonio Documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en los relacionado con la gestión de dichos servicios.

Forman, igualmente, parte del Patrimonio Documental los documentos con una antigüedad superior a los cuarenta años, generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus actividades por las entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso y por las entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado.

Integran, asimismo, el Patrimonio Documental los documentos con una antigüedad superior a los cien años, generados, conservados o reunidos por cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas.

La Administración del Estado podrá declarar constitutivos del Patrimonio Documental aquellos documentos que, sin alcanzar la antigüedad indicada en los apartados anteriores, merezcan dicha consideración.

5.6. Patrimonio bibliográfico

Forman parte del Patrimonio Bibliográfico las bibliotecas y colecciones bibliográficas de titularidad pública y las obras literarias, históricas, científicas o artísticas de carácter unitario o seriado, en escritura manuscrita o impresa, de las que no conste la existencia de al menos tres ejemplares en las bibliotecas o servicios públicos. Se presumirá que existe este número de ejemplares en el caso de obras editadas a partir de 1958.

Asimismo, forman parte del Patrimonio Histórico Español y se les aplicará el régimen correspondiente al Patrimonio Bibliográfico los ejemplares producto de ediciones de películas cinematográficas, discos, fotografías, materiales audiovisuales y otros similares,

cualquiera que sea su soporte material, de las que no consten al menos tres ejemplares en los servicios públicos, o uno en el caso de películas cinematográficas.

5.7. Archivos

Son archivos los conjuntos orgánicos de documentos, o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas jurídicas, públicas o privadas, en el ejercicio de sus actividades, al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa. Asimismo, se entienden por Archivos las instituciones culturales donde se reúnen, conservan, ordenan y difunden para los fines anteriormente mencionados dichos conjuntos orgánicos.

5.8. Bibliotecas

Son Bibliotecas las instituciones culturales donde se conservan, reúnen, seleccionan, inventarian, catalogan, clasifican y difunden conjuntos o colecciones de libros, manuscritos y otros materiales bibliográficos o reproducidos por cualquier medio para su lectura en la sala pública o mediante préstamo temporal, al servicio de la educación, la investigación, la cultura y la información.

5.9. Museos

Son Museos las instituciones de carácter permanente que adquieren, conservan, investigan, comunican y exhiben para fines de estudio, educación y contemplación conjuntos y colecciones de valor histórico, artístico, científico y técnico o de cualquier otra naturaleza cultural.

6. Circulación de estos bienes en España

En principio es libre, pero existen determinados condicionamientos en ciertos casos.

6.1. Bienes de la Iglesia

No es la primera vez que nuestro Derecho positivo se preocupa de los bienes de las instituciones eclesiásticas.

Recordemos que el Fuero Real (1252) disponía que “las cosas legítimas dadas a las iglesias, se guardan siempre en ellas”; que el Ordenamiento de Alcalá (1348) exigía que fueran “bien guardados los bienes (tesoros, reliquias, cruces, cálices, incensarios, ornamentos, etc.), dados a la iglesia en limosna, ya por los Reyes, ya por los ricos hombres del Reino”; y que una Real Orden de 1834 recordaba la prohibición de enajenar los bienes dados a las iglesias por razón de sepultura u otras devociones.

En 1978, diversos Decretos de Carlos IV ordenaban vender los bienes raíces de las casas de beneficencia,

hermandades, obras pías y patronatos legos y que el importe obtenido se invirtiera en la caja de amortización al 3 por 100 de renta. Estas medidas desamortizadoras iban encaminadas a disminuir la Deuda Pública.

PÍO VII concederá al Rey la facultad de enajenar “la séptima parte de los predios pertenecientes a la Iglesia, monasterios, conventos, comunidades e incluso bienes de las cuatro órdenes militares y de la de San Juan de Jerusalén”.

Durante nuestra guerra de la independencia, NAPOLEÓN redujo a un tercio el número de conventos y su hermano JOSÉ suprimió todas las órdenes y se apoderó de muchas alhajas de varias iglesias.

Por Decreto de 13 de septiembre de 1813 se ordenó la venta de Bienes Nacionales, entre los que se encontraban “los de las temporalidades de los jesuitas, los de la Orden de San Juan de Jerusalén y los de las cuatro órdenes militares, los de los conventos y monasterios suprimidos o destruidos durante la guerra, las alhajas y fincas llamadas de la Corona, los sitios reales, salvo los que se destinaban a servicio y recreo del Rey”.

En la época absolutista se retorna a la protección de los bienes de la Iglesia. Por sendos Decretos de mayo y agosto de 1814 se intenta la devolución a la Iglesia de los bienes que la habían pertenecido.

Por Decreto de 9 de septiembre de 1820 se incorpora al Crédito Público todos aquellos bienes raíces, derechos y acciones de las capellanías vacantes o que vacaren, ermitas, santuarios, cofradías, fundaciones y establecimientos piadosos.

Sigue la desamortización durante el trienio liberal y por Decreto de 1 de octubre de 1820 se suprimen todos los monasterios de órdenes monacales, las de canónigos regulares de San Benito, de la Congregación Claustral Tarraconense y Cessaraugustana; las de San Agustín, las de Premonstratenses; los conventos y los colegios de las órdenes militares de Santiago, Calatrava, Alcántara y Montesa; las de San Juan de Jerusalén; las de San Juan de Dios y de Betlemitas; y los demás hospitalarios de cualquier clase.

Cesa el régimen liberal y nuevo bandazo. Ahora, en 1823, se ordena el reintegro a los monasterios de sus bienes y rentas.

Crisis económica agravada por la guerra carlista. MENDIZÁBAL el gobernador liberar y desamortizador. RD de 17 de febrero de 1836 ordenando la venta de todos los bienes de las comunidades y corporaciones religiosas.

En 1837 se ordenaría la extinción en la península, islas adyacentes y posesiones de España en África, de todos los monasterios, colegios, conventos, congregaciones y demás casas religiosas de ambos sexos. Se ordenaba también: que no permanecerá abierto ningún convento que tenga menos de 12 religiosas; que en cada población no podrá subsistir más de un convento de la misma orden; y que todos los bienes raíces, rentas, derechos y acciones de todas las casas de la comunidad de ambos sexos, deben aplicarse a la

Caja de Amortización para la amortización de la Deuda Pública.

Por Decreto de 8 de agosto de 1844 se suspenderá la venta de los bienes del clero secular; y por Ley de 3 de abril de 1845 se declarará que los bienes del clero secular que no se han enajenado deben devolverse al mismo.

Nueva normativa desamortizadora con MADDOZ durante el bienio progresista (1855-1856), hasta el Decreto de 23 de septiembre de 1856 que vuelve a suspender la venta de los bienes del clero secular.

En 1851 se firma un Concordato entre PÍO IX e ISABEL II en el que se acuerda la devolución a la Iglesia de los bienes que le pertenecían y que no habían sido enajenados.

Por el Convenio de 1859 “el gobierno de su Majestad Católica, habida consideración a las lamentables vicisitudes porque han pasado los bienes eclesiásticos en diversas épocas y deseando asegurar a la Iglesia perpetuamente la pacífica posesión de sus bienes y derechos y prevenir todo motivo de que sea violado el solemne Concordato celebrado el 16 de marzo de 1851, promete a la Santa Sede que en adelante no se hace ninguna venta, conmutación ni otra especie de enajenación de los dichos bienes sin la necesaria autorización de la misma Santa Sede”. Por otro lado, “el Gobierno de su Majestad reconoce de nuevo formalmente el libre y pleno derecho de la Iglesia para admitir, reiterar y usufructuar en propiedad y sin limitación ni reserva toda especie de bienes y valores, quedando, en consecuencia, derogada por este convenio cualquier disposición que le sea contraria, y señaladamente y en cuanto se la oponga la Ley de 1 de mayo de 1855”.

Superadas las leyes desamortizadoras, ya entrado el siglo XX, el RD de 9 de enero de 1923 prohibiría a las iglesias, catedrales, colegiatas, parroquias, monasterios y demás edificios religiosos, la enajenación de obras artísticas, históricas o arqueológicas, sin autorización previa del Ministerio de Gracia y Justicia. La autorización, además, no se podría otorgar si se trataba de bienes donados por los monarcas o por los pueblos.

La ley derogada de 1933 establecía, por otro lado en su art. 41, que los bienes de interés artístico, arqueológico, paleontológico o histórico.

“que sean propiedad del Estado o de los organismos regionales provinciales o locales, o que estén en posesión de la Iglesia en cualquiera de sus establecimientos o dependencias, o que pertenezcan a personas jurídicas, no se podrán ceder por cambio, venta y donación a particulares, ni a entidades mercantiles”.

Dichas instituciones, por el contrario, podrán, *“dando cuenta a las Juntas Locales o a la Superior del Tesoro Artístico, cambiar, vender y regalar objetos de arte”.*

A partir de nuestra guerra civil se intenta normalizar la situación de los bienes de la Iglesia. El 3 de mayo de 1938 se deroga el Decreto de disolución de la

Compañía de Jesús y se intenta “llegar a la reintegración de los bienes y derechos incautados, excepto en los casos en que aquélla pudiera producir perturbación en los servicios públicos a que hubieren sido destinados dichos bienes”.

En 1941 se inicia la reconstrucción oficial de templos parroquiales y la Ley de 11 de marzo de 1942 acuerda la devolución del patrimonio incautado a monasterios y conventos.

El Decreto de 12 de junio de 1953 ordena confeccionar el Inventario General del Tesoro Artístico, disponiendo, entre otras cosas que “cuando se trate de objetos propiedad de la Iglesia, el Estado procederá de acuerdo con las Autoridades Eclesiásticas competentes”.

En agosto de 1953 se firmaría el Concordato entre el Estado español y la Santa Sede. En el art. 19 del mismo se dirá que “la Iglesia y el Estado estudiarán de común acuerdo la creación de un adecuado patrimonio eclesiástico que asegure una congrua dotación del culto y del clero”, se considerará una indemnización por las pasadas desamortizaciones; y el Estado se comprometería a unas subvenciones “para la construcción y conservación de templos parroquiales y rectorales y seminarios” y para “el cuidado de los monasterios de relevante valor histórico”.

El art. 21 del Concordato se refiere al Patrimonio Histórico Artístico. Se prevé la creación de comisiones mixtas. Se señala que la reconstrucción y reparación de los edificios eclesiásticos debe ajustarse a las normas técnicas y artísticas de la legislación general, a las prescripciones de la Liturgia y a las exigencias del Arte Sagrado, etc.

En el año 1978 se firma un Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, señalándose que “el Patrimonio Histórico, Artístico y Documental de la Iglesia sigue siendo parte importantísima del acervo de la Nación, por lo que la puesta de tal patrimonio al servicio y goce de la sociedad entera, su conservación y su incremento, justifica la colaboración de la Iglesia y el Estado”.

La Iglesia reiteraría “su voluntad de continuar poniendo al servicio de la sociedad su Patrimonio Histórico, Artístico y Documental y concertar con el Estado las bases para hacer efectivos el interés común y la colaboración de ambas partes, con el fin de preservar, dar a conocer y catalogar este Patrimonio cultural en posesión de la Iglesia, de facilitar su contemplación y estudio, de lograr su mejor conservación e impedir cualquier clase de pérdidas en el marco del art. 46 de la Constitución. A estos efectos, y a cualquier otro relacionado con dicho Patrimonio, se creará una Comisión Mixta en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor en España del presente Acuerdo” (art. XV).

Creada la Comisión Mixta, empieza a trabajar y el 30 de octubre de 1980 se suscribe un “Documento relativo al marco jurídico de actuación mixta Iglesia-Estado sobre Patrimonio Histórico-Artístico”. Su texto fue el siguiente:

“La Comisión Mixta, creada en cumplimiento del artículo XV del vigente “Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales”, aprueba los siguientes criterios básicos:

1°. La Iglesia y el Estado reiteran su coincidente interés en la defensa y conservación de los bienes que forman parte del Patrimonio Histórico Artístico y Documental de España de los que son titulares por cualquier derecho o relación jurídica, personas jurídicas eclesiásticas, en el marco de lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución española y en las normas legales que lo desarrollan.

El Estado, al reconocer la importancia del Patrimonio Histórico Artístico y de las Bibliotecas y Archivos Eclesiásticos y la labor cultural de la Iglesia en la creación, promoción y conservación de ese patrimonio, reafirma su respeto a los derechos que tienen las personas jurídicas eclesiásticas sobre dichos bienes, de acuerdo con los títulos jurídicos correspondientes.

La Iglesia, por su parte, reconoce la importancia de este Patrimonio, no sólo para la vida religiosa, sino para la Historia y la Cultura española y la necesidad de lograr una actuación conjunta con el Estado para mejor conocimiento, conservación y protección.

2°. Se reconoce por el Estado la función primordial de culto y la utilización para finalidades religiosas de muchos de esos bienes, que ha de ser respetada. Sin perjuicio de ello, la Iglesia reitera su voluntad de continuar poniéndolos al alcance y servicio del pueblo español y se compromete a cuidarlos y a usarlos de acuerdo con su valor artístico e histórico.

El Estado, en virtud del mismo interés y para compensar las limitaciones que se establezcan en las normas jurídicas que desarrollen el artículo 46 de la Constitución, se compromete a una cooperación eficaz, técnica y económica para la conservación y enriquecimiento del Patrimonio Histórico-Artístico y Documental de carácter eclesiástico.

3°. Como bases de dicha cooperación técnica y económica en el tratamiento de los bienes eclesiásticos que forman parte del Patrimonio Histórico-Artístico y Documental se tendrán en cuenta los siguientes principios:

· El respecto del uso preferente de dichos bienes en los actos litúrgicos y religiosos y la utilización de los mismos, de acuerdo con su naturaleza y fines, por sus legítimos titulares.

· La coordinación de este uso con el estudio científico y artístico de los bienes y su conservación.

· La regulación de la visita, conocimiento y contemplación de estos bienes de la forma más amplia posible, pero de modo que el uso

litúrgico, el estudio científico y artístico de dichos bienes y su conservación tengan carácter prioritario respecto a la visita pública de los mismos.

· Las normas de la legislación civil de protección del Patrimonio Histórico-Artístico y Documental son de aplicación a todos los bienes que merezcan esa calificación, cualquiera que sea su titular.

· En cuanto sea posible, los bienes serán exhibidos en su emplazamiento original o natural. Cuando esto no sea posible o aconsejable se procurará agruparlos en edificios eclesiásticos formando colecciones o museos donde se garantice su conservación y seguridad y se facilite su contemplación y estudio.

4°. El primer estadio de la cooperación técnica y económica consistió en la realización del inventario de todos los bienes muebles e inmuebles de carácter histórico-artístico y documental y de una relación de los archivos y bibliotecas que tengan interés histórico-artístico o bibliográfico y que pertenezcan por cualquier título a entidades eclesiásticas.

5°. Los principios generales contenidos en este documento se desarrollarán en acuerdos sucesivos que se referirán a cada uno de los apartados siguientes:

Archivos y bibliotecas.

Bienes muebles y museos.

Bienes inmuebles y arqueología.

Madrid, 30 de octubre de 1980”.

El art. 28,1 L.P.H.E. nos dice:

“Los bienes muebles declarados de interés cultural y los incluidos en el Inventario General, que estén en posesión de instituciones eclesiásticas, en cualquiera de sus establecimientos o dependencias, no podrán transmitirse por título oneroso o gratuito ni cederse a particulares ni a entidades mercantiles. Dichos bienes sólo podrán ser enajenados o cedidos al Estado, a entidades de Derecho Público o a otras instituciones eclesiásticas”.

Un análisis del referido art. 28, nos permite apreciar a *prima facie* que la prohibición o limitación sólo es de aplicación a los bienes muebles. Los inmuebles no se encuentran afectados por este art. 28. Y los bienes muebles a los que les es de aplicación la restricción son los declarados de interés cultural o aquellos otros que sin esa declaración expresa figuren en el Inventario General.

El art. 28,1 LPHE en su último inciso, permite que esos bienes puedan ser enajenados o cedidos al Estado, a entidades de Derecho público o a otras instituciones eclesiásticas.

Los términos “enajenados” y “cedidos” amparan toda transmisión, bien sea a título oneroso o a título gratuito.

Los cesionarios de esos bienes deben ser:

· El Estado

· Entidades de Derecho público.

Aquí se comprenderían las Comunidades Autónomas, los entes locales y los organismos autónomos.

- Instituciones eclesiásticas.

Por otro lado, los conceptos “transmisión” y “cesión” se deben interpretar en su sentido más amplio, incluyendo, pues, la transmisión propia del título de propiedad hasta la simple cesión de uso.

Si intentamos sistematizar el precepto, podríamos indicar:

1. Bienes afectados por la prohibición.
 - 1.1. Bienes muebles (no inmuebles).
 - 1.2. Que estén declarados de interés cultural.
 - 1.3. Que exista expediente para tal declaración (por aplicación del art. 11,1 LPHE).
 - 1.4. Que sin ser de interés cultural, esté incluido en el Inventario General.
2. Titular. Cualquier institución religioso-confesional.
3. Título. Desde el de propiedad al de simple posesión.
4. Prohibiciones. Desde la transmisión de la propiedad, hasta la simple cesión de uso a favor de personas privadas.
5. Actos autorizados. La transmisión de la propiedad, hasta la cesión del simple uso a favor de:
 - 5.1. El Estado.
 - 5.2. Cualquier otra entidad de Derecho público.
 - 5.3. Otra institución religioso-confesional.

6.2. Bienes de la Administración

Está prohibida toda clase de enajenación, bien sea a título oneroso o gratuito.

6.2.1. Bienes afectados

Los bienes muebles que formen parte del Patrimonio Histórico Español.

6.2.2. Elementos subjetivos

Bienes que pertenezcan a las Administraciones Públicas.

El término Administraciones Públicas que utiliza el art. 28,2 LPHE ampara al Estado, Comunidades Autónomas, Entes Locales y a la Administración Institucional.

6.2.3. Actos prohibidos

Toda clase de enajenación, bien sea a título oneroso como gratuito.

Ante el Tribunal Constitucional se cuestionó la prohibición legal de enajenar los bienes muebles que forman parte del Patrimonio Histórico Español, pertenecientes a las Administraciones Públicas, prevista en el art. 28.2 de la Ley, por entender que ello excede del título competencial constitucionalmente asignado al Estado. Pero esa prohibición genérica no incide en el sistema de distribución de competencias, pues al margen de las garantías que cada Comunidad pueda arbitrar en tal sentido, de este modo se asegura en última instancia que los bienes muebles del Patrimonio

Histórico Español que han pasado a ser de titularidad pública no van a dejar de serlo, en un intento de evitar la disminución de dicho Patrimonio y la eventual pérdida de tales bienes, fines que claramente están comprendidos en la competencia otorgada para la defensa de los mismos.

Por otra parte, continua diciendo la s. TC, 31 de enero de 1991, ésta es una limitación a la facultad de disposición que trata de conservar en manos de las Administraciones Públicas bienes del Patrimonio Histórico que ya lo están. La prohibición general de enajenar constituye una medida de conservación del acervo cultural español del que esos bienes forman parte, por lo cual su adopción legislativa no puede negarse al Estado en aplicación del art. 149,2 CE. Someter esta determinación a la competencia autonómica iría en contra de la general competencia del Estado en materia de legislación civil (149,1,8) o administrativa (149,1,18) que es en la que la limitación se funda.

6.2.4. Actos autorizados

Sólo están autorizadas las siguientes transmisiones:

- Las que entre sí efectúen las Administraciones Públicas.
- Las permutas que concierte el Gobierno con otros Estados por otros de al menos igual valor y significado histórico. La aprobación precisará del informe favorable de las Reales Academias de la Historia y de Bellas Artes de San Fernando y de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español.

6.3. Incumplimiento normativo

A tenor del art. 44 RDPHE el incumplimiento de estas prohibiciones provoca la nulidad de las enajenaciones, “correspondiendo al Ministerio Fiscal ejercitar, en defensa de la legalidad y del interés público y social, las acciones de nulidad en los procesos civiles”.

7. Exportaciones ilegales

El art. 5,1 LPHE señala que “a los efectos de la presente Ley se entiende por exportación la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español”.

Y el art. 45 RPHE, según la redacción dada por el RD 64/1994, de 21 de enero dirá: “A los efectos del presente Real Decreto se entiende por exportación la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, *incluidas aquellas que tengan por destino* los países de la Unión Europea”.

Esas exportaciones precisan autorización expresa de la Administración.

Al plantearse la conveniencia o necesidad de esta exigencia administrativa, nos dice José Luis Álvarez y Álvarez:

“Hay países en que sigue el criterio de absoluta libertad en la circulación de los bienes del PH, pero hay muchos en que no se hace así. Y, evidentemente, la protección del PH exige muchas veces el establecimiento de limitaciones que chocan con las facultades del propietario. Pero en los países como el nuestro, de PH y escasos recursos, tanto presupuestarios como de la sociedad, y con un mercado con precios muy inferiores para las obras de arte importantes a los del mercado internacional, se corre el riesgo, si se adopta un criterio de absoluta libertad, de que salga gran parte de las obras de arte de España en poco tiempo y se produzca un empobrecimiento irreversible del PH español”.

No es el momento de analizar los trámites formales que requieren las exportaciones definitivas, las exportaciones temporales y las importaciones.

Nos limitaremos a analizar los efectos de las exportaciones ilegales, las que se hayan producido al margen de los trámites de obligado cumplimiento.

7.1. Supuestos

- Todo bien integrante del Patrimonio Histórico Español que precisando autorización expresa para su exportación temporal o definitiva, se haya efectuado sin ella.
- Bienes exportados temporalmente con la preceptiva autorización si no se cumplen las condiciones de retorno a España.

7.2. Efectos

Dichos bienes pasan a pertenecer al Estado, por imperativo el art. 29 LPHE.

Además entra en funcionamiento el derecho sancionador a través de la Ley de Contrabando (Ley 13 julio 1982).

7.3. Actuaciones

Corresponde a la Administración del Estado realizar los actos conducentes a la total recuperación de los bienes ilegalmente exportados (art. 29,2 LPHE).

Cuando el anterior titular acreditase la pérdida o sustracción previa del bien ilegalmente exportado, podrá solicitar su cesión del Estado, obligándose a abonar el importe de los gastos derivados de su recuperación y, en su caso, el reembolso del precio que hubiere satisfecho del Estado al adquirente de buena fe. Se presumirá la pérdida o sustracción del bien ilegalmente exportado cuando el anterior titular fuera una entidad de Derecho público (art. 29,3 LPHE).

Los bienes recuperados y no cedidos serán destinados a un centro público, previo informe del Consejo del Patrimonio Histórico (art. 29,4 LPHE).

El problema surge cuando esos bienes exportados ilegalmente han pasado a terceros que los han adquirido de buena fe.

El tema hay que considerarlo desde dos prismas: países que han ratificado el convenio de París de 14 de noviembre de 1970; y países que no lo han hecho.

Del Convenio de París, nos limitamos a recoger el art. 7 que dice:

“Los Estados Partes en la presente Convención se obligan:

- *A tomar todas las medidas necesarias, conformes a la legislación nacional, para impedir la adquisición de bienes culturales procedentes de otro Estado Parte en la Convención, por los museos y otras instituciones similares situados en su territorio, si esos bienes se hubieren exportado ilícitamente después de la entrada en vigor de la Convención; y en lo posible, a informar al Estado de origen parte en la Convención, de todo oferta de bienes culturales exportados ilícitamente de ese Estado después de la entrada en vigor de la presente Convención en ambos Estados.*
- *A prohibir la importación de bienes culturales robados en un museo, un monumento público civil o religioso, o una institución similar, situados en el territorio de otro Estado Parte en la Convención, después de la entrada en vigor de la misma en los Estados en cuestión, siempre que se pruebe que tales bienes figuran en el inventario de la institución interesada.*
- *A tomar medidas apropiadas para decomisar y restituir, a petición del Estado de origen, Parte en la Convención, todo bien cultural robado e importado después de la entrada en vigor de la presente Convención de los dos Estados interesados, a condición de que el Estado requirente abone una indemnización equitativa a la persona que lo adquirió de buena fe o que sea poseedora legal de esos bienes. Las peticiones de comiso y restitución deberán dirigirse al Estado requerido por vía diplomática. El Estado requirente deberá facilitar, a su costa, todos los medios de prueba necesarios para justificar su petición de comiso y restitución. Los Estados Partes se abstendrán de imponer derechos de aduanas, u otros gravámenes, sobre los bienes culturales restituidos con arreglo al presente artículo. Todos los gastos correspondientes a la restitución del o de los bienes culturales en cuestión correrán a cargo del Estado requirente”.*

Si no rigiera el Convenio de París, por no estar ratificado, en primer lugar habrá que estar, si existen, a los convenios bilaterales internacionales. De no existir éstos, la Administración del Estado, en cumplimiento del art. 29,2 LPHE deberá reclamar los bienes ante la jurisdicción civil de los tribunales de aquel país. Y ello, al margen de todas las posibles gestiones por vía diplomática.

8. Expoliaciones

El artículo 4 LPHE dispone: “A los efectos de la presente Ley se entiende por expoliación toda acción u omisión que ponga en peligro la pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social. En tales casos, la Administración del Estado, con independencia de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas, en cualquier momento, podrá interesar del Departamento competente la adopción con urgencia de las medidas conducentes a evitar la expoliación. Si se desatendiere el requerimiento, la Administración del Estado dispondrá lo necesario para la recuperación y protección, tanto legal como técnica del bien expoliado.

Tanto el Gobierno de la Generalidad de Cataluña como el del País Vasco cuestionaron la constitucionalidad del concepto de expoliación, tal y como aparece definido en la Ley, excede del significado propio de la palabra, “despojar con violencia o iniquidad” y se alega también que la extensión del concepto puramente gramatical a los supuestos en que se “perturbe el cumplimiento de la función social” del bien supone sobrepasar el título competencial específico que el Estado tiene constitucionalmente atribuido, o sea, la defensa contra la expoliación. El Abogado del Estado defendió la constitucionalidad del mismo, partiendo precisamente de que las funciones de defensa contra la expoliación incluyen competencias de protección general y no sólo aquellas relacionadas con la pérdida o destrucción violenta.

La s. TC de 31 de enero de 1991 dirá al respecto:

“Resulta de especial aplicación al caso el criterio que este Tribunal ha tenido ocasión de señalar en anteriores resoluciones (s. TC 76/83, de 5 de agosto), según el cual el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas configurado por la Constitución vincula a todos los poderes públicos de acuerdo con el art. 9,1 de la C.E., y, en consecuencia, constituye un límite para la potestad legislativa de las Cortes Generales; por ello, el legislador estatal no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación de competencias sin una previsión constitucional o estatutaria, en este caso inexistente. De ahí que la cuestión se centre en determinar si el concepto de expoliación definido en el art. 4 de la Ley 16/85 de 25 de junio, supone, *per se*, la invasión estatal en las competencias autonómicas cuando define que “a los efectos de la presente Ley se entiende por expoliación toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social. El reproche de inconstitucionalidad se dirige, como antes decimos,

contra el último inciso “perturbe el cumplimiento de su función social”.

Y continúa diciendo:

“Tal como hace el Abogado del Estado, hay que afirmar que la aceptación constitucional del concepto expoliación no debe quedar limitada al estricto significado gramatical del término, como ocurre en general con los conceptos indeterminados, que rebasan su acepción literal para alcanzar el sentido que la experiencia les ha ido atribuyendo. Lo contrario supondría aquí restringir la competencia del Estado a las meras funciones de vigilancia, protección y represión contra los ataques físicos que dañen o destruyan el patrimonio o priven ilegalmente del mismo, competencia que en general ya le viene atribuida por el art. 149,1,6 de la CE como comprendida en las medidas de orden público, penales o civiles, en cuanto al despojo o destrucción violentos, ya tengan trascendencia de infracción penal (art. 46 CE), o simplemente la de privación ilícita. Pero algún mayor alcance habrá que atribuir al término que delimita, en el art. 149,1,28 la competencia para la defensa contra la expoliación, cuya mención en otro caso sería innecesaria. La utilización del concepto de defensa contra la expoliación ha de entenderse como definitoria de un plus de protección respecto de unos bienes dotados de características especiales. Por ello mismo abarca un conjunto de medidas de defensa que a más de referirse a su deterioro o destrucción, tratan de extenderse a la privación arbitraria o irracional del cumplimiento normal de aquello que constituye el propio fin del bien según su naturaleza, en cuanto portador de valores de interés general necesitados, estos valores también, de ser preservados. Así, pues, la Ley llama perturbación del cumplimiento de su función social a la privación del destino y utilidad general que es propio, de cada uno de los bienes, aunque materialmente el bien mismo permanezca”.

Y concluye indicando:

“Cuestión distinta es la posible utilización de este concepto para dar cobertura a medidas concretas que excedan de lo que racionalmente debe integrar la protección de esos bienes en un significado finalista: su función social es determinada por el destino y utilidad que directamente deriva del carácter histórico-artístico propio y no por otro arbitrariamente asignado, aunque sea análogo. Una hipotética invasión competencial no vendría así dada por la utilización en el precepto legal de la expresión *perturbe el cumplimiento de su función social*, sino por una aplicación extensiva en cada caso y es allí donde cabría remediarla. El precepto no resulta, pues, contrario a la Constitución, según el sentido que se indica y tanto menos cuanto

que, en la parte no impugnada, respeta la acción protectora de las Comunidades Autónomas, a las que en primer lugar estimula, para autorizar la actuación de la Administración del Estado sólo en defecto de la de aquéllas”.

El art. 4 LPHE, como señala Alonso IBÁÑEZ, está reconociendo a la Administración del Estado el derecho a ejercer vigilancia, y en último término a utilizar la coacción, respecto al ejercicio de las competencias ejecutivas de la legislación estatal, competencias que corresponden como propias a las Comunidades Autónomas. Pero esta atribución de poderes al Estado no puede verse como un atentado a la autonomía de las Comunidades Autónomas, sino como una concreción o delimitación más de lo que es de interés estatal en la materia Patrimonio Histórico; el mantener una actitud de vigilancia y de ejecución subsidiaria respecto a la acción de los órganos a los que se atribuye la competencia de ejecución.

En el art. 3,10 del RD 64/1994 de 21 de enero añade un nuevo Capítulo III al Título III del RD 11/1986 de 10 de enero, con el rótulo “De la expoliación del patrimonio Histórico Español” con un artículo 57 bis cuyo texto es el siguiente:

1. Toda denuncia o información que el Ministerio de Cultura reciba acerca de un bien que reúna las circunstancias señaladas en el art. 4 de la Ley 16/1985 puede ser trasladada urgentemente a cualesquiera de las instituciones consultivas de la Administración General del Estado sobre Patrimonio Histórico Español.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo, obtenida información suficiente para entender que un bien está siendo expoliado o se encuentra en peligro de serlo, el Ministerio de Cultura, de oficio o a propuesta de cualquier persona física o jurídica, y oída la Comunidad Autónoma, puede declarar por Orden ministerial la situación en que se encuentra el bien citado y las medidas conducentes a evitar la expoliación.
3. a) La ejecución de las medidas declaradas en la Orden ministerial corresponde al titular del bien o, subsidiariamente, a la Administración competente, a la que se requerirá a tales efectos.
b) Cuando las medidas debieran ser adoptadas por el titular, en caso de incumplimiento de éste serán puestas en práctica por la Administración competente a costa de aquél.
c) Cuando la Administración competente desatendiera el requerimiento a que se refiere el apartado 3 a) del presente artículo, la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Cultura y con la colaboración de los demás departamentos que sea preciso, puede ejecutar por sí misma las medidas declaradas, incluso cautelarmente.
4. a) Si la expoliación no pudiera presumiblemente evitarse entretanto se dicta la Orden ministerial, el Ministro de Cultura podrá interesar del órgano competente de la Comunidad Autónoma la adop-

ción con urgencia de las medidas conducentes a evitar la expoliación expresando plazo concreto.

b) Desatendido el requerimiento, el Ministro de Cultura podrá ejecutar las medidas urgentes con la colaboración de los entes públicos competentes. De todo ello se dará cuenta a la Comisión de la Comunidad Europea.

5. a) El procedimiento anteriormente expuesto está sometido a los principios administrativos de celeridad y eficacia, debiendo analizarse en cada caso concreto si de la intervención de la Administración General del Estado se deducen o pueden deducirse consecuencias positivas inmediatas y efectivas para la real protección del bien.

b) La intervención de la Administración General del Estado no se producirá cuando la Comunidad Autónoma haya adoptado o esté adoptando las medidas de protección previstas en la Ley 18/1985 o en su propia legislación, y el Ministerio de Cultura estime que son adecuadas y suficientes para la recuperación del bien.

El art. 4 citado alude a los actos contra el Patrimonio Cultural que perturben “el cumplimiento de su función social”.

La función social implica la adecuación de los derechos individuales a la comunidad, a los intereses generales de ésta. Y esa función social se recoge en el art. 33,2 C.E.

MONTES PENADES identifica la función social con el interés general.

El valor social es el conjunto de valores que contiene un determinado bien al estar en sociedad y que varía, cualitativa y cuantitativamente, de unos bienes a otros (ANGUITA).

La S.T.C. 37/1987 nos dirá que “el derecho a la propiedad que la Constitución reconoce y protege tiene una variante institucional, precisamente derivada de la función social que cada categoría o tipo de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical está llamado a cumplir”.

Esa función social, modifica, pues, las facultades del propietario y el modo del ejercicio de sus derechos.

La L.P.H.E. utiliza el término “expoliación” en su sentido más amplio, superando el concepto de Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua que lo define como “acción o efecto de despojar con violencia o iniquidad”.

El art. 4 L.P.H.E. permite que la Administración del Estado se subrogue en las competencias de las CCAA en caso de que éstas no cumplan sus funciones contra la expoliación.

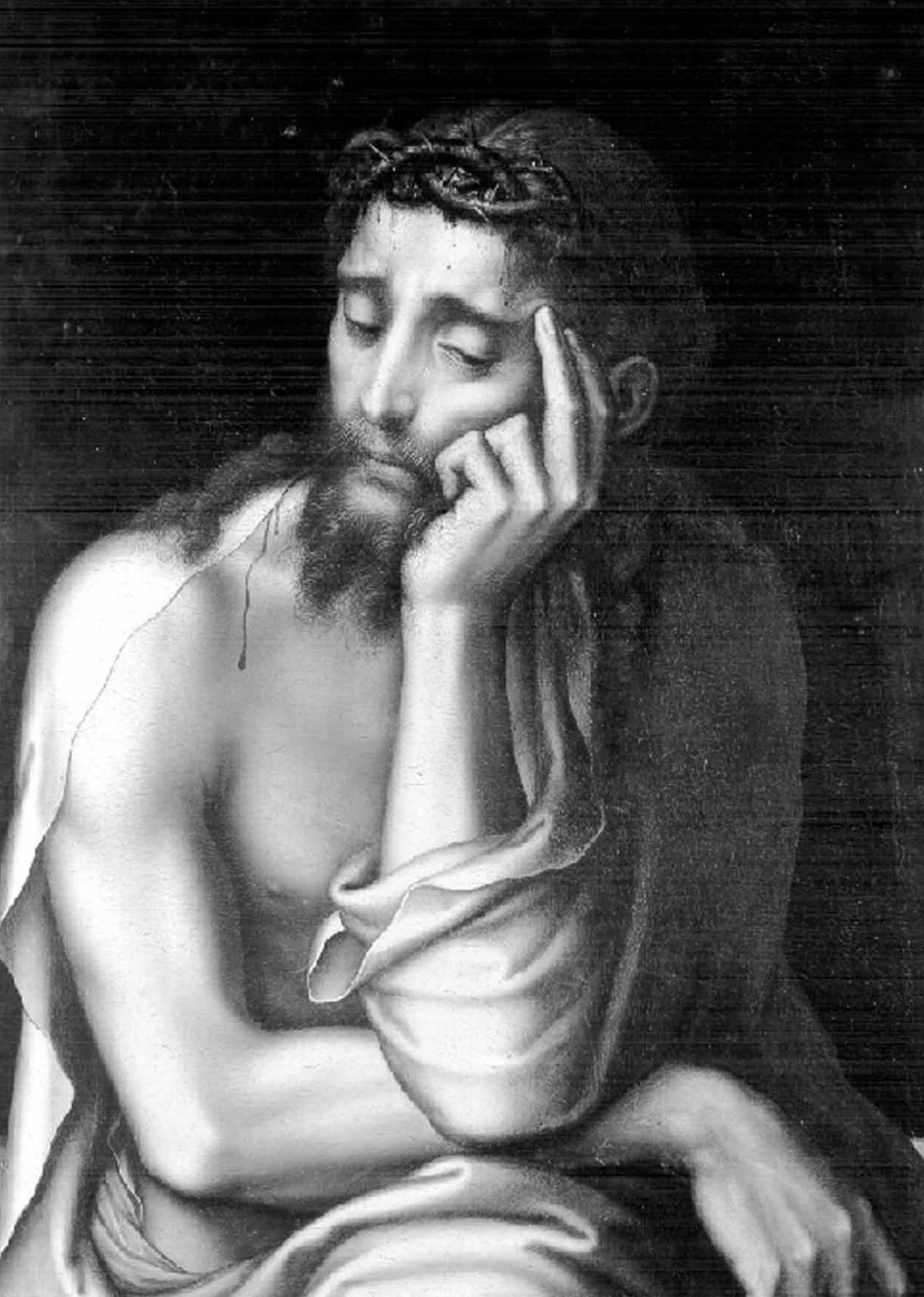
GARCIA PALMA entiende que a tenor del art. 4 se deben evitar acciones y omisiones que pongan en peligro, real y efectivo, los valores de los bienes así protegidos por razones de destrucción, de exportación y de transmisión ilícita entre otras, o perturben su función social.

Las instituciones consultivas a que se refiere el punto 1 del art. 57 bis son: El Consejo del Patrimonio Histórico, la Junta de Calificación, Valoración y

Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, la Junta Superior de Monumentos y Conjuntos Históricos, la Junta Superior de Bibliotecas, la Junta Superior de Arte Rupestre, la Junta Superior de Museos, la Junta Superior de Excavaciones y Exploraciones Arqueológicas, la Junta Superior de Etnología, la Comisión Superior de Calificación de Documentos Administrativos, el Centro Nacional del Tesoro Documental y Bibliográfico y las Reales Academias.

Será en la pertinente O.M. en la que se determine las medidas a adoptar para evitar la expoliación. Esas medidas deben ser adoptadas por los titulares de los bienes y subsidiariamente por la Administración competente y a costa de aquél.

Si la Administración competente es la de una Comunidad Autónoma y no adoptará medida alguna, se subrogará en su posición la Administración del Estado.



Cultura y la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales

Pilar Barraca de Ramos

Consejera Técnica.
Subdirección General de Protección
del Patrimonio Histórico - MCU

1. Cultura y lucha contra el tráfico ilícito

1.1. Aspectos generales del tráfico ilícito

Las Administraciones de Cultura tienen el deber de preservar el patrimonio cultural formado por las colecciones del Estado y, según la Ley 16/1985 del PHE, de los bienes culturales incluidos en cualquiera de las categorías de protección.

Ahora bien, los bienes culturales son objeto del interés de privados físicos o jurídicos que hacen coleccionismo y que, por tanto, se integran en el mercado del arte en busca de aquellos bienes más relevantes para sus colecciones. Así surge el tráfico ilícito de bienes culturales, que actualmente supone el tercer puesto del mercado ilegal del mundo, después de narcotráfico y armas. Ello hace que, cada vez más, se produzcan de manera generalizada una serie de movimientos de obras que no son legales. Entre ellos se pueden citar como más habituales:

- Importaciones ilegales
- Exportaciones ilegales
- Bienes procedentes de excavaciones ilícitas
- Bienes procedentes de hallazgos no comunicados
- Robo
- Falsos

Cada una de estas actuaciones supone el tráfico ilícito de bienes culturales, y contra ellas la Administración debe luchar en los diferentes campos que supone la actividad ilegal. Por tanto, desde Cultura se establecen primero los aspectos prioritarios para proceder, tanto a nivel de ejecución práctica como de puesta en marcha de sistemas preventivos para evitar en lo posible la actividad ilegal.

En lo que se refiere a importaciones ilegales, hay que señalar que las legislaciones, tanto nacionales como internacionales, que tienen prevista la regulación de la importación son únicamente las aduaneras. En el caso de la Unión Europea, la legislación vigente se tratará más específicamente en el apartado correspondiente al Comité Consultivo de Bienes

Culturales de la UE, aclarando ahora que se trata de una normativa realizada en colaboración entre la Organización Mundial de Aduanas (OMA) y la Unión Europea.

En el caso español la importación está regulada únicamente para las importaciones procedentes de terceros países, por lo que se nos plantea un problema en lo que se refiere a las importaciones de bienes culturales que llegan de países de la Unión Europea. Ello suele conllevar una serie de entradas no declaradas que pueden haber llegado clandestinamente a otro país de la Unión Europea, así como entradas por puertos marítimos que son abandonadas al no poder declarar su procedencia legal.

El caso de las exportaciones ilegales es diferente. Aunque diversos ponentes tratarán sobre el tema desde diferentes perspectivas, aquí debo señalar que la legislación de cultura tuvo un interés especial en regular este tipo de actividad ilícita porque en los años ochenta existía un movimiento masivo de bienes culturales hacia otros países sin contar con los permisos correspondientes. Esta fue la razón principal de regular jurídicamente una serie de normas muy restrictivas y de control hacia las exportaciones.

El expolio de los yacimientos arqueológicos sigue siendo una de las mayores lacras del patrimonio cultural. Aunque en España está realizado prácticamente en su totalidad, por las Comunidades Autónomas, el inventario general de yacimientos arqueológicos, que es una de las medidas preventivas más importantes, la búsqueda de materiales arqueológicos especialmente los que tienen una buena salida en el mercado internacional, como pueden ser los de época romana, es incesante. En particular, la zona andaluza que fue romanizada desde el principio de la conquista de España por Roma, y cuenta con importantes y espectaculares yacimientos arqueológicos, es uno de los puntos de mira de los saqueadores.

Algo similar ocurre con los hallazgos no comunicados, tema relacionado con el anterior porque se trata de hallazgos de índole arqueológica, regulados por la

legislación vigente, y que suponen premios en metálico para los descubridores accidentales. El problema surge cuando los hallazgos no son tan espontáneos, y o bien no se declaran para poder venderlos tanto fuera como dentro de España, o bien se suceden de manera continua en el mismo o diferentes yacimientos para conseguir el premio.

El siguiente punto, relativo al robo de bienes culturales, es también muy conflictivo ya que la recuperación de las obras supone una investigación policial que a veces puede durar años. En los casos de robos de particulares dentro del territorio español, la investigación de estos casos no suele llegar a Cultura, a menos que se necesite una expertización para depurar responsabilidades y en algunos casos se establece el depósito judicial en los centros del Estado (archivos, bibliotecas y museos). Sin embargo, en el momento que las obras robadas salen de España, la competencia de la recuperación ya sí es del Estado que reclama las obras como propias, y debe establecer todos los cauces necesarios para la recuperación de estas obras. La competencia final de la restitución tanto de los bienes que deben regresar a España como de los que haya que restituir a otros países es competencia exclusiva del Ministerio de Cultura, como establece la Orden 2003/C 130/03 de la Unión Europea y las convenciones internacionales ratificadas por el Gobierno a través del Ministerio de Cultura.

Entre los casos más sintomáticos de robos están los que se producen en el préstamo de obras para exposiciones internacionales, como por ejemplo el robo de las joyas de la familia real portuguesa, patrimonio del Estado portugués, que fueron robadas de una exposición en el Rijk Museum de Amsterdam. Por ello, en los últimos años se han extremado las precauciones de préstamo de obras, especialmente de las colecciones del Estado y de aquellas que se encuentran en manos de privados pero que se incluyen en las categorías de protección especial definidas por la ley, como son las obras consideradas Inventario General de Bienes Muebles y Bienes de Interés Cultural (BIC). También se están produciendo durante los últimos años espectaculares robos de las exposiciones permanentes de los museos más prestigiosos del mundo, como por ejemplo, aquellos conocidos por todos de "El Grito" de Munch, o las obras de Van Gogh.

También relacionado con el robo y la estafa, se producen de manera continua las falsificaciones. Aparentemente este tráfico se inició con falsificaciones de obra contemporánea, pero la fuerte demanda de otro tipo de obras, como las arqueológicas o las documentales, produce un tipo de falsificación muy adecuado a las actuales técnicas. Hoy día se puede falsificar prácticamente todo, con tal de engañar al turista convencido de que compra una ganga, o bien a coleccionistas bien dispuestos a pagar por originales cuyas copias están destinadas a sustituir al original, como el caso que estamos viendo correspondiente al Museo de Bellas Artes de Caracas. Se pueden presentar casos como el del Papiro de Artemidoro, que fue

inicialmente ofertado al Estado español ya que era muy interesante por presentar el primer mapa de la Península Ibérica. Dos años después ha saltado a la prensa la supuesta falsedad del papiro, que finalmente fue vendido a una importante institución italiana especializada en papirología por un precio sensiblemente menor del ofrecido a España.

Llegados a este punto, me gustaría tratar sobre los medios preventivos para luchar contra este tráfico ilícito de bienes culturales. Hasta hace poco tiempo, la lucha se traducía esencialmente en la ratificación de convenios internacionales sobre restitución de bienes culturales y en operaciones policiales que, con bastante eficacia, conseguían la recuperación de algunas obras. Pero no obstante, en los últimos años hemos empezado a entender que no bastan estas soluciones, sino que hay que ir más allá de lo que implican las mismas.

En definitiva y para trabajar contra este tráfico ilícito, tenemos que tener en cuenta una serie de puntos básicos que suponen:

1.1.1. Cooperación Nacional

La verdadera eficacia se traduce en la colaboración entre los distintos cuerpos administrativos que tienen alguna relación con el tráfico ilícito de bienes culturales. Se trata de crear un gran equipo de carácter interdisciplinar e interministerial que, bajo la supervisión de Cultura, establezca las pautas de comportamiento administrativo para que, trabajando cada cual en su función, se consigan logros comunes que será la auténtica protección del patrimonio cultural.

1.1.2. Formación de cuerpos policiales, de justicia y aduaneros

Es evidente que el trabajo a realizar por cada unidad de este gran equipo no puede ser efectivo si no hay la adecuada formación en cada campo. Por ello es fundamental establecer las reuniones de trabajo que sean necesarias a fin de que se difundan las líneas básicas de actuación entre los distintos operativos, y es precisamente Cultura quien presenta los ejes maestros de esa actuación por diferentes aspectos como:

- La educación ya tradicional de los cuerpos técnicos destinados a la custodia y protección de los bienes culturales, los archiveros, los bibliotecarios y los conservadores de museos quienes además proporcionan el soporte técnico adecuado para identificar, valorar y evaluar tanto cualitativa como cuantitativamente los bienes culturales.
- Las reformas legislativas nacionales en torno a todo el Patrimonio Histórico Español, así como la elaboración de las normas encauzadas a su protección. Y en lo que se refiere a esta protección, la adopción de cualquier medida encaminada a prevenir la pérdida de este patrimonio y en su caso, a proceder a la recuperación del mismo. Por tanto y en aplicación de lo que antecede Cultura es también el Organismo Público que gestiona la adhesión y ratificación de las Convenciones Internacionales, y no solo de las

que nos afectan directamente, como la Convención de París de 1970 o UNIDROIT, sino también de aquellas otras que están en el entorno de la protección preventiva y la favorecen, como puede ser la Convención sobre Patrimonio Inmaterial o sobre Patrimonio Subacuático, por poner algunos ejemplos.

- En aplicación de las normas existentes y legislación vigente, Cultura tiene las competencias directas de protección activa y preventiva del patrimonio histórico en el territorio nacional, y de aplicación de las normas correspondientes a las convenciones internacionales a las que está adherido el Estado español a través de los procedimientos habilitados para la recuperación o restitución de bienes culturales.

1.1.3. Difusión de objetos robados

En algunos medios se ha comentado la dificultad y falta de confidencialidad a la hora de distribuir información sobre los bienes desaparecidos de su lugar de origen. Con los suficientes criterios de selección de la información, es fundamental la difusión en todos los medios de qué bienes están sujetos a búsqueda y cuáles podrían ser las consecuencias de colaborar en su continua transmisión y, en consecuencia, de colaborar activamente con el tráfico ilícito. En este sentido, la difusión no sólo debe estar dirigida a Cultura y a Aduanas, sino también a todos aquellos relacionados con el mercado del arte y el coleccionismo, con cierta precaución porque ya se ha puesto de moda la investigación sobre la procedencia ilegal de bienes culturales, y aparecen determinadas empresas dedicadas a este tipo de trabajo. Estas actuaciones pueden ser peligrosas al adolecer de la información correcta, y tratar este tema como propio de países incapaces de defenderse por falta de estructura, cosa totalmente incierta como se demuestra en el caso español.

1.1.4. Publicidad de la legislación nacional e internacional

La legislación nacional es un instrumento más que permite la aplicación de determinadas medidas, y por esta razón es conveniente que no sólo los cuerpos que trabajan en torno a los bienes culturales la conozcan y la comprendan sino también el ciudadano en su sentido global. El aspecto internacional se refiere más específicamente a todos aquellos convenios y recomendaciones que obligan a los países a colaborar en el plano de las Administraciones, y no solo a ratificar las convenciones sin tener en cuenta las consecuencias que ello implica. También en esta línea es conveniente que el ciudadano conozca cuáles son los derechos y obligaciones contraídos por su país.

1.1.5. Cooperación Internacional

Al margen de los convenios ratificados por cada país y de los convenios bilaterales establecidos en su caso, hay que potenciar la cooperación administrativa entre los diferentes países. Establecer la relación entre las

Administraciones para los casos de restitución, para las reclamaciones, y en todo momento que cada uno de nosotros, los funcionarios de cultura, aduanas o policía, ofrezcamos nuestra máxima colaboración en aras de un resultado positivo al fin para todos. Esta teoría no es ninguna falacia, en España ha empezado a dar sus frutos, y cuando el Ministerio de Cultura recibe una reclamación en regla y basada en circunstancias probadas, se procede a la restitución. De la misma manera esperamos que procedan los otros países con nosotros.

1.2. Normativa nacional

- Importaciones y Exportaciones ilegales. Ley 16/1985 y RD 111/1986
- Delito de contrabando. Ley Orgánica 12/1995
- Ley 36/1994 de trasposición de la Directiva 93/7/CEE
- RDL 1302/1986, de 28 de Junio, de Evaluación de Impacto Ambiental (BOE de 30 de junio de 1986)
- RDL 1131/1988, de 30 de Septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del R. D. L. 1302/86 (BOE de 5 de octubre de 1988)
- RDL 9/2000, de 6 de octubre, de modificación del Real Decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental (BOE núm. 241, de 7 de octubre de 2000)
- Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental (BOE de 9 de mayo de 2001, páginas 16607 a 16616)
- D 1812/1994 de 2 de Septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Carreteras
- Convenio de Espoo (Finlandia) sobre evaluación de impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo

1.3. Normativa internacional

- Convenio de La Haya, 1954
- I Protocolo de La Haya, 1954
- II Protocolo de La Haya, 1999
- Convenio de Londres, 1969
- Convención de París, 1970
- Convenio de UNIDROIT, 1995
- Directiva 93/7/CEE

España se ha adherido recientemente al convenio de UNIDROIT sobre objetos culturales robados o exportados ilegalmente, adoptado en Roma en 1995, como había hecho anteriormente con respecto a otros convenios y tratados relacionados con la materia. Es evidente que, por parte española, esta adhesión es solo el resultado del interés manifiesto de frenar el tráfico ilícito existente en España sin perjudicar los intereses particulares y el libre comercio, así como de participar en la recuperación de los objetos del Patrimonio Histórico Español sin menoscabo de la legislación imperante en los otros países miembro de este convenio de UNIDROIT.

Ello no obsta para que, si bien hace unos años hubiera podido parecer que, en España con la adhesión a estos convenios y el cumplimiento de las normas establecidas, así como el interés y cooperación de los distintos países, se frenaba el tráfico ilícito, en realidad no se ha acabado con el robo, las importaciones y exportaciones ilegales, y el comercio ilícito de bienes culturales, sino que al contrario todo ello ha aumentado de manera considerable.

1.4. Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español

- La Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español es una institución consultiva del Estado en materia de patrimonio histórico de carácter interministerial y naturaleza colegiada.
- Este Organismo Colegiado está adscrito a la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales, del Ministerio de Cultura.

Entre los Organismos Colegiados que define la legislación vigente para la mejor protección del patrimonio histórico, hay que destacar la Junta de Calificación, Valoración y exportación de Bienes del patrimonio Histórico Español, establecida por el RD 111/1986. Esta comisión de expertos es el segundo Organismo Colegiado más importante de España en materia de bienes culturales, después del Consejo del Patrimonio Histórico Español. En el desempeño de sus funciones definidas para supervisar todo tipo de movimientos de bienes culturales, actúa como consejo asesor de los Órganos administrativos encargados de resolver y como previsor de posibles actuaciones ilícitas de dichos movimientos, y entre sus funciones destacan:

- Dictaminar solicitudes de permiso de exportación.
- Informar las solicitudes de permiso de salida temporal de España.
- Valorar bienes adquisiciones.
- Informar la permuta de bienes muebles de titularidad estatal.
- Valorar bienes para aplicar las medidas de fomento
- Valorar exportaciones ilícitas.
- Cualquier otra función que se le atribuya por vía reglamentaria o legal.

En la relación más directa de este Organismo con el tráfico ilícito está la valoración de los bienes culturales que hayan sido exportados ilícitamente. Aunque se tratará más extensamente en otros apartados, el art. 29 de la Ley 16/85 establece como consecuencia directa de la exportación ilícita que:

- Pertenecen al Estado los bienes muebles integrantes del PHE que sean exportados sin la autorización requerida por el art. 5º de esta ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles.
- Corresponde a la Administración del Estado realizar los actos conducentes a la total recuperación de los bienes ilegalmente exportados.

Una vez recuperados estos bienes, es decir que ya se encuentren en territorio nacional, la legislación prevé el que anterior propietario pueda demostrar su buena fe en la pérdida y posterior exportación ilegal, aunque los bienes de manera general, pasarán por el siguiente proceso:

- Custodia en un Centro del Estado.
- Vía judicial.
- Si el resultado es positivo para el anterior propietario de buena fe.
- Valoración de las obras a efectos de reembolso o de cesión.
- El anterior propietario debe costear los gastos de devolución.

En consecuencia, en todos estos procesos suele iniciarse el procedimiento del depósito judicial, que conlleva:

- Petición escrita a Subdirección General Protección Patrimonio Histórico
- Comunicación escrita al centro de depósito
- Traslado del objeto/s embalado y sellado
- Actas de entrega de los objetos

En este tiempo, la intervención de los Cuerpos de seguridad del Estado, creados por la Disposición Adicional 1.2 del RD 111/1986, ha sido esencial, ya que a través de ellos se ha efectuado la comisión rogatoria de retorno de las obras que deberá o no admitir el correspondiente juzgado extranjero. Y para los casos de importación ilícita, será también a través de estos cuerpos policiales el procedimiento ante los juzgados españoles.

Y tras la resolución judicial, es decir, la sentencia, se procederá a la comunicación oficial a la Subdirección General de Protección del Patrimonio Histórico y a la restitución oficial del bien, tras el levantamiento del depósito judicial, a su propietario directamente si fuera español. Diferente va a ser el caso de la restitución a otros países, ya que la actuación judicial determinante de la conducta legal del anterior propietario puede dictaminar que los bienes sean restituidos al país demandante o requirente, según establece el art. 8 de la Ley 36/1994 de transposición de la Directiva 93/7/CEE para los casos de la Unión Europea, pero debe establecer el puente con Cultura para realizar la restitución, al tratarse esta actuación de una competencia establecida directamente por el Gobierno de la Nación, y al haber delegado el Gobierno en el Ministerio de Cultura, el cual tendrá que recibir la correspondiente reclamación de devolución del país o sujeto privado de origen de los bienes sujetos a tal devolución. En estos casos, y tras haber recibido la reclamación en virtud de la Convención de París de 1970, o bien de la Directiva 93/7/CEE, el Ministerio de Cultura establece los mecanismos adecuados de cooperación mediante las correspondientes resoluciones de devolución y de exportación de los bienes.

1.5. Inexportabilidad

Es uno de los mecanismos de protección para evitar que salgan del territorio español aquellos bienes culturales que, estando en manos privadas, no están sujetos a los niveles de protección más altos que marca la legislación, los BIC. Por ello, el art. 51 del RD 111/1986 señala que: Art. 51

Cuando las circunstancias lo aconsejen se puede declarar inexportable un bien como medida cautelar hasta que se incoe expediente para incluir el bien en alguna de las categorías de protección. Por tanto, las posibilidades de declarar un bien inexportable como medida cautelar son las siguientes:

- Como medida básica de protección tanto si se solicita la exportación o no
- Como preliminar de incoación de BIC o inclusión Inventario
- Como preliminar a ventas en subastas o entre particulares

1.6. Arqueología

La arqueología como método es uno de los medios preventivos de carácter técnico que tenemos a nuestro alcance. En España las competencias sobre el patrimonio arqueológico, entendiéndose por tal tanto los yacimientos como los objetos extraídos de los mismos, fueron transferidas a las Comunidades Autónomas. Ello no obsta para que si un yacimiento no es adecuadamente protegido, el Ministerio de Cultura actúe en consecuencia.

En esta línea, la arqueología forma parte del sistema general de la nación, expresado en múltiples actividades que requieren de este método para poder continuar su desarrollo, como puede ser la urbanística y la inmobiliaria (recalificación de suelos, ampliaciones urbanas), la industria (fábricas, pozos, minas), la ingeniería (carreteras, puentes, pantanos, trazados eléctricos), el transporte y la comunicación (vías de trenes, aeropuertos), el turismo (hoteles, restaurantes, rutas culturales), etc... En definitiva, sistemas que suponen la incorporación de los países al progreso, creado a su vez por una infraestructura imparable que proporciona trabajo, bienestar y dinero. Razones estas últimas suficientes para que, sin una investigación previa, y una vez iniciados los trabajos correspondientes que son muy rápidos, desaparezcan restos arqueológicos de los que a veces ni siquiera se conoce su existencia.

Por ello, tanto las Comunidades Autónomas como el Ministerio de Cultura favorecen año tras año la continuidad de los trabajos arqueológicos, y la prevención de las obras públicas mediante la realización de trabajos de impacto ambiental, en los que se incluyen las medidas en referencia específica del patrimonio histórico en general y arqueológico en particular.

- Arqueología e Impacto Ambiental
- Arqueología espacial
- Arqueología del paisaje

- Arqueología industrial
- Arqueología urbana
- Parques Arqueológicos y Museos de sitio
- Arqueología y patrimonio documental
- Arqueología subacuática

2. El comité de Bienes Culturales de la Unión Europea

El Comité de Bienes Culturales de la Unión Europea es una comisión de expertos de aduanas y cultura de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, creada en aplicación del Reglamento CEE 1468/81 relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los estados miembros, mediante los mecanismos necesarios para asegurar la correcta aplicación de la normativa aduanera definida por la Organización Mundial de Aduanas (OMA).

En consecuencia, este comité es consultivo y su función principal es asesorar y asistir a la Comisión de Cultura en los aspectos de exportación e importación de bienes culturales desde el territorio aduanero a los países terceros, en el exterior de la Unión Europea. Entre sus funciones principales destaca la elaboración de los reglamentos de exportación y el control uniforme de las normas establecidas para que las aduanas fronterizas puedan realizar convenientemente los despachos de aduanas, los llamados DUA de exportación.

Se rige por los siguientes reglamentos:

- **Reglamento 3911/92 del Consejo relativo a exportación de bienes culturales.**

Define la necesidad de una autorización de exportación fuera del territorio aduanero de la UE.

Establece las medidas de cooperación administrativa entre los Estados miembro.

Crea el Comité de expertos para desarrollar las normas del Reglamento y del formulario de exportación.

Establece las categorías de bienes culturales que deben contar con una protección especial, sin injerencias sobre lo que cada Estado miembro haya definido como patrimonio nacional.

- **Reglamento 752/93 de la Comisión, relativo a las disposiciones de aplicación del Reglamento 3911/92.**

Define el sistema de autorización de exportación Diseña el formulario de exportación uniforme para todos los Estados miembros

Desarrolla las normas para su utilización

- **Reglamento 1526/98 de la Comisión, por el que se modifica el Reglamento 3911/92 y el Reglamento 752/93.**

Con el fin de simplificar la burocracia administrativa, introduce una fórmula de autorizaciones abiertas para la exportación temporal de bienes culturales para su uso o exposición en terceros países, por parte de personas u organizaciones responsables del movimiento.

· **Reglamento 656/04 de la Comisión, que modifica el Reglamento 752/93.**

Modifica el formulario y las normas para su utilización, debido a que el antiguo formulario no se adaptaba a la fórmula marco de Naciones Unidas para los documentos mercantiles.

Establece la vía electrónica para los países que deseen implantarla.

Trata sobre el envío de uno de los ejemplares de la autorización, el 3º, a las autoridades competentes de emisión de cada país (cultura).

· **Reglamento 515/1997 del Consejo, relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y las colaboración entre estas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria.**

Repone fundamentalmente a la cooperación administrativa debida entre los Estados miembros, al igual que el reglamento 3911/92 indica que las autoridades administrativas se prestarán asistencia mutua y colaboración entre sí y con la Comisión de Cultura.

La Unión Europea define la exportación como la salida del territorio aduanero formado por las fronteras de todos los Estados miembros con respecto al exterior. De esta manera, se considera a los movimientos entre los Estados miembros como salidas y entradas, que pueden ser definitivas o temporales.

España, al estar incluida en la Unión Europea, se supedita a la normativa general en lo que respecta a las salidas a terceros países, pero la Ley 16/1985 y el RD 111/1986 que regulan la norma española sobre exportaciones es anterior al ingreso de España en la Unión Europea, por lo que nuestra norma prevalece en lo que respecta a los movimientos dentro del territorio de la Unión Europea. Así, España define la exportación como la salida del territorio español de cualquier bien integrante del Patrimonio Histórico Español, incluidas las salidas que tengan por destino la Unión Europea (art. 45 RD 111/86). Ello supone que las salidas de bienes a países de la Unión Europea necesitan permiso de exportación, que la administración española ha resuelto mediante los formularios y certificados de autorización de uso exclusivo para el ámbito comunitario.

Otra prerrogativa que España ha defendido frente a los países de la UE ha sido la existencia y aplicación de una tasa por emisión de exportaciones definitivas, que finalmente ha podido mantener cuando los destinos de las exportaciones son terceros países, o externos a la Unión Europea. Estas tasas se aplican en virtud del art. 30 de la Ley 16/1985 del PHE, por tramos sobre el valor declarado por los bienes a exportar y su importe se destina íntegro a la adquisición por el Estado de bienes culturales.

Una consecuencia importante de la supresión de fronteras dentro de la Unión Europea ha sido la aparición de la Ley Orgánica 12/1995, de represión del contrabando. En la exposición de motivos, se indica

su necesidad por el cambio sin precedentes de la aduana española al haber libertad de circulación de mercancías, y en consecuencia que estas quedasen sin controles como consecuencia del cruce de fronteras interiores. Uno de sus fines es precisamente la represión de introducciones o importaciones ilícitas en el territorio aduanero. Esta Ley define en su artículo 1.2 la exportación como la salida de mercancías del territorio español comprendido en el territorio aduanero de la Unión Europea, con destino al resto de dicho territorio aduanero, con un significado igual que el definido por la ley del PHE.

A destacar que, a excepción del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1957, ninguno de los reglamentos comunitarios habla de la regulación de la importación de los bienes culturales, aspecto muy importante que, actualmente, está escasamente regulado en la legislación española en materia de cultura, y que en los últimos años está dando algunos quebraderos de cabeza en el seno de la Comunidad, y más desde el ingreso de los diez nuevos países cuyas legislaciones todavía no están en equilibrio con la del resto de Estados miembro. De hecho, si estos reglamentos están basados en el control de los movimientos de bienes culturales con el fin de prevenir su tráfico ilícito, a partir de ahí se desarrolló la Directiva 93/7/CEE relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, traspuesta a la legislación española por la Ley 36/1994 y la Ley 18/1998. Esta Directiva completa la medida preventiva establecida por el Reglamento 3911/92, estableciendo los instrumentos y el procedimiento de restitución de los bienes con destino a patrimonio nacional.

Otro aspecto importante que el Comité de Bienes Culturales ha trabajado en la elaboración de los formularios de exportación ha sido la definición de bien cultural. Este concepto jurídicamente es complejo y no ha sido definido en su totalidad, sino en lo que puede afectar a los procedimientos de exportación o de restitución, por medio de unos listados que dividen los bienes en categorías con unos valores mínimos para cada una de las categorías. Excepto por el tema del valor, algo parecido se ha hecho en España, ya que el concepto general de lo que supone el patrimonio cultural de un Estado imposibilita el que un procedimiento como el de la exportación sea ágil, no perjudique el comercio con otros países, y sea controlable. De esta manera en nuestra legislación se ha puesto un cómputo cronológico de 100 años para permitir la exportación de aquellos bienes que estando comprendidos en la categoría de culturales, sin embargo no deben estar sometidos a categorías de protección mayores y pueden salir del país sin menoscabo del patrimonio estatal.

A continuación, se comentará brevemente la adaptación de los formularios europeos al procedimiento español, y como resolvemos las exportaciones de arte contemporáneo en aplicación de los reglamentos europeos y de la ley española.

Finalmente, queda señalar que el control de las exportaciones legales es un tema que preocupa a los Organismos Internacionales como UNESCO, que presentó en 2003, precisamente durante la reunión de la Asamblea General, el formulario para la exportación de bienes culturales que debería adoptar voluntariamente cualquier país del mundo. Este formulario adoptado por la OMA es básicamente un reflejo fiel del que se utiliza en la Unión Europea, que fue redactado por el Comité de Bienes Culturales.

3. Formación de profesionales y los cursos de identificación de bienes culturales

La generación de leyes es el punto de partida para llevar a cabo la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, pero los recursos humanos son uno de los factores fundamentales para establecer las fases de gestión y aplicar las leyes. Todos los presentes, que trabajamos activamente en diferentes sectores de las administraciones de nuestros países, somos conscientes de esta realidad. En el día a día, podemos constatar la falta de recursos económicos, de infraestructuras adecuadas, pero el verdadero problema es la mala gestión que procede de la escasa formación de los funcionarios.

Es evidente que no se puede exigir a las administraciones de aduanas que controlen las exportaciones ilegales que puedan suceder, si los funcionarios no reconocen las líneas básicas de los objetos buscados, si no están informados de los robos o de los materiales arqueológicos expoliados. Y lo mismo ocurre con las importaciones: si un ciudadano entra en nuestro territorio con bienes que aparentemente no han sido reclamados, el funcionario de aduanas no tiene por qué saber que pueden ser sujeto de tráfico ilícito.

Con las actuaciones judiciales, se pueden plantear casos parecidos. Desafortunadamente, la legislación relativa a cultura es escasa, es bastante desconocida y son pocos los juristas que se han dedicado a su desarrollo. Es bastante habitual que se produzcan sobreseimientos por falta de pruebas absolutas o por falta de aplicar un procedimiento que quizás por no conocerse es suprimido.

Algo similar ocurre con los cuerpos policiales, en el desarrollo de su investigación se encuentran con casos de falsificaciones que no pueden reconocer, o con intervenciones de material arqueológico que quizás haya sido expoliado de un yacimiento español, y para determinar el delito deban conocer el origen y la valoración de los objetos.

Por tanto, es fundamental formar a estos cuerpos en el régimen jurídico de nuestro país, así como en el reconocimiento básico de nuestros bienes culturales, de nuestro patrimonio aunque no sea patrimonio del Estado. Y un punto esencial en esta formación es el secreto de profesión, la confidencialidad, ligada estrechamente a la ética que va a tratar a continuación mi colega D. Manuel Casamar, por lo que no me voy a

extender en este punto, aunque si voy a señalar el aspecto que supone para la efectividad de este trabajo. Y es que el tráfico ilícito de bienes culturales tiene mucha atracción, ya que se producen casos que son como de novela, hecho este que conlleva el que apezeque contar en diferentes ambientes como se han sucedido los avatares de cualquier recuperación. Esta falta de discreción es nefasta, pues el conocimiento de cómo se ha procedido para conseguir un efecto positivo puede suponer la información necesaria para que otra situación similar resulte negativamente.

Como se comentó en el principio de las jornadas, la cooperación nacional pasa, entre otros factores, por la formación de los cuerpos encargados de combatir o de prevenir el tráfico ilícito. En esta línea y al tratarse de bienes culturales, vuelve a ser el Ministerio de Cultura, o bien en su caso las Consejerías de Cultura de las Autonomías, quien tiene competencias al haber creado los cuerpos técnicos para la custodia y conservación de las colecciones patrimonio del Estado. Estos cuerpos técnicos, los archiveros, bibliotecarios y conservadores de museos, están especialmente formados para reconocer, catalogar, expertizar y valorar los distintos bienes, tareas fundamentales que favorecen y ayudan a la recuperación de dichos bienes.

La idea básica que hasta hace pocos años se ha tenido de estos cuerpos de cultura es la de gente dedicada plenamente a su tarea científica de investigación y catalogación de esos fondos. Es el famoso dicho de los ratones de biblioteca, especialistas poco adecuados para la gestión. Pero actualmente la situación ha cambiado casi radicalmente, y estos cuerpos técnicos suponen el soporte científico al que hay que recurrir para la elaboración de informes que pueden tener consecuencias importantes, como la depuración de responsabilidades o la propia restitución. Precisamente, un aspecto destacado en su labor es la docencia hacia otros profesionales.

La finalidad entonces, de estos cursos, no es la de formar exhaustivamente a los otros cuerpos, ya que para realizar esas funciones muy técnicas están los cuerpos de cultura, sino para que en el ejercicio de su trabajo, los funcionarios de aduanas o de seguridad puedan reconocer los aspectos básicos o la tipología de los bienes que tengan al alcance y que sean susceptibles de ser recuperados. Esta es también una de las funciones que desarrollan las listas rojas de objetos en peligro.

Por estas razones expuestas, la Administración española, no solo en el campo de la cultura, en cumplimiento de la legislación vigente ha iniciado desde hace años ciclos de cursos de formación para funcionarios de justicia, como fiscales o jueces; para funcionarios de los cuerpos de seguridad del Estado, como la Guardia Civil o la Policía Nacional; para funcionarios de aduanas, como son los administradores e inspectores, etc... Concretamente, la Disposición Adicional 1ª en su punto 2º del RD 111/86 señala que el Ministerio de Cultura facilitará al personal integrante de los grupos de patrimonio de los cuerpos de

seguridad del Estado la formación adecuada en el ámbito de su competencia para el cumplimiento de las labores que tienen atribuidas. A continuación la norma señala que el Ministerio de Cultura prestará el asesoramiento, apoyo y cooperación necesarios en el desarrollo de los programas de formación básica y perfeccionamiento que elaboren los órganos encargados de la formación de la Policía Nacional y de la Guardia Civil que realicen funciones de policía judicial, participando en los cursos para facilitar los conocimientos precisos para la protección del Patrimonio Histórico Español.

La organización de estos cursos conlleva un considerable trabajo, ya que hay que pensar en varios factores todos fundamentales para llegar a la meta:

- Quiénes son los oyentes y que formación tienen.
- De qué tiempo disponen para poder acceder a la mayor cantidad de información.
- Cuáles son los temas prioritarios en cada momento para desarrollarlos mejor y donde están las colecciones adecuadas, si existen, para la mejor comprensión
- Dónde están los mejores expertos que sean amenos, y que deseen colaborar.
- Cuál es el museo, o museos, idóneo para realizar estas jornadas.
- Cuál es la finalidad y que rentabilidad debe tener.

4. El mercado del arte y el tráfico ilícito de bienes culturales

El mercado de arte en España es un fenómeno en continua expansión que tiene su origen a partir de los años setenta. No es que anteriormente no existiera la transacción e intercambio de obras de arte, sino que eran mucho más limitadas, restringidas a un núcleo social menor, no tenían apenas apoyo legal, y muy importante, existía un tráfico ilícito de grandes proporciones, precisamente para abastecer a los grandes coleccionistas minoritarios y con gran poder adquisitivo, así como a instituciones museísticas de ámbito privado que no mantienen definitivamente sus colecciones, y que compran o venden según sus intereses.

En el momento actual, creo que el concepto que se puede tener del mercado de arte depende de diversos puntos de vista, ya que no tendrán el mismo interés en él una casa de subastas, un coleccionista, un anticuario, etc. Desde la Administración del Estado español, la óptica sobre la valoración cualitativa de los bienes es bastante particular, porque se está tratando sobre el patrimonio histórico español. Existen bienes culturales que se gestionan desde instituciones estatales para la protección, difusión o enriquecimiento del patrimonio histórico, sin ánimo de lucro, y por contra, desde las empresas particulares lógicamente se busca una rentabilidad de su gestión y de su transacción.

Es evidente que no se puede hablar de mercado de arte si no se tiene en cuenta al **coleccionismo**, que lo va a propiciar y donde se puede rastrear el origen del

mercado de arte. No me quiero referir a la historia de las colecciones estatales, sino a la importancia que supone el que un particular busque con ahínco un objeto que va a completar su colección y que va a buscar fuera de los círculos cotidianos si se da el caso. En realidad, si nos fijamos, casi todo el mundo hace colecciones en algún momento de su vida, y muchas veces ya desde pequeños, P.E., el cambio de cromos ya genera un mercado determinado.

En síntesis, creo que el mercado de arte no es sino el resultado de la existencia de intercambios de propiedad de objetos originales artísticos, llamémosles bienes culturales, que van a formar parte de lo que llamamos colecciones, ya sean colecciones estatales, de empresas o de particulares.

En España, debido a una logística puramente histórica y también al ingente patrimonio artístico que existe, los bienes culturales son en buena medida patrimonio del Estado, pero también en un gran porcentaje son patrimonio de la Iglesia, en cantidad menor son propiedad de particulares y entidades con ánimo de lucro. Sin embargo, y debido a diversos factores como puede ser el bienestar económico, el coleccionismo de particulares ha aumentado mucho en España durante las últimas décadas del siglo XX, y ello tiene como consecuencia un fuerte movimiento de bienes debido al intercambio existente que es regulado por el mercado de arte.

Por supuesto, a lo largo de las dos últimas centurias ha habido grandes coleccionistas españoles, empezando con Lázaro Galdiano que donó su colección al Estado, o el Marqués de Cerralbo cuyo legado forma hoy un museo de titularidad estatal. Algunos han permanecido en el anonimato como tenemos el caso del banquero Masaveu, o más recientemente podemos hablar de importantes coleccionistas cuya colección es conocida por diferentes situaciones que en algún momento han trascendió a la opinión pública.

Durante el siglo XX la situación española cambió significativamente en las últimas décadas. Habría que tratar el tema desde la postguerra, época que no era precisamente la más idónea para acaparar el mercado de arte, y durante aquellos años hubo por parte del Estado el interés de protección del patrimonio existente, con la creación y rehabilitación de muchos centros estatales, museos, archivos, bibliotecas, etc., así como con la recuperación de muchos bienes perdidos con anterioridad. Ello conlleva a la redacción de la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español, una ley proteccionista y muy restrictiva que se acomodaba a la demanda de dicha recuperación en un momento en que el expolio de los bienes culturales era cotidiano, y en que la ley existente, de 1933, era insuficiente para la protección de los bienes culturales.

En la actualidad, debido a la fuerte demanda de la sociedad el mercado de arte se ha visto revalorizado en todos los ámbitos, y por ello podemos ver como en los últimos años han surgido **casas de subastas**, como El Remate, Alcalá, Castellana La Habana, Castellana Barcelona, etc., o publicaciones divulgativas especiali-

zadas en dicho mercado, como Subastas siglo XXI que apenas tiene 6 años. Por otra parte, las subastas ya no se limitan a la venta de objetos artísticos con la presencia directa del cliente, sino que nuevos sistemas como Internet permiten hoy día las transacciones del arte. Pero además el arte ya no se vende de manera individual, sino que han surgido asociaciones y las exposiciones de objetos en conjunto en las ferias, almonedas, etc. Asimismo, en los programas culturales de diversas escuelas encontramos diversos cursos relacionados con el arte en general y dedicados a enseñar técnicas de valoración. Todo esto que menciono de pasada, es solamente un indicio de la infraestructura que existe en torno al mercado del arte, que mueve una gran cantidad de dinero anualmente.

Creo necesario señalar que el bienestar social supone un sistema adecuado por el que mucha gente desea y puede acceder a la cultura y con ello se incorpora al mercado del arte. Es cierto que hay periodos de incertidumbre en que se notan situaciones de atasco del mercado del arte, como puede ser las crisis económicas que tienen un alcance internacional. Precisamente por este motivo, estos son buenos momentos para comprar y malos para vender, porque la recesión de muchos compradores hace que los precios vayan a la baja. En algunos momentos, se ha culpado de parte de estas crisis del mercado de arte a la Administración del Estado por no poner todas las medidas de fomento y fiscales al alcance de todo el sector dedicado al mercado del arte, y aunque se ha criticado la actitud moderada de la actuación estatal, hay que buscar la lógica de las peticiones de un sector que está en franco desarrollo.

Existe, como he dicho, una sociedad más culta que demanda conocimiento de lo que hay en el mercado, que asiste a exposiciones y museos con una perspectiva más exigente de lo que se difunde, que desea coleccionar por capricho, que compra como inversión, o bien que por snobismo decora sus casas con objetos artísticos ateniéndose a la moda del momento. Muchas veces ya no es la forma, como es el caso de las decoraciones de interiores, sino el contenido. Es decir, por determinada publicidad se pone de moda la querencia de determinadas obras de arte, hay una fuerte demanda de ellas y el mercado se dispone a ofertar este tipo de objetos, evidentemente con una revalorización de los mismos. Por ejemplo, en los últimos años se ha puesto de moda la presencia en anticuarios, subastas, ferias, etc., de tallas escultóricas cuya procedencia es muy diversa, y más recientemente se produce un alza de los autores vivos que ven crecer su prestigio al amparo de las ventas, muchas veces exageradas, que se producen.

A veces la moda también es ficción. Si por ejemplo se deshace una **colección determinada que inunda el mercado**, hay que preparar el marketing adecuado que permita absorber estos objetos, labor que puede durar años por lo innovador o por lo insólito de su contenido. Estos casos ocurren en espacios de tiempo bastante esporádicos, y suele ocurrir que en las ven-

tas públicas de estos objetos aparecen obras desaparecidas o robadas veinte o treinta años antes, y que no es posible recuperar sino es a través de la compra. Para estos casos, y otros casos de movimientos ilegales de obras, es importante concienciar al mercado del arte de la existencia de una ética específica para este sector, como la que impulsa UNESCO, de manera a impedir la continua transmisión de esos objetos.

Creo que es interesante constatar cómo el aumento de la demanda de conocimiento del mercado del arte ha supuesto la aparición de revistas especializadas y de un espacio en la prensa diaria. La prensa nos da unas pautas muy claras para entender el actual mercado del arte y la demanda pública de conocimiento, aunque en ocasiones tergiversa la realidad de las transacciones de bienes culturales, como ocurre con el periodismo más popularizado, el de los diarios que incluyen secciones culturales.

Un ejemplo muy significativo y reciente, de hace pocos años, y que hace dos décadas no hubiera trascendido, es el legado de Cela a su hijo sobre un supuesto Miró: se especuló mucho sobre el valor de esta obra, que algunas personas fijaron en torno a 200 millones de pesetas, tratándose de un Miró auténtico, pero en este caso hay que hacerse muchas preguntas: ¿es auténtico?, ¿el hecho de que fuese propiedad de Cela lo autentificaba? Si como se ha demostrado era obra de un pintor de postguerra no demasiado valorado, pero ha sido repintado por Miró, ¿ya le da autenticidad a la obra?, ¿es del primer o del segundo pintor?, ¿qué hay detrás de todo esto? La obra estaba en poder de un marchante que la compró por el valor presumiblemente real y mucho menor del que ofrecía por venderla, y en ese momento se estaba discutiendo una atribución que podía extremar la valoración de esta obra, con un interés intrínseco por el hecho de que la obra sea estrictamente de Miró, y sin tener en cuenta que por su propia historia la obra ya tiene su propio valor, que posiblemente no sea ni uno ni otro.

Otro tipo de revistas especializadas son las dedicadas al arte y a su mercado, que han proliferado también los últimos años. Frente a la tradicional Antiquaria, han surgido revistas como La revista del Arte, Subastas siglo XXI, o RyR, en cuyos artículos se van recogiendo diversas facetas del mercado del arte, desde el concepto mismo de obras de arte, sus tipologías, sistemas de clasificación y valoración, hasta la problemática derivada de un mundo tan complejo y que, como señalo, mueve mucho dinero. De hecho estas revistas, además de popularizar la venta pública a través de galerías y salas de subastas, proponen las tendencias más actuales del mercado del arte dirigiendo de alguna manera a los futuros compradores y coleccionistas hacia las oportunidades y hacia las colecciones de moda.

4.1. Criterios

Aquí podemos preguntarnos ¿por qué se mueve el mercado del arte? Este mercado de arte se mueve por

unos criterios, considero que en una gran medida son internacionales, que mantienen un equilibrio económico o valorativo de las obras que están en proceso de transacción, equilibrio que en un momento determinado puede estar muy influenciado por la moda. Está claro que no puede existir sin la existencia y la comprobación histórica de los objetos, y ello hace que requiera de la ayuda de profesionales y expertos en cada una de las ramas del saber artístico. El mercado de arte, por tanto, se atiene a los criterios museísticos o coleccionables que hacen que determinados objetos tengan un valor.

Todo ello ha supuesto que, en el presente, la Administración española se encuentre en una posición totalmente diferente a la que motivó la creación de la ley vigente, con mayor fuerza y en un momento en el que la sociedad es mucho más receptiva al arte y a la cultura, sociedad que en sí misma provoca el interés del Estado por acrecentar el Patrimonio Histórico de los españoles. Para ello, se han buscado los medios presupuestarios y legales que supongan el enriquecimiento de dichos bienes, en una línea totalmente compatible con el mercado español de arte, y con una apertura importante hacia el mercado de arte exterior. Sin embargo, el Estado no sigue la moda impuesta por el mercado de arte sino que se atiene a sus propios criterios, que a veces son contrarios a la oferta de objetos, pudiendo provocar que el Estado no acceda a una compra que supera la valoración económica que es lógica por los imperativos momentáneos del mercado. Y por otra parte, la Administración del Estado tiene que recurrir en ocasiones al mercado del arte, tanto nacional como internacional, para recuperar muchas de sus obras, y al precio que está imponiendo dicho mercado.

Relacionado con este aspecto de las adquisiciones de obras de arte, hay que señalar que el Ministerio de Cultura español está en la lista de los diez primeros compradores habituales del mercado internacional, y que como institución pública que adquiere para el patrimonio nacional es la primera. Esta posición de prestigio y reconocimiento por parte del mercado internacional del arte es el resultado de un trabajo lento, que supone una relación cordial con este mercado en general, y que es fruto entre otras variantes de las continuas visitas a ferias y anticuarios.

No puedo dejar de mencionar a la Iglesia, por su importante patrimonio. Los criterios seguidos para la formación de las colecciones han sido meramente crematísticos desde su origen, es decir, desde la formación de la Iglesia Católica. Actualmente, la Iglesia defiende la recuperación de muchos de sus bienes perdidos en el pasado o expoliados por mercaderes del arte, y ha visto incrementado el valor dado a sus colecciones precisamente por la activación del mercado del arte actual.

En el caso de muchas fundaciones surgidas en los últimos años, entre las que quiero destacar las de tipo bancario, los criterios de formación de sus colecciones han surgido de una manera peculiar. Muchas de

estas colecciones que hoy día se dan a conocer para prestigio e imagen de la entidad que las sustenta, se han formado por quiebras y desahucios de particulares, pero llegado el momento en que existe una importante colección, se ha creado el ámbito legal y formal para proseguir el enriquecimiento de la misma.

En líneas generales, se puede considerar que el tráfico legal de bienes culturales es cada vez más frecuente en el territorio español, así como entre España y diversos países, debido al fuerte incremento del mercado del arte que tiene su origen en el coleccionismo privado y del que se deriva una infraestructura económica de considerables proporciones. En esta línea, hay que destacar el aumento casi compulsivo de las ferias de arte, tanto en España donde podemos asistir a Arco, Feriarte, Almoneda, Gremio de Anticuarios de la Comunidad Valenciana, Feria de Valladolid, etc, como a nivel internacional con las ferias de Maastrich, Bruselas, Bienal de París, etc. Estas ferias se publicitan como valores seguros y garantía de autenticidad de las obras, donde todo se compra y se vende, además de potenciar el mercado del arte y el coleccionismo privado por transacciones que, muchas veces, no se efectúan directamente en las ferias, donde realmente se efectúan los contactos necesarios al amparo de la confidencialidad entre los marchantes y los posibles compradores.

Pero de la misma manera que se ha desarrollado el mercado de arte, se ha ampliado el tráfico ilícito de los bienes que muchas veces aparecen en el mercado legal. En consecuencia, entre las **causas** que potencian el tráfico ilícito de bienes culturales, hay que estudiar con detenimiento su relación con el mercado del arte. Ya sabemos, y se ha tratado de continuo en estas jornadas, que el tráfico ilícito de bienes culturales se realiza de diversas maneras, normalmente a partir de un expolio, como ocurre en el caso de los yacimientos arqueológicos, o de un delito tipificado en el código penal como es el robo. Por tanto, existe movimiento ilegal de bienes culturales en el ámbito geográfico del territorio español, que en muchos casos se dirige hacia el exterior a través de las exportaciones ilegales. Estas actuaciones ilegales están promovidas en la mayor parte de las veces por la búsqueda concreta de estas obras, y detrás hay un comprador que es el último eslabón y para el cual trabajan personas bien relacionadas y, a veces, implicadas con el mercado del arte. Esto no quiere decir que todas las personas que forman parte de ese mercado estén actuando fraudulentamente, ni que se esté señalando una ilegalidad en el comercio del arte, puesto que en muchos casos se actúa directamente entre el comprador y personas sin escrúpulos que consiguen de cualquier manera las obras, o bien se encuentran obras a través de marchantes de arte, o como se dice ahora, de los “dealers” que actúan plenamente de buena fe.

En el terreno legal del movimiento de obras de arte relacionado con las administraciones públicas, hay que comentar el fenómeno de las **importaciones**. El estudio de estos diez años demuestra que normal-

mente los declarantes de importaciones suelen ser gente del entorno del mercado del arte, ya que este sistema está pensado para que aquellos que importan legalmente puedan tener la opción de sacar las obras fuera del territorio español, normalmente para proceder a su venta. Por tanto, son poco habituales los particulares, aunque también se dan casos. Por otra parte, la declaración de importación ante Cultura suele ir acompañada de una importación definitiva ante Aduanas, característica que permite por lo menos una estancia prolongada en España y el conocimiento de lo que entra en nuestro territorio.

Con las importaciones se pueden dar casos curiosos, que se detectan normalmente al solicitar la exportación. Y es que las importaciones pueden llegar a ser falsas en un momento determinado, como en el caso de muchos bienes arqueológicos que, aunque salieron del territorio, se declara su importación para poder tramitar posteriormente la exportación. Es difícil probar la legalidad o no de estas importaciones y ante estos casos, se notifica a la Brigadas de Patrimonio Histórico de la Policía Nacional o de la Guardia Civil para que investiguen sobre la procedencia de los bienes, pero si no hay una denuncia clara, entonces en la mayor parte de los casos debemos proceder a la autorización de la exportación.

Asimismo, y con respecto a otros países, existe un mercado de arte ilegal de bienes culturales que se venden en España o bien se utiliza a este país como trampolín hacia Europa. El aumento de importaciones de patrimonio cultural expoliado de otros países que no es denunciado, y que además puede corresponder a países con los que no haya convenios bilaterales o no estén adheridos a los convenios internacionales, por lo que su venta pública en territorio español es legal.

La mayor parte de los bienes expoliados tienen su mercado de arte en el exterior del territorio español. Por tanto, debemos tratar de **exportaciones ilícitas**, ya sea por contrabando o por desconocimiento de la legislación, pero en todos los casos va a haber un motivo claro de venta de los bienes exportados ilegalmente.

¿Cuál es la actualidad del tráfico ilegal de bienes culturales en España con el exterior?

Los **objetos arqueológicos son bastante apreciados en el mercado del arte** y por tanto, son buscados por los coleccionistas. Sin embargo no son ellos los que realizan las búsquedas con detectores y las consiguientes excavaciones ilícitas, aunque sí las potencian al pagar precios muy elevados por ellos.

La gran riqueza de yacimientos de la época romana en Europa o incluso Asia supone un amplio movimiento ilegal de estos bienes, difícil de detectar en el ámbito internacional, especialmente porque el movimiento se sucedió sin interrupción y de manera similar a la actual en el propio ámbito histórico. Entonces la cuestión es que si los objetos romanos que se venden en España son realmente españoles o proceden

de otros países. No ocurre lo mismo con objetos ibéricos o celtibéricos, puesto que su difusión fue bastante restringida durante su utilización, aunque este uso durase siglos. De los iberos apenas conocemos sus necrópolis, que continúan dando sorpresas según se excavan legalmente. Por este mismo motivo, puede suceder que un objeto ibérico totalmente inédito y que ha sido expoliado de su yacimiento, pase desapercibido en el mercado del arte, por no tener elementos comparativos para su reconocimiento. De ello se deduce que cuando aparece algún objeto de este periodo en el mercado del arte, rápidamente se puede proceder a su recuperación, aunque no siempre a la denuncia, porque aunque sepamos de donde procede, generalmente no sabemos cuando fue expoliado, y si aparece fuera del territorio español, no podemos demostrar cuando salió ilícitamente, a menos que haya una denuncia expresa de este expolio y que la denuncia entre en el periodo de reclamaciones que marca la legislación vigente.

Los años sesenta y setenta del siglo XX han constituido una especie de terror para la arqueología, por el desarrollo urbanístico que ha contemplado una serie de construcciones reguladas por la ley pero que no ha respetado el entorno cultural en que se desarrollaban. Yacimientos enteros han sido arrasados en aras de la ordenación urbanística municipal, o han sido anegados por las aguas de pantanos, o han desaparecido bajo los cimientos de las presas, pero muchos de los bienes culturales que se hallaban en esos yacimientos fueron apropiados por la misma gente que participaba en estas obras, y de ellos no se sabe siquiera que existieron, aunque muchos de ellos han aflorado al mercado del arte sin un origen cierto y años después.

La **numismática** es un problema al constituir una doble fuente de atención. Por un lado es un sistema que permite a la arqueología datar determinados contextos, por lo que su aparición en un yacimiento es considerada como una gran alegría, no por su valor intrínseco, pero sí por los parámetros cronológicos que está anunciando. Por otro lado, es definida como la ciencia que trata del conocimiento de las monedas, principalmente de las antiguas, y es en este sentido cómo se convierte en objeto de devoción por parte de los coleccionistas, y cómo es un material de intercambio o compraventa, como la filatelia.

La **escultura de madera** realizada en los periodos románico, gótico y moderno es también un material deseado por el coleccionista. Precisamente suele tratarse de obras de autores desconocidos y se encuentran localizadas principalmente en el área castellano leonesa. Pero también existen esculturas religiosas procedentes de muchas casas señoriales que solían tener su capilla y habían realizado el encargo correspondiente para decorar ese espacio religioso. Normalmente, el delito se produce en zonas rurales, en pequeñas iglesias donde apenas tienen protección y donde, a veces no se conoce el valor de estos objetos porque han sido custodiados como objetos de culto y no de adorno. En general, los objetos proce-

dentes de estas iglesias no están siempre inventariados y son escasas las denuncias sobre robos que hay de ellos. Ello no obsta para que, como ha sido denunciado en diversos foros, este tipo de bienes sea sujeto de robo y expolio por parte de mafias difíciles de controlar.

Los **bienes pictóricos** siempre han sido del interés de los coleccionistas. De hecho España tiene una amplia y consagrada tradición en la pintura, tanto desde el punto de vista de autores, como de colecciones en museos públicos o en los privados. Ello supone que la pintura española es de calidad, razón por la cual se pueden encontrar obras interesantes no solo en el mercado de arte, sino también en iglesias de todo el territorio español. Su expolio se produce especialmente en las iglesias, aunque también hay robos en museos y en colecciones particulares. Estos últimos son producidos por organizaciones bien preparadas y son más difíciles de realizar, por las condiciones de seguridad y porque las obras están más controladas, poseen normalmente inventarios y documentación gráfica, y una vez robados, deben estar mucho más tiempo a resguardo antes de salir al mercado, a menos que hayan sido robados por encargo.

Se roba todo tipo de pintura: frescos, tablas al óleo, cuadros, dibujos, acuarelas, fragmentos de retablos, etc. Algunos son además, objeto de falsificaciones, muy especialmente los dibujos y algunas pinturas al óleo, tanto más de época contemporánea que antigua. Por otra parte, hay que reconocer los falsos históricos, copias o reproducciones del siglo XIX.

Finalmente, queda señalar que además del expolio, los bienes arqueológicos, así como todos demás objetos son también objeto de **falsificaciones**, cuyo destino es un mercado de turistas poco avezado en el conocimiento de los materiales que adquiere. El tema de las falsificaciones se ha potenciado además con el incremento de nuevas tecnologías que las hacen posibles. Otro punto importante relacionado con las falsificaciones es el aumento de un tráfico de determinados obje-

tos que anteriormente no eran muy solicitados. Así, mientras que la demanda hace unos años derivaba hacia el patrimonio arqueológico o hacia la pintura, ahora se dirige también al ámbito del mobiliario, de la escultura religiosa, etc., y debido a la escasez de obra antigua de primer orden que pueda salir al mercado, se ha notado muy especialmente el interés hacia el arte contemporáneo, con lo que aumentan las falsificaciones.

4.2. ¿A qué se debe el incremento del tráfico ilícito?

El coleccionismo de particulares ha aumentado de forma variable en los últimos quince años, tanto en cuanto a la cantidad como al tipo de objetos susceptible de formar parte de las colecciones.

El auge del mercado del arte a nivel internacional supone en muchos casos la transposición de las barreras legales interpuestas por las normativas nacionales, caso bien conocido por todos. Y desde luego, en relación con la compraventa de objetos culturales hay que subrayar como la aparición del libre mercado en Europa y la desaparición de las fronteras entre los países de la UE ayuda mucho al tráfico ilícito de los bienes culturales.

Por otra parte, el auge del mercado del arte, hace que muchas obras desaparecidas por extrañas circunstancias y que están en poder de particulares que desconocen la procedencia de las mismas, estén ocultas durante muchos años, y hasta que salgan a la luz pública y puedan ser reconocidas, iniciándose así el proceso de recuperación, pueden haber sido olvidadas.

La aparición de medios como internet que supone por sí mismo un sistema complejo de controlar, ya que evade directamente las legislaciones nacionales para dirigir las ventas al ciudadano del mundo.

La falta de un control exhaustivo por parte de las administraciones públicas en lo que se refiere a las transmisiones de bienes culturales en cada territorio.



El sistema judicial y protección del patrimonio histórico-artístico

Consuelo Fidalgo Martín

Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba

1. Instrumentos legales para la protección del patrimonio histórico en el ámbito internacional

1.1. Antecedentes históricos en la promulgación de las Cartas y Documentos internacionales. Los Organismos internacionales. Clases de Documentos internacionales

Las Cartas y Documentos internacionales encuentran su punto de partida en el pasado siglo XX.

Algunos antecedentes en la época ilustrada, suponen algunas normas proteccionistas para las Bellas Artes y otras materias como la edificación, las excavaciones arqueológicas o las colecciones de objetos de arte, germen del posterior concepto del Patrimonio Histórico o Monumento.

En el siglo XIX el papel del Estado (revolución industrial, formación de estados nacionalistas, historicismos) será decisivo para la institucionalización de las Academias de Bellas Artes, de los Inventarios, Catálogos, Museos el desarrollo de la primera literatura sobre los Monumentos o sobre restauración.

La Segunda Guerra Mundial supone una gran crisis y una visión pesimista de la idea de progreso como sinónimo de destrucción, pero supuso el impulso de las democracias basadas en los estados de derecho y la búsqueda de estabilidad, paz y derechos humanos como clave para afianzar las relaciones internacionales.

En 1921, surge en el seno de la Sociedad de Naciones la Comisión Internacional de la Cooperación Intelectual que organizó el Congreso de arquitectos que redactarían la “Carta de Atenas para la Restauración de Monumentos Históricos”.

En 1945 se crea la ONU y se funda ese mismo año la UNESCO, desde entonces el primer organismo internacional en materia de patrimonio y cultura.

En el seno de la UNESCO, aparecen diversos Organismos:

- ICCROM (Centro Internacional de Estudios para la Conservación y Restauración de Monumentos Roma, 1957).

- ICOMOS, Consejo Internacional para los Monumentos y Sitios 1964.

- ICOM, Consejo Internacional de los Museos.

En Europa, el Consejo de Europa, define en 1954 sus objetivos en el Convenio Cultural Europeo: “plena acción en el ámbito social, económico, científico, administrativo y cultural”.

Estos órganos que se dedican a la cultura en el ámbito internacional son órganos consultivos asesores sin poder o capacidad ejecutiva y sus documentos o conclusiones no son generalmente normativas, aunque en mayor o menor medida sus tratados o convenios vinculan a los Estados que los ratifican y sus directrices suelen recogerse antes o después en la normativa jurídica de los Estados.

Son en todo caso el “corpus doctrinal” en materia de patrimonio y cultura.

Clases de Documentos:

- Cartas ó textos, directrices de orden técnico no vinculantes: Carta de Atenas, Carta de Venecia, Cartas del Restauero.
- textos consensuados políticamente (ej.: las recomendaciones del comité de Ministros del Consejo de Europa).
- Tratados o Convenios, vinculantes para los Estados que los ratifican e incorporan a su ordenamiento jurídico.

Se completan con los Planes de Acción, intervenciones para atender situaciones concretas de riesgo para el patrimonio o la cultura.

La preocupación de los Organismos internacionales fue pactar unas ciertas garantías para la protección jurídica del patrimonio, frente a posibles conflictos bélicos y frente al tráfico ilícito de bienes culturales siempre tan vulnerables.

Destacan así:

- Pacto de Roerich (Tratado para la protección de las instituciones científicas, artísticas y los monumentos históricos) 1945.
- En el ámbito europeo, el Convenio de la Haya, para la protección de bienes culturales en caso de conflicto bélico, ratificado en 1999.

Estos son los Documentos de mayor eficacia normativa.

Es importante señalar, como durante los años sesenta los Documentos internacionales dan un giro significativo en varios aspectos:

- La cultura y el concepto de cultura re-formula el tradicional concepto de patrimonio histórico.
- Ello supone la incorporación de nuevas temáticas a los Documentos internacionales.
- El desarrollo del concepto de la “ciudad histórica”.
- Nuevos conceptos en materia de restauración.

La globalización, la creación de los Organismos internacionales, es decisiva en la superación del concepto de Patrimonio Histórico y su conversión en Patrimonio cultural y Natural.

UNESCO define la cultura en el Informe mundial de la cultura de Florencia, 1999, como “la manera de vivir como individuos y la manera de vivir en colectividad, de lo que somos, de lo que fuimos, de lo que hemos olvidado y de lo que podemos ser”.

En la Carta de México, en el seno de la Conferencia Mundial sobre las políticas culturales, 1982, se establece que “la cultura forma parte de la médula de cuestiones como la identidad, el bienestar, el buen gobierno, el civismo o la creatividad”.

En igual sentido, en el seno de la UNESCO destacan la carta de Tesalónica o la Declaración Universal sobre la diversidad cultural, 2001.

Se introduce plenamente el término Patrimonio cultural (ya usado esporádicamente en la Convención de la Haya o en la Carta de Venecia), por la doctrina italiana e impulsado, definitivamente, por la UNESCO en la Convención de París (17ª Conferencia General sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural) que otorga verdadera trascendencia a estas definiciones y articula un fondo internacional de recursos económicos para el patrimonio en peligro.

La Convención de París, además, define de manera integral las actuaciones de los Estados en materia de patrimonio que ya no se reducen a “salvaguardar” o “restaurar” sino que se amplía a conceptos como: identificar, proteger, rehabilitar, revalorizar, transmitir..., lo que la doctrina italiana ha definido como “tutela”.

La evolución del concepto de patrimonio y cultura se puede seguir en las Cartas y Documentos internacionales hasta nuestros días.

Así en 1982, la UNESCO colabora en la Conferencia Mundial sobre las políticas culturales que concluye proponiendo a la ONU la dedicación de uno de sus Decanos Mundiales a la cultura.

En 1999, como síntesis de los trabajos sobre cultura UNESCO publica el Informe Mundial de la cultura con múltiples y heterogéneos temas: Señalar las tendencias actuales de la cultura y el desarrollo.

- Examinar los acontecimientos relacionados con la evolución de las culturas del mundo.
- Dirigir prácticas y políticas culturales positivas.
- Analizar procesos socioculturales mundiales, mer-

cados y políticas culturales, opinión pública y ética universal, implicaciones políticas en la cultura.

En todo caso el concepto de cultura y patrimonio ha sido y es ampliamente debatido y su aplicación a las circunstancias de cualquier punto del planeta plantea muchas contradicciones.

Se reclama una concepción más amplia para el patrimonio antropológico.

Los Organismos internacionales, (UNESCO, ICOMOS) están haciendo verdaderos esfuerzos por recoger otras voces, otras visiones...

Los foros de África, el programa de Declaraciones de Tesoros Humanos vivos, son un ejemplo de ello, pero hay que reconocer las dificultades que existen porque partimos de criterios o conceptos teorizados por el mundo occidental.

Solo será posible esa más amplia concepción del patrimonio de la cultura cuando cada sociedad sea capaz de evaluar e identificar su patrimonio con sus propios criterios y según los usos que quiera hacer del mismo.

2. La protección penal del patrimonio cultural en el ámbito estatal

2.1. Concepto de patrimonio cultural

El Preámbulo de la C.E. de 1978, proclama la voluntad de la nación española de promover el progreso de la cultura y la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida, así como la voluntad de proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas, tradiciones, lenguas e instituciones, lo que viene a significar que se protejan las aportaciones pasadas, presentes y futuras de los españoles a la civilización, que es tanto como decir que se proteja su cultura.

En el Título Preliminar el artículo 9.2 impone a los poderes públicos la obligación, entre otras de “facilitar a los ciudadanos la participación en la vida política, social y cultural.”

El artículo 44 establece un principio esencial declarando que “los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura a la que todos tienen derecho”.

Pero es el artículo 46, en el ámbito de los principios rectores y programáticos de la C.E., el que establece que “los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen y su titularidad.

La Ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”

En definitiva nuestra Constitución convierte en prioritaria, a través de las normas que desarrollan el artículo 46, la defensa de nuestros valores culturales.

En esa idea la L.P.H.E. 16/1985 de 25 de Junio y el Real Decreto 111/1986 de 10 de enero que la desarro-

lla, no establece un concepto concreto de patrimonio histórico, sino que determina los valores que son dignos de protección.

En su artículo 1.2, enumera los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español: “los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques que tengan valor histórico, artístico o antropológico”. En definitiva aquellos bienes que tengan “valor cultural”.

La doctrina insiste en esta idea introduciendo un matiz más, al señalar que esos bienes, dado su valor cultural, son dignos o susceptibles de protección, lo que los cualifica para integrar el patrimonio cultural de nuestra nación.

En términos similares la jurisprudencia acoge un concepto amplio del patrimonio histórico asimilándolo al patrimonio cultural como procede en casi todos los países de nuestro entorno.

Así la sentencia de la sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 10 de abril de 1970 sobre monumentos y conjuntos históricos-artísticos los configura como símbolo de la continuidad de la civilización y “perpetuo testimonio del substratum cultural”.

También la sentencia de la Sala 3ª de 17 de marzo de 1980, en relación con el artículo 73 de la Ley del Suelo, establece el nexo entre la ordenación urbanística y el patrimonio cultural y supedita y limita aquél, a la consideración y conservación de los bienes que integran dicho patrimonio cultural.

2.2. Determinación de los bienes que integran el patrimonio histórico artístico especial. Niveles de protección.

La LPHE al determinar los bienes que integran el patrimonio cultural ha tenido un doble acierto. Por un lado ha venido a unificar en un solo texto legislativo toda la normativa sobre protección de patrimonio histórico, que anteriormente se encontraba dispersa, lo que generaba confusión. Por otra parte y aunque la doctrina uno está completamente de acuerdo, ha ampliado el objeto de cobertura o protección y ha supuesto una extensión en la configuración de los bienes integrantes de este patrimonio.

En un primer análisis de la norma parece que el objeto de protección son solo bienes muebles e inmuebles los que integran el patrimonio histórico y por tanto susceptibles de protección.

Así se desprende del artículo 1.2 que parece dejar fuera de su ámbito aquellas expresiones culturales que no tengan un soporte físico, material, pues el precepto habla de bienes muebles e inmuebles.

Pero la propia ley en estos preceptos, también, introduce criterios de valoración que parecen acoger actividades o conocimientos con valor cultural que carecen de un soporte físico o material, en tanto que son auténticas creaciones culturales.

La propia ley da cabida al patrimonio etnográfico y por lo tanto admite bienes incorpóreos como integrantes del patrimonio histórico.

En todo caso es claro que no cualquier bien puede ser objeto de protección o integrante de dicho patrimonio cultural, tan solo aquellos que reúnan determinados valores que los cualifiquen para ello, lo que algunos autores determinan o califican como bienes que ofrecen un “interés específico”.

Valorar si un bien ha de estar o no incluido en el patrimonio histórico no resulta en todo caso tan sencillo. La valoración podrá llevarse a cabo de forma directa en expediente administrativo incoado para su inclusión en algunos de las categorías de protección especial previstos en la Ley o indirectamente en la tramitación de expediente en el que se detecta la existencia de un bien que ofrece “interés específico”.

En todo caso la L.P.H.E. en su artículo 1, dispone distintos niveles de protección ó categorías legales de los bienes integrantes del patrimonio Histórico sin que exija una declaración formal de carácter general para la inclusión de los bienes en el mismo sino que establece una categoría general en la que se integran todos los bienes que ostenten alguno de los valores que la norma protege y el que se asocie un nivel de protección mínimo y otros especiales para los mas relevantes con sistemas específicos y de distinto grado de protección.

Es decir la inclusión de un bien en el régimen especial por ser bien integrante del patrimonio histórico es automática sin perjuicio de la declaración de Bien de Interés Cultural o inclusión en el Inventario lo que supondrá otro nivel de protección en cada caso. Esto es el criterio que ha venido manteniendo el T.C. en sentencia 181/1998 de 17 de septiembre que establece que lo que haya de considerarse Patrimonio Histórico Artístico constituye un concepto normativo que es necesario integrar con la Ley 16/1985 de P.H.E y que los bienes aunque no hayan sido declarados B.I.C. o estén inventariados pueden integrar el P.H.E.

En todo caso y como se desprende de lo anterior, la existencia de diversas categorías implica, diversos niveles de protección:

- Un nivel mínimo de protección en el que se integran todos aquellos bienes de valor histórico artístico o cultural de “específico interés” y no incluidos en otras categorías específicas (artículo 1 L.P.H.E. y 26 1 y 2) S.T.S., sala 3ª 7766/1995.
- Un nivel máximo de protección en el que se integran los Bienes declarados de Interés cultural (artículo 9.1 L.P.H.E.) que gozaran de un régimen de especial protección o tutela y que puede comprender tanto bienes muebles como inmuebles.
- Un nivel intermedio de protección reservado solo para bienes muebles incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles.

La Ley no proporciona un criterio sobre los valores a considerar en un bien para su inclusión o no en un catálogo utilizando un concepto bastante indeterminado como es el de “singular relevancia”. Por otro

lado en un país como el nuestro, con tan amplísimo patrimonio, la necesidad de inventariar para proteger no está exenta de serios problemas.

2.3. Ámbito legislativo y jurisprudencial en el análisis de la protección penal del patrimonio

La obligación de tutelar penalmente el Patrimonio cultural Español dimana como he señalado, del artículo 46 de la C.E. que prevé que la “Ley penal sancionará los atentados contra los bienes que integran el patrimonio cultural de los pueblos de España”.

El mandato constitucional ha supuesto la incriminación penal de las conductas mas graves contra el patrimonio cultural tipificándolos como delito en el Código Penal de 1995 y en la Ley de Contrabando, 12/1998 de 12 de diciembre.

Algunas conductas infractoras pueden constituir infracción penal y también infracción administrativa. Ello no supone que se deban incriminar doblemente.

El principio “non bis, in idem”, impide la doble sanción cuando hay identidad de sujeto de hecho y de fundamento. En caso de coincidencia prevalecerá la sanción penal, el procedimiento penal suspenderá el procedimiento administrativo y solo en el caso de que aquel concluya por archivo o sentencia absolutoria se reanudara el expediente administrativo. STC 2/1981 de 30 de enero, STC 77/1983 de 30 de octubre y artículos 133 y 137.2 de la ley 30/92 de 26 de noviembre sobre régimen jurídico de las administraciones y del procedimiento administrativo común.

El Artículo 76.1 de la L.P.H.E. dice: “salvo que sean constitutivos de delito, los hechos que a continuación se mencionan constituyen infracciones administrativas que serán sancionadas conforme a lo dispuesto en este artículo. Algunos de estas conductas podrán ser encuadradas en un tipo penal. Por ejemplo:

- Artículo 76.1.b L.P.H.E.: la retención o depósito indebido de Documentos por quienes en el ejercicio de su función los hiciere a su cargo no entregándolos a quienes los sustituyan. Esta conducta puede constituir delito de infidelidad en la custodia de Documentos, por funcionario público (Artículo 413 CP) o por particulares (artículo 415 CP).
- Artículo 76.1.c L.P.H.E.: la concesión de licencias para la realización de obras en inmuebles protegidos sin la autorización de la Administración competente puede ser constitutiva del delito de prevaricación previsto en el Artículo 322 del C. Penal.
- Artículo 76.1.g L.P.H.E.: el derribo o grave alteración de edificios singularmente protegidos puede ser constitutivos del delito tipificado en el Artículo 321 del C.P.
- Artículo 76.1h L.P.H.E.: la exportación ilegal de bienes de interés cultural (B.I.C.) y de los declarados inexportables (Bienes que pertenecen al Patrimonio documental y bibliográfico de titularidad pública y otros bienes sometidos cautelarmente a esta medida mientras se tramiten el expe-

diente para su calificación, puede ser constitutivo de un delito previsto en el Artículo 2.1.e de la Ley de contrabando, asunto sobre el que luego insistiré.

- Artículo 76.1.i L.P.H.E.: la exclusión de bienes del Patrimonio Documental o bibliográfico por autoridad o funcionario público no autorizado puede constituir el delito de infidelidad en la custodia de Documentos (artículo 413 C Penal).

En todo caso y pese al principio de intervención mínima del derecho penal el Artículo, 76 de la L.P.H.E. parece otorgar preferencia a la sanción penal.

No obstante el derecho penal aparece limitado por el principio de legalidad.

Por otro lado la sanción administrativa resulta en ocasiones mas eficaz, más rápida, las multas a imponer suelen ser más elevadas y en el ámbito administrativo se amplían considerablemente los plazos de prescripción.

El Código penal de 1995, consagra un capítulo específico, el capítulo II de su Título XVI a la regulación de los “delitos contra el patrimonio histórico”.

Como señala Antonio Roma Valdés, existían en el trámite parlamentario otros proyectos legislativos que no dedicaban un capítulo concreto a tal regulación pero finalmente prosperó esta configuración fusionando dos grupos de preceptos: unos que formaban parte de los delitos de daños y que constituyen los actuales delitos 323 y 324 y otros que estaban configurados como delitos urbanísticos, los actuales 321 y 322.

Mientras que los delitos de daños son delitos cerrados, los referidos a los artículos 321 y 322 son verdaderos tipos penales abiertos dado que el objeto que se define este previamente configurado por actos administrativos y normas de distinta índole.

El resto de los artículos en los que se mencionan bienes del Patrimonio cultural se encuentran diseminados a la largo del código Penal entre diversos delitos:

- Contra el patrimonio y el orden socio-económico: hurto, apropiación indebida, sustracción de cosa propia a su utilidad cultural.
- Contra la ordenación del territorio: artículo 319, construcción en suelo de valor cultural.
- Contra el medio ambiente: artículo 330, daños en espacio natural protegido, jardín o sitio histórico.
- Contra la flora y la fauna: artículo 338, cuando las actividades se realicen en espacio natural protegido.

El tratamiento que recibe en estos bienes en el Código parece influido algunas veces por la función social de la propiedad, de ahí la rúbrica “delitos contra el patrimonio histórico”, y en otros casos por el valor económico del bien de ahí la rúbrica “delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”.

La principal dificultad que presentan las normas penales para su aplicación es la identificación concreta del interés cultural del bien que es la cualidad que supone la agravación de la pena. El legislador no

parece haber tenido en cuenta que diez años antes se había promulgado la L.P.H.E., desarrollada reglamentariamente y diversas leyes de Patrimonio Autonómicas que establecían clasificaciones de bienes culturales con diferentes grados de protección como la señalada anteriormente.

El legislador no ha optado por un sistema unitario para castigar los atentados contra los bienes culturales determinando una causa de agravación genérica o específica de aplicación general a determinados capítulos del Código o incluyendo un tipo agravado cuando lo hubiese considerado necesario.

Será en todo caso inevitable acudir a los conceptos o categorías administrativas para llenar de contenido los conceptos jurídicos indeterminados que caracterizan la regulación.

No pretendo realizar un análisis sistemático y exhaustivo de todas las infracciones penales pero recogiendo el sentir mayoritario de la doctrina, García Calderón, Roma Valdés y otros autores si que estiman que la regulación actual es deficiente y susceptible de modificaciones. Dichas modificaciones consistirían básicamente en las siguientes:

- necesidad de concentrar todos los ataques contra el Patrimonio Histórico en un solo capítulo que debería intitularse Patrimonio cultural como apuntaba previamente.
- tipificación penal como delito de los ataques al patrimonio con independencia de su cuantía o valor, no solo por la difícil valoración, en ocasiones de los mismos, sino porque la exigencia de valoración es reminiscencia de esa función económica de la propiedad.
- agravaciones específicas según la categoría de los bienes, es decir trasladar el sistema de la L.P.H.E. al C. Penal en cuanto a diferentes categorías y diferentes niveles de protección en los bienes culturales.
- ampliar el catalogo concreto de medidas cautelares y de medida tendentes a reparar el daño y restauración o reposición a cargo del autor.

Y por ultimo se hace precisa una modificación al actual sistema de daños. La actual regulación prevista en los artículos 321 y 323 del Código Penal provoca incongruencias como que el derribo de monumentos de la talla de la Mezquita de Córdoba se encuentra mas levemente penado que los daños causados en una parte del edificio catedralicio.

3. Tráfico ilícito de bienes culturales. Aspectos penales

3.1. Comercio interior y comercio exterior

La LPHE parte del principio de libertad de enajenación de los bienes culturales, no porque lo establezca expresamente sino porque no restringe la facultad inherente al derecho de propiedad, sin perjuicio de que establezca límites o excepciones en función del bien.

Cuando se trata de comercio interior de bienes culturales la transmisión está permitida, pero ha de ser inscrita en el Registro general para que la Administración sepa en cada momento quién es el titular de dichos bienes.

Si se trata de un BIC (artículo 13 LPHE) cuando la transmisión lleva aparejada la exportación no podrá efectuarse (artículo 5.3 LPHE).

Si se trata de bienes incluidos en el Inventario la transmisión inter vivos o mortis causa deberá ser comunicada a la Administración competente y anotarse en el Inventario General.

En un caso y otro la Administración tendrá derecho de adquisición preferente (artículo 38 L.P.H.E.).

Respecto al resto de los bienes que no se encuentran en ninguna de las categorías anteriores y gozan de un mínimo nivel de protección, habrá que comunicar dicha transmisión a la Administración en los términos previstos en el artículo 26.4 de la ley.

Si no se cumplen tales obligaciones, los hechos y salvo que sean constitutivos de delito como he señalado, podrán constituir infracción administrativa conforme al artículo 76 de la ley.

No está previsto en la ley nada respecto a la nulidad de la transmisión ilegal, a diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno como en Italia.

Si se trata de comercio exterior la L.P.H.E. lo permite en algunos supuestos pero establece el cumplimiento de una serie de requisitos:

En primer lugar la incoación de un procedimiento para obtener la pertinente autorización administrativa.

El expediente, previsto en los artículos 46 a 49 del Reglamento que desarrolla la ley, exige que el solicitante tenga título jurídico que acredite disponibilidad sobre el bien así como la concreta identificación del bien.

Si la autorización es denegada se requerirá a la respectiva Comunidad Autónoma en que se encuentre el bien para que lo incluya en alguna de las específicas categorías de protección especial previstas en la ley.

De esto se deriva una consecuencia lógica, la inexportabilidad de los bienes incluidos en alguna de esas categorías.

3.2. Exportación ilegal. Directiva 93/7/CEE

La exportación ilegal de bienes de nuestro patrimonio cultural suele ir unida a un acto delictivo previo, hurto, robo o apropiación indebida, y es un fenómeno grave y frecuente.

Los bienes exportados ilegalmente difícilmente son recuperados y aunque se han adoptado medidas legales tendentes a la recuperación en el ámbito internacional, en participar en el ámbito de la Unión europea, en la práctica existen numerosos obstáculos para devolver los bienes al Estado de procedencia.

La LPHE establece en su artículo 29.1 que pertenecen al Estado español los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización que requiere el artículo 5 de la Ley.

Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles.

Es decir, el propietario de los bienes y en su caso si no coincide el exportador ilegal, perderá la propiedad o posesión del bien ilegalmente exportado.

La declaración de inalienabilidad e imprescriptibilidad tienen por objeto evitar que los bienes puedan adquirirse por usucapión por quien los posea en el Estado al que han sido exportados.

La Administración del Estado asume la obligación de llevar a cabo todos los actos necesarios para procurar la recuperación de los bienes ilegalmente exportados.

En el entorno de los países de la Unión europea esta tarea se ha facilitado a través de la promulgación de la Directiva 93/7/CEE del Consejo de Europa, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de los bienes culturales que hayan salido de manera ilegal de alguno de los Estados miembros y que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico español por la Ley 36 /94 de 23 de Diciembre.

La Directiva establece la obligación de restituir los bienes que hayan salido ilegalmente del territorio de algún Estado miembro. Esta obligación recae sobre el poseedor o tenedor del bien e implica la correlativa obligación de cooperación del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el bien.

Para el supuesto de que se incumpla la obligación de restitución se otorga al Estado requirente, de cuyo territorio salió el bien de forma ilegal, una acción de restitución que se ejercitará ante los Tribunales competentes del Estado requerido en el que se encuentre el bien, y al contenido y la forma de esta acción dedica la Ley 36/94 su articulado, completando la regulación que sobre exportación ilegal contiene la L.P.H.E.

Si la recuperación tiene lugar de forma voluntaria, en cumplimiento de la obligación de restitución, se aplicará lo dispuesto en la L.P.H.E. que entre otras cosas prevé el reembolso al adquirente de buena fe del precio que este hubiera pagado por el bien.

Si es preciso el ejercicio de la acción de restitución por no devolución voluntaria se aplicará por contrario lo previsto en la Ley 36/94, es decir lo dispuesto en la Directiva.

La legitimación activa para ejercitar la acción de restitución la ostentan en definitiva los Estados miembros de la Unión europea de cuyo territorio haya salido ilegalmente el bien cultural y pasivamente estarán legitimados quienes tuvieran la posesión o tenencia del bien, aunque lo hayan adquirido legalmente conforme a las normas jurídicas que rijan en el Estado miembro en que se encuentre.

El procedimiento es jurisdiccional y se rige por la ley del Estado en que el bien se encuentre al que reclamará el Estado requirente.

La Directiva y las leyes que la trasponen en los diferentes Estados parte, no contemplan, sin embargo el supuesto de transmisiones a un tercer o sucesivos Estados miembros, lo cuál se realiza de manera frecuente para evitar la restitución y el éxito de la misma.

La Directiva establece plazos para el ejercicio de la acción de restitución, un año desde que se tenga

conocimiento de los datos del lugar donde esté el bien y de su poseedor, treinta años desde que el bien sale ilegalmente del Estado requirente y la absoluta imprescriptibilidad respecto a bienes pertenecientes a colecciones públicas o bienes eclesiásticos especialmente protegidos.

La restitución se articulará en sentencia en la que se ordenará la devolución material del bien y en la que está prevista una indemnización equitativa para el poseedor de buena fe. Ello difiere con lo previsto en la LPHE que establece una indemnización por el precio de adquisición del bien, lo que resulta mas justo y adecuado porque el valor de adquisición puede haber resultado desorbitado.

Contra la precitada sentencia no cabe recurso ordinario alguno, con lo cual la resolución dictada pone fin al procedimiento.

La acción de restitución es perfectamente compatible con cuantas acciones civiles o penales o de otra naturaleza reconozcan las legislaciones de los Estados de la Unión Europea firmantes (artículo 6.2 de la Directiva). Ello reviste una gran importancia porque simultáneamente al ejercicio de una demanda civil o a un procedimiento penal en curso, el Estado requirente, sin tener que atender al estado de las actuaciones y con independencia de que las mismas prosperen o no, podrá poner en marcha los mecanismos necesarios para el ejercicio de la acción de restitución. Las restantes acciones jurisdiccionales, sobre todo en el ámbito penal donde rigen principios como el de legalidad, el principio de presunción de inocencia, el principio "in dubio pro reo" y donde es preciso concretar la imputación penal a una persona física en concreto, encontramos enormes dificultades para que la acción penal prospere y como consecuencia de la misma lograr la recuperación del bien.

Esto ha sucedido recientemente en nuestro país con la exportación ilegal de varias vigas de la Mezquita-Catedral de Córdoba. La inicial línea de investigación fracasó por falta de pruebas y las medidas cautelares solicitadas en el ámbito de dicha investigación resultaron infructuosas porque no se obtuvo la colaboración necesaria para la inmediata recuperación de las mismas.

Tras la recuperación del bien, la propiedad del mismo pasará a regirse por la legislación del Estado requirente.

En nuestro país los bienes adquiridos pasan a ser propiedad de la Administración que deberá cederlos a un Centro Público previo informe del Consejo de Patrimonio Histórico.

La Ley nada dice, pero en los casos en los que el Estado tenga que indemnizar al poseedor de buena fe, podrá repercutir contra el exportador ilegal sin perjuicio de otras responsabilidades penales en que pueda incurrir.

Si el anterior propietario extravió el bien o le fue sustraído podrá solicitar a la Administración la cesión del bien pero quedará obligado a pagar los gastos de recuperación.

La carga de la prueba recae sobre quién alegue el extravío o sustracción, estableciendo la Ley una presunción “iuris tantum”.

En todo caso, la pérdida o sustracción se presume “iures et de iure” si el anterior titular es una entidad de derecho público.

Como apuntaba previamente, la ilícita exportación casi siempre va acompañada de un acto previo de sustracción, de un hurto, un robo, una apropiación indebida. Esto supone generalmente un concurso real de delitos. El delito contra la propiedad propiamente dicho, el cual se verá agravado normalmente por la naturaleza del bien, y el delito de contrabando o infracción administrativa de contrabando.

El artículo 75 de la L.P.H.E. declara que la exportación ilícita de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico constituirá delito o infracción de contrabando.

La determinación del acto ilícito previo no está exenta de dificultades unas veces probatoria otras de encuadre legal.

La calificación penal concreta del delito previo, del acto concreto de sustracción, es relevante. De ella dependerá por ejemplo el plazo de prescripción. No es igual, por ejemplo, el plazo de prescripción de un hurto que el de una apropiación indebida, delito cuya pena se ve enormemente agravada por la especial cualificación del bien.

El artículo 75 de la L.P.H.E. antes citado, ha de completarse con lo que dispone el artículo 2.1.e de la Ley de Represión del Contrabando de

Que establece que cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas quienes:

...saquen del territorio español bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración del Estado cuando ésta sea necesaria.

Se trata de una norma penal en blanco, que ha de ser completada con las normas previstas y ya analizadas de la propia L.P.H.E. para determinar qué bienes forman parte del Patrimonio Histórico Español a qué categoría pertenecen, de qué nivel de protección son susceptibles, qué tipo de autorización requieren y si son o no exportables.

Nuestra jurisprudencia en la materia es escasa. Tan sólo he encontrado dos resoluciones judiciales de nuestras Audiencias relativas a delito de contrabando de bienes culturales.

La primera de las resoluciones admite parcialmente el recurso interpuesto y aunque mantiene el pronunciamiento condenatorio respecto a uno de los acusados, absuelve al otro autor de los hechos.

La segunda de las sentencias dictadas mantiene el pronunciamiento absolutorio del Juzgado de lo Penal.

En ambas el fundamento del fallo es casi coincidente, la existencia de error de tipo, dado el desconocimiento del valor cultural de los bienes y su determinación como bienes del Patrimonio Histórico Español,

lo que supone consecuentemente la falta de dolo y de cualquier conocimiento de la ilicitud de la conducta.

Por su importancia y escasez las reproduzco resumidamente:

- Jurisdicción: Penal
- Recurso de Apelación núm. 92/2002.

Contrabando: Exportar obras u objetos de interés histórico o artístico: existencia: de obras de arte pese a conocer una Resolución administrativa acordando la adquisición por el Estado de las pinturas, el precio a abonar y depósito para su inclusión en el inventario del patrimonio español; inexistencia: gestionar un presupuesto para el transporte de las obras de arte y tenerlas depositadas en su despacho profesional embaladas: aplicación del principio «in dubio pro reo».

El Juzgado de lo Penal núm. 19 de Madrid condenó a los acusados. como autores de un delito de contrabando, a la pena de prisión de un año.

Contra la anterior Resolución los condenados interpusieron recurso de apelación.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid estima el recurso interpuesto por uno de los acusados. y revoca la Sentencia en el sentido de absolver a ese condenado del delito del que venía siendo acusado, confirmando íntegramente el resto de los pronunciamientos.

Los hechos que se declararon probados consistieron en:

I. Que uno de los acusados, con fecha de 8 de septiembre de 1999, presentó, ante la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales-Subdirección General del Patrimonio Histórico Artístico del Ministerio de Educación y Cultura, solicitud de exportación temporal con posibilidad de venta, para dos bienes muebles, en concreto dos pinturas al óleo sobre lienzo del siglo XVIII, estilo barroco mexicano, autor Miguel Cabrera, tituladas una de ellas “Desposorios de la Virgen” y la otra “Tránsito de la Virgen”, de las que era propietario valoradas en 10.000.000 de ptas., solicitud que fue denegada por el Ministerio de Cultura, en resolución de 15 de octubre de 1999 en la que se acuerda, además, proponer a dicho Ministerio en virtud de lo establecido en el artículo 33 de la Ley 16/1985 (RCL 1985, 1547, 2916; ApNDL 10714) la aceptación expresa de la oferta de venta irrevocable de la declaración del valor de las obras de arte a que se refiere la solicitud, resolución que le fue notificada al acusado el día 21 de octubre de 1999.

II. Posteriormente, con fecha de 18 de noviembre de 1999 se dispone la adquisición de las citadas obras de arte por la Administración del Estado y que se depositen inmediatamente en el Museo de América de titularidad estatal para su inclusión en el inventario del Patrimonio Histórico Artístico Español que allí se custodia, notificando dicha resolución al acusado el día

29 de noviembre de 1999, y también al propietario de las obras.

III. Al conocer el acusado que el Ministerio de Educación y Cultura estaba iniciando las gestiones pertinentes para la posible adquisición de las obras a la vista de la solicitud presentada, inicia el traslado de las obras desde la galería de arte en que se encontraban a su domicilio y, poco más tarde, de acuerdo con el otro acusado, fueron retirados del domicilio del primer acusado y depositadas en otra empresa hasta el día 16 de diciembre del mismo año cuando fueron retiradas para su traslado a Francia, siendo intervenidas las mismas por la Guardia Civil, antes de que consiguieran sacarlas del territorio español, el día 17 de diciembre de 1999 en Irún (Guipúzcoa), depositándose seguidamente en el Museo de América».

El Juzgado de lo Penal condenó a los acusados como autores responsables de un delito de contrabando, de los artículos 2.1 apartado e) y 5 de la Ley de Represión del Contrabando de 1995 (RCL 1995, 3328) y de los artículos 5, 75 de la Ley de Patrimonio Histórico Artístico Español de 1985 y 45 del RD 111/1986, de 10 de enero (RCL 1986, 275, 661), a la pena de prisión de un año, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, veinte millones de pesetas de multa (20.000.000) con arresto sustitutorio de cinco meses; el comiso de las obras de arte y las costas del juicio».

Notificada la sentencia los condenados, interpusieron contra ella sendos recursos de apelación que fueron admitidos en ambos efectos y tramitados de acuerdo con lo dispuesto en el vigente artículo 795 LECrim -trámite en el que el Ministerio Fiscal solicitó la confirmación de la sentencia apelada- elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

La Sala admitió el recurso y revocó la sentencia respecto de uno de los acusados apreciando error de tipo del artículo 6.2 del Código Penal y ausencia de dolo en su conducta al desconocer la entidad y valor cultural de las obras así como la inexportabilidad de las mismas y la negativa expresa de la Administración para su exportación.

Confirma sin embargo la sentencia respecto al otro acusado, propietario de las obras y al que la Administración había expresamente comunicado y notificado la inexportabilidad de los cuadros y la Orden de que fueran depositadas en el Museo de América, orden que el acusado trató claramente de eludir.

· Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación núm. 802/2000.

Error: De tipo: concepto; Vencible: existencia: delito de contrabando: desconocimiento por los acusados de pertenecer al Patrimonio Nacional Español una colección de medallas que sacaron de España.

El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Girona con fecha 07-06-2000 dicta sentencia por la que absuelve a los imputados del delito de contrabando de que venían siendo acusados. Contra la anterior resolución el Ministerio de Cultura y Patrimonio Histórico interpuso un recurso de apelación. La sección 3ª de la Audiencia Provincial de Girona desestima el recurso interpuesto.

En la expresada sentencia se estimaron como probados los siguientes hechos: “Probado y así de declara que los acusados, cuando viajaban en el vehículo llevando en el interior de sus maletas, junto a sus ropas y demás efectos personales, un total de 874 medallas de proclamación y conmemorativas, de diversos tamaños, épocas y materiales, distribuidas en varios envoltorios, de las cuales 856 tenían más de cien años de antigüedad, tasadas pericialmente en 25.545.000 ptas. desconociendo que formaban parte integrante del Patrimonio Histórico Español, piezas que los acusados recogieron en Madrid y sacaron de España por el puesto fronterizo de La Jonquera, con destino a Basilea (Suiza), para ser valoradas y tasadas por un experto, sin que para ello hubieran solicitado la preceptiva autorización a las autoridades españolas.

El mismo día 14 de febrero de 1994, otras dos acusadas fueron interceptadas en el puesto fronterizo franco-suizo Geneve-Cornavin cuando viajaban a bordo del tren Talgo que hacía el trayecto Barcelona-Ginebra llevando en su equipaje un total de 819 medallas conmemorativas y proclamación de diferentes tamaños, épocas y metales, así como algunas monedas y jetones, de las cuales 751 tenían más de cien años de antigüedad, pericialmente valoradas en 31.601.000 ptas., desconociendo que formaran parte del Patrimonio Histórico Español y sin que para ello hubieran solicitado de las autoridades administrativas españolas la pertinente autorización.

El total de las 1607 piezas con antigüedad superior a cien años, tasadas pericialmente en 57.146.000 ptas. forman parte de una colección privada más amplia que pertenece a los cuatro acusados y dos hermanos más en virtud de herencia de sus fallecidos progenitores, colección que inició su abuelo y continuó su padre.”

El recurso se interpuso por el Ministerio de Cultura-Patrimonio Histórico, contra la Sentencia de fecha 7/06/2000.

La Sala desestimó el recurso alegando error de tipo, recogido en los párrafos primero y segundo del artículo 6 bis a) CP el cual, viene referido al conocimiento equivocado o deformado sobre un elemento esencial del tipo, o sobre un elemento accidental que opere como factor agravatorio, bien reportando la configuración de un subtipo cualificado, bien actuando como circunstancia genérica agravante.

El conocimiento de dolo debe comprender los elementos integrantes del tipo básico o fundamental del delito de que se trate, así como los elementos objetivos de las circunstancias agravantes que suponen una mayor gravedad de lo injusto.

El error de tipo importa una representación falsa de la realidad, actuando de forma que el agente no

puede saber que su acción da vida al tipo de un delito o a aquella norma prohibitiva.

En el supuesto enjuiciado, la Juzgadora “a quo” llegó a la conclusión de que los elementos normativos del artículo 2.1 e) de la Ley 12/1995 de 12-XII (RCL 1995, 3328) no eran conocidos por los acusados; dicho de otra manera, no quedó acreditado que conociesen la naturaleza Histórico Artística de las medallas extraídas de España y que formaban parte de una colección iniciada por su abuelo y continuada por su padre.

No siendo cuestionado por la Abogacía del Estado recurrente el conocimiento equivocado por los acusados de la pertenencia al Patrimonio Nacional español de las medallas exportadas, tal ausencia de conocimiento afecta al dolo, pues éste supone conocimiento y voluntad de todos los elementos objetivos del tipo, y en el error de tipo se excluye el dolo y sin éste no hay culpabilidad (artículo 10 CP), ni en consecuencia punibilidad (artículo 5 CP) al no estar expresamente castigado el tipo imprudente (artículo 12 CP)

En ambas sentencias se destaca algo que ya apuntaba anteriormente y que provoca dificultades para condenar: el delito de contrabando es un delito formal, tipificado en leyes especiales y cuya represión según criterios de los juzgadores responde a criterios de oportunidad.

3.3. Convenio Unidroit. Roma 24 de junio de 1995

Una referencia específica dada su importancia merece el Convenio Unidroit sobre Bienes Culturales robados o exportados ilícitamente, firmado en Roma el 24 de Junio de 1995.

El Convenio pretendió ser un paso más en la protección a nivel internacional del tráfico ilícito de Bienes Culturales.

En su preámbulo parte de la generalizada importancia en la defensa y protección del Patrimonio Histórico y de la profunda preocupación por el tráfico ilícito de los bienes culturales cuyas consecuencias suponen daños irreparables tanto en los propios bienes como en el patrimonio cultural de las comunidades nacionales y el patrimonio común de todos los pueblos.

El Convenio pretende ser un “corpus jurídico” mínimo de normas encaminadas a asegurar la restitución y devolución de los bienes culturales robados o ilícitamente exportados. Para facilitar ese objetivo regula diversos mecanismos como la indemnización y prevé algunas medidas cautelares que resultan novedosas.

El Convenio distingue en diferentes capítulos los supuestos de robo y de exportación ilícita de bienes culturales denominando a las acciones correspondientes de “restitución” en el primer caso y de “devolución” en el segundo. Sin embargo la regulación de muchos aspectos como la indemnización, los plazos de prescripción, etc. se reproduce en muchos aspectos por lo que hubiera sido preferible una sistemática menos reiterativa.

Una de los aspectos en los que difiere el Convenio con la Directiva 93/7/CEE es en el relativo a los pla-

zos de prescripción. El Convenio establece un plazo de tres años a partir de que el demandante haya conocido el lugar en que se encuentre el bien y se conozca la identidad de su poseedor y un plazo de cincuenta años desde el momento en que se produjera el robo o desde la fecha de la exportación. Estos plazos limitan en gran medida el éxito de la restitución. En ocasiones será difícilmente demostrable cuándo se haya producido la sustracción o se haya exportado el bien.

Por otra parte se echa de menos en el Tratado que no se haga referencia a otros tipos penales como el hurto o la apropiación indebida para poder ejercitar acciones para la restitución del bien.

En cuanto a la exportación ilícita resulta también criticable la exigencia de acreditación de un daño irreparable para demandar la devolución del bien. Ello complica la labor del Estado requirente, al que no bastará con acreditar lo ilícito de la exportación sino que además habrá de acreditar ese perjuicio.

Se establecen, con gran acierto, medidas provisionales o preventivas para asegurar el bien, propias del Estado Contratante en que se encuentre el bien aunque la demanda se haya presentado en otro Estado Contratante.

En todo caso algunas de las normas contenidas en el Tratado son abiertamente contrarias a lo que dispone la L.P.H.E. sobre todo en lo relativo a los plazos de prescripción, recordemos que la L.P.H.E. establece que los bienes culturales son imprescriptibles e inalienables (artículo 29).

3.4. El Convenio de asistencia judicial en materia penal, Bruselas 29 de mayo de 2000

En el marco de cooperación judicial en materia penal que establece el Tratado de la Unión Europea y con el propósito de mejorar la cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión, surgió el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas, el 29 de mayo de 2000, siendo éste el primer instrumento de cooperación internacional en materia penal adoptado tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea y ratificado por España el 15 de octubre de 2003.

Este convenio establece pautas de cooperación judicial que no tienen naturaleza autónoma, pues como ya comienza señalando el preámbulo del mismo, la finalidad perseguida con su elaboración no era otra que la de complementar el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959, así como otros convenios igualmente vigentes en este ámbito, reconociendo ya expresamente desde un principio el mantenimiento de la vigencia de las disposiciones contenidas en dichos convenios para todas aquellas cuestiones que no se contemplan en el mismo.

Así pues, la situación creada con el nuevo convenio no supone en ningún caso una ruptura con el marco

europeo existente en materia de cooperación, sino que al nacer ya con el exclusivo propósito de completar la normativa existente, extiende únicamente su regulación al desarrollo de determinados extremos ya regulados en otros instrumentos jurídicos, así como a la previsión de nuevas formas de cooperación, si bien recordando en todo caso la vigencia de los principios del Convenio de 20 de abril de 1959, cuyas normas seguirán siendo directamente aplicables en todo lo que no se opongan a la nueva regulación.

Expresamente el artículo 1º del nuevo convenio se encarga de precisar las relaciones del mismo con otros instrumentos de asistencia judicial, señalando expresamente como objeto de la nueva regulación la finalidad de completar y facilitar la aplicación, en concreto, del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959, del Protocolo adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial, de 17 de marzo de 1978, así como de las disposiciones sobre asistencia judicial en materia penal del Convenio de 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, proclamando a continuación expresamente la vigencia de aquellas disposiciones más favorables incluidas en acuerdos bilaterales o multilaterales que pudieran existir entre los Estados miembros, así como de aquellas disposiciones convenidas sobre la base de una legislación uniforme o de un régimen especial que establezca la aplicación recíproca de medidas de asistencia judicial en sus respectivos territorios.

No pretendo realizar un análisis exhaustivo del Convenio, lo que podría constituir por sí solo objeto de otra ponencia, pero sí hacer algunas precisiones respecto a los procedimientos que se aplican, así como a algunos trámites esenciales en la ejecución de las solicitudes de asistencia, para concluir con algunas notas relativas a lo previsto en el Convenio sobre restitución de objetos o bienes obtenidos por medios ilícitos.

En cuanto a los procedimientos en los que se prestará asistencia judicial el artículo 3 del Convenio de 2000, señala que:

1. Se prestará igualmente asistencia judicial en procedimientos incoados por autoridades administrativas por hechos que con arreglo al Derecho interno del Estado miembro requirente o del Estado miembro requerido, o de ambos, sean punibles como infracciones de disposiciones legales, cuando la decisión de dichas autoridades pueda ser recurrida ante un órgano jurisdiccional competente, en particular en materia penal.
2. También se prestará asistencia judicial en caso de procedimientos penales y de los procedimientos a los que se hace referencia en el apartado 1, relativos a hechos o infracciones por los que en el Estado miembro requirente pueda ser considerada responsable una persona jurídica.»

Este artículo 3 sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la mayor parte de las disposiciones del

nuevo Convenio, no constituye complemento de la regulación existente, sino que viene a sustituirla, conforme a la previsión contenida en su artículo 2.2, en el que deroga expresamente el apartado a) del artículo 49 del Convenio de aplicación de Schengen.

La regulación contenida en el artículo 49.a del Acuerdo de Schengen primero, y en el artículo 3 del Convenio de 2000 ahora, suponía ya una superación de las previsiones contenidas en el Convenio de 1959, pues permitía la asistencia judicial no sólo ya en procedimientos de naturaleza penal, sino también en aquellos otros que se siguieran como consecuencia de conductas que pudieran dar lugar a sanciones administrativas, aunque es preciso recordar que la circunstancia que concede relevancia al procedimiento administrativo sancionador a los efectos previstos en el artículo 3 del Convenio, es la posibilidad de que la resolución administrativa pueda ser recurrida ante un órgano jurisdiccional competente, en particular en materia penal.

Se observa además una particular diferencia entre la inicial redacción del artículo 49.a del Acuerdo de Schengen y la contenida ahora en el artículo 3.1 del Convenio de 2000, estriba en la naturaleza de la norma infringida que da lugar a la punición de la conducta, refiriéndose el artículo 49.a a las «infracciones de los reglamentos perseguidas por autoridades administrativas» mientras que el nuevo artículo 3.1 habla de «infracciones de disposiciones legales». Será preciso que la disposición infringida tenga rango de ley y no de simple reglamento, para que pueda recabarse la cooperación judicial necesaria en la tramitación del correspondiente expediente sancionador.

Por último, el artículo 3 del Convenio contiene la importante previsión de incluir entre los supuestos de prestación de asistencia judicial aquellos procedimientos que se dirijan contra personas jurídicas, lo que puede llegar a suscitar algún problema en aquellos Estados como España, que consideran irresponsables penalmente a las personas jurídicas.

En cuanto a los trámites y procedimientos para la ejecución de las solicitudes de asistencia judicial se produce una de las mayores novedades del Convenio de 2000, ya que efectivamente, el apartado 1º del artículo 4 establece que:

«En los casos en los que se conceda la asistencia judicial, el Estado miembro requerido observará los trámites y procedimientos indicados expresamente por el Estado miembro requirente, salvo disposición contraria del presente Convenio y siempre que dichos trámites y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro requerido.»

La exigencia de que la asistencia judicial deba cumplimentarse conforme a la legislación del Estado requirente, supone una toma de posición completamente opuesta a la que se postulaba en el Convenio de 1959.

La finalidad de garantizar la eficacia probatoria de la diligencia cuya práctica se interesa, conforme a la

legislación del Estado requirente, parece apuntarse como la causa última que justifica este cambio de criterio entre ambos convenios, por ello la más mínima irregularidad formal en el cumplimiento de la asistencia solicitada, podrá transformar en ineficaz una diligencia cuya eficacia probatoria se quería garantizar.

Deberá ser por lo tanto ahora la parte requirente, conforme al nuevo instrumento de cooperación judicial, la que habrá de especificar en su solicitud de asistencia todos los pormenores y particulares que deberán presidir la práctica de la actuación solicitada.

La imposibilidad de dar cumplimiento a lo solicitado en los términos indicados deberá ponerse inmediatamente en conocimiento de las autoridades del Estado miembro requirente, debiendo indicarse además las condiciones en que podría ejecutarse la solicitud y especificando también el apartado 3º del artículo 4 del Convenio que «las autoridades de los Estados miembros requirente y requerido podrán acordar posteriormente el curso que se dará a la solicitud, condicionándolo, en su caso, al cumplimiento de las condiciones citadas.»

Como únicas excepciones a la previsión contenida en este artículo 4, el propio precepto establece la posibilidad del Estado requerido de negarse a observar los trámites y procedimientos indicados por el Estado miembro requirente en aquellos supuestos en los que los mismos resulten contrarios a los principios fundamentales de su Derecho, o cuando el propio Convenio establezca expresamente que los trámites o procedimientos que deban observarse sean los del Estado requirente.

De otro lado, el artículo 4 del nuevo convenio, presta también especial atención a la necesidad de que las solicitudes de asistencia judicial se ejecuten con la mayor celeridad posible, y teniendo en cuenta siempre los plazos procedimentales o de otra índole que hubiere señalado el Estado miembro requirente, debiendo el Estado miembro requerido que prevea la imposibilidad de cumplir lo solicitado en el plazo señalado, y que de ello puedan derivarse consecuencias procesales para la parte requirente, poner dicha circunstancia de manifiesto a las autoridades de la parte que solicitó la cooperación judicial.

En todo caso el Convenio prevé que se garantice la debida observancia del Derecho nacional de dicho Estado miembro, lo que hace que éste pueda aplicar condiciones, como las relativas a los límites de las penas y a la doble incriminación

Una especial mención y en relación con el tema que nos ocupa lo constituye el relativo a la restitución de objetos obtenidos por medios ilícitos.

El artículo 8 del Convenio de 2000, regula la posibilidad de que cualquiera de los Estados firmantes del mismo pueda solicitar de algún otro Estado parte la entrega de objetos obtenidos por medios ilícitos con la finalidad de restituírselos a sus legítimos propietarios. La novedad que supone esta previsión viene dada precisamente por la especificación de la finalidad que tiene la entrega, pues realmente, la entrega

de objetos ya se preveía en el artículo 3 del Convenio de 1959, si bien en este caso, con la finalidad de servir a efectos probatorios a las necesidades del Estado requirente. Congruente con esta finalidad, el artículo 6 del Convenio de 1959 establecía la posibilidad de que el Estado requerido demorase la entrega solicitada en la medida en que necesitase los objetos para un proceso penal en curso, así como la previsión de que los objetos entregados fueran devueltos con la mayor celeridad posible, salvo en el supuesto de renuncia por parte del Estado requerido, previsiones éstas carentes de sentido en el supuesto ahora regulado de que la entrega se realice con la finalidad de restitución al legítimo propietario de los objetos ilícitamente obtenidos, ya que en este supuesto, la entrega se realiza, lógicamente, sin esperar la devolución.

El carácter novedoso que la finalidad de restitución a su propietario confiere a la regulación contenida en el apartado primero del artículo 8 del Convenio de 2000, hace que sigan conservando toda su actualidad las disposiciones contenidas en los referidos artículos 3 y 6 del Convenio de 1959, para los supuestos en los que se solicite por un Estado a otro, la entrega de determinados bienes con el fin de realizar actuaciones de instrucción o de transmisión de piezas probatorias, procediendo en este caso la devolución de los mismos al Estado requerido, salvo que por éste se hubiera renunciado a la misma, introduciendo el nuevo Convenio de 2000 aquí una nueva especialidad, al establecer el apartado 2º de este artículo 8 que para estos casos,

«... el Estado miembro requerido podrá renunciar a la devolución de objetos antes o después de entregarlos al Estado miembro requirente, en caso de que ello pueda facilitar su restitución al legítimo propietario.»

La finalidad de restitución de los bienes a su legítimo propietario vuelve a condicionar el acto de cooperación judicial, de tal modo que puede perfectamente distinguirse entre aquellos supuestos en los que se solicite la entrega de objetos con finalidades distintas a la de su restitución –regulados en los artículos 3 y 6 del Convenio de 1959–, de aquellos otros en los que dicha finalidad se encuentre presente, bien con carácter principal –supuestos del artículo 8.1 del Convenio de 2000–, bien con carácter subsidiario, o como destino último de los bienes cuya entrega se solicita para otros fines, en los casos del artículo 8.2.

El Convenio contiene además diversas disposiciones relativas a formas de cooperación o asistencia en cuanto a traslado de detenidos, envío y notificación de Documentos, intercambio de información, modo de realizar las comisiones rogatorias, etc. En cuyo análisis como señalaba no entraré dado el contenido y objeto de la presente ponencia.

4. Conclusiones

- Sensibilización a nivel internacional en la defensa y protección del patrimonio cultural.

- Regulación a nivel estatal encaminada a la protección del patrimonio cultural y a la tipificación penal del tráfico ilícito de bienes culturales.
- Necesidad de incorporación de nuevos países a los últimos tratados relativos a la restitución de bienes culturales robados o exportados ilícitamente.
- Ineficacia de la regulación existente para lograr una plena cooperación judicial internacional en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.
- Insuficiencia de las medidas cautelares para la colaboración en la restitución de bienes culturales.
- Inexistencia de medidas coercitivas eficaces a través de Tribunales Judiciales internacionales para asegurar la restitución.

Bibliografía

- María Morente. *Navegando por las cartas y textos internacionales. Repertorio de textos internacionales de patrimonio cultural*. Sevilla, 2003.
- Alicia Rodríguez Núñez. *El objeto material en las infracciones penales contra el patrimonio cultural*. Santiago, 1999.
- Javier Bermúdez Sánchez. *Patrimonio histórico, sentencias de los tribunales superiores de justicia*. *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, 2002.
- María Teresa Carrancho Herrero. *La circulación de bienes culturales*. Dykinson S.L., 2001.
- Antonio Roma Valdés. *La protección penal del patrimonio cultural*. *Estudios del Ministerio Fiscal*, 1998.
- M. Salinero Alonso. *La protección del patrimonio histórico en el Código Penal de 1995*. Cedecs, Barcelona, 1997.
- J. M. García Calderón. *La protección penal del patrimonio histórico*. *Estudios del Ministerio Fiscal* 1998.
- Antonio Vercher Noguera. *Delitos contra el patrimonio histórico. El nuevo Código Penal y su aplicación a las empresas y profesionales*. *Expansión*, 1996.
- Luís M. Uriarte y Valiente. *El convenio de asistencia judicial en materia penal*. *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004.
- Francisco Jiménez-Villarejo Fernández. *Cooperación judicial internacional y Ministerio Fiscal*. *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004.



La relación del patrimonio histórico con el derecho penal

Jesús María García Calderón

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

1. La relación del derecho penal y el patrimonio histórico

La presente ponencia, enmarcada en un curso de indudable sentido práctico y multidisciplinar, pretende abordar desde una perspectiva primordialmente teórica la compleja relación que debe existir entre la defensa jurídica del Patrimonio Histórico y el Derecho Penal, una relación que, cuando han transcurrido más de diez años desde la promulgación de un Código que incluía -por primera vez en la historia española- un Capítulo específico para su protección, sigue pareciendo bastante difícil y desalentadora, tanto para el estudioso del derecho penal como para la ciudadanía en su conjunto.

Esta relación debe asociarse, además, a los problemas más frecuentes de nuestro proceso penal. Es evidente que nuestro sistema precisa, desde hace ya demasiado tiempo, una urgente y profunda reforma legal que, siendo unánimemente reclamada por la doctrina y hasta por la jurisprudencia, se posterga por razones que son tan poderosas como injustificadas.

Esta urgente necesidad reformadora afecta singularmente al tratamiento jurídico penal de los bienes culturales y requiere un análisis crítico de nuestra legislación para buscar soluciones que permitan cumplir de una manera eficaz con el mandato contenido en el artículo 46 de la Constitución Española de 1978 al exigir un régimen de sanción penal para los atentados más graves contra el *patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España*¹.

¹ El artículo 46 de la Constitución de 1978 establece que *Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.*

1.1. La paradoja reformadora

Resulta adecuado recordar brevemente, al comienzo del presente epígrafe, que la inclusión de un *Capítulo* específico para la protección penal del Patrimonio Histórico Español no se contenía en el *Proyecto* de Ley Orgánica de Código Penal que fue inicialmente presentado por el Gobierno. Fue en el trámite de enmiendas del Senado² donde se decidió, de manera un tanto imprevista y sin debate alguno, su inclusión. Esta ausencia de previsión puede explicar en parte la inadecuada redacción de su articulado, redacción donde se cometen con demasiada frecuencia inexactitudes conceptuales que pueden dificultar en buena medida su aplicación y que parece obvio que debieron originarse a causa de una elaboración bastante precipitada. Nadie que haya analizado la cuestión duda de las dificultades interpretativas de estos nuevos preceptos y resulta cuando menos sorprendente que, al día de hoy, no hayan sido objeto de una oportuna y poco difícil reforma que debiera haber conta-

² La inclusión tuvo lugar por la aceptación de la *Enmienda* número 373 del Grupo Parlamentario Socialista que contenía la totalidad de los artículos que fueron definitivamente aprobados. Con anterioridad, en el Proyecto presentado por el Gobierno, los ataques al Patrimonio Histórico se encontraban dispersos en diversos Títulos del Libro II, siguiendo la pauta tradicional de establecer agravaciones específicas en las formas comunes de delincuencia económica o como algunas nuevas formas delictivas contra la Administración Pública.

Es curioso observar, como prueba de lo manifestado, que la *Exposición de Motivos* del Código Penal de 1995 no refiere en ningún momento la introducción de los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español. Sí hace referencia a los nuevos capítulos que introducen las figuras delictivas sobre la ordenación del territorio y la protección de los recursos naturales. Sólo cabe apuntar que la referencia al nuevo capítulo es aludida en la genérica frase en la que se indica la *antinomía existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja* para justificar la acción del legislador, como si se tratara de una injerencia en el ámbito sancionador administrativo.

do, en principio sin grandes dificultades, con el consenso político necesario.

Es preciso añadir que el sistema legal de protección penal en España del Patrimonio Histórico se encuentra íntimamente relacionado con la normativa administrativa que está contenida, a nivel estatal, en la Ley 16/85 del Patrimonio Histórico Español, de 25 de Junio; así como en diversas disposiciones *menores* como son el Real Decreto 111/86, de 10 de Enero, que desarrolla la norma anterior, además del Real Decreto 1.680/91 sobre la garantía del Estado para obras de interés cultural y el Real Decreto 64/94 que modifica, a consecuencia de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 17/1991 de 31 de Enero³, las dos disposiciones primeramente mencionadas.

Habría que completar esta breve referencia normativa con la extensa legislación autonómica existente sobre la materia, legislación que, en términos generales y sobre la base de la Ley 16/85, suele ampliar el ámbito objetivo de protección jurídica de los bienes culturales y se configura como el verdadero *grueso* de este sistema legal.

Es cierto que las alusiones a estas normas administrativas, tanto estatales como autonómicas, han de ser constantes para la aplicación de los preceptos penales pero, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, ello no comporta necesariamente que nos encontremos ante *preceptos penales en blanco* por cuanto la intensa relación indicada no impide que los tipos penales queden perfectamente delimitados sin necesidad de *escapar* del contenido del texto penal.

La situación brevemente descrita no deja de resultar, como hemos adelantado, ciertamente extraña ya que si hubiera que destacar alguna característica en el Código Penal Español de 1995 esta sería la de una continua actividad legislativa reformadora. Ciertamente, no ha existido compendio legal que haya sufrido mayor número de reformas en un corto período de tiempo. En sus primeros diez años de aplicación, se contabilizan más de una veintena de reformas que no sólo han modificado su estructura inicial sino que presentan caracteres contradictorios y abundan en soluciones coyunturales que se han visto reiteradamente desbordadas por una cambiante realidad social. Podemos afirmar que nuestro Código Penal no sólo ha sido reformado en exceso sino que ha sido reformado de forma contradictoria.

Este exceso reformador tiene lugar hasta el punto de coincidir la mayor parte de la doctrina en señalar que, sólo diez años después de su promulgación, queda muy poco de aquel texto originario aprobado en 1995. Provisionalmente, parece coronado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre promul-

³ La sentencia citada básicamente establece que la potestad del Estado para la declaración de Bienes de Interés Cultural está referida a los bienes adscritos a servicios públicos gestionados por el Estado o integrantes del Patrimonio Nacional, todo ello conforme a la correcta interpretación del artículo 6 b) de la Ley 16/85.

gada con el heterogéneo título *sobre seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* y por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre que, tras su entrada en vigor el pasado 1 de Octubre de 2004, supuso *de facto* la creación de una nueva norma penal, con profundas diferencias en cuestiones básicas que afectaban a una buena parte de su articulado⁴.

Lo *paradójico* de este intenso proceso aparece al comprobar que a pesar del número elevadísimo de reformas legales operadas sobre el texto original ninguna o casi ninguna de ellas se ha referido a los *delitos de nueva planta*, justamente los que más lo necesitaban. Por eso hablamos de una *paradoja reformadora*, porque son las reformas más reclamadas por la doctrina y por la Fiscalía, por la jurisprudencia más elaborada y reflexiva, las que no se acometen por el legislador. Ello ha ocurrido, a título de ejemplo, aunque ciertamente paradigmático, con una buena parte de los delitos vinculados con el medio ambiente, en especial con los delitos contra la ordenación del territorio y también con los delitos sobre el Patrimonio Histórico que mantienen una redacción, la originaria de nuestro Código Penal de 1995⁵, francamente perturbadora y con dificultades de aplicación muchas veces insubsanables.

Antes de proseguir, es preciso recordar que aún siendo muy crítico el juicio de la doctrina penal acerca de la protección dispensada a los bienes culturales en el Código de 1995, merece un juicio extraordinariamente positivo haber llevado a cabo, por primera vez, una regulación específica sobre la materia promoviendo esta nueva relación entre el derecho penal y el Patrimonio Histórico.

⁴ Como decimos, la doctrina ha reiterado en numerosas ocasiones, el exceso en las sucesivas reformas del Código Penal de 1995. Los datos son francamente esclarecedores. Desde su entrada en vigor, sufrió hasta el último cambio de Gobierno un total de 18 reformas legales, 11 hasta el año 2002 y siete más hasta el día de la fecha. En ocasiones, además, tales reformas han sido contradictorias con otras reformas anteriores, como ha ocurrido en materia de violencia doméstica. Pensemos, por último, que el Código Penal durante el año 2003, tras ser modificado en Diciembre de 2002, fue nuevamente modificado en Marzo, Junio, Septiembre, Noviembre y Diciembre. A todo lo anterior habría que sumar las reformas operadas en estos dos últimos años por el nuevo Gobierno, ciertamente de menor entidad, que vienen a contradecir reformas anteriores. Ello nos sitúa ante un panorama francamente desolador.

⁵ Convendría recordar que la *Memoria* de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 1997 (páginas 575 y siguientes) con la rúbrica *El problema sistemático de los delitos sobre el Patrimonio Histórico y la utilización de los conceptos contenidos en la Ley de Patrimonio Histórico Español*, aborda los principales defectos contenidos en la regulación del Código Penal y establece una serie de propuestas legislativas para la reforma de esta materia, entre las que se encuentra, principalmente, la necesidad de llevar a cabo una profunda reordenación sistemática de los delitos vinculados a la protección de los bienes culturales. En el mismo sentido, se pronuncia la mayor parte de la doctrina existente en la materia (Emilio CORTÉS BECHIARELLI, Cristina GUIASOLA LERMA, Esteban PÉREZ ALONSO...).

1.2. El viejo problema procesal

Todos sabemos que la *realidad procesal* española provoca graves disfunciones que se intensifican en la fase de instrucción y en un inapropiado y a veces inoperante sistema de recursos que, entre otros defectos, no es del todo respetuoso con el derecho a la doble instancia penal a pesar de los esfuerzos que nuestro Tribunal Supremo viene desarrollando al extender, cuando le es posible y con una generosa e imprescindible interpretación, su naturaleza casacional al examen probatorio de los hechos enjuiciados en primera instancia por las distintas *Secciones* de nuestras Audiencias Provinciales.

La necesidad de una profunda reforma y reordenación sistemática de los delitos vinculados a la protección penal del Patrimonio Histórico, ha contado con un argumento procesal *añadido* de extraordinario valor que era y sigue siendo consecuencia de este defectuoso sistema de recursos que contiene nuestra mas que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Efectivamente, la mayor parte de los delitos introducidos como nuevas tipologías en el Código Penal en 1995 debían ser enjuiciados, por imperativo de lo señalado en el artículo 14.3 de la ley procesal y el límite punitivo que no supera los cinco años de prisión, por órganos unipersonales cuyas sentencias serían recurribles en apelación y ante las respectivas Secciones de las Audiencias Provinciales, vaticinándose por la doctrina y por la propia Fiscalía General del Estado⁶ una enorme dificultad a la hora de establecer criterios uniformes de aplicación.

En el caso concreto de los delitos *sobre el Patrimonio Histórico*, al igual que ocurre con los delitos *contra la ordenación del territorio*, tratándose de infracciones que solo pueden alcanzar los tres años de prisión, la intervención del Tribunal Supremo no puede tener lugar ni siquiera con la aplicación conjunta de los artículos 319 o 321 con el 338 del Código Penal que establece una agravación específica, la imposición de las penas superiores en grado, para el caso de que las *conductas definidas* como alguno de estos delitos *afecten a un espacio natural protegido*.

⁶ Aunque las alusiones al Patrimonio Histórico en las *Memorias* siguientes a la publicación del Código Penal han sido ciertamente escasas, así se puede desprender de lo indicado respecto a la delincuencia urbanística y así, la *Memoria* de la Fiscalía General del Estado del año 1996 publicada en 1997 (Fiscal General Sr. Cardenal), en su página 463, *a sensu contrario*, establece la importancia de contar en primera instancia con sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales. La *Memoria* citada consideraba, en previsión del problema, *imprescindible* que tuviera lugar un *continuo cambio de información jurisprudencial entre los Fiscales*. Posteriormente, la *Memoria* de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 1998 (Fiscal General Sr. Cardenal), publicada en 1999, páginas 334 y 335, lo señala de forma explícita al indicar lo trascendente que resulta, en la persecución de todos los delitos medioambientales, *la imposibilidad de interponer Recurso de Casación* añadiendo que todo ello supone *un paso atrás en la protección penal de los delitos contra el medio ambiente*.

Conviene recordar alguna reciente reflexión al abordar el problema de la delincuencia urbanística y que es perfectamente aplicable al caso que ahora nos ocupa⁷.

Como he tenido oportunidad de poner de manifiesto en alguna ocasión, la lógica previsión de esta dificultad aplicativa determinó que la doctrina mayoritaria reclamara en su día la instauración de un *recurso en interés de ley* al estimar muy necesario *un órgano judicial central de unificación de doctrina*⁸. Esta propuesta, basada en sólidos argumentos, no fue atendida pero aún hoy, en tanto se produzca la anunciada redacción de un nuevo *Código Procesal Penal* o la reforma efectiva de la segunda instancia penal a la que posteriormente aludiremos, resulta imprescindible reiterarla por razones prácticas y por las dificultades que aún subsisten en la aplicación cotidiana de estos preceptos. Entre otras opiniones, el Fiscal Antonio Vercher nos decía que la *propuesta, si bien especulativa, no es en absoluto irreal* y recordaba, de un lado, algunos precedentes legislativos como el dispuesto en el artículo 226 de la Ley de Procedimiento Laboral 2/95, de 7 de Abril, al establecer un *recurso de casación para unificación de doctrina* y para corregir las posibles contradicciones en las que puedan incurrir las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y, de otro, con la misma finalidad procesal, el *recurso de casación para unificación de doctrina* previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Nos ofrecía, por último, un interesante argumento de derecho comparado, el contenido en el parágrafo 335 de la norma procesal alemana, en cuya virtud, interpuesto un recurso de apelación contra una sentencia determinada, puede tener lugar una forma de sustitución del recurso planteado por el de casación, fórmula de *casación alternativa* que constituye *un aborro de actividad jurisdiccional cuando el recurrente solo tiene agravios jurídicos –y no fácticos– que exponer contra la sentencia*.

Cabe recordar en este punto, como otra alternativa para la solución del problema, aunque sea de forma somera y como argumento que debiéramos sumar a los anteriores, una de las *Conclusiones* recogidas por la oficina del Defensor del Pueblo Andaluz y la Fiscalía de Andalucía tras la finalización de la *II Reunión de Trabajo* que tuvo lugar en el Parlamento de Andalucía y en fecha 3 de marzo de 2005 y que estuvo referida al análisis de los problemas prácticos de aplicación apreciados en los delitos *contra la orde-*

⁷ Me refiero a mi trabajo *El delito sobre la ordenación del territorio: Una propuesta de reforma legal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006 (En imprenta).

⁸ Antonio VERCHER NOGUERA en *La delincuencia urbanística*, libro prologado por Fernando CHUECA GOITIA y publicado por la editorial COLEX, Madrid, 2002, páginas 107 y siguientes.

nación del territorio y sobre el Patrimonio Histórico al manifestarse totalmente necesaria una reforma procesal que permita la efectiva instauración de la segunda instancia penal en apelación, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia para la unificación de criterios, *evitando de esta forma la situación actual que por razones técnicas impide el pronunciamiento habitual del Tribunal Supremo en esta materia*⁹.

Quizá como consecuencia de ello, la instauración de la segunda instancia penal ha sido la solución finalmente asumida por el Proyecto de Ley Orgánica⁸ por el que se *reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal* culminando así un proceso iniciado con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en virtud de la Ley 19/2003, de 23 de Diciembre. Este nuevo *diseño* del procedimiento ha venido generado, de un lado, por la necesidad de *satisfacer las exigencias derivadas del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ante las reiteradas resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU que declaran el incumplimiento de España del citado precepto*¹¹ y, de otro, para *ceñir* a la casación a su verdadera naturaleza como un *recurso extraordinario con finalidad unificadora*.

No ha motivado, por tanto, este nuevo planteamiento procesal la búsqueda de una solución que permita fortalecer la unidad interpretativa para el enjuiciamiento de algunos delitos *de nueva planta* instaurados en el Código Penal de 1995. De cualquier manera, lo cierto es que el problema quedaría resuelto por cuanto, a tenor del proyecto citado, conforme a la nueva redacción otorgada al artículo 846 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales en el ámbito del procedimiento abreviado y en el del procedimiento ordinario, serán apelables ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma que se constituirá, para conocer este recurso, por tres magistrados*. A su vez –así lo establece el nuevo artículo 847 del mismo texto legal– procede el recurso de casación

contra las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

Este nuevo marco competencial permitirá, con mayor razón y con menos dificultad, en términos mucho más amplios a los ya señalados para el procedimiento laboral o para el enjuiciamiento de menores, una fórmula suficiente de unificación de doctrina para aquellos supuestos de disparidad de criterios apreciada entre las sentencias dictadas por las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

Recordemos que sobre este espinoso problema incluso se ha pronunciado el *Pleno* de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en reunión no jurisdiccional celebrada el día 13 de septiembre de 2000. Se declaró en la misma que el recurso de casación, interpretado en un sentido amplio, cumple con las exigencias del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y se configura como un *recurso efectivo*, aunque se reconoce e insiste en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación. Se pueden consultar sentencias muy recientes como STS número 1.008/2006, de 9 de octubre (Ponente Sr. Don Carlos Granados Pérez) que abordan, con numerosas citas de otros pronunciamientos anteriores del propio Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, este problema y señalan que las exigencias de la doble instancia penal que derivan tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos previamente citado como del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Protocolo número 7^o) se cumplen llevando a cabo una interpretación más favorable para la efectividad del derecho a la doble instancia, ampliando el ámbito de conocimiento del recurso de casación que puede examinar *si las pruebas se obtuvieron lícitamente y si las conclusiones probatorias del Tribunal sentenciador no contravienen las leyes de la lógica, de la experiencia y de las ciencias*.

Es preciso tener en cuenta –además y como argumento final para concluir este breve comentario sobre el grave problema de la *ausencia casacional*– que el *Patrimonio Cultural* se configura como un valor jurídico esencialmente colectivo, relacionado con el urbanismo, de naturaleza esencialmente geográfica, que se encuentra vinculado con el entorno y que exige un incremento de las fórmulas de control y es que, en demasiadas ocasiones, el incumplimiento de la normativa protectora afecta a intereses difusos que escapan del ámbito puramente local o autonómico y afectan al interés de la ciudadanía en su conjunto y al propio desarrollo de nuestros valores constitucionales en el curso del tiempo.

He tenido oportunidad de reiterar que el concepto de Patrimonio Histórico es un concepto expansivo que viene añadiendo desde su creación nuevas categorías conceptuales de extraordinario valor¹² que deben ser protegidos y que por ello suponen nuevos retos para el jurista.

Esta expansión tiene lugar también en el espacio físico al relacionar, cada vez con una mayor intensi-

⁹ Las *Conclusiones* de las distintas reuniones sostenidas hasta la fecha pueden consultarse en la página electrónica del Defensor del Pueblo Andaluz. Fueron remitidas, en un principio, a todos los Ayuntamientos de Andalucía, a la Dirección General de Urbanismo dependiente de la Consejería de Obras Públicas, al General Jefe de la IV Zona de la Guardia Civil. En las reuniones posteriores se ampliaron estas remisiones a distintos organismos dependientes de las Consejerías de Medio Ambiente, Obras Públicas y Cultura de la Junta de Andalucía, a la Federación Andaluza de Municipios y Provincias, a los Presidentes de los Colegios Notariales y de Registradores de Andalucía y a la Delegación Territorial de la Agencia Tributaria. Posteriormente, fueron enviadas a la *Sala de Gobierno* del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que las apoyó íntegramente en sesión plenaria. La Fiscalía de Andalucía dio cuenta puntual de todas estas reuniones a la Fiscalía General del Estado.

¹⁰ Aprobado por el Consejo de Ministros de 16 de Diciembre de 2005.

¹¹ Así se indica en el apartado VI de su Exposición de Motivos.

dad, al Patrimonio con su entorno. De ahí que hablemos de una *nueva retórica de los bienes culturales* que propone al territorio como uno de sus elementos definidores de mayor relevancia¹⁵.

La *protección penal del entorno necesario para una digna calidad de vida*¹⁴ o la *utilización racional del territorio*¹⁵ son valores esenciales en los que confluyen derechos de tal intensidad que exigen una intensa movilización de todos los poderes del Estado para su defensa y para su fortalecimiento, una visión de conjunto que permita comprender todas las consecuencias sociológicas y legales de la infracción y que constituya, en definitiva y como ha señalado la doctrina, una *superación del derecho urbanístico*¹⁷ o del derecho administrativo puramente sancionador. La doctrina reciente llega a relacionar la protección del Patrimonio Histórico con el desarrollo mismo de una nueva democracia participativa¹⁸ mediante su relación con el paisaje.

¹² Como ejemplo, la llamada *arqueología de las víctimas* que se desarrolla en la Alemania unificada para conocer los crímenes del nacional socialismo y que aborda el estudio de las fosas comunes próximas a los hospitales en los que fueron aplicadas las leyes sobre eutanasia con una mentalidad arqueológica, esto es, con un análisis metodológico y científico del *yacimiento*, buscando una verdad histórica que debe ser conocida por la ciudadanía. Esta expansión tiene lugar igualmente en la búsqueda de nuevos instrumentos de protección. En el derecho procesal reciente, sirva como ejemplo la figura del *agente encubierto* que fue configurada recientemente en nuestro sistema procesal, conforme a la reforma operada a través de la Ley Orgánica 5/99, de 13 de enero, que introdujo el artículo 282 bis en la Ley Enjuiciamiento Criminal y que se extiende al tráfico ilícito de bienes culturales o la consideración –conforme al Estatuto de Roma– de los delitos contra el Patrimonio Histórico como crímenes contra la humanidad en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

¹³ En este sentido *El territorio como fundamento de un nueva retórica de los bienes culturales* publicado por el arqueólogo Jesús VERDUGO SANTOS en el número 53 de la Revista PH, Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, Abril de 2005.

¹⁴ Antonio NARVÁEZ RODRÍGUEZ en *Los delitos sobre la ordenación del territorio*, publicado en la colección Estudios del Ministerio Fiscal publicada por el Centro de Estudios Jurídicos para la Administración de Justicia, Madrid, 1997.

¹⁵ Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983. Por su relación con el tema que nos ocupa, este argumento del interés *supralocal* es utilizado en el artículo 31.4 de la Ley 7/02, de 17 de diciembre de *Ordenación Urbanística de Andalucía* (modificada por la Ley 13/05, de 11 de Noviembre) como uno de los presupuestos exigibles para permitir la retirada de competencias urbanísticas, acordada por el Consejo de Gobierno, con dictamen previo del Consejo Consultivo de Andalucía y la autorización del Parlamento de la Comunidad Autónoma, a los Ayuntamientos que incumplen de forma sistemática y grave la normativa en materia de disciplina urbanística. En la actualidad se ha tramitado esta retirada de competencias para el Ayuntamiento de Marbella por un plazo máximo de cinco años. Recordemos que estas competencias se desarrollan por una Comisión Gestora tras la disolución de la corporación acordada por el Gobierno.

¹⁶ Jesús TIRADO ESTRADA en *Delitos contra la Ordenación del Territorio: Aspectos generales. Problemática práctica derivada de la relación Administración-Jurisdicción. Derecho Penal Derecho administrativo* publicado por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en *Estudios del Ministerio Fiscal*, Madrid, 1998.

Como ha puesto de manifiesto el *Preámbulo* de la Carta Europea de 1983, la Ordenación del Territorio, dentro de la que cabe incluir este concepto esencialmente geográfico del Patrimonio Histórico, puede ser definida como *la expresión espacial de las políticas económicas, social, cultural y ecológica de cualquier sociedad* o, quizá con mayor acierto por la doctrina como una fórmula de *distribución geográfica óptima*¹⁸ que, con respeto a los derechos individuales, asegura o procura las mejores condiciones de vida¹⁹.

Todas circunstancias anteriormente expuestas, al margen de los motivos ya esgrimidos por nuestro legislador, hubieran bastado para considerar perfectamente razonable e imprescindible esta intervención *normalizada* del Tribunal Supremo a través de un nuevo recurso de casación que hubiera sido configurado –conforme a su verdadera naturaleza– como un recurso extraordinario que debe cumplir las funciones para las que fue inicialmente concebido y que aluden a su carácter *nomofiláctico* y de unificación en la interpretación de la ley penal.

2. La cuestión terminológica

La experiencia forense demuestra que la exégesis de los delitos *de nueva planta* requiere una inicial aclaración terminológica que facilite la labor jurisdiccional. Esta necesidad tampoco ha tenido una respuesta adecuada en materia de Patrimonio Histórico. No se trata de un problema endémico referido de forma exclusiva al tratamiento jurídico penal de los bienes culturales ya que otros fenómenos delictivos de extraordinaria gravedad, como ocurre con la delincuencia urbanística o incluso con la violencia de género, han vivido situaciones similares que generan algunas formas de inseguridad jurídica y distintas dosis de impunidad.

Es necesario comenzar esta referencia haciendo alusión a la discusión *primaria* acerca de cual sea la denominación más precisa para designar el legado cultural histórico-artístico que debe contar, conforme al mandato del artículo 46 de la Constitución, con un sistema de protección jurídica que incluya el ámbito sancionador penal como un eficaz instrumento para su preservación.

¹⁷ Sobre el particular, se puede consultar el trabajo del geógrafo Florencio ZOIDO NARANJO bajo el título *El paisaje, patrimonio público y recurso para la mejora de la democracia* publicado en el número 50 de la Revista PH publicada por el Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, Sevilla, 2004.

¹⁸ FEAL LAGO en *La ordenación del territorio en Europa*, Madrid 1970, Ministerio de la Vivienda.

¹⁹ En términos similares y abundando en las ideas de nivel de vida, corrección de los desequilibrios generados por el desarrollo y la mejora de la calidad de vida, LOPEZ RAMÓN, F. N en *Estudios Jurídicos sobre Ordenación del Territorio*, Aranzadi, 1995, página 63.

Algún sector de la doctrina, como es el caso de Cristina Guisasaola Lerma²⁰ se inclina por la expresión *patrimonio cultural*, considerando que de esta forma podría integrarlo obras de arte de autores contemporáneos, siguiendo en este punto la opinión ya expresada en su día por José Luis Álvarez.

Personalmente me inclino, sin embargo, por la expresión Patrimonio Histórico, cuando menos en el ámbito estrictamente penal, en el que tiene cierto arraigo, a la hora de configurar el dolo en esta clase de delitos, la idea de una *conciencia de historicidad* según la jurisprudencia que ya fue dictada por nuestro Tribunal Supremo con anterioridad a la promulgación del Código Penal de 1995.

De otro lado, separar la protección penal del legado histórico artístico de una mínima idea histórica podría llevar a una extensión desmedida de la tipicidad y contribuir a generar una inseguridad jurídica a la que, como exponemos, es proclive nuestro sistema procesal. Todo ello sin olvidar la propia rúbrica del *Capítulo* específico contenido en el Código Penal.

Hay que añadir, además, la prohibición contenida en el artículo 9.4 de la Ley 16/85 de Patrimonio Histórico Español de la declaración como *Bien de Interés Cultural* de la obra de un autor vivo *salvo si existe autorización expresa de su propietario o media su adquisición por la Administración*.

Los textos legislativos se inclinan, en términos generales, por la expresión Patrimonio Histórico, máxime tras el desarrollo observado para la defensa del llamado *Patrimonio Inmaterial* que se encuentra integrado, conforme a lo prevenido en el artículo 2 de la Convención de la UNESCO *para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial* aprobada en París con fecha 17 de octubre de 2003, por aquellos *usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural*.

Reconociendo su indudable valor parece muy difícil, cuando menos desde una perspectiva puramente sancionadora, llevar a cabo una protección legal del *Patrimonio Inmaterial* a través de cualquier sistema sancionador. No es imposible proteger la toponimia pero, en cualquier caso, parece que tendríamos que hablar de diferentes niveles legales de protección.

La extraordinaria expansión conceptual que presenta la idea de *Patrimonio Cultural*, aconseja llevar a cabo esta y otras distinciones.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, el concepto de Patrimonio Histórico se configura como

un concepto puramente *material* que podría contraponerse a la idea de Patrimonio Inmaterial como los dos grandes aspectos del concepto más amplio de Patrimonio Cultural.

3. Un concepto propio para el derecho penal

A la hora de configurar un concepto jurídico penal del Patrimonio Histórico, aparte de la configuración del dolo *de consecuencias necesarias* exigible en esta clase de delitos, debemos tener en cuenta que uno de los errores habitualmente señalados en el Código Penal y en la Ley 16/85 es haber optado por descripciones meramente enumerativas de su contenido o de los bienes y valores que lo integran, técnica que resulta inapropiada para delimitar conceptualmente algo tan *difuso* y extenso como el Patrimonio Histórico, máxime cuando tales enumeraciones no son coincidentes entre sí o cuando no reflejan los conceptos o categorías utilizados por la ley administrativa para su regulación. No olvidemos, además, el carácter cambiante del concepto y su continua expansión hacia nuevos contenidos e instrumentos de protección, como hemos señalado en el epígrafe anterior.

La famosa definición del profesor M. S. Giannini, acuñada a finales de los años 40 y en la llamada *Comisión Francesquini*, consideraba los *bienes culturales* como aquellos *testimonios materiales dotados de un valor de civilización*. La certeza y sencillez de esta definición acredita la necesidad de llevar a cabo una conceptualización *abierta*, cuando menos, en la órbita penal, desarrollando una definición de las mismas características que tenga en cuenta, de una manera concisa y escueta, aquellos perfiles esenciales que deben ser valorados por el intérprete de la ley penal.

Para responder a esta cuestión, por tanto, habría que recordar los dos perfiles esenciales que debe presentar un concepto penal *adecuado* del Patrimonio Histórico, comenzando, en primer término, por la escasa intensidad de dolo exigible en esta clase de delitos, como he tenido oportunidad de comentar en alguna ocasión.

Desde una perspectiva estrictamente criminal, el concepto de patrimonio histórico viene vinculado a lo que el Tribunal Supremo ha venido llamando *conciencia o condición de historicidad*²¹, *entendiendo por tal condición aquella relevancia histórica que los agentes de la infracción otorguen a los bienes dañados o agredidos. Habría que añadir que ello determina que cualquier agresión a bienes históricos requiera*

²⁰ Al margen de otras publicaciones de la autora con mayor envergadura, esta idea resultó plasmada por primera vez en su artículo *Los delitos sobre el Patrimonio Histórico*, publicado en el número 43-44 de la revista *Poder Judicial*, Madrid, 1997.

²¹ Desde una óptica puramente gramatical el término *historicidad* que utilizara el profesor M. S. GIANNINI parece más correcto que el de *historicidad* que ha prendido en la jurisprudencia española. Sobre el particular, entre la escasa jurisprudencia existente, pueden consultarse las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1995 y 29 de Enero de 1997.

una conciencia, cuando menos aproximada, no sólo del valor histórico o historiográfico de un bien, sino además del valor social que guarda para la colectividad. He tenido oportunidad de señalar que, incluso, en la rúbrica del capítulo el Código Penal utiliza la preposición *sobre* cuando se refiere a los delitos sobre el patrimonio histórico y no la habitual preposición *contra* lo cual parece indicar la exigencia de un dolo de menor intensidad.

La jurisprudencia, a la hora de valorar la convicción de relevancia histórica de los bienes dañados que debe poseer el agresor, ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones que el dolo exigible es un *dolo de consecuencias necesarias* de manera que baste que el autor pueda conocer el alcance -cuando menos aproximado- de su conducta y la agresión que potencialmente supone para el acervo cultural de la colectividad.

La jurisprudencia ha mantenido la vigencia de este *dolo de consecuencias necesarias* a pesar de la nueva configuración de las agresiones criminales al Patrimonio Histórico como lo acredita la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de Enero de 1997, sentencia la anterior que, si bien se encontraba referida a un supuesto enjuiciado con arreglo a las disposiciones del Código Penal derogado, fue dictada tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

De otra parte, aunque el dolo exigible que analiza la escasa jurisprudencia existente está generalmente referido a supuestos de agresiones al Patrimonio Arquitectónico o Monumental; lo lógico es pensar que la misma conciencia de historicidad será necesaria para apreciar las agravaciones específicas previstas en los delitos contra la propiedad cuando recaen tales delitos sobre bienes culturales muebles.

En segundo lugar, la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional al estimar que no es necesaria la previa declaración administrativa de los *bienes culturales* o su catalogación o su inventario por las autoridades competentes, para que pueda ser tutelado desde una perspectiva criminal como elemento integrante del Patrimonio Histórico Español²².

Parece, conforme con lo anterior, que debe considerarse más apropiada una definición amplia o abierta que no incurra en el error enumerativo, tan poco apropiado para la delimitación conceptual de un valor muy dinámico y siempre sometido a un proceso de continua expansión.

Ello debería promover una concepción pragmática que supere el tradicional argumento de la inseguridad jurídica otorgando un margen suficiente a la discrecionalidad judicial a la hora de sopesar la relevancia histórica de los bienes afectados y que debe tener en cuenta la imposibilidad de llevar a cabo una protección efectiva de exigirse el requisito de la previa catalogación administrativa teniendo en cuenta la existencia de un ingente *patrimonio oculto* o no declarado y muchas otras consideraciones que sería prolijo enumerar entre las que destacaría el propio tenor del artí-

culo 46 de la Constitución al exigir la sanción penal de las agresiones graves al Patrimonio Histórico *cualquiera que sea su régimen jurídico y titularidad.*

Esta cuestión, largamente debatida por la doctrina, fue abordada en la Sentencia del Tribunal Constitucional dictada con fecha 17 de Septiembre de 1998²³, sentencia referida a los hallazgos arqueológicos destruidos en un solar de Mallorca.

En la resolución citada se reiteran, entre otros, los argumentos anteriormente descritos y se afirma que *no constituye* -conforme a la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo- *requisito integrante del tipo penal el de que proceda la declaración del interés cultural de los bienes dañados, pues la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español, conforme este es configurado por la citada Ley 16/1985.*

Todo ello nos permite concluir que el Patrimonio Histórico, desde una perspectiva jurídico penal, *está integrado por todos aquellos bienes materiales que ostentan un valor cultural, histórico o antropológico innegable*, definición lo suficientemente abierta como para contener la falta de necesidad de catalogación o inventario previo, la protección del patrimonio *oculto* o no declarado, la discrecionalidad judicial y la convicción suficiente acerca de la relevancia histórica que debe tener el agresor al perpetrar su acción.

La definición citada nos permite, además, ser respetuosos con la realidad y con la legalidad administrativa al establecer una dualidad entre aquel Patrimonio Histórico que debe ser merecedor en todo caso de una tutela jurídica y que coincidiría con el concepto anteriormente ofrecido y un Patrimonio Histórico *en sentido estricto* merecedor, por su importancia, de una singular protección que estaría integrado por los *Bienes de Interés Cultural* o cuyos expedientes hayan sido promovidos²⁴, sus elementos consustanciales y los bienes muebles incluidos en el Inventario General; todo ello conforme a lo establecido en los artículos 26 y 9 de la Ley del Patrimonio Histórico.

Cabría plantearse qué ocurrirá, sin embargo, con otros bienes culturales *conocidos* que no se encuentren formal y previamente protegidos, sobre todo, si nos referimos a bienes que por sus especiales condi-

²² Sobre el particular, como exponente de la interesante jurisprudencia emanada con anterioridad a la promulgación del Código Penal de 1995, pueden consultarse las sentencias de 6 de junio de 1988 (Sr. García de Miguel), 12 de Noviembre de 1991 (Sr. García Palos) y 3 de junio de 1995 (Sr. Montero Fernández-Cid).

²³ El Tribunal Constitucional a lo largo de la sentencia citada -que parece estar pensando más en la actual regulación que en las antiguas agravaciones específicas a las que se refería el caso concreto- basa sus argumentaciones en el citado artículo 46 de la Constitución y en la dificultad de protección del patrimonio arqueológico oculto.

²⁴ Recordemos que el artículo 11 de la Ley 16/85 establece la aplicación provisional del régimen de protección a los bienes cuyos expedientes se encuentren iniciados.

ciones, hubieran debido ser declarados de interés cultural o inventariados y no lo fueron por las autoridades culturales competentes. En tales casos, puede ser discutible que tales bienes puedan formar parte de llamado *ámbito objetivo* del *Patrimonio Histórico Español* por su conocimiento público y porque resulta muy discutible que pueda establecerse un control jurisdiccional penal acerca de cuales sean las más adecuadas políticas culturales, tan proclives a cambios de criterio que determina el desarrollo científico.

Los preceptos citados señalan que los *Bienes de Interés Cultural* gozan de una *singular* protección o que los bienes incluidos en el *Inventario General* poseen una *singular* relevancia²⁵. No cabe, sin embargo, estimar que esa singularidad en la protección tenga un efecto *concreto* en la tutela que dispensa nuestro Código Penal a los bienes culturales, todo ello a salvo, claro está, de la facilidad probatoria que comporta demostrar cualquier agresión a un bien declarado formalmente de interés cultural o inventariado y de la incidencia que inevitablemente esta *singularidad* tendrá a la hora de valorar judicialmente conductas imprudentes o incluso de suficiencia del dolo de consecuencias necesarias que opera en esta clase de delitos.

Es evidente que la ley penal hubiera debido distinguir ambas categorías de protección estableciendo, en cada caso, un régimen de sanciones diferente y proporcionado a la importancia de los bienes culturales que sean agredidos.

Es evidente que los perfiles esenciales previamente aludidos y la necesidad de protección del llamado Patrimonio *oculto*, singularmente el Patrimonio Arqueológico, requieren una conceptualización amplia que permita una aplicación *suficiente* de la ley penal; pero también lo es que la ley penal debiera respetar las diferentes categorías de protección desarrolladas en la ley administrativa, buscando una fórmula de conciliación de ambos espacios legales. Se trata de un reto difícil que no ha sido abordado hasta la fecha por el derecho penal y que quizá promueva, como se ha sostenido en el derecho comparado, la promulgación de una ley penal especial que verdaderamente distinga las agresiones a los bienes culturales y su distinta gravedad.

²⁵ El carácter limitado de este trabajo y su aspecto puramente penal obliga a no extenderse en la explicación de los niveles de protección que establece la Ley 16/85 respecto a los *Bienes de Interés Cultural* y el llamado *Inventario General*. Las diversas leyes autonómicas establecen, incluso, un tercer nivel de protección como ocurre con la ley gallega o andaluza.

De otra parte, resalta la utilización del término *singular* al referirse el Código a los *edificios singularmente protegidos* coincidente con la singularidad a la que alude la ley administrativa, lo cual es exponente de la coincidencia de aquellos edificios con los *Bienes de Interés Cultural* y sus elementos consustanciales.

4. Patrimonio histórico y medio ambiente

Es evidente que existe una relación entre la protección medio ambiental y algunas formas de protección de los llamados *bienes culturales*, cuando menos entre aquellos delitos que merecieron una regulación específica con la promulgación del Código Penal Español de 1995 como nuevos *delitos sobre el Patrimonio Histórico* y que el legislador quiso ubicar en el Título XVI del Libro II, Título que está referido -ya en su rúbrica- a la preservación de los recursos naturales, la ordenación del territorio y a la protección de la flora y fauna.

Esta relación entre la riqueza monumental española y el Medio Ambiente ha sido puesta de manifiesto en ocasiones por la doctrina²⁶ y determina que la protección penal de los bienes culturales, cuando menos en su dimensión arquitectónica o monumental, por encima de cualesquiera consideraciones teóricas, se configure como una nueva *categoría de protección* dentro de la delincuencia medioambiental. Así, desde este punto de vista práctico, la protección de los bienes culturales formaría parte del sistema de protección que el derecho penal dispensa al Medio Ambiente y ello incide de manera importante en la actuación de los tribunales ya que, en buena medida, viene produciéndose una *exégesis propia* a la hora de valorar la aplicación de esta creciente parcela del derecho penal.

Esta valoración teórica pero de indudable repercusión práctica, en buena medida, he tenido oportunidad de exponerla con anterioridad, a la hora de configurar la necesidad de una protección penal *específica* para el Patrimonio Arqueológico²⁷ y en los siguientes términos:

Hace más de veinte años que la jurisprudencia española había acuñado conceptos tan expresivos como el de *ambiente monumental*²⁸ como un claro exponente de esas zonas comunes o convergentes

²⁶ Sobre el particular se puede consultar, dentro de la profusa doctrina existente, el libro de Jesús JORDANO FRAGA *La protección de un derecho a un medio ambiente adecuado* publicado en Madrid por Editorial Bosch en 1995, quien establece -utilizando alguno de los argumentos señalados- la íntima relación entre ambos conceptos e indica que *el medio ambiente y el patrimonio histórico son conceptos distintos pero con zonas de convergencia*. El autor citado viene a considerar y a concluir que, obviamente, no todo lo *cultural* puede ser considerado como *ambiental* o viceversa. En el mismo sentido y en parecidos términos mi trabajo, *La protección penal del Patrimonio Histórico Mueble* publicado en el Centro del Patrimonio Histórico en colaboración con la Universidad de Cádiz. El Puerto de Santa María, Cádiz, 2001 o en *Tres estudios jurídicos sobre el Patrimonio Histórico* previamente citado.

²⁷ En *Tres estudios jurídicos sobre el Patrimonio Histórico* de Cristina GUIASOLA LERMA, Emilio CORTÉS BECHIARELLI y Jesús GARCÍA CALDERÓN, Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2005.

²⁸ En tales términos se expresaba la vieja STS (Sala 3ª) de 29 de Marzo de 1978.

que tienen la protección del medio ambiente y de los bienes culturales. Nadie puede dudar de la plena integración del concepto del Patrimonio Histórico en la protección de los recursos naturales desde una perspectiva arquitectónica, monumental o paisajística por cuanto algunas creaciones permanentes del hombre se enmarcan e integran con total armonía en la naturaleza hasta que -de hecho- forman parte de ella. Cabría entender que dicha integración forma un *todo* y que -por tanto- no es susceptible de separación sin un menoscabo o quebranto apreciable.

Podríamos concluir que tiene lugar una especie de *afección* del medio cultural en el natural y viceversa por cuanto la impresión conjunta de ambas magnitudes produce una alteración sustancial que da un mayor valor al conjunto. Pensemos en las fortalezas que apoyan su defensa en el recodo de un río o en la misma montaña que la sostiene o en la capilla prerrománica que tiene a su puerta un ciprés milenario a modo de auténtica señal de su presencia. Todos ellos son ejemplos de integración de la cultura en el medio natural que ya merecieron, en la redacción de algunos instrumentos jurídicos internacionales, un respaldo normativo de singular importancia. Recordemos que la Convención de París de 23 de Noviembre de 1972 de *Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural*²⁹ llevaba a cabo sendas definiciones de Patrimonio Cultural y Patrimonio Natural como integrantes de un todo o como las dos caras de una misma moneda.

Conforme a lo establecido en el artículo 1 de la Convención citada, dentro del Patrimonio Cultural cabe incluir algunos lugares conocidos como *obras conjuntas del hombre y la naturaleza*³⁰. En puridad,

²⁹ La ratificación por España tuvo lugar con fecha 18 de Marzo de 1982 (BOE nº 156 de 1 de Julio de 1982)

³⁰ Concretamente el artículo 1º de la Convención de París de 1972 considera Patrimonio Cultural a:

- Los monumentos: Obras arquitectónicas, de cultura o pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas, y grupos de elementos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia del arte o de la ciencia.
- Los conjuntos: Grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia del arte o de la ciencia.
- Los lugares: Obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.

Por su parte, el artículo 2º considera, a los efectos de la Convención, como Patrimonio Natural:

- Los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de estas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.
- Las formaciones geológicas o fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el *habitat* de especies animal o vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.

debemos hablar de un solo concepto de Patrimonio Histórico con una naturaleza perdurable y relevante para nuestra especie, integrado por elementos naturales y por aportaciones culturales que el paso del tiempo ha *naturalizado* y convertido en un *testimonio material dotado de un valor de civilización*, siguiendo la famosa definición que el profesor Giannini realiza en su clásica teoría de los bienes culturales.

Este Patrimonio Histórico no debe ser identificado, sin más, con el objeto material de la protección jurídico penal del medio ambiente. Forma parte importante de dicha protección pero la ley sanciona como delitos medioambientales diversas conductas que agreden a elementos de la naturaleza que no son parte de ese Patrimonio. Sirva como ejemplo la contaminación acústica o la realización de vertidos en zonas que no son merecedoras de una singular protección y tutela como zonas o espacios integrantes del llamado ámbito objetivo del Patrimonio Histórico.

La ideas anteriores no resultan tan claras, sin embargo, si atendemos estrictamente a lo que hemos llamado Patrimonio Histórico *mueble*. Aceptada -cuando menos en términos generales- la inclusión del *conservacionismo* cultural en la protección penal del medio ambiente, hemos de aceptar también que el argumento más sólido, al margen del concepto de afectación anteriormente descrito, para sostener dicha integración es -cuando menos desde una perspectiva jurídico penal- el argumento sistemático.

Recordemos que los delitos protectores del *Patrimonio Histórico* se integran en el mismo Título que los delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección de los recursos naturales y la protección de la flora y la fauna. Sin embargo, numerosos preceptos protectores del Patrimonio Histórico se encuentran ubicados fuera del Título que el Código rubrica como *Delitos sobre el Patrimonio Histórico* como formas agravadas de delitos contra la propiedad³¹, contra la administración pública³² o contra la comunidad internacional³³. Esta circunstancia obliga a reconocer que la sistemática elegida para el tratamiento penal de los bienes culturales resulta conflictiva por cuanto pudiera pensarse que el legislador ha querido otorgar un tratamiento penal diferenciado para la protección del Patrimonio Histórico desde una perspectiva medioambiental o arquitectónica y otra protección distinta desde una perspectiva, llamémosle así, *mueble* o patrimonial en un sentido más estricto y vinculado a la propiedad individual.

-
- Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural.

³¹ Se trata del hurto, el robo, la estafa, la apropiación indebida y la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural que recaigan sobre bienes culturales.

³² Se trata de la malversación de bienes culturales.

³³ Se trata de las represalias o actos de hostilidad e infracciones sobre bienes culturales perpetrados en el caso de conflicto armado.

Ciertamente hay argumentos que parecen atendibles y permiten asegurar la dimensión medioambiental del Patrimonio pero tales argumentos parecen circunscribirse al aspecto monumental. Si es fácil comprender la integración en la naturaleza de una capilla o de una fortaleza medieval que utiliza la propia orografía como elemento defensivo, no lo es tanto entender que un objeto concreto -un códice, una talla o una pintura- guarden tan estrecha relación con el medio natural y puedan *afectarle* en el sentido que anteriormente indicábamos.

Todo ello nos llevaría a establecer una importante diferencia inicial en la protección de los bienes culturales según ostenten o no ese *valor* o dimensión medioambiental, distinguiendo los preceptos que castigan supuestos de daños o graves alteraciones de edificios protegidos o de bienes culturales de otra índole que, de algún modo, se integran en el entorno o el paisaje y, aquellos otros que, por su carácter *mueble*, se aproximan más a un concepto privado, material o patrimonialista del Patrimonio Histórico, escapando en buena medida de su dimensión social o colectiva.

La anterior distinción otorga a la protección penal del Patrimonio Histórico un Bien Jurídico *múltiple* o *superpuesto* que es especialmente intenso, como veremos posteriormente a la hora de proponer la creación de una nueva tipología penal para la protección del Patrimonio Arqueológico.

5. La ordenación sistemática de las infracciones penales

La Fiscalía General del Estado, ya en su *Memoria* correspondiente al año 1998³⁴, establecía una serie de reformas que se estimaban necesarias para la protección del Patrimonio Histórico Español. Entre ellas se indicaba la necesidad de *llevar a cabo la oportuna reforma sistemática, incluyendo en el Capítulo de los delitos sobre el Patrimonio Histórico* las distintas tipologías que se encuentran dispersas como algunas formas agravadas de delitos contra la propiedad. Esta necesidad de reforma sistemática ha sido reiterada, con distintos argumentos y soluciones, por casi toda la doctrina española que ha puesto de manifiesto la necesidad de llevar a cabo una profunda *reordenación sistemática que permita una protección integral y adecuada de los llamados bienes culturales*³⁵.

Hemos dicho que la introducción en el Código Penal de un Capítulo específico referido a los delitos

sobre el Patrimonio Histórico vino a cubrir una aspiración claramente sentida en la sociedad española. Las razones alegadas en su día para la introducción de este nuevo Capítulo eran, de una parte, aglutinar las diversas infracciones contra el Patrimonio Histórico que se encontraban dispersas a lo largo del articulado del Proyecto de Código Penal y, de otro, importar la terminología utilizada en *la enumeración de objetos de protección que se realiza en la legislación administrativa*, concretamente en la Ley del Patrimonio Histórico Español teniendo en cuenta la conveniencia de unir todas las tipologías bajo un mismo epígrafe y de utilizar una terminología coherente que evitara problemas interpretativos a la hora de delimitar el objeto material de los delitos que atentan contra el Patrimonio Histórico³⁶.

A pesar de lo afirmado ninguna de las dos razones fue llevada finalmente a la práctica. De un lado, siguen coexistiendo en el Código diversas formas agravadas de delitos contra la propiedad que escapan del capítulo específico de los *delitos sobre el patrimonio histórico* y, de otro lado, el Código llevó a cabo una redacción muy defectuosa y precipitada, estableciendo descripciones o enumeraciones de los bienes integrantes del patrimonio histórico que no coincidían entre sí y que tampoco trasladaban las enumeraciones realizadas para el mismo fin en la legislación administrativa. De hecho, cabe añadir a esta última afirmación que, precisamente, uno de los más graves defectos del capítulo se centra en referirse el artículo 321 al derribo o alteración de *edificios singularmente protegidos* sin utilizar la terminología de *bienes de interés cultural* contenida en la Ley 16/85 a la que, entiendo, quiere referirse el artículo citado, si bien esta asimilación no resuelve otros muchos problemas de aplicación de esta hipótesis delictiva (agresiones a bienes culturales inmuebles que no son edificios, daños a yacimientos monumentales, edificios catalogados de forma no particularizada...)³⁷.

El examen de los trabajos parlamentarios no aporta ninguna luz al problema porque, prácticamente, no existió debate jurídico sobre el particular. La *Enmienda* fue aprobada de forma global sin discusiones que ilustren acerca de cuales fueron las razones

³⁴ Memoria del Fiscal General del Estado (Sr. Cardenal) correspondiente al año 1998, página 578.

³⁵ PÉREZ ALONSO, ob. cit., realiza una interesante propuesta de reordenación sistemática llevando a cabo una clasificación tripartita de esta clase de delitos y distinguiendo entre *delitos relacionados con la adquisición de ilegal de bienes culturales; delitos relacionados con la destrucción, deterioro e inutilización de bienes culturales y delitos relacionados con el tráfico de bienes culturales*.

³⁶ Suele abordarse por la doctrina como discusión clásica a la hora de comentar la decisión del legislador español y con habituales argumentos de derecho comparado, cual sea la fórmula legal más conveniente para la protección penal del patrimonio histórico, estableciendo leyes especiales o capítulos integrados en el Código Penal; sobre el particular pueden consultarse los trabajos de Cristina Guisasola y Pérez Alonso previamente citados.

³⁷ En alguna ocasión se ha manifestado lo inoportuno de la no admisión de una enmienda presentada por el Grupo Popular en el Senado (la Enmienda de modificación nº 617) que pretendía la utilización de la frase *bienes inmuebles declarados de interés histórico artístico, cultural o monumental*. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que tal modificación tampoco suponía la importación de los conceptos manejados por la ley administrativa y que no resolvía, como posteriormente veremos, la cuestión de los elementos consustanciales.

que llevaron al legislador a mantener la distinción sistemática a la que nos referimos. Sí puede observarse que en el tono de las discusiones parlamentarias se puede apreciar que en todo caso giraban en torno al Título XV como un Título referido a la delincuencia medioambiental y, si bien no hay referencias directas³⁸ que permitan asegurarlo, parece claro que el no *advertir* el diferente tratamiento sistemático era consecuencia de que los legisladores querían abordar el problema de las agresiones al Patrimonio Histórico desde un punto de vista arquitectónico o monumental vinculado, como hemos tenido oportunidad de señalar anteriormente, al concepto jurídico penal de Medio Ambiente.

El Capítulo introducido en el Código Penal, por tanto, sólo se integró por cuatro escuetos e insuficientes preceptos referidos al derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos (artículo 321), a la adopción de acuerdos para llevar a cabo tales acciones como forma específica de prevaricación (artículo 322) y a supuestos de daños dolosos o imprudentes sobre bienes culturales (artículos 323 y 324). Fuera del capítulo quedaron, al margen de algunas tipologías comunes a todo el Título *medioambiental*, las tradicionales figuras agravadas de delitos contra la propiedad y otras formas delictivas *singulares* vinculadas al Patrimonio como la figura de daños en cosa propia de utilidad social o cultural prevista en el artículo 289 del Código Penal.

6. Algunas propuestas de tipificación penal

Desde que el Código Penal de 1995, dando respuesta a numerosas demandas sociales y al mandato contenido en el artículo 46 de la Constitución española, decidiera introducir una nueva categoría delictiva expresamente referida a la preservación del Patrimonio Histórico Español, la doctrina ha venido reiterando las numerosas deficiencias técnicas que estos nuevos delitos plantean en su regulación y que dificultan, como venimos sosteniendo, una relación adecuada entre Patrimonio Histórico y Derecho Penal.

Al margen de las propuestas de ordenación sistemática que han sido previamente expuestas y de diversos aspectos interpretativos que serán objeto de análisis en otras ponencias, la doctrina ha mantenido reiteradamente la necesidad de llevar a cabo una reflexión destinada a la introducción de algunas nuevas

³⁸ Resulta interesante leer en la escueta justificación de la Enmienda previamente citada alguna alusión a la *diversidad* del bien jurídico protegido y a la idea de una defensa proporcionada de *la ordenación del territorio y el urbanismo en armonía con las restantes referencias penales al medio ambiente natural y cultural que son realidades más genéricas que abarcan tales conceptos*. El texto pone de manifiesto que los debates parlamentarios cuando se referían a la protección del legado histórico lo hacían como una parte integrante de la protección medioambiental.

tipologías que enriquezcan el sistema de protección penal del patrimonio histórico y entre las que merecen destacarse las tres siguientes:

6.1. El debate penal sobre el expolio arqueológico

La distinción que hemos realizado con anterioridad entre Patrimonio *Mueble* y *Monumental* presenta algunas importantes peculiaridades en el caso de la riqueza arqueológica.

La primera singularidad a la que aludiremos radica en establecer que los hallazgos arqueológicos participan de una triple naturaleza que resulta esencial para perfilar lo que debiera ser un bien jurídico tutelado propio o individualizado en esta clase de bienes culturales.

En primer lugar, las piezas arqueológicas son objetos muebles que pueden ser sustraídos e introducidos con enorme facilidad en el mercado ilegal. De hecho, tradicionalmente, la mayor parte de las infracciones asociadas a los bienes culturales se refiere a este problema del expolio, falsificación y distribución ilícita de piezas arqueológicas, utilizando en ocasiones *la red* informática. En esta primera naturaleza destaca una idea de propiedad individual y de intensa comercialización.

En segundo lugar, la arqueología también presenta una dimensión monumental o arquitectónica. Pueden aparecer ruinas, vestigios o yacimientos con restos constructivos que les otorguen un carácter diferenciado³⁹ e incluso, al margen de lo anterior, un yacimiento adquiere una dimensión arquitectónica como *fuerza de información científica*, en cuanto, tras un proceso científico de estudio⁴⁰, proyecta la dimensión urbana de la zona excavada, de su entorno social y de sus condiciones principales de vida. Recordemos que la Ley 16/85, en su artículo 40, cuando define el *Patrimonio Arqueológico* alude a *bienes muebles e inmuebles de carácter histórico susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica*.

Por último, en tercer lugar, el yacimiento arqueológico comporta una forma de riqueza natural. La palabra yacimiento, conforme a su sentido gramatical y geológico, se identifica con el lugar donde naturalmente aparece una roca, mineral o fósil. El yacimiento arqueológico es un lugar donde aparece, de forma igualmente natural y por el simple paso del tiempo, otra forma de extraordinaria riqueza. Se trata, por tanto, de un *recurso* y más concretamente de un *recurso natural* cuya extracción comporta una poste-

³⁹ El artículo 1 de la Convención de París de 1972 se refiere al definir al Patrimonio Cultural a *estructuras de carácter arqueológico*.

⁴⁰ Ya el Convenio Europeo de Londres de 1969 otorgaba la consideración de vestigios u objetos arqueológicos a cualesquiera manifestaciones humanas que constituyan *testimonios de épocas y civilizaciones cuya principal, o una de las principales, fuentes de información científica esté asegurada por excavaciones o descubrimientos*.

rior distribución en circuitos comerciales y una sustancial ganancia económica⁴¹.

Conforme a lo anterior, es preciso señalar que la protección penal del Patrimonio Arqueológico defiende -en todo caso- un bien jurídico extraordinariamente amplio que engloba la propiedad individual, la propiedad colectiva o el interés social e incluso el entorno natural o urbanístico donde se encuentran los yacimientos o zonas arqueológicas y ello con independencia de que podamos diferenciar piezas arqueológicas integradas en el Patrimonio Histórico Mueble o vestigios y elementos arquitectónicos que puedan encontrarse en yacimientos integrados en el *Patrimonio Histórico Inmueble* o, incluso en el Patrimonio Natural como ejemplos de *obras conjuntas del hombre y la naturaleza*.

Al margen de lo anterior, la agresión al Patrimonio Arqueológico presenta otra singularidad de extraordinaria importancia práctica ya que de todas las manifestaciones materiales que integran el Patrimonio Histórico es, sin duda, la que da lugar a una mayor y más variada actividad delictiva⁴² sin que, pese a ello, cuente con tipologías propias y una respuesta suficiente en la legislación penal.

Esta carencia, que ha sido reiterada por la mayor parte de la doctrina, dificulta extraordinariamente la adecuada persecución de algunas conductas francamente nocivas para protección de los bienes culturales, como analizaremos a continuación.

Recordemos, antes de proseguir, que no hay que olvidar la especial configuración que el Patrimonio Arqueológico merece en nuestra ley administrativa por cuanto es muy frecuente su carácter oculto y, sobre todo, desconocido o plenamente ignorado y la necesidad de una configuración propia para que pueda ser preservado de una manera efectiva.

Tradicionalmente se ha señalado que la riqueza arqueológica presenta mayores riesgos de destrucción⁴³ que otros elementos integrantes del *Patrimonio*

Histórico y por ello la Ley 16/85 marca en este sentido un verdadero punto de inflexión en la evolución legislativa española al establecer una especie *hiperprotección* de estos bienes culturales⁴⁴ cuando en su artículo 44.1, como es sabido, otorga la condición de bienes de dominio público de *todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar*. Posteriormente el precepto excepciona la aplicación del artículo 351 del Código Civil que está referido al tesoro oculto, estableciendo el deber de comunicación del descubridor a la administración competente *en el plazo máximo de treinta días e inmediatamente cuando se trate de hallazgos casuales*. La Ley del Patrimonio Histórico establece, de esta forma, una forma especial de posesión potencial del Estado sobre cuantos bienes desconocidos y con relevancia histórica puedan encontrarse ocultos en nuestro subsuelo.

Todos sabemos que expolio de yacimientos arqueológicos se configura como la forma más habitual de agresión al Patrimonio Histórico Español. Hemos señalado anteriormente que nuestro extraordinario Patrimonio Arqueológico presenta grandes riesgos de destrucción por su ingente riqueza, por la falta de medios disponibles para su adecuado descubrimiento y por otras causas más o menos *directas*, como nos señala la profesora Cristina Guisasola⁴⁵ que podrían sintetizarse, básicamente, en las dos siguientes: De un lado, la especulación generada por el desarrollo urbanístico que a veces afecta a zonas de enorme riqueza arqueológica que no son respetadas junto al crecimiento desmedido y desordenado de la construcción y, de otro, el saqueo de yacimientos arqueológicos por diversos usos fraudulentos como un coleccionismo equivocado o para el abastecimiento de un mercado ilícito *menor* con la frecuente utilización de aparatos detectores de objetos metálicos que no son merecedores de una regulación legal suficiente.

Tradicionalmente, la doctrina y alguna jurisprudencia provincial ha discutido acerca de la posibilidad de incardinar el supuesto de apoderamiento o expolio de piezas arqueológicas sustraídas de algún yacimiento como formas de hurto o apropiación indebida.

Recordemos al respecto que el artículo 234 de nuestro Código Penal castiga con la pena de prisión de seis a dieciocho meses, siempre que la cuantía exceda de 400 euros, al que, con ánimo de lucro, *tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño*.

⁴¹ Sobre el particular conviene recordar que, en ocasiones, se han puesto de manifiesto opiniones como la siguiente: *En algunas poblaciones, la nula colaboración de las autoridades locales se pretende justificar por el hecho de que el expolio arqueológico es el único modus vivendi para muchas familias, y con esta actitud tolerante tratan de paliar las consecuencias que provoca la carencia de empleo*. Recogido del trabajo de J. Marcial PÉREZ DOMINGUEZ *Patrimonio Histórico e Investigación policial* publicado por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en la colección de Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Madrid, 1998, Volumen VIII.

⁴² Acerca de los perfiles de la criminalidad vinculada a la arqueología puede consultarse el trabajo de J. Marcial PÉREZ DOMINGUEZ previamente citado.

⁴³ Algunos autores como PASTOR y PACHÓN ROMERO señalan como factor de riesgo y *segunda forma de destrucción* del Patrimonio Arqueológico español la falta de medios materiales. En *¿Quién protege nuestro Patrimonio Arqueológico?* Revista de Arqueología, n° 111, Madrid, 1990.

Cristina Guisasola Lerma, sobre la base anterior, llega a establecer como *causa indirecta* de destrucción del Patrimonio Arqueológico, *cier-*

ta ausencia de capacidad de gestión de un Patrimonio tan rico por parte de la Administración española. Ob. cit., página 638.

⁴⁴ Otro claro ejemplo de hiperprotección es la declaración como Bienes de Interés Cultural por ministerio de la ley de las *cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre*.

⁴⁵ Cristina GUIASOLA LERMA, Ob. Cit., en su extenso análisis del delito tipificado en el artículo 323 del Código Penal, página 638 y siguientes.

Posteriormente, el artículo 235.1 establece un subtipo agravado en virtud del cual el hurto se castiga con pena de prisión de uno a tres años *cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*.

Recordemos, por su posible incidencia práctica que, conforme a la reforma operada en virtud de la Ley 15/2003 se castigará con la misma pena, como autor de un delito *al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.1 de este Código como una falta de hurto, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito*.

Sobre la base anterior, se planteó la posibilidad de que, habida cuenta de la consideración de los bienes integrantes del Patrimonio Arqueológico por disposición legal como bienes de dominio público y –por tanto– como cosas ajenas, podría configurarse el expolio o la apropiación de las piezas arqueológicas de cualquier yacimiento como un delito de agravado de hurto siempre que la valoración material del objeto superara el límite penalmente relevante o como una falta de la misma naturaleza conforme a lo prevenido en el artículo 623.1 del Código Penal, previamente citado.

La hipotética calificación del expolio arqueológico como un delito agravado o falta de hurto fue contestada por la doctrina al estimar que las piezas arqueológicas no podían ser hurtadas por cuanto no podían ser consideradas, propiamente, como cosas muebles *ajenas*. Roma Valdés⁴⁶ desarrolla con autoridad esta teoría al estimar que el artículo 44.1 de la Ley 16/85 establece una demanialidad *ope legis* cuyo fundamento, como antes señalábamos, es otorgar una protección suplementaria.

Considera el autor citado, sin embargo, que la Administración tiene el dominio sobre el hallazgo pero no la posesión o la relación directa e inmediata con la cosa que sería, al fin y al cabo, el bien jurídico protegido en el delito de hurto. Al margen de lo anterior, el autor expresa las dificultades que comporta llevar a cabo una interpretación extensiva del tipo penal que lo extienda a una especie de posesión mediata basada en una figura o ficción legal. Por último, señala Roma que esta tipificación supondría la protección penal de una *expectativa económica*, de un *derecho de adquisición* y que resulta *difícil afirmar que la administración posee un bien como activo patrimonial cuando ni siquiera ha tenido efectivo conocimiento de su existencia*.

La promulgación del Código Penal de 1995 trajo consigo una nueva tipificación delictiva asimilada al delito de apropiación indebida en la que, en principio, podrían integrarse con cierta facilidad las situaciones de expolio arqueológico o excavaciones ilícitas.

⁴⁶ Antonio ROMA VALDÉS, ob. cit., página 15 y siguientes donde se lleva a cabo una exposición más extensa sobre el particular.

En efecto, el artículo 253 del Código Penal castiga el comúnmente conocido como *hurto de hallazgo* con la pena de multa de tres a seis meses a los que, *con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de las cincuenta mil pesetas. Si se tratare de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años*.

La mayor parte de la doctrina consideró entonces que el apoderamiento de piezas arqueológicas podría tipificarse conforme al nuevo artículo anteriormente citado⁴⁷.

Roma Valdés⁴⁸, por el contrario y al igual que estimara con el delito genérico de hurto, consideró que los bienes sustraídos no podrían dar lugar a esta tipificación por cuanto los hallazgos arqueológicos no podrían ser considerados, como nos reclama el tipo legal, como una *cosa perdida* o *de dueño desconocido*. Estimaba el autor citado, con respecto a la administración pública, que su titularidad comienza una vez producido el hallazgo, de tal modo que, con anterioridad, no puede estimarse como un bien que hubiera *perdido* al no ser aún titular del mismo. Una vez encontrado el objeto, por otra parte, no cabe hablar de *cosa de dueño desconocido*. La situación anterior sólo permitía, a juicio de este autor y desterrada la posible tipificación del hurto y de la apropiación indebida, considerar que –en todo caso– el apoderamiento de piezas de yacimientos arqueológicos podría perseguirse como un delito especial de daños al *Patrimonio Histórico* conforme aparece tipificado en el artículo 323 del Código Penal, que analizaremos más adelante.

Contrariamente a lo señalado con anterioridad, he sostenido que el apoderamiento de piezas arqueológicas, sí puede ser configurado como un delito agravado de hurto, conforme a la previsión de los artículos 234 y 235.1 del Código Penal o como una simple falta de la misma naturaleza, siempre y cuando la sustracción tenga lugar sobre un yacimiento que haya sido previamente declarado como tal e inventariado, al margen del tipo de protección administrativa por el que haya optado la autoridad cultural competente.

Es importante recordar que esta interpretación, tras su exposición por la Fiscalía de Andalucía como criterio asumido por su *Red de Fiscales Medioambientales*, fue expuesta en la *Memoria* de la Fiscalía General

⁴⁷ En tal sentido, a título de ejemplo, OROZCO PARDO y PÉREZ ALONSO en *la tutela civil y penal del Patrimonio Histórico*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1995; Cristina GUIASOLA LERMA en *Los delitos sobre el Patrimonio Histórico* en el nuevo Código Penal de 1995, Poder Judicial, número 43-44, Madrid 1996 y Jesús GARCÍA CALDERÓN en *La protección Penal del Patrimonio Histórico*, CEJAJ, Estudios del Ministerio Fiscal, Madrid 1998. Con extensión y algunos matices, Salinero Alonso en *La Protección del Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995*, Cedecs, Barcelona, 1997.

⁴⁸ Antonio ROMA VALDÉS, ob. cit., *idem supra*.

del Estado correspondiente al año 2004 (Sr. Conde-Pumpido Tournon).

Como hemos indicado anteriormente, el *Patrimonio Arqueológico* es una riqueza colectiva, un extraordinario recurso científico y material vinculado naturalmente a la tierra, un concepto jurídico a través del cual se protegen o pueden proteger bienes de distinta naturaleza como la propiedad individual, el interés social o colectivo, el mercado lícito de la cultura y hasta el entorno natural o urbanístico donde se encuentran ocultos los bienes culturales que lo integran. Cuando la ley administrativa otorga un tratamiento diferenciado y privilegiado a las piezas arqueológicas lo que hace es entregar esa riqueza y la disposición de esos recursos a la Administración Pública y es esa Administración la que realiza una declaración formal de voluntad en virtud de la cual señala y acota claramente el perímetro de un lugar o yacimiento donde se encuentra una *f fuente de conocimiento científico* que puede tener, además, un elevado valor material y que, en todo caso, le pertenece.

No es cierto, por tanto, que los bienes arqueológicos ocultos en cualquier yacimiento, cuando han sido declarados como tales y formalmente protegidos, no tengan la consideración de cosas muebles y ajenas. Lo son y son, además, previamente poseídas por la Administración que documenta y declara a través de un válido instrumento administrativo que la riqueza arqueológica contenida en el yacimiento le pertenece. Negarlo, valga a título de ejemplo, sería negar la posibilidad de explotación de una cuenca minera o de un acuífero o de cualquier recurso natural que exista en el subsuelo y no sea *visible* por su propietario.

Existen otros ejemplos en nuestro Código Penal en los que se castiga el apoderamiento de efectos que aún no han tenido virtualidad alguna en el tráfico jurídico. Ello ocurre con alguna modalidad comisiva del nuevo delito de defraudación tributaria que se encuentra tipificado en el artículo 305 del Código Penal cuando se castiga, entre otras conductas, la elusión del pago o la falta de ingreso en la Hacienda Pública de aquellas cantidades retenidas a cuenta o que se hubieran debido retener⁴⁹. En tales casos se castiga la frustración de una expectativa económica que corresponde al Estado a consecuencia de lo establecido en la legislación tributaria. lo mismo cabría señalar con respecto al expolio de piezas no desconocidas que, en cualquier caso, hubieran debido ser no depositadas en poder del Estado.

Cabe concluir, por tanto que el expolio de piezas arqueológicas a través de excavaciones ilegales o por el uso fraudulento de detectores y otros mecanismos de búsqueda, puede ser calificado como un delito

agravado de hurto cuando el yacimiento del que son extraídas las piezas cuenta con una previa declaración administrativa que lo protege, conforme a todas las previsiones y garantías que establece la legislación administrativa española.

En cuanto a la figura de la apropiación indebida del artículo 254 del Código Penal también cuenta, en mi opinión, con una aplicación residual y referida igualmente al apoderamiento de otros bienes arqueológicos extraídos de lugares que no cuentan con una previa declaración administrativa que los declare bienes culturales.

En mi opinión, los objetos y vestigios arqueológicos pueden considerarse *cosas perdidas* por cuanto, en su sentido gramatical, perder significa tanto *dejar de tener* como *no hallar*. Ciertamente perder se relaciona con la pérdida de la posesión pero esta posesión no debe exigirse que tenga, en todo caso, un carácter estrictamente material. La declaración demanial que realiza el artículo 44.1 de la Ley 16/85 otorga a la administración una forma de posesión diferida que no comienza con el hallazgo del objeto sino con anterioridad al mismo, durante el período de ocultación del bien; situación jurídica que estaría justificada por el imperativo constitucional que exige de los poderes públicos una preservación y acrecentamiento del *Patrimonio Histórico Español* el cual aparece genéricamente *depositado* en manos de las autoridades culturales competentes.

En cualquier caso, como ha puesto de manifiesto muy expresivamente el profesor Juan Manuel Alegre Ávila, al referirse extensamente al problema de la justificación del dominio arqueológico como dominio público, *no podemos vincular la intervención administrativa a la previa existencia de una titularidad dominical, cuando es mas que evidente que el ejercicio de las actividades administrativas, tal y como resultan configuradas por la Ley (y la potestad autorizatoria, al menos en sus perfiles clásicos, es un típico ejemplo de ejercicio de policía administrativa), dimanar de la posición institucional de supremacía de la Administración, que no precisa fundarse en otro título habilitante sino en una previa norma jurídica*⁵⁰.

Conforme a lo anterior, los apoderamientos de piezas arqueológicas en lugares que no cuenten con una previa declaración administrativa, podrían tipificarse como formas de apropiación indebida del artículo 253 del Código Penal, siempre y cuando pudiera acreditarse, de un lado, el ánimo de apoderamiento definitivo del sujeto y, de otro, el que tenga una conciencia, cuando menos aproximada, de la relevancia histórica de los bienes sustraídos.

⁴⁹ Recordemos que con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 6/95 de 29 de Junio en los delitos contra la Hacienda Pública, tales conductas se perseguían habitualmente como formas comunes de apropiación indebida.

⁵⁰ Juan Manuel ALEGRE ÁVILA, en el clásico y extenso trabajo *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, publicado en la Colección *Análisis y Documentos* del Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, Tomo II, página 368 y concordantes, donde se aborda la cuestión con extraordinario rigor que no podemos reproducir por falta de espacio.

La *Red de Fiscales Medioambientales de Andalucía* viene aplicando estos criterios y ha formulado algunas acusaciones por delito de apropiación indebida ante expolios de piezas arqueológicas expuestas a la venta en la vía pública *sin cumplir los requisitos* que señala nuestra legislación administrativa, señalando que son de bienes de dominio público dignos de protección y que se integran sin lugar a dudas en el Patrimonio Histórico Español. Previamente, se obtienen informes periciales que establecen su procedencia de yacimientos arqueológicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Pero la posibilidad de tipificación del apoderamiento de piezas como modalidades agravadas del hurto o de la apropiación indebida no agota la persecución penal de estas conductas. Las figuras anteriores se configuran como delitos contra la propiedad en las que se aprecia un bien jurídico *añadido* o difuso que protege la función social que, conforme a nuestra Constitución, cumplen los bienes culturales. Hablamos de dos bienes tutelados superpuestos o complementarios que otorgan una dimensión puramente material y otra social o de propiedad colectiva a los vestigios arqueológicos que cuentan, objetivamente, con un interés innegable.

Pero al margen de lo anterior, decíamos en otro epígrafe del presente trabajo, que el *Patrimonio Arqueológico* guarda una dimensión inmueble, ligada a la protección medioambiental, dimensión en la que se protege, a través de la persecución como delitos de algunas agresiones al mismo, la importancia del vestigio arqueológico como *fuerza de información científica*. Desde este punto de vista, al margen del apoderamiento de piezas arqueológicas en yacimientos, ya estén declarados o no como tales, puede consumarse un delito sobre el *Patrimonio Histórico Español* en situación de concurso ideal.

El yacimiento o la excavación arqueológica puede sufrir un daño apreciable que impida o altere las posibilidades de llevar a cabo un estudio sistemático y relacionado de los objetos extraídos, de tal forma que la acción del sujeto consuma un delito agravado contra la propiedad, ya sea como hurto o ya sea como un delito de apropiación indebida y, al mismo tiempo, en situación de concurso ideal, un *delito de daños sobre el Patrimonio Histórico Español* del artículo 323 del Código Penal, precepto que analizaremos a continuación.

Recordemos que el artículo 323 del Código Penal castiga entre los *Delitos sobre el Patrimonio Histórico*, con una pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses al *que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos*. Se trataría de un delito específico de daños contra los intereses colectivos con aplicación preferente sobre el tipo genérico contenido en el artículo 263 del Código Penal.

Los supuestos analizados por la jurisprudencia de daños o agresiones en yacimientos arqueológicos, a los que hemos aludido someramente con anterioridad, han sido los que han permitido realmente establecer los dos perfiles esenciales del concepto jurídico penal de los bienes culturales: El que no sea necesaria una previa catalogación administrativa para su protección y la escasa intensidad del dolo exigible a los autores de la infracción para que sean considerados autores de un hecho con trascendencia delictiva.

Al margen de toda la discusión teórica anterior, parece evidente que lo más razonable podría ser llevar a cabo una tipificación explícita sobre el expolio arqueológico que abordara de una manera *suficiente* las distintas posibilidades comisivas. Entre las propuestas aportadas por la doctrina, resulta interesante la realizada por el Fiscal Antonio Roma Valdés⁵¹; al interesar la redacción de un nuevo delito de daños en el artículo 324 bis en los siguientes términos: *Se castigará con la pena de prisión de uno a tres años a quien, sin la debida autorización, realizare cualquier clase de excavación o remoción de tierras con la intención de obtener los restos arqueológicos que contuvieren los terrenos, así como a quien portare equipamiento adecuado con el mismo fin. Si se hubiesen encontrado materiales arqueológicos, se pondrán inmediatamente en conocimiento de la administración competente*.

En realidad, la propuesta se desenvuelve entre la figura de la apropiación indebida, el hurto y los daños específicos al Patrimonio Histórico, habida cuenta su ubicación sistemática, sin requerir que tenga lugar el apoderamiento efectivo del objeto y con una última alusión a la *tenencia de útiles para el expolio* que recupera la fórmula, siempre dudosa, del delito de sospecha.

A pesar de mis dudas iniciales sobre el particular, la realidad criminal española ha terminado por darle la razón al autor citado ante una insuficiente respuesta normativa para perseguir los frecuentes expolios de yacimientos arqueológicos sufridos en toda España, aunque esta nueva modalidad delictiva podría configurarse, a mi juicio, abandonando al ámbito administrativo sancionador el uso de *equipamiento adecuado* para el expolio. Más apropiado podría resultar distinguir situaciones de expolio que tengan lugar sobre yacimientos protegidos y aquellos otros que aluden a situaciones de Patrimonio Arqueológico *oculto*, sin olvidar el expolio de nuestros yacimientos arqueológicos subacuáticos, de un inmenso valor, importando hasta nuestro derecho las previsiones de la *Convención de la UNESCO para la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático* aprobada en París con fecha 2 de noviembre de 2001, así como la *Carta Internacional para la protección y la gestión del*

⁵¹ En *La protección penal del patrimonio arqueológico*, trabajo previamente citado.

Patrimonio Cultural Subacuático que fue adoptada por ICOMOS⁵² en 1996.

6.2. El problema del valor incalculable

En lo que respecta al límite cuantitativo de los daños al Patrimonio Histórico con relevancia penal, hemos de recordar que la tipología básica en la materia –el artículo 323 del Código Penal– no establece ningún límite. Teniendo en cuenta que el artículo 625 del mismo texto legal, con poco acierto sistemático y al ubicar entre las faltas contra la propiedad y como subtipo agravado, los daños que no superen los cuatrocientos euros si recaen sobre bienes de valor histórico, artístico, cultural o monumental, se deduce de lo anterior, *a sensu contrario*, que el valor del daño producido en cualesquiera bienes culturales deben superar necesariamente esa cantidad para alcanzar relevancia como delito.

Un sector de la doctrina ha estimado que no es aconsejable acudir a este criterio cuantitativo y que debe atenderse *únicamente el valor cultural del objeto*, aún cuando se reconoce que el criterio cuantitativo es el único viable y que permite diferenciar con claridad la conducta delictiva de la falta⁵³.

La solución que permita conciliar ambas posturas, cuando menos en lo que a yacimientos arqueológicos se refiere, puede ser la de estimar que la evaluación del daño no debe estar referida exclusivamente a la valoración económica de las piezas concretamente destruidas sino que debe extenderse a otros valores presentes en el yacimiento como el menoscabo producido en la metodología arqueológica desarrollada o el esfuerzo que deba realizarse por expertos para *reconstruir*, siempre que sea posible, las condiciones previas del yacimiento.

Con la utilización de tales criterios, es muy difícil encontrar situaciones de expolio que no alcancen la cantidad reseñada como límite de la conducta dañosa con relevancia delictiva, teniendo en cuenta –además– la previsión del artículo 234.2 del Código Penal que permite la conversión de faltas reiteradas de hurto como delito de la misma naturaleza.

En materia de daños al Patrimonio Histórico, se establece, además, la posible adopción por el Juez o Tribunal sentenciador, a cargo del autor del daño, *de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado*. Esta posibilidad ha sido criticada por la

doctrina que la estima costosa, por cuanto comportará amplias labores de control, y de dudosa eficacia. En realidad, la producción de graves daños arqueológicos suele estar vinculada a los intereses especulativos propios de la construcción. No se aprecia –por regla general– en este tipo de agresores ninguna intención de apropiación sino el deseo de evitar, a través de la inmediata destrucción de los vestigios arqueológicos descubiertos, el perjuicio económico que comporta la probable paralización de las obras.

La cuestión esencial, sin embargo, que debe plantearse en materia de valoración de cualesquiera daños al Patrimonio Histórico es la que alude a la posible inclusión en el texto jurídico penal de un nuevo concepto de *valor incalculable*. La determinación de un valor material en un bien u objeto con trascendencia histórica, aún reconociendo la existencia de un mercado lícito o ilícito de bienes culturales casi ilimitado, es obvio que no permite una protección adecuada sea cual sea la cifra finalmente obtenida: Un testimonio material que está dotado de la capacidad de poseer un *valor de civilización* no puede ser reconducido a la mera anotación contable de su posible reparación o de su valor en un mercado salvajemente especulativo porque contiene valores inmateriales o incluso espirituales de tal magnitud que reclaman una mayor sensibilidad para la cultura desde el derecho.

Tenemos que reconocer, en primer término, que es imposible, sirva como ejemplo, valorar algunas manifestaciones culturales como el arte rupestre. Tan imposible como lo es valorar el saqueo de piezas de un museo arqueológico aprovechando la confusión de un conflicto armado y que nunca podrán ser restituidas a su integridad científica original. En tales casos, la norma penal debe crear un nuevo concepto jurídico, indeterminado pero también imprescindible, acudiendo a la pericia que se estime necesaria y que permita inferir que nos encontramos ante valores quebrantados por el agresor de valor incalculable o, quizá más propiamente, de un valor irreparable. No existe tanta distancia con otros conceptos integrados con toda normalidad en la norma penal como ocurre con los de *notoria importancia* o de causar un *grave daño a la causa pública* que aparecen en otras tipologías penales de igual o de menor gravedad. Hablamos, en realidad, de una figura de *antivalor*, de todo lo contrario a cualquier valoración económica o material, de un concepto absolutamente antagónico al del valor material y que está construido sobre la teoría de los bienes culturales. Recordemos que no es este el único *concepto antagónico* que nos proporciona el estudio jurídico del Patrimonio Histórico: La formal declaración del valor incalculable de algunos bienes o lugares es la consumación de un nuevo concepto antagónico de la propiedad. Nada más alejado de la propiedad privada que aquello que pertenece a todos, superando incluso cualesquiera barreras espacio temporales, al ser considerado como Patrimonio de la Humanidad.

En segundo término, la acreditación de esta forma de valor, incalculable o irreparable, puede permitir

⁵² Conforme a lo señalado en su página electrónica, ICOMOS; fundado el año 1965 en Varsovia tras la elaboración de la Carta Internacional sobre la *Conservación y Restauración de los Monumentos y los Sitios Histórico-Artísticos*, conocida como *Carta de Venecia*, el *Consejo Internacional de Monumentos y Sitios Histórico-Artísticos* (ICOMOS) es la única organización internacional no gubernamental que tiene como cometido promover la teoría, la metodología y la tecnología aplicada a la conservación, protección, realce y apreciación de los monumentos, los conjuntos y los referidos sitios.

⁵³ En este sentido Cristina GUIASOLA LERMA, ob, citada, página 619.

una diferenciación básica a la hora de preservar el Patrimonio Histórico, estableciendo un régimen de sanciones que sea proporcionado a la gravedad real de la agresión. Cuando el daño dolosamente producido no puede ser calculado o reparado es lógico reclamar una mayor dureza sancionadora que cumpla con los fines de prevención general de la norma.

Nada impide, en tercer lugar, que sea justamente la norma administrativa la que vaya cimentando, de una manera más extensa, esta nueva categoría conceptual del *valor incalculable* para que posteriormente pudiera, en el momento oportuno, trasladarse con garantías hasta el texto penal.

6.3. La adquisición de bienes culturales como forma de blanqueo de capitales o receptación

Muy brevemente, bastará comentar que esta posible tipificación no haría más que adoptar una decisión de política criminal muy razonable que, en parecidos términos, ya ha sido asumida por nuestro legislador penal. Si, conforme a lo establecido en el artículo 301 del Código Penal, contamos con formas específicas de blanqueo de capitales vinculado a las actividades de narcotráfico, no parece existir ningún inconveniente legal para asociarlo a la adquisición de bienes culturales, teniendo en cuenta el bien jurídico *múltiple* protegido a través de estas formas de delincuencia.

El tráfico ilícito de bienes culturales, que obtiene su protección penal en España a través de la Ley Orgánica 12/95, de 12 de diciembre *de represión del contrabando*, ha merecido una especial atención en la legislación procesal español al considerarlo como una forma *posible* de criminalidad organizada⁵⁴ y nada debería impedir la tipificación de una modalidad agravada de *blanqueo de capitales* que establezca una mayor sanción (imposición de la pena en su mitad superior) y un decomiso inmediato a favor de las autoridades competentes cuando se *agote* la actividad delictiva mediante la adquisición de bienes culturales. Lo determinante, en este caso, no sería el origen sino la adquisición de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español mediante efectos procedentes de una actividad delictiva grave en términos similares a los establecidos en el artículo 301 del Código Penal, donde bastaría la adición de un nuevo inciso final.

De otra parte, la facilidad de transmisión de una información documentada de forma anónima a través de *la red* favorece este tráfico ilícito de manera desmesurada y constituye, junto con el alto valor económico que pueden adquirir los bienes culturales y las facilidades para su ocultación y traslado, un sólido

argumento de política criminal para reprimir estas conductas, además de lo manifestado anteriormente respecto del blanqueo de capitales, como una forma específica de receptación y con una penalidad agravada en los mismos términos, imponiendo las penas en su mitad superior y estableciendo un decomiso inmediato a favor de las autoridades culturales que sean competentes.

El mero incumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación administrativa para la adquisición de bienes culturales quedaría configurado como un mero elemento indiciario que, unilateralmente considerado, no parece deba incluirse en la esfera de aplicación del derecho penal, debiendo ser corregido en el ámbito administrativo sancionador. Lo más razonable sería revestir a estas actividades comerciales de una serie de formalidades administrativas como la acreditación del origen lícito de los bienes, el cumplimiento de controles administrativos efectivos o la exigencia de certificaciones que permitan deducir con facilidad para cualquier comprador el origen lícito o ilícito de los bienes y la intervención oficial en su comercialización.

7. Discordancias entre la ley penal y la ley administrativa

La divergencia entre la ley penal y la administrativa debe entenderse como una consecuencia lógica de los principios inspiradores del proceso penal y de la interpretación que deba ofrecerse acerca del mandato contenido en el artículo 46 de la Constitución. Esta divergencia es razonable cuando se refiere a la exégesis de los valores protegidos en cada una de las normas sancionadoras y en atención a su distinta naturaleza. Es inapropiada, sin embargo, cuando se confunden conceptualmente los valores que deben ser protegidos por el derecho.

La preservación de la cultura es una competencia en su mayor parte transferida a las Comunidades Autónomas y ello siempre ha comportado una dificultad *añadida* de relación con las normas penales y su aplicación. Querámoslo o no, esta relación tiene que ser normalizada porque las normas autonómicas alcanzan en estos últimos años y en un desarrollo lógico del *Estado de las Autonomías* la consideración de normas generales que completan o integran al derecho penal y esta cuestión es –además– una cuestión constitucional incontrovertida.

La relación entre la ley penal y la administrativa debe tener lugar teniendo en cuenta que es preciso, en primer término, construir una teoría jurídico penal propia para el Patrimonio Histórico que sea respetuosa con la diversidad legislativa española y se inspire, en buena medida, en los nuevos valores jurídicos contenidos en la legislación europea e internacional sobre la materia. Debe procurar, en segundo lugar, fortalecer la coordinación institucional, relacionando el Patrimonio Histórico con otros aspectos de la norma penal como el urbanismo y debe, en tercer

⁵⁴ La figura del *agente encubierto* fue configurada en nuestro sistema procesal conforme a la reforma operada a través de la Ley Orgánica 5/99, de 13 de enero, que introdujo el artículo 282 bis en la Ley Enjuiciamiento Criminal que permite su actuación para la investigación, entre otros delitos, del tráfico ilícito de bienes culturales.

lugar, establecer una terminología sistemática y uniforme que permita una relación coherente de nuestro ordenamiento jurídico.

8. Conclusión

Una relación adecuada y *suficiente* del derecho penal con el Patrimonio Histórico, dando cumplimiento al mandato constitucional, no debe ser postergada por más tiempo de la jurisdicción española.

Para ello es imprescindible llevar a cabo una reordenación sistemática de los tipos penales que protegen el Patrimonio Histórico, cohesionarla con la legislación administrativa y configurar nuevos tipos pena-

les que respondan a la realidad española y que pueden concretarse, cuando menos, en los que han sido previamente expuestos.

La utilización del derecho penal debe ser la continuidad natural del ámbito administrativo sancionador y del control directo que debe ejercerse desde las autoridades competentes en la gestión del Patrimonio Histórico. En la actualidad, el sistema administrativo de protección y el sistema penal no pueden complementarse con facilidad porque parecen utilizar *lenguas* distintas de aplicación.

Los tipos penales deben *integrar* el lenguaje administrativo y procurar, en definitiva, el establecimiento de unos límites claros en la imprescindible actuación de la jurisdicción penal.

3'50
PTAS

CORREOS

ESPAÑA

Nº 48. DAMA DE ELGHE

F.N.M.T.

Falsificaciones y robo de obras de arte

Ramón Fernández Gallego

Brigada de Patrimonio Histórico del Cuerpo
Nacional de Policía

1. La Brigada de Patrimonio Histórico del Cuerpo Nacional de Policía

Esta es la denominación que el Reino de España da a la unidad especializada de la Policía que se dedica con exclusividad a la investigación de todas las agresiones que sufran los bienes culturales, tanto si forman parte del Patrimonio Histórico español, como si se trata de cualesquiera obra de arte.

Existen una serie de fundamentos para su existencia. Unos son de carácter *legal*. La Constitución española en su art. 46 habla de que es la ley penal la que sancionará los atentados contra el patrimonio histórico, con lo que las fuerzas de Policía, quienes tienen atribuida en la propia Constitución la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos y las competencias específicas para la investigación de los delitos en sus funciones de Policía Judicial, son las primeras llamadas a su defensa, a través de las competencias propias en el campo de la investigación criminal.

En el ámbito *cultural*, la Ley de Patrimonio Histórico Español obliga a la creación en el seno de la Policía de una Brigada especial, para prevenir o reprimir cualquier agresión contra los bienes culturales, con lo que se ampara la labor administrativa de control.

Por último, la legislación policial, mediante un Decreto Ley y Orden Ministerial, atribuye al ámbito de la investigación criminal, dentro de las Unidades de delincuencia especializada, el lugar donde encuadrar la Brigada.

Otros fundamentos son de índole *criminal*. El saqueo que en los años 60 y 70 sufría nuestro patrimonio cultural, con la salida del territorio de gran cantidad de bienes culturales, obligó en 1977 a la creación de los primeros grupos especializados en esta materia, mucho antes de la previsión legislativa mencionada. Hoy la incidencia criminal se mueve en unos parámetros muy inferiores, pero la necesidad permanece y se precisa de una estructura específica policial para un buen tratamiento criminal.

1.1. Estructura

Como les he indicado, la Brigada tiene como misión genérica la actuación ante cualquier agresión que sufran los bienes culturales, que puede ser de índole penal o de índole administrativa y que luego brevemente trataremos.

Para atender a esta variedad de infracciones y las investigaciones criminales propiamente dichas, se ha establecido una doble estructura, coordinadas entre sí:

- *La Brigada de Investigación de Patrimonio Histórico.*
- *Los Delegados de Patrimonio Histórico.*

La primera tiene ámbito nacional y esta compuesta por las secciones siguientes.

- Grupo Operativo 1.
- Grupo Operativo 2.
- Grupo de Análisis.
- Grupo de Gestión.
- Secretaría.

Los medios técnicos son los habituales de cualquier Unidad de Investigación Criminal y uno específico y único: *La Base de Datos de Bienes Culturales robados, llamada "Dulcinea"*.

Los dos grupos operativos realizan y se reparten las diversas actividades delictivas: robos, hurtos, apropiación indebida, estafa, delito contra la propiedad intelectual, expolio arqueológico, exportación ilegal y delitos contra la comunidad internacional. También realizan labores de control administrativo en las grandes ferias nacionales e internacionales.

El grupo de análisis realiza las tareas de coordinación nacional e internacional, recepción de información, tratamiento de la misma, enriquecimiento y en su caso reenvío a la unidad pertinente, así como las relaciones institucionales con el Ministerio español de Cultura.

El grupo de gestión materializa las labores técnicas y de apoyo, fundamentalmente el mantenimiento actualizado de la información que contiene "Dulcinea".

La secretaría con su apoyo y realización de labores administrativas.

La *Estructura Periférica* la componen los citados Delegados de Patrimonio Histórico, que se encuentran desplegados, unos con carácter regional en las 17 cabeceras de las Comunidades autónomas españolas y otros, con carácter provincial y local, en todas las capitales de provincia y en aquellas localidades en que sus peculiaridades se estima necesaria su presencia.

Conforman un total de 124 funcionarios del C. N. de Policía de la Escala Ejecutiva.

1.2. Funciones

A todos les corresponde tanto la labor de control administrativo como la de la investigación de los delitos, con un reparto de tareas que se basa en los principios de territorialidad, especialidad, subsidiaridad y asimetría. Dicho de otro modo, los Delegados territoriales efectuarán las investigaciones sobre los hechos delictivos de su demarcación, con el apoyo de las unidades de policía judicial de la misma, remitiendo toda la información y actuaciones a la Brigada Central.

Esta solo actuará operativamente cuando la investigación tenga una dimensión que desborde a la territorial, se precise de medios especiales o numerosos de investigación, cuando tenga carácter internacional o en caso de alta especialidad.

En el caso de actuaciones administrativas, control del mercado, aquellas lo ejercerán en su demarcación, reservándose a la Brigada el control de las grandes casas de subastas, las ferias internacionales y el de las redes informáticas.

Como ven, existen dos puntos fundamentales de coordinación, el grupo de análisis y la base Dulcinea; es en ésta donde los Delegados pueden consultar y cotejar en su labor cotidiana, la reclamación o presencia de un bien cultural robado o cuya localización interese por otro motivo.

Pero estas funciones genéricas ¿en que técnicas concretas se traduce?

El fin último de estas unidades es la recuperación de los bienes culturales y su reintegro al legítimo propietario, bien a los Estados, bien a los particulares. Por ello, el seguimiento de las piezas es la piedra angular de nuestro trabajo.

No digo con ello que otras actividades de investigación no sean necesarias e incluso convenientes en algunos casos (la investigación genérica de las actividades de un grupo delincuencia, por ejemplo), pero en esta especialidad, es en torno al bien cultural donde gira la actividad policial.

¿Cómo se llega a la recuperación y por consiguiente al esclarecimiento total del hecho? De dos formas fundamentalmente: o bien desarrollando en un primer momento en su plenitud la investigación a raíz de la comisión del delito por detención “in fraganti” o recogida de indicios o de testimonios suficientes que permiten la identificación y detención de los autores y la

recuperación de las obras o bien al detectarse las piezas desaparecidas cuando afloran al mercado, lo que supone realizar el camino a la inversa.

No es necesario explicar cómo se materializan las investigaciones del primer tipo; se trata de aplicar las técnicas convencionales de investigación criminal.

Para el segundo se precisa de unas condiciones previamente establecidas que permitan hacer operativa la función: por un lado la preexistencia de una normativa administrativa que establezca las reglas de control y obligue a los que se dedican al comercio a someterse al mismo y por otro una estructura policial con fondo documental conteniendo la totalidad de las obras sustraídas.

En España la mayor parte de los comerciantes de arte, se establecen como anticuarios, es decir, profesionales que venden antigüedades en un local estable. Están obligados a llevar un libro registro control, que recibe el nombre de Libro de Policía y que deben cumplimentar y que contiene los siguientes datos:

- *Número de asiento.*
- *Fecha de la operación.*
- *Nombre y apellidos del vendedor.*
- *Número del Documento Nacional de Identidad.*
- *Domicilio del mismo.*
- *Descripción del objeto.*
- *Precio pagado.*

Esta reglamentación permite, por un lado, verificar si la pieza comprada figura como robada en la Base de Datos y por otro la obtención de una serie de informaciones de utilidad criminal:

- Identidad de los que pignoran las obras, si se trata de los autores materiales del robo, o terceros.
- Tiempo transcurrido entre los robos y su salida al mercado.
- Conocimiento de las características de quienes habitualmente venden obras de arte, sin profesionales o no tiene vinculación, etc.
- Posibilidad de conocer los pasos dados por un objeto robado hasta llegar al autor del hecho.
- Si el precio pagado se encuentra el media del mercado o si se pretende darle pronta salida a bajo precio, etc.

Es decir, que además de la información propia relativa a una investigación concreta, sirve para obtener información de carácter estratégico que permite tener una visión global del comercio ilícito y así hacer las previsiones necesarias.

Las Casas de Subastas, segundo gran grupo de comerciantes de obras de arte, remiten los catálogos con las fotografías de las obras, lo que permite de la misma manera cotejarlas con las bases de datos policiales para localizar piezas sustraídas.

En los últimos tiempos se ha incrementado de forma notable las ofertas de venta a través de las redes informáticas, tanto en forma de subastas, como de ventas “on line”, lo que obliga a una verdadero patrullaje por las redes para la localización de las piezas robadas.

Pero de nada sirve gozar de un sistema de control si ante la existencia de una pieza de procedencia sos-

pechosa, no existe una colección fotográfica de los objetos sustraídos. La Policía española creo ya hace tiempo una base informática de este tipo, la citada Dulcinea.

Aunque su nucleo principal son las fotografías, contiene asimismo datos sobre las denuncias, autores de hechos, marcas físicas, nacionalidad, domicilios, vehículos, telefonos, modus operandi, etc. Al sistema solo se tiene acceso por los especialistas: Brigada de Patrimonio Histórico y los Delegados de Patrimonio Histórico a nivel provincial.

2. Delitos más frecuentes en España

Las actividades ilícitas más usuales se podrían concretar en tres tipos básicos:

- Los robos.
- El expolio arqueológico.
- La falsificación de bienes culturales.

Cada uno de ellos con sus propias peculiaridades y distinta influencia en el comercio.

Nos vamos a referir a los primeros y a las falsificaciones, por ser objeto de otras conferencias el expolio arqueológico.

2.1. Los robos

El expolio de nuestro Patrimonio Histórico y Cultural, ha dejado de ser en la actualidad el principal ataque que sufre. Los robos, ventas clandestinas, permutas y exportaciones de bienes en forma masiva, han descendido de manera notoria hasta moverse en unos índices de criminalidad que podríamos calificar de razonablemente bajos. Existen excepciones en cuanto a la importancia y valor de lo robado, pero, por su escaso número, no dejan de ser excepciones.

La media anual de la última década en cuanto a número de robos cometidos se a unos pocos cientos de hechos anuales, cifra muy por debajo de las correspondientes a los años 60, 70 e incluso 80 y desde luego muy por debajo de las de los países del arco mediterráneo, los más afines a nuestro nivel cultural.

La salida que se da a los bienes así obtenidos ilícitamente, es dispar. Desde su oferta al mercado de forma inmediata después de la sustracción a través de diversos canales- mercadillos, cambio por droga, venta a marchantes o anticuarios- hasta su ocultación durante un tiempo para hacer olvidar la obra robada, pasando por la introducción paulatina en los circuitos comerciales ofertándola mediante fotografías, etc., dependiendo la utilización de uno u otro método de la calidad de la obra, especialización del delincuente, necesidad de conseguir beneficios, y otros elementos.

La venta de estos objetos se produce tanto en territorio nacional como fuera de nuestras fronteras.

Esta multiplicidad de las formas de oferta, hace que la labor de control del mercado para su localización, tenga que ser constante y exhaustiva, necesitando de preexistencia de una Policía especializada y de infor-

mación y medios técnicos para identificar lo robado, dicho de otra forma, conocimiento de los hechos y almacenamiento en bases de datos de las fotografías de lo robado.

2.2. Las falsificaciones

La segunda gran agresión que sufre el patrimonio cultural y que posiblemente sea la que produce más beneficios ilegalmente obtenidos, es la de las falsificaciones de bienes culturales.

Existe una fuerte demanda de compra de determinados bienes y en muchas ocasiones es imposible atender a ella; los enormes beneficios que se pueden obtener mediante la venta de una obra de gran valor falsificada, los bajos costes de fabricación y su dificultad de identificación por el comprador medio y a veces el profesional, la necesidad de blanquear beneficios, la inversión con fines de aminorar la presión fiscal, hacen de esta faceta delictiva la mayor protagonista los tiempos actuales.

Algunos expertos, refiriéndose a determinadas clases de bienes culturales, cifran el número de falsificaciones en el 50 por ciento de las que se ofrecen en el mercado (arqueología y numismática).

Las actuaciones policiales no contradicen estas opiniones, antes al contrario; las incautaciones de estos objetos se producen por cientos en algunos casos (el de pinturas) y de miles en otros (obra grafica, monedas, arqueología).

Al contrario que el caso anterior, no es posible cuantificar ni el número de hechos y las cuantías de los perjuicios causados a las víctimas. Por su propia naturaleza los primeros no se conocen- cifras negras de la criminalidad- y los segundos son desconocidos en la mayoría de los casos, por las propias víctimas, que ignoran han sido estafados.

Las dificultades para la investigación de estos hechos son aún mayores que en el caso de los robos; estos se denuncian, se conoce la pieza objeto de investigación y detalles sobre su desaparición; en el caso de las falsificaciones solo afloran una mínima parte de las falsificaciones cometidas; los objetos falsos van acompañados de certificaciones que avalan su autenticidad, certificados también, falseados pero que suponen una dificultad añadida el demostrar su falsedad.

Las falsificaciones de bienes culturales recaen en todo tipo de obras: pinturas, esculturas, tallas, arqueología, numismática, etc; todo objeto es falseado.

La calidad de la falsificación va en función de la cualidad del objeto, del precio, de los conocimientos de la víctima a que va destinada; existen desde la copia más burda, hasta la que alcanza gran perfección, falsificación que solo puede ser descubierta a través de métodos de última generación de laboratorio.

Esta dificultad de discernir entre lo auténtico y lo falso, aconseja que las valoraciones que se vienen haciendo por los expertos autentificando una obra,

vayan acompañadas de aquellas pruebas científicas, más objetivas y precisas.

No se trata de poner en duda ni la profesionalidad ni la buena fe de estas personas, sino, teniendo en cuenta, reitero, la perfección de las falsificaciones, evitar que se produzcan casos de estafas, muchas acompañadas de grandes perjuicios económicos, desprestigio de Instituciones y/o personas.

3. Delincuencia en este campo

Las personas que se encuentran implicadas en estas actividades delictivas unas veces ilegales o alegales en otras, obedecen a varios tipos.

Desde siempre, los grupos delictivos que se han dedicado a los robos, o bien procedían de otros países, o bien formaban parte de determinados grupos étnicos con carácter itinerante que con más o menos fortuna, elegían, expoliaban e introducían en el mercado, lo sustraído. Hoy se puede decir que esta tradición delictiva no ha variado.

Aunque el expolio arqueológico y la falsificaciones han existido siempre, la aparición en el mercado de los detectores de metales en el primero caso y la facilidad de reproducción y el aumento de demanda y ausencia de conocimientos culturales de las potenciales víctimas, han llevado a la incorporación a este mercado de numerosas personas, incluidas aquellas etnias, que ya abarcan *todas las facetas delictivas*.

En todos los casos descritos, estamos hablando de una delincuencia convencional, más o menos especializada, alejada en muchos aspectos de lo que se conoce como delincuencia organizada, o gran delincuencia.

Hasta ahora tanto en España, como internacionalmente, se ha considerado esta delincuencia apartada del tráfico ilícito de bienes culturales.

Sin embargo, es los últimos años, han comenzado a despuntar una serie de casos y situaciones que apuntan su próxima irrupción masiva en este campo.

Ya ha habido algún caso, muy pocos, de robos cometidos por grupos organizados, que aunque felizmente resueltos, dan la primera voz de alarma. Su actuación no se ha limitado al territorio nacional, sino que han pretendido dar salida internacionalmente a lo robado, interconectándose con otros grupos.

Se han detectado varios casos en que grandes grupos de delincuencia organizada han adquirido, como método de blanqueo, grandes colecciones de pintura y de arqueología.

Todo ello apunta que la delincuencia en este campo esta dando un salto cualitativo en cuanto a su profesionalidad y por lo tanto una mayor dificultad en su persecución.

4. Necesidad de una policía especializada

He intentado señalar a lo largo de mi intervención, una serie de características que, al menos en España, determinan las peculiaridades del tráfico ilícito de bienes culturales.

A modo de resumen podría decirse que este tráfico ilícito ha dejado de tener un carácter nacional para ser de carácter transnacional, lo que obliga a una imprescindible colaboración de las distintas fuerzas policiales de todos los países, tanto por los canales habituales (INTERPOL, EUROPOL, SIRENE, Enlaces policiales) como por la vía directa de intercambio urgente de información, si las legislaciones no lo impiden.

Uno de los pilares básicos de esta colaboración, es la identificación rápida de los bienes culturales robados, que circulan a través de las fronteras, reales o virtuales, más rápido que la información policial, que se ofertan y pignoran por medios informáticos y telemáticos, ocultos a los ojos habituales de control del comercio, identificación que debe estar almacenada y dispuesta a su difusión en bases de datos nacionales e internacionales, de acceso inmediato.

Estas características de internacionalización y rapidez en la comercialización, obligan a la creación de unas fuerzas de policía y de aduanas modernas, especializadas en esta materia, con unos medios técnicos avanzados que permitan un verdadero patrullaje en las redes y con el apoyo de una legislación que ampare y de cobertura legal a las actuaciones.

Por último comentar que la represión del tráfico ilícito de bienes culturales y la defensa del Patrimonio Histórico, no es una labor exclusiva de la Policía; se necesita del concurso de toda la sociedad, empezando por una educación adecuada, por campañas de concienciación, apoyo y colaboración entre las Instituciones; formación y actualización de las fuerzas de Policía, Aduanas, Jueces, Fiscales y Funcionarios del ámbito cultural; creación de una legislación clara y rigorista que proteja primero y permita la represión en caso de agresión, después; colaboración internacional mediante la adhesión a los Tratados internacionales que permita la devolución de bienes culturales exportados ilícitamente.

En definitiva, la lucha contra este tráfico ilícito, es una labor de toda la sociedad, que implicada en su conjunto, sea capaz de trasladar a quienes nos sucedan, ese Patrimonio conservado y puesto en valor para la función social a la que está destinado.



Interpol y su trabajo en relación con la protección del Patrimonio

Carlos Bisquert Cebrián

Oficina Central Nacional
INTERPOL España

1. Breve presentación de INTERPOL

INTERPOL es una organización intergubernamental fundada en 1923 que cuenta con 186 países miembros, siendo la segunda organización mundial, después de la ONU, teniendo en cuenta el número de países adheridos.

Los principales órganos de la Organización internacional de Policía Criminal (O.I.P.C) INTERPOL son:

- La Asamblea General y el Comité Ejecutivo, órganos deliberantes cuyas principales atribuciones son la toma de decisiones y la supervisión general, los cuales se reúnen periódicamente.
- La Secretaría General, integrada por los servicios permanentes de la Organización que asegura el funcionamiento ininterrumpido de la cooperación policial internacional y pone en práctica las decisiones y recomendaciones de los órganos deliberantes.

La Secretaría General de INTERPOL tiene su sede en la ciudad de Lyon/Francia, en la cual trabajan aproximadamente 120 oficiales de policía de unas 50 nacionalidades diferentes, representando a todos los continentes, consecuencia de lo cual, permite así contar con un amplio conocimiento y una gran experiencia sobre las situaciones regionales y problemas planteados por la delincuencia internacional (entre la cual se encuentra la que se dedica al tráfico ilícito de bienes culturales).

En cada país miembro, generalmente en su capital, se encuentra la Oficina Central Nacional (O.C.N.) que es un organismo nacional. Esta O.C.N. asegura el enlace entre los Estados Miembros y la Organización de INTERPOL en la que se hace una investigación a escala internacional.

2. Fines de INTERPOL

Los fines de la O.I.P.C. (INTERPOL) son los siguientes:

1º. Conseguir y desarrollar dentro del marco de las

leyes de los diferentes países y del respecto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la más amplia asistencia recíproca de las autoridades de policía criminal.

2º. Establecer u desarrollar todas las instituciones que puedan contribuir a la prevención y la represión de todas las infracciones de derecho común, estando rigurosamente prohibida a la Organización toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial.

Aunque los delitos contra los bienes culturales tienen una importancia considerable por los daños que causan al patrimonio cultural de los distintos países, no en todos se les da la misma importancia, dado que priman sobre otros la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, los delitos contra las personas y más particularmente, contra los menores con sus prioridades.

Desde el año 1947, INTERPOL se ha dedicado particularmente a la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, si bien, resulta difícil tener una idea precisa sobre la importancia de los robos de obras de arte en el mundo y hay pocas probabilidades que algún día se cuente con estadísticas precisas sobre estos hechos, dado que dichas estadísticas nacionales se basan más a menudo en las circunstancias del robo (hurto, robo con fuerza en las cosas, robo a mano armada, etc.) que sobre el tipo de bienes culturales que han sido robados.

Para ilustrar el problema de las estadísticas, baste citar que la Secretaría General de INTERPOL solicitó a todos los países miembros información sobre estadísticas relativas a robos de arte cometidos en sus respectivos países durante el pasado año 2004, así como, amplia indicación sobre el tipo de objetos robados, habiendo obtenido respuesta solamente de 2/5 de dichos países, y dentro de estas respuestas, aproximadamente solo 1/6 parte contenían respuestas completas, motivo por el cual, una de las recomendaciones aprobadas en la primera reunión del grupo de especia-

listas de INTERPOL sobre bienes culturales robados, celebrada en la Secretaría General el 17-02-04, era que: los países miembros elaborasen cada año estadísticas fiables sobre bienes culturales robadas, utilizando para ello el formulario de la Secretaría General, para que, con dicha información poder llegar a un conocimiento mas preciso del alcance de este tipo de delincuencia.

Por otra parte, las recomendaciones del grupo de especialistas están a su disposición en el sitio web de INTERPOL.

También se hace mención en la referida asamblea del pasado 2004, del saqueo de los sitios arqueológicos, cuyo fenómeno afecta a una parte importante de regiones en el mundo, si bien, la carencia de información no permite un estudio de este tipo de criminalidad, teniéndose solamente conocimiento que estos hechos han acaecido, cuando aparecen en el mercado del arte objetos o bienes culturales, los cuales previamente han sido expoliados o robados en algún país.

3. Medios desarrollados por la Secretaría General de INTERPOL para luchar contra el tráfico ilícito de bienes culturales

Los medios de que dispone la Secretaría General de INTERPOL para luchar de manera eficaz contra este tipo de delincuencia son una amplia y rápida circulación de información entre los países miembros, resaltando:

- Red de telecomunicaciones.
- Difusión Internacional.
- Poster.
- Base de datos.
- I 24/7.
- El CD-ROM.
- Otros medios de luchar contra este tipo de delincuencia.
- Información sobre delincuentes en este ámbito.

3.1. Red de telecomunicaciones

La Secretaría General de INTERPOL posee una red de telecomunicaciones muy eficaz y bastan solamente algunos segundos para transferir las informaciones.

Recientemente INTERPOL ha puesto en funcionamiento un sistema mundial de comunicación puntero a fin de conectar entre sí a sus países miembros y proporcionarles un fácil acceso a información policial, denominado "I-24/7" (INTERPOL, 24 horas al día, 7 días por semana), esta herramienta de última tecnología, segura y exclusiva, para uso de los organismos encargados de la aplicación de la ley, esta concebida para que estos ocupen una posición de ventaja con respecto a la delincuencia internacional.

El uso de este sistema permite a las Oficinas Centrales Nacionales de INTERPOL (OCN) buscar y cotejar datos en cuestión de segundos, gracias al acceso directo e inmediato a bases de datos que contienen información de importancia capital (además de infor-

mación sobre obras de arte robados, también sobre: Difusiones internacionales, vehículos robados, documentos de viaje y documentos de identidad robados y perdidos, tarjetas de pago, huellas dactilares y fotografías, listas de vigilancia del terrorismo, una base de datos de ADN, información sobre el rastreo de armas y la trata de seres humanos, etc.).

Estas diversas fuentes contienen información que puede ser importante, anteriormente inaccesible, que facilite la investigación policial.

Los objetivos de este nuevo sistema I-24/7 es ambicioso, dado que facilita el rapito intercambio de información entre las OCNs, pudiendo ahora afrontar con mayor eficacia todo tipo de delitos internacionales, admitiendo asimismo su conexión a redes de comunicaciones de distintas fuerzas policiales nacionales.

3.2. Difusión internacional

Para facilitar la difusión internacional, la OIPC-INTERPOL ha creado un formulario impreso en los cuatro idiomas oficiales de la Organización (inglés, español, francés y árabe), que puede ayudar a los policías que tienen un conocimiento muy limitado en obras de arte a describir los objetos robados. Se trata de formularios Crigen/art.

A petición de los países, **desde 1947 hasta el mes de Marzo de 2000**, la Secretaría General ha publicado difusiones internacionales de objetos de arte robados y ha enviado dichas difusiones a todos los países miembros.

Pero las publicaciones en papel están ahora superadas. ¿Quién hace búsquedas utilizando difusiones internacionales publicadas hace 30 años?. Nadie. Además, muchos países todavía no eran miembros de la Organización de INTERPOL, y no disponen de esas informaciones.

3.3. Póster

La Secretaría General de INTERPOL publica dos veces al año un póster incluyendo las obras de arte más buscadas. Es la única publicación en papel que se ha conservado hasta ahora para las obras de arte robadas.

3.4. Base de datos

Una manera más útil de luchar contra este tipo de delincuencia consiste en el desarrollo de las bases de datos informatizadas.

En 1995 la Secretaría General de INTERPOL crea una nueva base de datos sobre obras de arte: se trata de la base de datos del S.B.A. (Sistema de Búsqueda Automático) que muestra escritos e imágenes. La descripción del objeto es sencilla, visual, al alcance de todos los policías. Se trata de una base de datos hecha por policías para policías.

Se recuerda que esta base de datos, que consta ahora de mas de 29.000 objetos, no fue concebida

para registrar todos los objetos robados en el mundo, sino solamente aquellos que son perfectamente identificables y que pueden ser de interés para el mercado internacional.

Es muy importante conservar el máximo tiempo posible las informaciones (hace seis años fueron identificadas obras descubiertas en Estados Unidos, que habían sido robadas en Rumania en 1968).

Cuando las obras de arte son recuperadas, la Secretaría General de INTERPOL procede a un cese de búsquedas, significándose que, aproximadamente se recuperan un 10% de los objetos que figuran en las difusiones.

3.5. I 24/7

Desde el 17 de Noviembre de 2005, la base de datos de Obras de Arte es accesible directamente para países miembros a través del sistema de comunicaciones I 24/7.

Después de una fase de pruebas en la que la Secretaría General fue ayudada por algunos países (Eslovaquia, Eslovenia, Austria y Estados Unidos), la aplicación informática ha sido finalizada, asegurando un acceso rápido y seguro y ofrece un amplio abanico de consultas de fácil utilización de las cuales algunos de ustedes ya la conocen a través del CD ROM, motivo por el cual se invita a todos a solicitar este acceso.

Las autorizaciones (atribución de contraseñas) son manejadas en el ámbito nacional por un oficial de Seguridad Nacional, entonces ustedes dispondrán de una pantalla de búsqueda en la cual la mayoría de los campos están acompañados de valores prefijados para evitar errores en la escritura o la utilización de términos que no existen y las respuestas son mostradas inmediatamente junto con la fotografías y la información del caso.

3.6. El CD-ROM

Con el fin de difundir informaciones sobre obras de arte robadas a organismos privados (museos, anticuarios, coleccionistas, etc.), la Secretaría General de INTERPOL **ha elaborado en 1999 un CD-ROM.**

El CD-ROM se puede consultar en inglés, francés y español, poniéndose al día cada dos meses y se puede acceder al mismo mediante una suscripción.

El CD-ROM "INTERPOL- obras de arte robadas" incluye información enviada a la Secretaría General por los países miembros de INTERPOL que aceptan comunicar al público dicha información a efectos preventivos.

Sin embargo, la utilización de CD-ROM no constituye en modo alguno una base de datos completa sobre todas las obras de arte robadas en el mundo, motivo por el cual, se advirtió a los suscriptores de que este CD-ROM es solo uno de los archivos razonablemente accesibles al público de conformidad con las recomendaciones del Convenio de UNIDROIT de 1995, que estipula lo siguiente:

“ Para determinar si el poseedor actuó con la diligencia debida, se tendrán en cuenta todas las circunstancias de la adquisición, en particular la calidad de las partes, el precio pagado, la consulta con el poseedor de cualquier registro relativo a los bienes culturales robados razonablemente accesible y cualquiera otra información y documentación pertinente que haya podido razonablemente obtener, así como la consulta con de organismos a los que podía tener acceso o cualquier otra gestión que una persona razonable habría realizado en las mismas circunstancias”.

La consulta del CD-ROM sólo es una de las diligencias que hay que llevar a cabo y el hecho de que una obra de arte no figure en el CD-ROM no significa que no haya sido robada.

Este CD-ROM también incluye los textos de los Convenios de la UNESCO de 1970 y de UNIDROIT de 1995, la lista roja del ICM para los bienes culturales de África en peligro con las correspondientes fotografías y OBJECT ID que es una descripción mínima estandarizada de una obra de arte y que es perfectamente compatible con nuestros formularios CRIGEN/ART.

Hay que destacar la importancia del trabajo realizado por el ICOM y la gran utilidad de la lista roja establecida en Colombia para los objetos de Latinoamérica, considerada como una herramienta indispensable para luchar contra el tráfico ilícito de bienes arqueológicos.

Esta lista roja describe la tipología de los objetos que son sistemáticamente saqueados durante las excavaciones clandestinas, lo que permitirá por ejemplo, impedir su exportación durante los controles en las fronteras.

La difusión más amplia posible de esta lista roja es el medio que aconsejamos utilizar para luchar contra el tráfico ilícito de los objetos saqueados.

El 5 de Julio de 2000, la Secretaría General creó una página Internet accesible al público. Esta página contiene:

- una lista de objetos recién robados con sus fotografías.
- los objetos culturales robados en Irak y Afganistán.
- una lista de objetos descubiertos durante allanamientos efectuados por la policía que busca a los propietarios legítimos.
- objetos que han sido robados y que han sido recuperados.
- las preguntas más frecuentes y las respuestas a las mismas, estadísticas sobre robos de obras de arte y otras informaciones que se encuentran también sobre el CD-ROM.

Para permitir la actualización diaria del CD-ROM, todas las informaciones registradas en la base de datos de la Secretaría General, entre dos puestas al día del CD-ROM son disponibles en la página de Internet. La dirección de esta página es: www.interpol.int

Para informar y sensibilizar a los policías, aduaneros y actores del mercado del arte a la protección del

patrimonio cultural en Irak, se pueden también encontrar la topología de los bienes culturales y las descripciones y las fotografías de los objetos robados en Irak.

3.7. Otros medios de luchar contra este tipo de delincuencia

- Organización de conferencias internacionales.
Cada tres años, la Secretaría General organiza una conferencia internacional en Lyon.
Desde 1995, se organizan también conferencias regionales que sufren más de este tipo de criminalidad, así fueron organizadas en México en 1999 y la última en Rumania en Septiembre de 2004.
- Cursos de capacitación.
En el mes de Noviembre de 2002, con la cooperación de la OCN y el Ministerio de la Cultura de Colombia, se organizó un curso de 4 días de capacitación para policías, aduaneros, magistrados y personal de instituciones culturales.
En el mes de Marzo de 2004 se organizó el mismo curso en Santiago (Chile), y el último en Brasilia (Brasil) en el mes de Junio de 2005.
- Cooperación con otras organizaciones internacionales.
La Secretaría General ha firmado un acuerdo con UNESCO, la Organización Mundial de Aduanas y el Consejo Internacional de Museos.
Se ha participado activamente en los talleres y reuniones organizados por la UNESCO y el ICOM en Ecuador, Perú, Granada, etc.
- Cooperación con el Sector privado.
Desde 1996, los representantes de las empresas privadas están invitados a las conferencias organizadas en Lyon o en otro país, no siendo posible luchar con eficacia contra el tráfico ilícito si no hay cooperación entre todos los sectores afectados.

3.8. Información sobre delincuentes en este ámbito

Los delitos cometidos contra los bienes culturales tienen sus propios especialistas, si bien, al ser estos identificados por el servicio investigador, INTERPOL tiene la posibilidad de difundir sus descripciones por medio de una difusión internacional.

Esta difusión comprende la fotografía del individuo, sus datos personales, sus huellas dactilares, sus nombres falsos si hubiese el caso, y todos los elementos de utilidad para los servicios de policía.

Se puede tratar de una difusión para una orden de detención internacional, de una difusión para averiguar el paradero de una persona vinculada con un caso criminal o de una difusión para llamar la atención de los países sobre un individuo reincidente.

A fin de poder realizar las comparaciones entre varios casos de robos, es conveniente difundir y pueden serlo, ciertos "modus operandi" para que sirva de ayuda al servicio investigador del caso.

4. Solicitud de envío de información sobre expropiaciones o robos de obras de arte

La Secretaría General de INTERPOL aconseja el envío de reportajes sobre robos de obras de arte a través del I-24/7, indicando en el mensaje las circunstancias del robo y las descripciones de los objetos en una lista numerada en conformidad con la numeración de las fotos, teniendo en cuenta que esta propuesta fue hecha para evitar la explotación y envío de grandes cantidades de formularios de papel por correo, que llevan más tiempo en llegar a la Secretaría General, a veces inadecuadamente rellenos.

El envío de esta información por mensaje electrónico permite una explotación más sencilla y consecuentemente una inclusión más rápida en la base de datos.

También se participa que no está prevista la circulación de formularios electrónicos de descripciones de obras de arte, cuando estos puedan ser substituidos por una línea de descripción como el siguiente ejemplo:

"Robo con fuerza en las cosas en perjuicio de la Fundación Folch en Barcelona el 11-04-2005 de 34 estatuas de madera " relacionado:

1º. Mujer de pie, altura 51,5 cm, anchura 10 cm, espesor 10 cm, cultura Tschokwe.

2º. Mujer de pie, altura 19,5 cm, anchura 6,5 cm, espesor 5,5 cm, cultura Bembe.

Etc.

Una vez que estén adjuntas las fotografías, el resto de descripciones se hace en la Unidad de Obras de Arte de la Secretaría General, en la base de fotos con buena calidad.

Se puede confirmar que sirven de matriz los puntos siguientes, para el envío de descripciones de cada objeto:

- nombre del objeto (pintura, escultura, estatua, etc).

- título de la obra (si existe título oficial).

- nombre del artista con sus fechas de nacimiento / defunción.

- fecha / época de la obra.

- Técnica y material (óleo sobre lienzo, madera / estatua policromada de madera).

- Dimensiones exactas (sin el marco para los cuadros) o aproximadas.

- Firma y / o inscripción adicional como: daños en la obra, restauraciones, etc.

4.1. Formato de envío

En función de la largura de las descripciones, estas pueden figurar directamente en el mensaje I 24/7 o ser incluidas en un documento Word, adjunto al mensaje I 24/7, como anexos independientes para las fotografías de las obras, escaneadas en formato JPG y numeradas / nombradas en correspondencia con las descripciones.

5. Consejos de la Secretaría General de INTERPOL

Para luchar con eficacia contra este tipo de delincuencia, se pueden y deben tenerse en cuenta los siguientes consejos:

- Difundir de la manera más amplia y rápida posible, por el conducto de INTERPOL, la información relativa a los objetos robados perfectamente identificables. Tan pronto como se percaten del robo, tienen que avisar inmediatamente a la policía, establecer una lista con la descripción de los objetos robados y también una fotografía por cada objeto. Los servicios policiales tienen que informar a sus OCNs, las cuales comunicaran estas informaciones a la Secretaria General.
 - Adoptar leyes para proteger el patrimonio cultural de cada país y regular las actividades de los anticuarios.
 - Ser parte de los convenios internacionales.
 - Crear en cada país un Comité Técnico Nacional con todas las instituciones interesadas en esta lucha, como lo hicieron algunos países de los Andes en cumplimiento de las recomendaciones adoptadas en la reunión de Quito en Septiembre de 2001.
 - Crear en cada país unidades de policía especializada en la lucha contra el trafico de bienes culturales (como esta indicado en el convenio de la UNESCO de 1970).
 - Adoptar y utilizar una base de datos informatizada para registrar las informaciones sobre obras de arte robadas (estudiando aquellas ya utilizadas por INTERPOL y otros países para evitar una multiplicación de sistemas).
 - Sensibilizar a los poseedores de obras de arte para que establezcan inventarios de sus colecciones (descripciones precisas y fotográficas preferentemente en colores), dado que, nosotros los policías que podemos hacer si no existe descripción y fotografías de las obras de arte robadas, nada. Siendo inútil marcar los objetos para permitir su identificación formal, puesto que, puede ser una “marca personal“ o una marca hecha por una empresa especializada.
 - Sensibilizar al publico sobre la protección de su patrimonio cultural (esa sensibilización puede empezar en las escuelas), logrando que los medios de información desempeñen un papel muy importante en esta sensibilización.
 - Establecer una cooperación con los vendedores de obras de arte, compañías de seguros y otras empresas privadas.
 - A los anticuarios y coleccionistas, podemos únicamente aconsejarles estar atentos cuando compran los bienes culturales, utilizando todos los medios puestos a su disposición tanto por los servicios públicos como por las empresas privadas.
- Y el ultimo pero no el menor, organizar talleres nacionales o regionales, y cursos de formación para

policías y oficiales de aduanas, con el apoyo de la UNESCO, del personal de museos y ministerios de cultura para permitir a los policías, aduaneros y el personal de las direcciones del Patrimonio Cultural y de los museos, intercambiar informaciones y experiencias, para permitirnos conocer los problemas que deben afrontar y brindarles nuestros conocimientos.

6. Conclusión

La prevención es una faceta esencial en la protección del patrimonio cultural. Las campañas de sensibilización pueden organizarse de muy diversos modos: cabe citar el ejemplo de Italia, país en el que se han distribuido tarjetas postales en las que aparecen obras de arte robadas, o el de Colombia, donde se han rodado anuncios que se proyectan en los cines y televisión. Es también preciso sensibilizar a los coleccionistas para que lleven a cabo un inventario de sus colecciones y las protejan de forma más segura. Los inventarios fotográficos son indispensables para que la policía pueda recuperar las obras robadas.

INTERPOL quiere reiterar su firme intención de cooperar estrechamente para luchar con eficacia contra el trafico ilícito de bienes culturales y recordar el texto de las resoluciones nº 5 y 6 de la Asamblea General de la O.I.P.C.-INTERPOL, que en su 64ª reunión celebrada en Beijing, recomendaba a los países:

Difundir de manera más amplia y rápida, por el conducto de INTERPOL, la información relativa a los objetos robados perfectamente identificables, e intensificar la cooperación, tanto nacional como internacional, de la policía con las entidades concernidas (aduanas, museos, vendedores de obras de arte, compañías de seguros, etc) en relación con la búsqueda de objetos robados y la identificación de objetos descubiertos en circunstancias sospechosas.

7. Algunos casos de tráfico ilícito de Bienes Culturales, en el ámbito nacional e internacional

a) En el ámbito nacional:

“Vigas de madera al parecer de la Mezquita de Córdoba“.

A raíz de recibir la notificación por parte de nuestra Brigada del Patrimonio Histórico, de que habían tenido conocimiento de la próxima subasta en la Casa Christie’s de Londres, de una vigas procedentes al parecer de la Mezquita de Córdoba, se remitió vía I 24/7 una petición a Interpol Londres para que se tratase de paralizar esta subasta, remitiéndose asimismo y con carácter de urgencia la oportuna Comisión rogatoria Internacional dirigida por las autoridades judiciales españolas a sus homónimas del Reino Unido, estándose a la espera de la resolución de este caso. “Tablillas babilónicas“

También a raíz de recibir la oportuna notificación de

nuestra Brigada del Patrimonio Histórico, sobre la intervención de 21 tablillas babilónicas y un collar de oro y lapislázuli, expoliadas o robadas del patrimonio cultural de Irak, se dio cuenta con carácter de urgencia vía I 24/7 a Interpol Bagdad, manteniéndose correspondencia con esta OCN, y estándose a la espera de la resolución de este caso.

b) En el ámbito internacional (casos de recuperación de bienes culturales por el país de origen):
“Caso de Sibiu/Rumania”

El 9 de marzo de 1998, la UNESCO informa a INTERPOL del hallazgo en Estados Unidos de un cuadro del siglo XV obra del Maestro de la leyenda de San Agustín, que representaba una calavera y que se sospechaba era de procedencia delictiva.

Las investigaciones efectuadas en las bases de datos de INTERPOL revelaron que el cuadro coincidía con uno que figuraba en una difusión internacional sobre obras de arte robadas publicada en 1972, tras un robo perpetrado en un museo de Sibiu/Rumania, motivo por el cual se informa de ello a la UNESCO y a las OCNs de Washington y Bucarest, dando como resultado esta cooperación la recuperación, no solo de esta obra, sino de otros tres cuadros que habían sido robados en la misma ocasión, siendo decomisados estos cuadros por el Servicio de Aduanas de Estados Unidos y posteriormente devueltos a Rumania.

Uno de los últimos casos mas recientes:

El 4 de Marzo de 2003, en la Republica Argentina fue sustraída una pintura, óleo sobre tela titulada “Los marineros bretones” del autor Charles Cottet.

Dicho cuadro fue incluido en la base de datos de INTERPOL al recibirse el mensaje de IP Buenos Aires de 16 de Abril de 2003.

El 18 de Junio de 2003, la Secretaria General de INTERPOL recibió un mensaje de IP La Haya, en el cual se informaba que los servicios de aduanas holandeses habían decomisado varios bienes culturales en un equipaje (decomisado el 26 de Marzo de 2003 en el Aeropuerto de Amsterdam), a cuyo mensaje se adjuntaban varias fotografías de cuadros.

Una búsqueda fue efectuada inmediatamente en el SBA por la unidad de “ Obras de Arte “ de la Secretaria General, pudiéndose comprobar que una de las pinturas decomisadas correspondía a la pintura ya mencionada.

Posteriormente fue enviado un mensaje “flash “ (muy urgente) tanto a INTERPOL La Haya como a INTERPOL Buenos Aires, para informales del resultado de la búsqueda efectuada en el SBA.

El 28 de Enero de 2004, la Secretaria General recibio un mensaje de INTERPOL Buenos Aires confirmando que la pintura decomisada en Amsterdam (Holanda) era la misma que había sido robada en Argentina.



Las brigadas de patrimonio en el entorno jurídico de las Comunidades Autónomas. Mossos d'Esquadra

Tomás Rabadán
Grup de Patrimoni Històric
Mossos d'Esquadra

1. Introducción

La protección del patrimonio cultural es una gestión que toda sociedad se ha de marcar como prioridad, ya que como bien dice la norma “los bienes que integran nuestra cultura son una herencia insustituible que es necesario transmitir a las generaciones posteriores en las mejores condiciones posibles”.

Por este motivo el Grup de Patrimoni Històric, como grupo especializado en la investigación de delitos relacionados con el patrimonio histórico y cultural y que también forma parte del que podríamos denominar “mundo cultural”, tiene entre sus objetivos participar en todas aquellas acciones que vayan encaminadas a luchar contra el tráfico ilícito de bienes culturales.

Es por ello que es de agradecer y reconocer que formar parte de este curso, que permite el intercambio de experiencias entre profesionales de diferentes países, es el mejor ejemplo de la lucha contra este ilícito penal, como también es una magnífica ocasión para establecer unos lazos de unión más estrechos entre las diferentes policías, que permitan establecer unas formas de actuación más eficaces y por consiguiente una mejor protección de nuestro patrimonio cultural.

También creemos que es importante remarcar que el problema más grave que encontramos en este ilícito penal, es la discutida “sensibilización” social en esta problemática, que provoca la destrucción o desaparición de nuestro entorno cultural.

Finalmente incidir en un aspecto relevante en la protección del patrimonio cultural, y éste radica en la importancia que tienen las campañas preventivas de vigilancia y control, ya que en los operativos policia-

les preventivos es donde obtendremos un mayor éxito policial, pues nuestro patrimonio cultural es un bien único e irreproducible, y las acciones policiales que se desarrollan con posterioridad a la acción delictiva, pueden comportar la recuperación del objeto robado, pero nunca podremos reponer el daño ocasionado y menos aún la información que se ha perdido por culpa del expolio.

2. Breve reseña del origen y evolución del Cuerpo de Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra

Creemos que es importante, para conocer un poco mejor a este cuerpo policial, explicar los motivos que justificaron su creación, como ha evolucionado y como es su actual estructura, sobretodo cuando nuestro cuerpo policial tiene una larga historia ya que su origen se remonta a principios del S. XVIII, y nuestra evolución ha venido determinando nuestra forma de ser y actuar.

La estructura actual del cuerpo de Mossos d'Esquadra nada tiene que ver con la originaria de 1719, cuando en el momento de su creación tenía como misión dar seguridad a las ferias y a las rutas comerciales que no tenían seguridad y en donde las mercancías estaban expuestas a constantes peligros.

La historiografía nos ha ido informando que la vida de este cuerpo policial ha estado marcada por la alternancia entre diferentes episodios relevantes con otros de muy triste recuerdo, como el que se produjo después de la guerra civil española, que por cuestiones

políticas llevaron a este cuerpo policial a estar al borde de su desaparición y quedar mermado de competencias, pues a partir de este momento se puede decir que únicamente se actuaba dentro de un ámbito simbólico y protocolario.

El Estatuto de autonomía de Catalunya de 1979, recuperó las competencias en materia de seguridad pública, y permitió que en el año 1982, se creara la actual Policía Autónoma de Catalunya – Mossos d'Esquadra, que comenzó su andadura careciendo de las funciones propias de una policía integral y que actuaba con unas competencias policiales muy limitadas, teniendo por ejemplo responsabilidad en juego y espectáculos, protección de personalidades, vigilancia y custodia de edificios, instalaciones y dependencias propias, o también en la vigilancia de prisiones, por lo que hemos de entender y ver esta policía como un cuerpo joven.

Pero esta situación fue modificándose poco a poco y los diversos acuerdos entre el Gobierno del Estado y la Generalitat de Catalunya, comportaron que este cuerpo fuera creciendo en efectivos policiales, fuera ampliando su ámbito territorial y sobretodo sus competencias, sustituyendo progresivamente a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, llegando a la situación actual en donde nos encontramos que se disponen alrededor de 12.000 agentes de policía, de estar desplegados en casi el 80% del territorio catalán y de actuar con todas las funciones propias de una policía integral, marcándose el 2008 como el año en que los Mossos d'Esquadra estarán desplegados por todo el territorio catalán.

El presente y el futuro de este cuerpo policial, viene y vendrá marcado por la evolución de la criminalidad, por lo que teniendo presente que ésta ha dejado de ser un problema exclusivamente interno y que se ha convertido en una cuestión que va más allá de nuestras fronteras, es obligado establecer líneas de colaboración con otras policías, y en este sentido esta organización se está situando en los estamentos de máxima información, colaboración y decisión en el ámbito de prevención y represión de la delincuencia, como por ejemplo desde el 1998, los Mossos d'Esquadra tienen un enlace permanente en la Oficina Nacional de INTERPOL / EUROPOL, en Madrid.

3. Estructura del Cuerpo de Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra y el ámbito competencial del Grup de Patrimoni Històric

Explicado brevemente cuáles fueron nuestros orígenes y el posterior desarrollo histórico, también es conveniente conocer en que ámbito funcional y competencial desarrolla su trabajo el Grup de Patrimoni Històric, por lo que primero haremos una referencia de cómo está estructurado este cuerpo policial y posteriormente cuáles son las funciones y las competencias de este grupo especializado.

3.1. Estructura y funciones del Cuerpo de Policía de la Generalitat – Mossos d'Esquadra

La falta de ámbito territorial que se ha mencionado anteriormente, no mermó en absoluto la definición de una estructura propia para este cuerpo policial, y por ello en el año 2002 se definió y se estableció el actual organigrama del cuerpo de Mossos d'Esquadra.

La estructura se definió en tres grandes bloques denominados Comisarías Generales, teniendo cada uno unas funciones propias:

- Comisaría General Territorial
- Comisaría General Técnica
- Comisaría General de Investigación Criminal

Los diferentes grupos de investigación, a diferencia de otras organizaciones, no se establecieron en base a la típica estructura piramidal, sino los tres niveles de investigación quedaron encuadrados en diferentes comisarías, dos (los grupos de investigación de nivel comarcal y de nivel regional) se incluyeron en la denominada Comisaría General Territorial y el tercer nivel, que es en donde se encuadraron los grupos especializados, quedaron dentro de la Comisaría General de Investigación Criminal.

Por consiguiente el Grup de Patrimoni Històric quedó inscrito dentro de la Comisaría General de Investigación Criminal, reservándose para esta comisaría las funciones de investigación y persecución de organizaciones criminales de carácter internacional que operen en Catalunya, y en nuestro caso que tuvieran relación con delitos relacionados contra el patrimonio cultural, encargándonos igualmente de la interlocución, para gestiones de carácter operativo, con otras policías o organismos de carácter estatal o internacional en materia de criminalidad transfronteriza y el soporte técnico especializado al resto de la organización policial.

Igualmente destacamos que, entre las funciones genéricas que establece nuestra ley de policía, se indica que este cuerpo está obligado, entre otras cuestiones, a vigilar por el cumplimiento de la normativa sobre el patrimonio cultural catalán, en lo que respecta a la salvaguarda y a su protección para evitar su expolio y destrucción.

3.2. Ámbito competencial

La Comunidad Autónoma de Catalunya, de la misma forma que el resto de las comunidades autónomas, ejerce su autogobierno de acuerdo con los principios rectores establecidos en la Constitución española y por el estatuto propio de la comunidad autónoma, recogiendo en el Estatuto de autonomía las competencias que han sido asumidas por la Generalitat de Catalunya. De esta manera el Gobierno de la Generalitat de Catalunya, de acuerdo con el marco de competencias que establecen la Constitución española, el Estatuto de autonomía y la legislación vigente, tiene la función de proteger el libre ejercicio de los derechos y las libertades y de garantizar la seguridad pública.

Por consiguiente, teniendo como premisa que nuestro ámbito de actuación es el conjunto del territorio de Catalunya, han quedado reservadas para este cuerpo de policía una serie de funciones o competencias, que se recogen en los campos siguientes:

- La seguridad ciudadana y el orden público
- La de policía administrativa, que incluye la que deriva de la normativa estatal y en la que concierne a Catalunya
- La de policía judicial y la investigación criminal, incluyendo las diversas formas de crimen organizado y terrorismo, en los términos que establecen las leyes
- La de policía de tráfico interurbano
- La protección de las autoridades de la Generalitat y la vigilancia y la custodia de los edificios, las instalaciones y las dependencias propias

Igualmente está establecido que la Generalitat de Catalunya ha de participar, por medio de una junta de seguridad de composición paritaria entre la Generalitat y el Estado y presidida por el presidente de la Generalitat, en la coordinación de las políticas de seguridad y de la actividad de los cuerpos policíacos del Estado y de autoridades policíacas de otros países.

También se especifica que la Generalitat de Catalunya ha de participar en los organismos internacionales competentes en materias de interés relevantes para Catalunya, especialmente la UNESCO y otros organismos de carácter cultural, en la forma que establece la normativa correspondiente.

Al margen de las competencias propiamente policíales, también se ha reservado para Cataluña la competencia en exclusiva de Cultura, ya recogida en el anterior Estatuto de 1984, que comportó el desarrollo de la “Llei del Patrimoni Cultural Català”, promulgada el año 1993, de la que destacamos las siguientes funciones que son exclusivas del Departament de Cultura:

- La inspección, el inventario y la restauración del patrimonio arquitectónico, científico, técnico, histórico, artístico, etnológico y cultural en general.
- El establecimiento del régimen jurídico de las actuaciones sobre bienes muebles y inmuebles integrantes del patrimonio cultural de Catalunya y la determinación del régimen jurídico de los bienes inmuebles, y también la declaración y la gestión de estos bienes, excepto los que sean de titularidad del Estado.
- La protección del patrimonio cultural de Catalunya, que incluye la conservación, la reparación, el régimen de vigilancia y el control de los bienes, sin perjuicio de la competencia estatal para la defensa de los bienes integrantes de este patrimonio contra la exportación y el expolio.

Hay por ello un aspecto importante que se indica en la Convención de París de 1970 y que recoge la Ley de Patrimonio Histórico Español, que remarcamos por su trascendencia y por ser competencia en exclusiva del Ministerio de Cultura, este hecho corresponde al control de los permisos de exportación de los

bienes culturales muebles que integran el patrimonio histórico español, gestión que realiza el Ministerio de Cultura y con quien colabora el Departament de Cultura de la Generalitat de Catalunya en la tramitación de la documentación.

Finalmente, remarcar que el ámbito competencial que se ha ido esbozando, no implica que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, no puedan actuar en el territorio catalán, ya que el marco legislativo permite que su actividad profesional la pueden llevar a cabo en aquellas competencias que son propias y exclusivas del Estado, y éstas corresponden básicamente a las que tienen un carácter extracomunitario y supracomunitario.

En este ámbito se entiende por ejemplo, que son las encargadas de expedir la documentación de identificación personal (DNI y pasaporte), de controlar las entradas y salidas del territorio español (fronteras y aduanas), de expedir los permisos para el uso de armas y explosivos, también de proteger al Estado del contrabando y el fraude fiscal, y así mismo tienen la competencia de investigar los delitos relacionados con la actividad terrorista, del tráfico de drogas y estupefacientes cometidos por grupos organizados y con efectos fuera del territorio catalán, aunque ya en algunas de estas materias la policía de la Generalitat colabora de forma activa.

Al margen de estas consideraciones producto de diferentes acuerdos entre administraciones, también es importante remarcar que, entre los diferentes grupos especializados de policía (Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil y Mossos d'Esquadra), hay establecidos unos acuerdos no escritos de comunicación, colaboración y intercambio de información, que permiten que no hayan interferencias en las investigaciones policíales, sobretodo teniendo presente que el objetivo de nuestra labor diaria es la misma, en definitiva, la recuperación de los bienes culturales robados o expoliados.

4. Operativa funcional del Grup de Patrimoni Històric

La primera cuestión que hemos de dar a conocer es nuestra razón de ser, pues nuestro origen vino impulsado por las mismas razones que promovieron la creación de otros grupos especializados de policía, es decir, por la existencia de episodios delictivos que desgraciadamente fueron devastadores para nuestro patrimonio cultural.

Para ello nos hemos de remontar hasta finales de la década de los años ochenta, momento de nuestro origen, pues tras constatar el Departament de Cultura de la Generalitat de Catalunya, que se habían cometido importantes expolios arqueológicos en yacimientos íberos de la zona del Maresme (cercana a Barcelona), solicitó a este cuerpo policial colaboración en la lucha contra este ilícito penal, creando nuestra organización el que sería el embrión de este grupo especializado.

Pero como es lógico pensar, las campañas iniciales destaparon la que en realidad era la punta del iceberg del robo y el expolio de obras de arte y antigüedades en el resto de Catalunya.

Esta constatación obligó a este cuerpo policial, sin demasiadas competencias territoriales en aquel momento, a realizar un gran esfuerzo para poder luchar con garantías contra este ilícito penal, motivando la necesidad de establecer relaciones estables con los grupos de otros cuerpos policiales, con los gremios y asociaciones, la realización de cursos de formación, etc.

Actualmente podemos decir que las herramientas de trabajo son las mismas que para los otros cuerpos policiales del resto del Estado, pero teniendo en cuenta las competencias adquiridas por la Generalitat de Catalunya.

Las funciones que ya se han indicado anteriormente, que tienen un carácter muy genérico en lucha contra las organizaciones criminales internacionales, no son en la práctica nuestro único objetivo, pues los ilícitos cometidos contra el patrimonio cultural no son en exclusiva del que denominamos crimen organizado, por lo que nuestra labor diaria va orientada hacia acciones cometidas por pequeños grupos o bandas organizadas, que en ocasiones utilizan conexiones con grupos de otros países, como también investigamos otras acciones puntuales cometidas contra el patrimonio cultural, que bien tienen intereses coleccionistas o económicos.

Este cometido, luchar contra el expolio y el robo de obras de arte y antigüedades, se desarrolla de manera coordinada con los otros grupos policiales del Estado, de esta manera y a modo de ejemplo, se realizan entre los tres grupos especializados, las difusiones de los objetos robados y también se facilita aquella información que sea necesaria para la investigación policial.

Igualmente este Grup de Patrimoni Històric, que dentro de nuestra organización centraliza la información de las denuncias recogidas por el robo o el expolio de bienes culturales, es el encargado de realizar las difusiones de los objetos robados a INTERPOL a través de la oficina que este organismo tiene establecida en Madrid, como también emite las estadísticas anuales de la evolución de este delito en Catalunya.

Finalmente incidir en una consideración que creemos que facilitaría la lucha contra el tráfico de bienes culturales, y ésta radica en el hecho que cada uno de los grupos especializados tiene su propia base de datos de obras de arte robadas, independientes entre sí y con una gestión individualizada, pues aunque se realicen las difusiones de los objetos robados, éstas no han resultado ser del todo prácticas y operativas, por lo que creemos que podría ser conveniente que a nivel estatal hubiera una única base de datos, alimentada y gestionada por cada uno de los grupos especializados.

5. Situación actual de la delincuencia cultural en Catalunya

Se ha indicado que el origen de este grupo especializado se debió al expolio cometido en yacimientos arqueológicos, pero gracias a la incidencia policial de una parte y de la colaboración de entidades y asociaciones culturales de otra, se logró que éstos se redujeran de forma considerable, encontrándonos que en la actualidad las estadísticas sobre delitos arqueológicos presentan unos números casi insignificantes.

Remarcar que los ilícitos cometidos contra el patrimonio cultural en España, se pueden personalizar por zonas geográficas, por ello nos podemos encontrar por ejemplo que en el norte de la península el ilícito más abundante es el robo de arte sacro en iglesias y recintos religiosos, que en el sur se desgranar los yacimientos arqueológicos y que en Catalunya la acción delictiva ha ido básicamente encaminada al robo de mobiliario en masías que están ubicadas en el ámbito rural.

La característica catalana se puede explicar, pues la propiedad de estos domicilios ha estado en manos de familias adineradas que a lo largo de la historia han ido heredando bienes muebles de valor artístico o cultural o bien son propiedades adquiridas recientemente, también por familias con un importante poder adquisitivo, que han ido incorporado objetos antiguos de acuerdo con la arquitectura que los envolvía, pero desgraciadamente estas viviendas están habitadas muy pocos días al año, hecho que conocen perfectamente los grupos delincuenciales y son de esta manera una presa fácil, ya que actúan con suma impunidad.

Las zonas geográficas más afectadas y en donde se ubican la mayoría de estas masías, son las del norte y centro de Catalunya, debido a que antiguamente fueron centros de producción de bienes muebles importantes y también, como consecuencia de esta producción, en la actualidad son zonas en donde están ubicados un gran número de establecimientos de compra y venta de objetos antiguos (anticuarios y brocantes), que comporta que periódicamente se celebren importantes ferias de antigüedades.

También incide en este expolio cultural una serie de factores que podríamos denominar comerciales, por ejemplo que Catalunya sea una comunidad con una tradicional cultura industrial, que sea una región fronteriza y también que disponga de importantes vías de comunicación hacia el resto de Europa, comportando un importante flujo de mercancías entre estados que dificulta el control fronterizo de los bienes culturales, hecho que los grupos delincuenciales conocen y aprovechan, encontrándonos por ejemplo que las ferias de antigüedades del sur de Francia han sido tradicionalmente utilizadas como centros operativos de los bienes culturales robados en Catalunya, que tienen como destino final Italia, Inglaterra, Estados Unidos o la propia Francia.

Pero afortunadamente la tendencia delictiva en este ámbito ha ido disminuyendo de forma progresiva, ya que las denuncias presentadas en este cuerpo policial por el robo o expolio de bienes culturales, han disminuido de forma considerable desde el 2002, año en que se dispararon todas las alarmas y que provocaron que se establecieran unas campañas de control y seguimiento de los grupos que tradicionalmente habían actuado en Catalunya, que resultaron ser del todo satisfactorias.

De este hecho se pueden establecer diferentes lecturas, pero creemos que la más aproximada a la realidad es la que viene condicionada por tres factores, en primer lugar a la ligera crisis comercial que están sufriendo los tradicionales compradores de obras de arte, en segundo lugar porque aquellos grupos que se dedica-

ban al robo de este tipo de objetos, que han sido duramente combatidos por los diferentes cuerpos policiales, han orientado su actividad hacia otros campos delictivos y en tercer lugar por las campañas policiales de inspección y control de los establecimientos que se dedican a la compra y venta de objetos antiguos, consiguiéndose poner orden al brazo que fue fundamental en el comercio ilícito, ya que no hemos de olvidar que se “roba porque hay comprador”.

Pero no por ello hemos de bajar la guardia, pues es conocido por los diferentes grupos especializados de policía, que esta actividad ilícita no deja de ser cíclica y seguramente otros grupos delictivos tomarán las riendas y volverán a intensificar los robos y expolios de bienes culturales, por lo que es necesario estar en continuo estado de alerta.



Los depósitos judiciales

Isabel Quintana Jiménez

Conservadora de Museos
Museo Nacional del Teatro

1. Introducción

Las grandes operaciones contra el tráfico ilícito suelen llevar implícita la incautación o confiscación de los bienes culturales objeto del delito, y de los instrumentos o efectos relacionados con el mismo, que deben ser conservados a disposición judicial en tanto se resuelve el procedimiento penal que decida finalmente su destino. Su conservación y custodia plantean necesidades específicas, que no pueden ser satisfechas en los depósitos judiciales convencionales. Son bienes de difícil conservación, normalmente de alto valor económico y a los que además no les son de aplicación preceptos previstos especialmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882) para dar solución al cada vez mayor número de bienes incautados; tal y como la destrucción y realización anticipada regulada en el Capítulo II bis del Título V del Libro II de dicha Ley⁵⁵. Lógicamente no se podrá decretar la destrucción de estos bienes, salvo que se trate de falsificaciones, y una vez que tales efectos hayan sido examinados pericialmente; y tampoco tiene sentido la enajenación anticipada ideada para bienes perecederos o efectos que se deprecien sustancialmente por el transcurso del tiempo.

Por otra parte en algunas operaciones son muchos los bienes incautados y de muy diferente naturaleza, lo que complica aún más su conservación⁵⁶.

Ante este problema la Ley de Enjuiciamiento Criminal propone el depósito en organismos adecuados, no judiciales, como son los museos y otras insti-

tuciones culturales. Este depósito judicial plantea una serie de problemas, especialmente en cuanto al modo en que la institución depositaria ha de cumplir con la obligación de guarda; en tanto en cuanto de ella depende la eficacia de una resolución judicial. La presente ponencia pretende analizar las dificultades inherentes al depósito judicial, entendido como aquél que se produce por mandato judicial, cuando tiene por objeto bienes culturales; teniendo en cuenta que es una situación que genera complicaciones tanto para la institución depositaria como para el propio Juez instructor, para quien no siempre resulta sencillo encontrar la institución idónea. En estos casos, lo habitual es solicitar la colaboración del Ministerio de Cultura o de la Consejería de Cultura correspondiente, que serán los encargados de seleccionar el museo más acorde con el tipo de objetos aprehendidos.

Para entender el sentido del depósito judicial conviene conocer en qué punto del procedimiento se produce la incautación y cual es su finalidad; ya que sólo así se puede desmontar la falsa, aunque extendida idea, de que los bienes incautados son ya bienes de titularidad pública. Hay que contemplar la posibilidad de que los bienes ocupados sean finalmente devueltos en virtud de sentencia al imputado o a su legítimo propietario, si fuese un tercero ajeno al hecho delictivo.

La ocupación de los efectos del delito puede efectuarse directamente por el Juez instructor o por la Policía Judicial antes de la iniciación del proceso, cuando realiza los actos de investigación. Esta ocupación cumple una doble función: en el orden procesal

⁵⁵ Capítulo incorporado por la Ley de 5 de junio de 2006, número 18/2006, sobre eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales.

⁵⁶ A modo de ejemplo se pueden citar: la operación "Cuevas" en la que se incautan más de 40 tallas, 35 columnas de retablos y 9 lienzos con motivos religiosos, por valor de más de 1.200.000 euros; la operación "Tambora" en la que se aprehendieron 107.862 piezas, para cuyo traslado hubieron de utilizarse cinco camiones, cinco furgonetas y un

camión grúa; la operación "Vivo" llevada a cabo en junio de 2006 por la que se recogieron 1123 objetos de naturaleza arqueológica, 45 tallas, 239 pinturas, 640 ánforas y otras vasijas, 26 esculturas, 1074 monedas y 13 objetos de culto; o la "Operación Bahía" en la que se recuperaron 27 bolas de cañón del siglo XVII y tres anclas romanas de piedra del siglo II antes de Cristo; además de otros objetos de menor tamaño, armas, instrumentos y dos barcos.

atribuye al Juez un eficaz control sobre los bienes y en un plazo sustancial los sujeta al eventual comiso. Tiene asignados, por tanto, fines probatorios y conservativos, lo que explica que hayan de permanecer durante el proceso a disposición del Juez o Tribunal. El término “puesta a disposición judicial” no implica necesariamente una entrega material de lo intervenido en los locales del Juzgado instructor para su custodia; sino que es compatible con el depósito y custodia en otro organismo no judicial.

La regulación de la conservación y custodia de los efectos procedentes del delito es escasa en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este sentido el artículo 334 de la mencionada Ley establece que el Juez podrá recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo. Estos instrumentos, armas y efectos se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito, tal y como determina el artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁷. La expresión legal se conforma con decir que el organismo será el “adecuado”, determinación que estará condicionada por la naturaleza de las piezas de convicción objeto de entrega; y que normalmente serán museos, en el caso de bienes y colecciones de valor histórico, artístico, científico, técnico o de cualquier otra naturaleza cultural o archivos y bibliotecas, en el supuesto de patrimonio documental y bibliográfico, uno de los más expoliados.

A los efectos de interpretación de este precepto debe tenerse en consideración el contenido del Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción, que dispone la creación de depósitos judiciales en los decanatos de Madrid y Barcelona, con el fin de conservar, de modo unificado, los objetos intervenidos en causas criminales y los efectos del delito de todos los Juzgados de ambas capitales. Por otra parte, la Orden de 14 de julio de 1983, creó en los Decanatos de los Juzgados de Bilbao, Sevilla, Valencia y Zaragoza, los depósitos judiciales establecidos por el Decreto de 15 de octubre de 1976, en donde habrán de depositarse, custodiarse y conservarse los objetos intervenidos y efectos del delito hasta que sean reclamados por los Juzgados depositantes para darles el destino que en derecho proceda. Para el resto de los Juzgados de Instrucción no comprendidos en el Decreto de 15 de

octubre de 1976 ni en la Orden de 14 de julio de 1983, regirán las normas comunes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre conservación y custodia de los efectos de delito durante la etapa sumarial.

Sin embargo, al menos por ahora, la generalidad de las dependencias judiciales, incluidos los depósitos judiciales, no reúnen las condiciones necesarias para una eficaz custodia, y menos aún para la conservación de las notables cantidades de bienes que en ocasiones se incautan; por ello deben buscarse soluciones alternativas que permitan el cumplimiento de los fines de la medida cautelar: evitar el quebrantamiento y deterioro mientras se decide el destino legal una vez recaída sentencia. Lo importante es que el Juez instructor tenga el poder de decisión y el control efectivo sobre el destino de los efectos, aunque no tenga la custodia material.

Por otra parte, no hay que olvidar que existen otras posibilidades tal y como el depósito en poder de su propietario, en virtud de lo previsto en el Real Decreto 2783/1976, siempre y cuando sea conocido, y con sujeción por parte de éste a las obligaciones que establecen el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), para el secuestro judicial. Esta solución resulta especialmente apropiada cuando el propietario de los efectos intervenidos es la propia víctima, pues evita los perjuicios que supondría privarle durante un largo periodo de tiempo del disfrute de los objetos recuperados.

Por su parte, la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando permite, en el caso de contrabando de bienes culturales, que la autoridad judicial, en atención a las circunstancias del hecho y a las de sus presuntos responsables designe a éstos como depositarios de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos, con prestación, en su caso de la garantía que se establezca. Sin embargo la constitución del imputado en depositario judicial no siempre resulta eficaz.

2. La regulación del depósito judicial en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil

El principal problema a la hora de acometer el estudio del depósito judicial reside en la escasa atención prestada ya por el propio legislador. El depósito judicial o secuestro⁵⁸ aparece regulado en el Título XI del

⁵⁷ Al remitirse esta norma al artículo 334, parece dar a entender que el tratamiento previsto en el artículo 338 para los efectos del delito, únicamente se extiende a aquellos que el Juez haya recogido por sí. Sin embargo, nada se opone a que la totalidad de los efectos provenientes del delito, y en especial también los intervenidos por la Policía Judicial en ejecución de actos de investigación, estén sujetos a las prescripciones que, sobre conservación, depósito y destrucción, establece aquella norma.

⁵⁸ La expresión secuestro resulta más genérica, ya que el artículo 1786 declara secuestrables tanto los muebles como los inmuebles, mientras que el artículo 1761, sólo admite como objeto de depósito las cosas muebles. De manera que el secuestro de muebles podrá calificarse, en efecto, como depósito judicial, mientras que el de inmuebles no será depósito sino aseguramiento de bienes litigiosos. Los bienes que reciben en depósito los museos son muebles, por eso utilizaremos la expresión más concreta de depósito judicial.

Libro IV del Código Civil⁵⁹ junto con el depósito contractual; compartiendo ambos el artículo 1758 que indica, el momento a partir del cual se constituye el depósito, y las obligaciones de guardar y de restituir⁶⁰. Sin embargo no se rige por las normas del depósito voluntario, extrajudicial u ordinario, sino que se regula en primer lugar por lo previsto expresamente en los artículos 1785 a 1789 del citado Código, y en su defecto, por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Código Civil en su artículo 1785 define el depósito judicial o secuestro como aquel que tiene lugar cuando se decreta el embargo o aseguramiento de bienes litigiosos. El depositario, como tal, aceptará el cargo que, para él, no es obligatorio y, aceptado, no podrá quedar libre de su encargo hasta que se termine la controversia que lo motivó, a no ser que el Juez lo ordenare por consentir en ello todos los interesados o por otra causa legítima.

El secuestro judicial puede tener por objeto tanto bienes muebles como inmuebles, como dispone el artículo 1786.

El artículo 1788 establece que el depositario de bienes secuestrados está obligado a cumplir respecto de ellos todas las obligaciones de un buen padre de familia.

Y el artículo 1789 añade, por último, que en lo que no se hallare dispuesto en este Código, el secuestro judicial se regirá por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Ley de Enjuiciamiento Civil tampoco presta excesiva atención al depósito judicial, únicamente el artículo 626.1 especifica que si se embargasen objetos especialmente valiosos o necesitados de especial conservación, entre los que caben los bienes culturales, podrán depositarse en el establecimiento público o privado que resulte más adecuado. Este artículo viene a ratificar lo previsto en el artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sí aporta, en cambio, más información el artículo 627 que recoge las responsabilidades del depositario; según el cual el depositario judicial estará obligado a conservar los bienes con la debida diligencia a disposición del Juzgado, a exhibirlos en las condiciones que el Juzgado le indique y a entregarlos a la persona que el Tribunal designe. Se da así cumplimiento a las normas especiales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la puesta a disposición de los efectos del delito para las diversas fases del proceso penal ordinario: a la conclusión del sumario

⁵⁹ Resulta discutible que el Código Civil sea el lugar adecuado para regular una figura posesoria cuyo origen puede ser extracontractual. Así lo han entendido los italianos que en su nuevo Código Civil, han suprimido el depósito judicial que aparecía regulado en el anterior junto con el contractual, al modo del Código Civil francés al que, como el español, tenía como modelo.

⁶⁰ Artículo 1758 del Código Civil: "Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla."

deberán remitirse las piezas de convicción al Tribunal a fin de que puedan ser examinadas por el Ministerio Fiscal y las partes al tiempo de la instrucción y de la calificación; y ya durante el juicio oral, serán colocadas en el local en que se celebre, para que puedan ser reconocidas por los testigos y examinadas por el propio Tribunal. Sin embargo, el cumplimiento en la práctica de la disposición que ordena la colocación de las piezas de convicción en el local del Tribunal presenta, en ocasiones, dificultades; especialmente en el caso de obras de gran formato por su volumen y peso o en mal estado de conservación; debiendo ser el órgano judicial el que valore la conveniencia del traslado.

3. Las obligaciones de guarda y restitución

El depositario judicial está obligado, como ya se ha comentado a guardar la cosa y restituirla. Resulta necesario, por tanto, conocer cuál es el contenido de la obligación de guarda, cuál es la prestación idónea a realizar por el depositario para cumplir con la obligación contraída. La ley no lo define. La doctrina y la jurisprudencia tampoco lo hacen en su globalidad; sólo algún autor indica retazos parciales de lo que cree que es su contenido. Sin embargo la obligación de guarda constituye el contenido fundamental del depósito, en tanto en cuanto de ello depende la eficacia de una acción judicial, concediéndole la tutela jurídica adecuada. Además en los supuestos en los que los museos se convierten en depositarios de estos bienes, este aspecto es el que más problemas puede ocasionar.

El artículo 1788 del Código Civil dispone que "el depositario de bienes secuestrados está obligado a cumplir respecto de ellos todas las obligaciones de un buen padre de familia". La referencia que hace este precepto al "cumplimiento de todas las obligaciones", manifiesta que para el Código Civil la posición jurídica del depositario judicial es más activa que la del depositario contractual, ya que se configura claramente como una obligación de hacer. Lo que no dice este artículo es que tipos de actos incumben al depositario judicial.

Determinar la obligación de guarda no es sencillo, tiene un contenido complejo, elástico, cuyos contornos no son fijos o invariables. No es posible determinar previamente, sino con aproximación, los singulares actos de custodia que en concreto serán debidos durante la realización de un comportamiento. Sin embargo sí es viable establecer una serie de normas generales; teniendo en cuenta que luego será el depositario el que decida cómo conservar y custodiar el bien, puesto que él es el profesional; la elección de medios en la guarda, por tanto corresponde al museo.

La obligación de guarda supone, por una parte, la de conservación de la cosa; y por otra, la custodia de la misma frente a quienes puedan sustraerla o dañarla.

La conservación

La conservación comprende la adopción de todas las medidas necesarias tendentes al cuidado de la cosa, para que no se deteriore. Esta obligación de conservación cobra un especial interés en el caso que nos ocupa, principalmente con determinados tipos de bienes culturales especialmente sensibles como textiles, obras de técnica mixta de artistas contemporáneos, arte plumario, etc.

El artículo 628 de la Ley de Enjuiciamiento Civil facilita una buena pista acerca de lo que es la actividad de conservación, cuando determina que el depositario tendrá derecho al reembolso de los gastos ocasionados por la conservación. ¿Cuáles son esos gastos? Desde luego los que exige para la conservación la propia esencia de la cosa depositada, tal y como el coste de un termohigrógrafo para medir las condiciones ambientales, o un tratamiento de desinsectación, o la adquisición de un soporte específico para su almacenaje.

Es decir, la conservación del bien cultural depositado puede implicar, no sólo un comportamiento pasivo, retener la cosa, sino también un comportamiento activo, de forma que una cierta actividad del depositario pueda ser necesaria para la conservación, y que en nuestro ámbito incluiría todos los tratamientos relacionados con la conservación preventiva; tal y como realizar inspecciones periódicas del estado de los bienes, controlar las causas de deterioro, mantener unas condiciones ambientales constantes y adecuadas al tipo de bienes, e incluso la elaboración de planes de emergencia para el caso de que fuera necesario; excluyendo únicamente la restauración.

Para interpretar la prestación debida hay que recordar lo previsto en el, ya mencionado, artículo 627 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que incrementa las obligaciones del depositario, que ya no se reducen a la mera guarda; puesto que debe exhibir los bienes a las restantes partes implicadas en el proceso, siempre bajo la indicación del Juzgado, y conservar los bienes con la debida diligencia a disposición del mismo. Esta exhibición, que no puede ser confundida con la exposición tradicional de bienes culturales en los museos, puede conllevar también el traslado de los bienes al local en que se celebre el juicio oral para que puedan ser reconocidos por los testigos y examinados por el propio Tribunal. En este caso el museo deberá supervisar el traslado; lo que implicará que el diseño del embalaje será sometido a la aprobación del Museo, que deberá exigir cajas metálicas o de madera resistente, tratadas con ignífugas y antiparasitarios, dotadas de asas para su manipulación y listones externos o tacos para evitar que sean arrastradas. Si el transporte, por ejemplo, se efectuara por carretera, el vehículo estará dotado con un sistema de suspensión neumática, carrocería blindada y con aislamiento térmico, sistemas de control de temperatura y humedad controlables desde la cabina, sistema de alarma y extinción de incendios y sistema de alarma contra

intrusión. En definitiva, las precauciones habituales que se adoptan en cualquier transporte de colecciones del museo.

Otra de las cuestiones a resolver, que afecta únicamente a bienes culturales muebles es si dentro del contenido de la obligación de guarda del depositario se incluiría el proveer de un lugar adecuado en el que tener guardada la cosa. En el supuesto que nos ocupa, sí parece claro que al museo se le exigirá no sólo poseer la cosa depositada, sino poseerla también en el edificio del museo; razón última de la elección de éste como depositario. Fuera de esto, lo perfecto sería disponer de una sala especial, separada del resto de bienes culturales propiedad del museo almacenados, aunque no siempre resulta posible. El contar con salas especiales permite precintar las salas y controlar el acceso, con lo que se garantiza especialmente la seguridad de las piezas.

La custodia

A muchos museos se les plantea el problema de cómo actuar ante un depósito judicial de bienes precintados. Este supuesto es el prototipo de conducta de custodia, como actividad única, en la que el depositario va a cumplir con su deber en tanto en cuanto sea capaz de restituirla sin conocer ni dejar conocer su verdadero ser, lo que, evidentemente, cierra la puerta a cualquier posibilidad de desarrollo de una labor de conservación. En este caso la custodia implicará un especial cuidado en la vigilancia del bien, que involucrará una limitación del acceso al lugar en que se depositen los bienes⁶¹. En cualquier caso, si el museo cree que la conservación del bien depositado se puede ver afectada por el embalaje precintado puede y debe ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial que será quien finalmente decida; ya que en definitiva se trata de compatibilizar el valor del bien como medio de prueba-el precinto permite mantener el bien a salvo de manipulaciones externas, tanto de carácter cuantitativo como cualitativo-con su necesaria conservación y posible devolución al legítimo propietario.

La custodia implica la adopción de todas aquellas medidas de carácter material que se deben tomar para evitar su sustracción o pérdida. Si el bien tiene un valor económico importante, habrá de almacenarse de forma que se extremen las medidas antirrobo; si es de muy pequeño tamaño, se deberá poner especial cuidado en evitar su extravío. Y así un largo etcétera de soluciones, que muchas veces salen de lo estricta-

⁶¹ La antigua redacción del artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecía que los instrumentos, armas y efectos intervenidos se sellarían, si fuere posible, y se retendrían, conservarían o enviarían al organismo adecuado para su depósito. En la nueva redacción se ha suprimido la alusión al precinto, aunque desconocemos cual ha sido la intención.

mente jurídico, y tienen más relación con el sentido común y la práctica diaria del museo.

La labor de custodia también puede implicar una gestión activa, tal y como la instalación de una alarma conectada a una central receptora de alarmas, o de un circuito cerrado de televisión o la contratación de un vigilante de seguridad adicional si resultase necesario. Todo esto permite hablar de una “gestión de la guarda” que debe ser incluida en la planificación del trabajo en el museo.

La finalidad de la conservación y custodia no es otra que restituir la obra en el mismo estado en que se encontraba. Se guarda para restituir. Sin embargo nunca se sabe a quien habrá de restituirse y tampoco el cuándo, pues se desconoce cuándo terminará el procedimiento judicial; y este es uno de los aspectos que mayor incertidumbre genera en el museo.

Sin embargo el depósito judicial cuenta con una ventaja añadida respecto al depósito contractual, la posibilidad de solicitar en todo momento instrucciones al Juez competente sobre la forma de materializar la conservación y custodia de los bienes depositados. Por otro lado, el Juez ha de ser uniforme en sus disposiciones, que no pueden atender a ninguna manera subjetiva de entender la guarda de la cosa que no sea su desaparición y conservación. Y aquí es donde más conviene insistir, ante cualquier duda los gestores del museo deben acudir al Juez, con la doble finalidad, de definir mejor su comportamiento y exonerarse de responsabilidad.

En cuanto a los gastos del depósito, el artículo 628 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite el reembolso de los gastos ocasionados por el transporte, conservación, custodia y exhibición y administración de los bienes; contemplando incluso la posibilidad del adelanto de alguna cantidad. Además el tercero depositario tendrá derecho a verse resarcido de los daños y perjuicios que sufra a causa del depósito. Pero habrá que esperar a la ejecución de la sentencia firme recaída para recuperarlo como costas del procedimiento.

4. El uso por parte de la institución depositaria del bien objeto de depósito

Otro de los problemas que se plantean en cuanto al modo de cumplir con la obligación de guarda, es el de la utilización del bien depositado. Aunque ni el Código Civil, ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen nada sobre el uso en el depósito judicial, parece lógico que al regularse el depósito judicial dentro del depósito deban aplicarse sus normas y, por tanto no quepa el uso del mencionado bien. Sin embargo hay que distinguir dos tipos de uso:

- El necesario para la conservación de la obra depositada o uso conveniente.
- El uso en beneficio del depositario, que es incompatible con la definición jurídica del depósito. Lo que implica que el museo no podrá exponer la

obra depositada, ni estudiarla o fotografiarla para incluirla en un catálogo que redunde en beneficio del museo o de uno de sus conservadores, ni por supuesto prestarla para exposiciones temporales. La clave radica en que el museo no puede hacer con el bien depositado nada que le reporte algún beneficio; su aprovechamiento no le corresponde bajo ningún concepto, su comportamiento se asemeja más al de alguien que está cumpliendo con una obligación.

El depositario deberá usar la cosa, no como un «servirse de», sino más bien como un «sirviendo a», lo que ocurre en determinados tipos de bienes en los que su conservación va ligada a su uso como sucede por ejemplo con las embarcaciones de recreo o los automóviles. Este sería un caso de uso como prestación, uso incluido en la prestación de custodia. Otra cosa es que el uso de la cosa depositada, como parte de la prestación de guarda, además convenga al museo depositario.

En el caso de los bienes culturales parece complicado justificar el uso como medio de conservación. Respecto a la exposición se podría argumentar que los bienes culturales expuestos se conservan mejor que los almacenados; pero en realidad esto no debería ser así; y de hecho determinados tipos de bienes como el papel, pergamino, textiles, marfiles, y otros materiales orgánicos afines, por ejemplo, son especialmente sensibles a las condiciones de iluminación exigidas en una sala para su exhibición.

Fuera del ámbito de los bienes culturales, hay que hacer alusión a otro tipo de bienes incautados en operaciones contra el expolio arqueológico subacuático tal y como barcos y otros instrumentos; en los que sí que parece claro que un cumplimiento adecuado del deber de conservación lleva implícito su uso; pues de todos es conocido el deterioro que sufren las embarcaciones cuando se dejan durante prolongados periodos de tiempo atracadas. Esta opción aparece confirmada en la Ley de Represión del Contrabando al disponer, en su artículo 6, para el contrabando de bienes culturales, que la autoridad judicial podrá acordar que los bienes, efectos e instrumentos intervenidos se utilicen provisionalmente por las fuerzas o servicios encargados de la persecución del contrabando. En este caso la utilización provisional debe llevarse a cabo con las debidas garantías para su conservación. Es esta una medida que puede resultar muy interesante, como forma de conseguir más medios para la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.

5. Diligencia y responsabilidad del depositario judicial en la guarda

El grado de diligencia debido es fundamental a la hora de establecer la responsabilidad del depositario judicial, pero también es esencial para determinar el contenido específico de la obligación de guarda. En este sentido, la prestación de guarda idónea será la

que se corresponda con la que en cada caso llevaría un buen padre de familia, propuesta en el artículo 1788 del Código Civil. La “diligencia de un buen padre de familia” es un concepto abstracto, es decir, establecido con independencia de la obligación de que se trate. Dentro de él se distinguen dos factores: el tipo de conducta que es la del “padre de familia” y el grado representado por el calificativo “bueno”. Como tipo, el padre de familia equivale a la actuación de quien carece de conocimientos técnicos o profesionales en orden a la conducta que realiza; es, pues, la que se halla al alcance de cualquier persona dotada de capacidad natural; precisamente su accesibilidad es lo que ha determinado su adopción como modelo legal en el Código Civil. Se contraponen, pues, a perito o profesional definido por la posesión de los conocimientos correspondientes a la conducta concreta.

No obstante la diligencia del buen padre de familia puede ser evaluada, con mayor o menor rigor habida cuenta de la actividad profesional del depositario. Esto implica que en el caso de los museos, la diligencia exigida no es sólo la del buen padre de familia; sino que en caso de incumplimiento la responsabilidad del museo será mayor, se le puede exigir un plus en su comportamiento. Así por ejemplo un buen padre de familia se limitaría a colgar el cuadro en la pared de su casa, un conservador de museos debe controlar la humedad y la temperatura, tener mayor cuidado en la vigilancia, evitar los ultravioletas, controlar los infrarrojos, reducir la intensidad de la luz, etc. Pues bien, el canon de diligencia del depositario profesional viene marcado por las reglas de la profesión, identificadas por la doctrina con el término *lex artis*, las cuales emanarán, de un lado, del grupo profesional que las regula objetivamente y, de otro, por la percepción social de lo que es buena o mala práctica profesional. Para fijarla serán de gran ayuda las recomendaciones internacionales sobre conservación de bienes culturales, tal y como la Nueva Carta del Restauo, de la Conservación y Restauración de los objetos de arte y cultura, de 1987; así como todas las normas dictadas por las organizaciones y asociaciones del ámbito de la conservación como el ICCROM (International Centre for the Study of the Preservation and Restoration of Cultural Property), el ICC (International Institute for Conservation of Historic and Artistic Works) o el Getty Conservation Institute. Si el bien sufriera algún daño o desapareciera durante su depósito en un museo público, el propietario tendría derecho a ser indemnizado por el anormal funcionamiento de la Administración con el pago del importe del bien depositado, o de los daños ocasionados, más los intereses legales que en su caso corresponda. Como se lee en la STS de 25 junio 2002, un examen sucinto de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, permite concretarlos del siguiente modo:

- a. El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente.

- b. En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo.
- c. El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas.
- d. Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

Asimismo hay que tener en cuenta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado repetidamente que la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada por los artículos 106.2 de la Constitución, y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que, como consecuencia directa de aquélla, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado⁶². Es decir, lo relevante será el estado del bien, con independencia de las medidas que se hayan adoptado para su conservación.

Si el bien desapareciera o sufriera algún daño debido al comportamiento del funcionario encargado de su depósito, y existiese ánimo de lucro, éste podría ser condenado como responsable de un delito de malversación de caudales públicos. El delito de malversación se hace incluso extensible a particulares, en virtud del número 3 del artículo 435 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.) Este delito exige para su configuración los siguientes elementos:

- a. Un depósito de bienes, realizado por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.
- b. Una persona designada depositaria de los bienes por la autoridad judicial, que adquiere por ello *ex lege*, el ejercicio de función pública, para cumplir su misión.
- c. La aceptación del cargo por el depositario, con obligación de conservarlos a disposición del Juez, luego que los recibe para su custodia o depósito.
- d. Un acto de disposición de los caudales, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que acordó el embargo, pudiendo consistir la disposición, bien en la “sustracción” o “consentimiento” para ello y cuantas formas más

⁶² Así en SSTS de 14 mayo de 1994, 4 junio de 1994, 27 septiembre de 1994, 19 noviembre de 1994, 25 de febrero de 1995, 1 abril de 1995, entre otras.

específicas puedan imaginarse para sustraer aquellos del destino que, por razón de la traba, están reservados en el procedimiento donde se acordó.

La jurisprudencia ha insistido de forma reiterada en que la formal y expresa aceptación del cargo por la persona designada debe estar precedida de una instrucción suficiente sobre las obligaciones y responsabilidades que contrae, puesto que, en caso contrario, el eventual incumplimiento de los deberes del depositario no podrá integrar por sí sólo el tipo en cuestión⁶³. No puede ser equiparado, en efecto, un particular a un funcionario público, precisamente al efecto de exigirle la misma responsabilidad penal que al segundo, sin instruirle del cambio cualitativo que supone en su status personal el nombramiento de depositario que ha recaído sobre él y de la mutación jurídica que han experimentado los bienes depositados al convertirse ficticiamente en caudales públicos. Si el depositario no fuese informado de manera clara y precisa y de forma expresa de la naturaleza del cargo asumido, de sus correspondientes obligaciones y de las concretas responsabilidades penales en que pudiera incurrir si tales deberes resultaran violados, no cabe exigir la correlativa responsabilidad penal por este delito.

La instrucción sobre las obligaciones del cargo y las responsabilidades que conlleva, es fundamental, no sólo para el particular, sino también para el funcionario de los museos públicos. No es suficiente con la mera utilización de un formulario impreso y con espacios para rellenar fundamentalmente datos personales, en el que se hace constar que el bien queda bajo la custodia del museo, quedando advertido de las responsabilidades en que puede incurrir en caso de quebrantamiento del depósito. Este es uno de los aspectos que hay que remarcar, el depositario debe entender perfectamente el alcance y la trascendencia de su nombramiento y las consecuencias de su incumplimiento; la instrucción no es un mero trámite, sino auténtica formación.

6. La gestión interna de los depósitos judiciales en el Museo: los ingresos temporales

La legislación sobre museos, también debe contemplar este tipo de depósitos. El Reglamento de Museos de Titularidad Estatal y del Sistema Español de Museos aprobado por Real Decreto 620/1987 de 10 de abril no se manifiesta sobre este aspecto; deficiencia que se soluciona en el Proyecto de nuevo Reglamento que cita expresamente como bienes culturales suscep-

tibles de ser depositados en los museos de titularidad estatal, los procedentes de depósitos cautelares o judiciales por imperativo legal.

Se reserva para este tipo de ingresos la denominación de “ingresos temporales”, categoría de nueva creación, que implica su exclusión de los procedimientos habituales de ingreso. En este caso, no se inscribirán en el Registro, ni serán siglados con su número de inventario. Únicamente se firmarán las actas de recepción donde se detallarán los datos de identificación de los bienes, sus propietarios, y la duración, condiciones y finalidad del ingreso y, una vez concluida la causa que motivó este depósito se procederá a la resolución del mismo, firmándose las correspondientes actas. Es en estas actas de recepción donde deben quedar claramente fijadas las condiciones de depósito.

7. Conclusiones

Dadas las dificultades que conlleva el depósito judicial en museos cabe preguntarse si existen otras alternativas. Ya se ha comentado como el Real Decreto 2783/1976 permite el depósito en poder de su propietario, siempre y cuando sea conocido, y con sujeción por parte de éste a las obligaciones que establecen el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil para el secuestro judicial. Y como la Ley de Represión del Contrabando admite, en el caso de contrabando de bienes culturales, que la autoridad judicial, en atención a las circunstancias del hecho y a las de sus presuntos responsables designe a éstos como depositarios de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos, con prestación, en su caso de la garantía que se establezca.

Sin embargo no siempre es conocido el propietario o existen dudas acerca de la capacidad para conservar los bienes del imputado. Además hay que tener en cuenta que en el caso de muchos bienes culturales, lo fundamental es la conservación del bien, no siendo de gran ayuda la posibilidad de un resarcimiento económico. Es por ello que con determinados bienes, y en caso de duda sobre la capacidad de conservación del depositario, se opte por su depósito judicial en museos.

Hay que recordar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal habla de depósito en “organismo adecuado”, y que la Ley de Enjuiciamiento Civil alude a “establecimiento público o privado”. Nada impediría por tanto el depósito judicial en empresas dedicadas al almacenaje, conservación y custodia de bienes culturales, fijando el Tribunal una remuneración acorde con las tarifas y precios usuales, que sería satisfecha con cargo a las costas. Otras veces, sobre todo en el caso de bienes que van a ser subastados, se puede nombrar depositario a la sala de subastas.

Una última opción, de más difícil cumplimiento sería la creación de unos almacenes judiciales específicos para bienes culturales, bajo la tutela de la

⁶³ SSTS de 9 de febrero de 1996, 20 de febrero de 1996, 22 de abril de 1997, 24 de septiembre de 1998, 18 de noviembre de 1998, 10 de diciembre de 1998, 12 de febrero de 1999, 9 de marzo de 1999, 8 de junio de 2001; entre otras.

Administración competente y supervisión del Ministerio de Cultura o de la Consejería de Cultura correspondiente.

Sin embargo, parece que, hoy por hoy, lo más adecuado continúa siendo su conservación en museos. Por otra parte, se suele solicitar a profesionales del mismo museo que experticen las obras, viendo facilitada su labor con la conservación en el propio lugar de trabajo.

Indudablemente son muchos los perjuicios que estos depósitos ocasionan a los museos, dando lugar, además, a situaciones dilatadas en el tiempo; de ahí la importancia de que los conservadores y gestores del museo sean conscientes de que aceptando estos depósitos están colaborando en la lucha contra el tráfico ilícito en la medida en que prestan una adecuada cooperación en el procedimiento judicial. Y esta cooperación exige que los gestores de los museos conozcan perfectamente las obligaciones inherentes al depósito judicial: de hecho estas obligaciones deberían ser fijadas en las actas de recepción o en el programa de colecciones, teniendo siempre claro que, en caso de duda sobre la forma de cumplir con la obligación de guarda será la autoridad judicial la que tenga la última palabra; y a ella habrá que recurrir.

8. Bibliografía

CASTRO MORENO, A. (2000): “Apropiación indebida por funcionarios y malversación impropia: criterios de delimitación”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, número 4: 23-34, Aranzadi, Pamplona.

DE DIEGO DíEZ, L.A. (2005): *Ocupación, conservación y destrucción de las piezas de convicción*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MÁRMOL BRIS, M^a. S. (1994): “Depósitos judiciales y servicios de depósito”, *La Ley*, número 4: 1080-1089, Distribuciones de La Ley, Madrid.

MARTÍN SANTISTEBÁN, S. (2002): *El depósito y la responsabilidad del depositario*, Monografías Aranzadi, Pamplona.

OZCÁRIZ MARCO, F. (1997): *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, Bosch, Barcelona.



Importación y exportación de bienes culturales

Carlos González-Barandiarán y de Muller

Conservador de Museos
Subdirección General de Protección de
Patrimonio Histórico - MCU

1. Introducción: el tráfico ilícito de bienes culturales

El mundo del arte y de la gestión del patrimonio histórico ha venido experimentando en los últimos años un crecimiento exponencial, que ha producido que hoy en día veamos no solo como normales sino como plenamente necesarios movimientos de bienes culturales antes impensables.

Este tráfico de bienes culturales se produce no solo en el sector público, cuyas instituciones ceden sus piezas para exposiciones temporales, sino también en el cada vez más activo mercado del arte internacional que ha visto aumentado el número e importancia de personas que se dedican a esta actividad.

Esto ha tenido como consecuencia la definitiva profesionalización del sector y la apertura a segmentos más amplios de la sociedad que contemplan el arte y el patrimonio como una fuente mas para la obtención de recursos o un destino rentable para sus inversiones.

Como cualquier otra actividad que mueve dinero en cantidades importantes, el tráfico de bienes culturales se ha visto por tanto expuesto a actividades ilícitas y a los manejos de algunos “profesionales” con una mas que evidente falta de escrúpulos.

Por ello desde organismos internacionales como el Consejo Internacional de Museos (ICOM) se ha promovido la redacción de códigos deontológicos como el de marchantes y comerciantes de arte, con el que se pretende concienciar al mundillo profesional de que los bienes últimos con los que estamos todos trabajando no son meras acciones o inversiones bursátiles sino la herencia cultural de los pueblos, con una valor que trasciende y con mucho lo puramente crematístico.

Este panorama se vuelve dramático cuando hablamos de guerras, crisis o países con escasos recursos económicos, que ven sistemáticamente expoliado su patrimonio cultural.

España ha estado no hace mucho en esta situación, de hecho nuestra ley de Patrimonio Histórico (Ley 16/1985) es claramente proteccionista y por lo que respecta a la exportación es, sin ninguna duda, una de las más restrictivas del panorama internacional. El escenario normativo es radicalmente distinto en lo que respecta a la importación, materia apenas esbozada en la ley española, pero en la que conviene tener muy presente nuestro pasado para evitar que nos convirtamos en puerta de entrada a Europa de objetos de dudosa procedencia. Por ello la Administración española ha sido una de las principales impulsoras de la firma de tratados y acuerdos internacionales destinados a evitar el tráfico ilícito de Bienes Culturales y promueve y ampara la restitución de los mismos a sus legítimos propietarios.

Pasaremos a continuación a analizar cual es el tratamiento que se da y el modo en que se gestiona la importación y exportación de bienes culturales en España, viendo como el control del tráfico lícito es la mejor arma para luchar contra el ilícito.

2. La importación de bienes culturales en España

Como decíamos, la normativa española ha tratado muy someramente el tema de la importación. De un modo muy resumido señalaremos que las principales normas estatales que se refieren a la importación son el art. 32 de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español y los arts. 46.3, 46.4 y 64 del Real Decreto 111/1986 de desarrollo parcial de la Ley 16/1985.

Sirva de ejemplo de esta parquedad legislativa el hecho de que en ninguna de estas normas se da siquiera una definición de importación, aunque por pura analogía con la que se da de la exportación podríamos enunciarla como: “la introducción en territorio español de bienes que posean valores propios del PHE, incluidos aquellos que tengan como origen los países de la U.E.”.

2.1. Tipos de importación

Consecuencia de esta definición sería una primera clasificación de las importaciones en función de su origen, distinguiendo, entre aquellas que proceden de alguno de los países miembros de la Unión Europea y las que vienen de terceros países.

Hay que tener en cuenta que la ley de Patrimonio Histórico es anterior a la entrada de España en la Unión Europea y por tanto fue concebida en un escenario en el que para cualquier movimiento de bienes culturales era preciso una tramitación aduanera.

Al incorporarse España como miembro de pleno derecho de la Unión en el año 1986, esto cambió y por lo que aquí nos interesa ha dificultado, como a continuación veremos, el control documental de las importaciones.

Otra posible clasificación de las importaciones sería por su duración, distinguiendo entonces las temporales de las definitivas.

2.2. Importaciones temporales

Las importaciones temporales no son tratadas en ningún momento por la normativa del patrimonio Histórico Español, por ello el procedimiento se ha ido perfilando a medida que se han suscitado cuestiones en la práctica. Su función más habitual en el ámbito de los bienes culturales es el movimiento de piezas con destino a exposiciones temporales, estudio, restauración...

La tramitación ordinaria de las mismas la realizan los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y la Administración de Aduanas, requiriendo el DUA de importación temporal para aquellas que procedan de fuera de la U.E. y documentación que acredite fehacientemente la fecha de entrada y salida en el país para aquellas que procedan de la Unión y que sean revisadas durante su estancia en España.

Existe además otro procedimiento que bien podríamos clasificar como “extraordinario” pues en él si interviene y actúa el Ministerio de Cultura. Se trata de la firma de los denominados “certificados de no confiscación” o “anti-embargo” que se están generalizando en los últimos años. Son estos unos documentos firmados por el Director General de Bellas Artes y Bienes Culturales en los que se señala el compromiso del Gobierno Español, dentro del ámbito de sus competencias, a devolver las piezas importadas temporalmente en nuestro país (generalmente con motivo de exposiciones temporales). Son solicitados por aquellos prestadores que exigen unas “garantías extras” antes de acceder a los préstamos de sus piezas, como puede ser el caso de la mayoría de los grandes museos de EEUU, Rusia o Suiza. Su validez dentro del ámbito de la normativa internacional es desde luego muy cuestionable pero en la actualidad se está trabajando para conseguir una postura común europea sobre su texto y contenidos concretos.

2.3. Importaciones definitivas

A estas son a las que se refiere los artículos ya citados de la Ley 16/1985 y el RD 111/1986.

Los bienes muebles cuya importación haya sido realizada legalmente y esté debidamente documentada, podrán optar por una de estas 2 posibilidades (debe escoger una de las dos, no puede acogerse a ambas):

1. Solicitar a la Comunidad Autónoma competente que dichos bienes sean incluidos en el inventario General de Bienes Muebles o sean declarados Bienes de Interés Cultural.
2. Presentar ante la Dirección General de BBAA y BBCC del Ministerio de Cultura solicitud de declaración de importación.

Si el titular de los bienes opta por la primera opción, una vez que los bienes sean incluidos en el Inventario General o declarados BIC en el plazo máximo de un año desde su importación, su titular obtendrá una serie de beneficios fiscales, siempre que los bienes permanezcan en el territorio español y dentro de su patrimonio durante al menos cuatro años.

Si se escoge la segunda posibilidad, en un plazo máximo de 3 meses a partir de la fecha de la importación, el titular podrá presentar (por duplicado) ante la Dirección General de BB.AA. y BB.CC una declaración de importación según el modelo oficial. Está declaración deberá ir acompañada de la siguiente documentación:

Bienes procedentes de países no miembros de la UE: Documentación que acredite la propiedad del bien (Por ejemplo: Factura de compra) y DUA de importación.

Bienes procedentes de países miembros de la UE: Documentación que acredite la propiedad del bien (Por ejemplo: Factura de compra) y documentación que acredite la fecha de entrada del bien en nuestro país (Por ejemplo: factura de la empresa de transporte).

De la presentación de esta declaración ante Cultura se deriva un régimen especial por un plazo de 10 años (prorrogable por otros 10 si así lo solicita el interesado) con una serie de ventajas para el caso de que el propietario quiera exportar ese bien nuevamente fuera de España. En este supuesto y siempre y cuando se realice correctamente la solicitud de exportación, ésta:

- No podrá ser denegada.
- No pagará tasas.
- No estará sujeta a ninguno de los derechos de adquisición preferente con los que cuenta la Administración (OVI, tanteo y retracto) puesto que estos bienes no forman parte del Patrimonio Histórico Español.
- Los bienes importados y declarados no podrán ser declarados BIC, salvo solicitud del propietario.

La finalidad de esta declaración de importación ante cultura es incrementar la riqueza artística existente en España, ya que la mayoría de las veces, los bienes así

importados no son reexportados, con lo que mediante esta norma y sin ningún coste para la Administración se consigue que se traigan a nuestro país piezas procedentes del mercado internacional.

Por último señalar que evidentemente no se admiten aquellas declaraciones de importación en las que haya el más mínimo indicio de ilicitud, en cuyo caso se pone en conocimiento de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado para que hagan las averiguaciones e investigaciones pertinentes.

3. La exportación de bienes culturales en España

Al contrario de lo que ocurre con la importación, la Ley de PHE sí da una definición de exportación, y lo hace en su artículo 5 describiéndola como: “La salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el PHE, incluidos aquellos que tengan por destino los países de la U.E.”

La solicitud de autorización para la exportación debe ser expresa y previa a la realización de la misma y en uno de los dos modelos oficiales que el Ministerio de Cultura pone a disposición del ciudadano a través de su página web.

En esta materia el régimen normativo es bastante más complejo pues además de la normativa estatal ya mencionada al hablar de la importación (Ley 16/1985 y RD 111/1986) entra en juego la de la Unión Europea (Reglamento 3911/92 del Consejo, relativo a la exportación de Bienes Culturales y Reglamentos 752/93 y 656/04 de la Comisión, que introducen modificaciones parciales al primero).

De la combinación de ambas normativas, la estatal y la de la Unión Europea, se deriva el régimen de exportación actualmente vigente en España, para cuyo análisis conviene en primer lugar hacer unas puntualizaciones sobre los distintos tipos de exportación.

3.1. Tipos de exportación

En función de la intención con la que se va a realizar la exportación se distinguen tres tipos:

- Definitiva.
- Temporal con posibilidad de venta.
- Temporal.

Las dos primeras tienen un carácter eminentemente privado y son las que solicitan los particulares para el tráfico de bienes culturales. El uso más habitual para la tercera es el traslado de bienes integrantes del Patrimonio Histórico para diferentes fines tales como: exposiciones internacionales, salidas para restauración de obras, estudios científicos...

La autorización de exportación definitiva y la temporal con posibilidad de venta (cuando esta efectivamente se produce) de bienes fuera de la Unión Europea está sujeta al pago de una *tasa*.

La declaración del valor del bien, objeto de la soli-

cidad de exportación definitiva, o de la solicitud de exportación temporal con posibilidad de venta hecha por el solicitante será considerada oferta de venta irrevocable en favor de la Administración del Estado, siendo su precio el valor señalado, con excepción de las solicitudes de exportación de los bienes cuya importación haya sido realizada legalmente y declarada conforme a lo dispuesto en el art. 32 de la ley 16/85.

Una vez vistos los tres tipos de exportación posibles conviene separar las que tienen como destino países miembros de la Unión Europea de aquellas que van a terceros países pues los requisitos para unas y otras varían como consecuencia de la aplicación simultánea de la normativa estatal y Europea a que nos referíamos al principio.

3.2. Exportación con destino a países miembros de la UE

A) Requerirán permiso de exportación definitivo, temporal con posibilidad de venta o temporal para su salida del territorio español:

- Los bienes culturales que tengan más de 100 años de antigüedad.
- Los incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles del Patrimonio Histórico.

B) Sólo podrán solicitar permiso de exportación temporal, nunca definitivo ni temporal con posibilidad de venta:

- Los Bienes de Interés Cultural o aquellos que tengan incoado expediente para su declaración como Bien de Interés Cultural.
- Los bienes que hayan sido declarados inexportables como medida cautelar.
- Los bienes de titularidad pública.

3.3. Exportación con destino a otros países

A) Al igual que en el caso anterior, requerirán en todo caso permiso de exportación definitivo, temporal con posibilidad de venta o temporal para su salida del territorio español:

- Los bienes culturales que tengan más de 100 años de antigüedad.
- Los incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles del Patrimonio Histórico.

Para aquellos bienes que tengan menos de 100 años se aplica el Reglamento (CEE) 3911/92 del Consejo, relativo a la exportación de bienes culturales:

a) Requieren permiso de exportación aquellos bienes que tengan entre 50 y 100 años de antigüedad, siempre y cuando valor supere las siguientes cifras:

Tipo de bien	Valoración €
Dibujos, grabados y fotografías	15.000
Acuarelas, aguadas y pasteles	30.000
Esculturas	50.000
Cuadros	150.000

b) No necesitan permiso de exportación (aunque solicitante de la exportación deberá presentar en la Aduana una declaración jurada o algún otro documento que acredite la actualidad de las obras):

- Los bienes que tengan entre 50 y 100 años de antigüedad cuyo valor quede por debajo de las cifras arriba indicadas.
- Los bienes que tengan menos de 50 años de antigüedad, tanto de autores vivos, como ya fallecidos.

B) Solo podrán solicitar permiso de exportación temporal, nunca definitivo ni temporal con posibilidad de venta:

- Los Bienes de Interés Cultural o aquellos que tengan incoado expediente para su declaración como Bien de Interés Cultural.
- Los bienes que hayan sido declarados inexportables como medida cautelar.
- Los bienes de titularidad pública.

Este aparente maraña legislativa es en realidad bastante más ágil de lo que cabría esperar. Todas las empresas de transporte del ramo conocen el procedimiento y se niegan a prestar sus servicios sin el preceptivo permiso de exportación de Ministerio de Cultura. Asimismo, la gran mayoría de los anticuarios y casas de subasta advierten a sus clientes que deben tramitar un permiso de exportación cuando desean llevarse algún bien del PHE fuera de nuestras fronteras, y un poco con la colaboración de todos, hoy en día son escasos los particulares que antes de realizar una exportación o importación ignoran el régimen especial al que están sujetas este tipo de actividades.

También es cierto, que a este cumplimiento generalizado de la normativa ha ayudado y mucho el régimen sancionador previsto en los artículos 29 y 75 de la Ley del Patrimonio Histórico y en la Ley 12/95 de Represión del Contrabando que señalan que el incumplimiento de las condiciones del retorno a España de los bienes cuya exportación temporal ha sido permitida tendrá la consideración de exportación ilícita y que la exportación de un bien mueble integrante del PHE que se realice sin la autorización, constituirá:

- Delito de contrabando (si el valor de lo exportado es superior los 18.000€): Castigado con prisión menor y multa del duplo al cuádruplo del valor de lo exportado.
- Infracción administrativa (si el valor es inferior a 18.000€): En cuyo caso el infractor puede enfrentarse a una multa de hasta 600.000€.

Además la exportación ilícita transforma automáticamente los bienes exportados en inalienables e imprescriptibles, es decir, que el exportador ilegal pierde la propiedad de los mismos a favor de la administración que se ve habilitada además para reclamarlos legalmente allí donde se encuentren y por cuanto tiempo sea necesario para su recuperación.

4. Conclusión

Una vez visto en detalle el régimen legal y el procedimiento que deben realizar todas aquellas instituciones y particulares que deseen importar o exportar bienes culturales en España, no queda sino plantearse que más podemos hacer para luchar contra el tráfico ilícito.

La normativa ha dado un excelente resultado en los más de 20 años que lleva en vigor, pero llegados a este punto conviene ya plantearse perfilar algunos detalles que agilicen la tramitación de la exportación de determinados bienes (como puedan ser las monedas o libros que por su carácter seriado ralentizan mucho el procedimiento) y sobre todo volcarse en una regulación más detallada de la importación.

En cualquier caso, ya se trate de aplicar las leyes hoy vigentes o las que se promulguen en el futuro, para que sean efectivas y presten un buen servicio al ciudadano, debemos trabajar todos juntos: administraciones locales, autonómicas, nacionales e internacionales; las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; las asociaciones profesionales; el sector público y el privado. Y es que como decíamos al principio el contenido de nuestra actividad profesional trasciende el hoy y se transforma en la herencia que dejaremos a las generaciones que nos sucedan.



La Convención de París 1970 y Unidroit

Juan Manuel García Labajo

Coronel Auditor
Ministerio de Defensa

1. El Protocolo de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado

Durante la II Guerra Mundial se llevó a cabo en los países ocupados un saqueo sistemático de obras de arte. Se tiene noticia incluso de la creación de un servicio dentro del aparato de la Alemania nazi, denominado «Sonderauftrag», destinado a centralizar los cuadros, estatuas, tapices, armaduras, monedas, etc., procedentes de los diversos países, merced a esta política de expolio, que llegó a alcanzar, según se calcula, un total de casi 22.000 objetos, entre los cuales se contaban pinturas célebres y piezas de museo; porque hay que decir que la práctica seguida no consistía sólo en el despojo por la fuerza, a todas luces prohibido desde antiguo por el Derecho de la Guerra clásico como constitutivo de saqueo, en los artículos 23 y 56 del Reglamento de la Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anejo a las Convenciones II y IV de La Haya, de 1899 y 1907, sino que se siguió también una técnica más depurada, consistente en exigir fuertes indemnizaciones diarias a los países ocupados, considerándose como medio de pago las obras de arte, con lo que se tendía a dar una apariencia de transmisiones voluntarias a lo que no eran sino expropiaciones deliberadas.

Sobre tales antecedentes, bajo los auspicios de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) se concluyó en La Haya el 14 de mayo de 1954, una «Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado», que trata en síntesis de preservar el patrimonio cultural en general contra los peligros de las hostilidades. Junto con esta última, se adoptó también al propio tiempo un Protocolo especial, de carácter facultativo para los Estados signatarios de la Convención, igualmente denominado «Protocolo para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado» -lo mismo que la Convención- referido específicamente a esta cuestión del tráfico de

bienes culturales procedentes de territorios ocupados durante un conflicto armado.

Se establece aquí el principio capital de la prohibición de dicho tráfico, pues se entiende que toda transferencia de bienes culturales durante el curso de una ocupación militar está teñida de un vicio de consentimiento. Se dice así, en efecto, en la Sección I, párrafo 1, del Protocolo que «cada una de las Altas Partes Contratantes se compromete a impedir la exportación de bienes culturales de un territorio ocupado por ella durante un conflicto armado». Por «bienes culturales» habrá que entender aquí los que bajo este concepto se definen en el artículo 1 de la Convención que, por su naturaleza, resulten susceptibles de exportación, es decir, de traslado de un lugar a otro, o sea, los bienes muebles «cualquiera que sea su origen y propietario (...) que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como (...) las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos».

Se impone así a la Potencia ocupante esta obligación de interdicción de la exportación de tales bienes culturales muebles de gran importancia para el patrimonio cultural, aunque no se dice cómo ni de qué forma ha de cumplirla, de manera que las medidas impeditivas del tráfico quedan por completo al propio juicio y apreciación del ocupante. Sobre todos los demás terceros Estados que sean Partes en el Protocolo, y no sólo sobre el ocupante, recae también una obligación complementaria, a la que se refiere el párrafo 2 de esta Sección I: «Cada una de las Altas Partes Contratantes se compromete a colocar bajo secuestro los bienes culturales importados en su territorio, que procedan directa o indirectamente de cualquier territorio ocupado. Este secuestro se declarará, bien de oficio en el momento de la importación o, en otro caso, a petición de las autoridades de dicho territorio».

Consecutivamente al principio de la prohibición del tráfico de estos bienes culturales procedentes de una ocupación militar, se establece también el principio de la restitución (párrafo 3 de la Sección I). «Cada una de las Altas Partes Contratantes se compromete a devolver, al término de las hostilidades, a las autoridades competentes del territorio anteriormente ocupado, los bienes culturales que se encuentren en el suyo, si dichos bienes han sido exportados en contravención del principio» prohibitivo antes enunciado, sin que «en ningún caso los bienes culturales (puedan) retenerse a título de reparaciones de guerra».

Acto seguido, junto al principio de la restitución se establece también el de la indemnización a terceros (párrafo 4 de la Sección I). «La Alta Parte Contratante que tuviera la obligación de impedir la exportación de bienes culturales del territorio ocupado por ella deberá indemnizar a los poseedores de buena fe de los bienes culturales que hayan de ser devueltos». La indemnización al tercer adquirente de buena fe se impone tan sólo, pues, como obligación, a título más que nada sancionador, a la Potencia ocupante, no al país importador ni a otro tercer país por el que pueda haber circulado después el bien de que se trate y en cuyo territorio se encuentre en el momento de la reclamación de las autoridades competentes del territorio de procedencia. En cualquier caso, nada se establece acerca de los requisitos sustantivos ni de las condiciones de ejercicio de las acciones de restitución e indemnización.

Finalmente, de forma separada hay en la Sección II –de potestativa aceptación independiente por los Estados signatarios con respecto a la I y viceversa– una referencia al supuesto especial de exportación o traslado al extranjero de bienes culturales por razones de seguridad, que puede hacerse lícitamente con arreglo a lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la Convención. Se reitera así con respecto a ellos el principio de la restitución, al decirse que «los bienes culturales procedentes del territorio de una Alta Parte Contratante depositados por ella, a fin de protegerlos contra los peligros de un conflicto armado, en el territorio de otra Alta Parte Contratante, serán devueltos por ésta al término de las hostilidades a las autoridades competentes del territorio de procedencia».

2. La Convención de París de 1970 sobre el tráfico ilícito de bienes culturales

El auge inquietante que partir de los años 60, con el extraordinario desarrollo de las comunicaciones y el alza de los precios en el mercado del arte, llegó a adquirir el tráfico de estos objetos con destino a los países más poderosos económicamente, llevó igualmente a la comunidad internacional a la adopción, siempre bajo los auspicios de la UNESCO, de un nuevo instrumento normativo destinado a combatir la práctica del tráfico ilícito de bienes culturales, sin distinción ya entre tiempo de paz y tiempo de guerra,

con el fin de atajar el progresivo empobrecimiento del patrimonio cultural de los países menos favorecidos económicamente, pero para cuyas poblaciones constituía este fenómeno, por razones bien comprensibles, una fuente de ingresos tentadora. Se trata de la Convención de París, de 14 de noviembre de 1970, «sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales».

El principio básico y nuclear que se establece en dicho instrumento es el de la ilicitud del tráfico de bienes culturales que se efectúe con infracción del derecho interno de los Estados Partes en la Convención, o sea, de las disposiciones adoptadas en su Ordenamiento Jurídico por los Estados en establecimiento de las medidas de intervención y control previstas en la Convención. Como ha escrito Jiri TOMAN, la Convención de 1970 es un acuerdo multilateral de aplicación indirecta, en la medida en que para la implementación o aplicación efectiva de sus disposiciones no basta –ni siquiera en los llamados sistemas monistas– con la ratificación de este Tratado internacional, sino que es menester acto seguido la adopción de medidas legislativas internas de intervención y control del tráfico de bienes culturales.

En el Preámbulo de la Convención se afirma que «todo Estado tiene el deber de proteger el patrimonio constituido por los bienes culturales existentes en su territorio contra los peligros de robo, excavación clandestina y exportación ilícita», pero el grado de licitud o ilicitud de su tráfico depende de la voluntad soberana de cada Estado. Lógicamente, los países cuyo patrimonio esté sufriendo o haya sufrido graves menoscabos adoptarán soluciones jurídicas más radicales, como la prohibición absoluta o la restricción extrema de la exportación o salida de su territorio de tales bienes. En este sentido, el art. 2 de la Convención establece que «los Estados Partes en la presente Convención reconocen que la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de los bienes culturales constituyen una de las causas principales del empobrecimiento del patrimonio cultural de los países de origen de dichos bienes» y en el art. 13 d) se obligan también «a reconocer, además, el derecho imprescriptible de cada Estado Parte en la presente Convención de clasificar y declarar inalienables determinados bienes culturales, de manera que no puedan ser exportados». En cambio, otros Estados pueden también, según su voluntad y decisión legal soberanas, adoptar una legislación más permisiva en aras a favorecer el mercado del arte y la libertad de comercio y circulación de los bienes culturales.

En esta dicotomía entre los dos posibles sistemas, el proteccionista del patrimonio cultural autóctono y el del libre comercio de los bienes culturales, la Convención ha optado por dejar a cada Estado la libertad soberana de configuración de su propio Ordenamiento cultural, con arreglo al cual habrá de determinarse –insistimos– la licitud o ilicitud del tráfico de bienes culturales. Esto es lo que afirma el art. 3

cuando se dice en el mismo que «son ilícitas la importación, la exportación y la transferencia de propiedad de los bienes culturales que se efectúen infringiendo las disposiciones adoptadas por los Estados Partes en virtud de la presente Convención».

Sólo hay una excepción a este esquema de remisión al Derecho interno para la determinación de la licitud o ilicitud del tráfico. Es la que se establece en el art. 11, que reconociendo, aunque sin mencionarla, la normativa especial propia del Derecho de la Guerra, dispone que en todo caso «se consideran ilícitas la exportación y la transferencia de propiedad forzadas de bienes culturales que resulten directa o indirectamente de la ocupación de un país por una potencia extranjera».

Fuera de este supuesto, la ilicitud del tráfico de un determinado bien cultural se determina siempre con arreglo a la legislación interna del Estado respectivo. Es más, la propia definición de los objetos que constituyen propiamente bienes culturales, esto es, la delimitación misma del ámbito objetivo de aplicación de las normas de la Convención, depende también de la voluntad soberana de cada Estado, expresada en su legislación interna, con arreglo a la cual habrá de determinarse si un determinado objeto merece o no la calificación jurídica de «bien cultural». Se dice así en el art. 1 que «para los efectos de la presente Convención se considerarán como bienes culturales los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia».

No obstante, con el fin de establecer unas ciertas reglas de uniformidad en este punto, se añade de inmediato en la dicción del propio art. 1 que para poder merecer tal calificación jurídica como bienes culturales en el Derecho interno de los Estados es menester que los objetos de que se trate «pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación». Dentro de estas categorías, cada Estado es libre de configurar jurídicamente la concepción material –más amplia o más restrictiva- de los objetos que deban calificarse como bienes culturales a los efectos aplicativos de las normas de la Convención, según la importancia que el propio Estado les otorgue para su «patrimonio cultural mobiliario», podríamos decir y con tal siempre de que puedan subsumirse en alguna o algunas de las categorías enumeradas en la Convención, que son la siguientes, hasta hacer un total de once, en resumen:

- a) las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía y los objetos de interés paleontológico;
- b) los bienes relacionados con la historia;
- c) el producto de las excavaciones o de los descubrimientos arqueológicos;
- d) los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos;
- e) las antigüedades que tengan más de 100 años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados;
- f) el material etnológico;
- g) los bienes de interés artístico, como son los cua-

los, pinturas y dibujos; las producciones del arte estatuario y esculturas; los grabados, estampas y litografías; y los conjuntos y montajes artísticos en cualquier materia;

- h) los manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguos;
- i) los sellos de correos, fiscales y análogos;
- j) los archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos; y
- k) los objetos de mobiliario que tengan más de 100 años e instrumentos de música antiguos.

Partiendo, pues, del reconocimiento de la soberanía estatal que la Convención de París hace para la calificación de los objetos como tales bienes culturales y para la determinación de la licitud o no de su tráfico, lo que se contienen principalmente en dicha Convención no son sino medidas –como corresponde a la propia intitulación del Tratado: «medidas que deben adoptarse»- para lograr una efectiva colaboración internacional, por parte de todos los demás Estados signatarios de la Convención, en la preservación de la eficacia de la legislación interna de cada Estado referente al tráfico ilícito de sus bienes culturales, pues como reconocen los Estados Partes en la Convención en su art. 2, la «colaboración internacional constituye uno de los medios más eficaces para proteger sus bienes culturales respectivos».

Se establece así una suerte de solidaridad internacional en la protección de la integridad del patrimonio cultural de cada cual, pues, como se afirma en el Preámbulo, resulta «indispensable que todo Estado tenga cada vez más conciencia de las obligaciones morales inherentes al respeto de su patrimonio cultural y del de todas las naciones». La propia Convención aclara, por cierto, en su art. 4 cuáles son los lazos o puntos de conexión que han de presentar los bienes culturales con respecto a cada Estado para que puedan ser considerados integrantes de su «patrimonio cultural». «Forman parte del patrimonio cultural de cada Estado –dice el precepto- los bienes que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación» y que, siguiendo a Jiri TOMAN, podemos sintetizar del siguiente modo: criterio personal (los bienes producidos por nacionales), criterio territorial (los bienes creados en su territorio por residentes extranjeros y los bienes hallados en su territorio) y criterio contractual (los bienes adquiridos, intercambiados, recibidos o comprados por acuerdos con el Estado de origen).

Las medidas de colaboración internacional que decimos se establecen en la Convención para ayudar a cada Estado en la lucha contra el tráfico ilícito de sus bienes culturales las podemos clasificar, a efectos sistemáticos, en medidas de intervención y control, medidas sancionatorias y medidas de restitución.

En primer lugar, las medidas de intervención y control de la exportación y de la importación establecidas en los artículos 6 y 7. Con respecto a la exportación, los Estados se obligan (art. 6):

- a) «a establecer un certificado adecuado, en el cual el Estado exportador autorice la exportación del

- bien o de los bienes culturales de que se trate»; y
- b) «a prohibir la salida de su territorio de los bienes culturales no acompañados del certificado de exportación».

En cuanto a la importación, los Estados se obligan (art. 7):

- a) a «impedir la adquisición de bienes culturales procedentes de otro Estado Parte en la Convención, por los museos y otras instituciones similares situadas en su territorio (que) se hubieren exportado ilícitamente», así como «a informar al Estado de origen de toda oferta» recibida en este sentido; y
- b) «a prohibir la importación de bienes culturales robados en un museo, un monumento público civil o religioso, o una institución similar, situados en el territorio de otro Estado Parte» y que figuren en el inventario de la misma.

En segundo lugar, las medidas sancionatorias, a las que se refiere el art. 8, cuando establece que «los Estados Partes en la presente Convención se obligan a imponer sanciones penales o administrativas a toda persona responsable de haber infringido las prohibiciones» de exportación sin el certificado correspondiente (art. 6,b) o de importación de bienes culturales procedentes del robo (art. 7,b).

Por último, en cuanto a las medidas de restitución, a ellas se refiere también el art. 7 b, a tenor de cuyo segundo apartado, los Estados Partes en la presente Convención se obligan igualmente a «decomisar y restituir, a petición del Estado de origen, todo bien cultural robado e importado» en contravención de las disposiciones de la Convención, «a condición de que el Estado requirente abone una indemnización equitativa a la persona que lo adquirió de buena o que sea poseedora legal de esos bienes. Las peticiones de decomiso y restitución deberán dirigirse al estado requerido por vía diplomática», con acompañamiento de los medios de prueba justificativos.

Aparte de ello, hay que decir también que el art. 13c) obliga asimismo a los Estados «a admitir (con arreglo a lo dispuesto en su legislación) una acción reivindicatoria de los bienes culturales perdidos o robados, ejercitada por sus propietarios legítimos».

Al lado de las medidas de colaboración internacional que acabamos de examinar, se prevén también en la Convención otras medidas de «autoprotección» -podríamos decir- que son las de carácter institucional y las de difusión cultural.

A las medidas institucionales se refiere el art. 5, conforme al cual, «los Estados Partes en la presente Convención se obligan a establecer en su territorio uno o varios servicios de protección del patrimonio cultural, dotados de personal competente y en número suficiente para garantizar de manera eficaz las funciones que se indican a continuación», consistentes básicamente en:

- a) la preparación de los proyectos de textos legislativos y reglamentarios que permitan la protección del patrimonio cultural;

- b) el establecimiento y actualización de inventarios y listas de los bienes culturales importantes, públicos y privados, cuya exportación constituiría un empobrecimiento considerable del patrimonio nacional;
- c) el fomento de los museos, bibliotecas, archivos, laboratorios, talleres, etc., necesarios para la conservación de los bienes culturales;
- d) el control de las excavaciones arqueológicas;
- e) dictar normas para los directores de museos, coleccionistas, anticuarios, etc., que se ajusten a los principios éticos formulados en la presente Convención; y
- g) velar porque se dé la publicidad apropiada a todo caso de desaparición de un bien cultural.

En cuanto a las medidas de difusión cultural, el art. 5, apartado f) atribuye también a los Servicios de Protección del Patrimonio Cultural la función, general en esta materia, de «ejercer una acción educativa para estimular y desarrollar el respeto al patrimonio cultural de todos los Estados y difundir ampliamente las disposiciones de la presente Convención». Aparte de ello, el art. 10 señala unos cometidos más particulares a los que se obligan igualmente los Estados en este punto, a saber:

- a) «a restringir, por medio de la educación, de la información y de la vigilancia, la transferencia de bienes culturales ilegalmente sacados de cualquier Estado Parte en la presente Convención» y, de manera especial, «a obligar a los anticuarios a llevar un registro que mencione la procedencia de cada bien cultural», así como «el precio de cada bien vendido y a informar al comprador del bien cultural de la prohibición de exportación»; y
- b) «a esforzarse por medio de la educación, en crear y desarrollar en el público el sentimiento del valor de los bienes y del peligro que el robo, las excavaciones clandestinas y las exportaciones ilícitas representan para el patrimonio cultural».

Para finalizar esta parte de la exposición referente a punto de la exposición, referente a la Convención de París, ya dijimos antes que la misma no tiene efectos retroactivos, lo que puede constituir sin duda una solución insatisfactoria para las justas aspiraciones de ciertos Estados, en orden a obtener la restitución de los bienes integrantes de su patrimonio cultural perdidos a causa, por ejemplo, de una ocupación colonial u otros hechos sucedidos en el pasado. De otro lado, hay que advertir también que la regla de la irretroactividad ha tenido, sin embargo, efectos positivos para el alto grado de ratificación alcanzado por la Convención, que alcanza ya el número de 120 Estados, entre los que se cuentan además los países más importantes en el mercado internacional del arte, como son los Estados Unidos, Francia, Japón, Suiza o el Reino Unido, lo que sin duda redundará en el interés de la preservación futura de la integridad del patrimonio cultural de todos los Estados Partes.

Atendiendo, no obstante, a aquellas reivindicaciones históricas, la Conferencia General de la UNESCO

celebrada en 1978 decidió crear un órgano consultivo para procurar la solución de estos casos. Es el llamado «Comité intergubernamental para fomentar el retorno de los bienes culturales a sus países de origen o su restitución en caso de apropiación ilícita». Se trata, como decimos, de un órgano consultivo –compuesto por representantes de 22 Estados miembros de la UNESCO que se van eligiendo y renovando periódicamente–, que ofrece un foro para la discusión y negociación en estos casos. Ha contribuido a solucionar ya ciertos contenciosos y actualmente a otros sometidos a su examen, como la conocida reclamación de Grecia para que el Reino Unido le restituya los mármoles del Partenón.

3. La Convención Unidroit de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente

Veinticinco años después del advenimiento de la Convención de París, un nuevo instrumento normativo ha venido a complementarla, en los aspectos únicamente de Derecho privado. De ahí que, dada la especialidad de la materia, a petición de la UNESCO dicho instrumento fuese preparado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que es una institución intergubernamental independiente, cuya finalidad es la de estudiar la manera de armonizar y coordinar el Derecho privado de los Estados y proponer la adopción de reglas jurídicas uniformes. El Instituto fue creado en 1926, como organismo auxiliar de la antigua Sociedad de las Naciones; tras la disolución de esta última fue refundado en 1940, en virtud de un Tratado internacional que es el «Estatuto Orgánico de UNIDROIT». El Instituto tiene su sede en Roma, en la «Villa Aldobrandini» y actualmente son miembros de UNIDROIT unos 60 Estados, que han ratificado su Estatuto, pertenecientes a los cinco continentes y que representan diversos sistemas jurídicos, económicos y políticos.

El Proyecto preparado por el Instituto fue luego sometido a una Conferencia Diplomática, que adoptó en Roma, el 24 de junio de 1995, la «Convención UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente», donde se establecen unas reglas jurídicas y unos requisitos uniformes para las demandas de restitución o devolución de tales bienes que se presenten ante los tribunales o autoridades competentes de los Estados Partes en la Convención, con el fin último de evitar que los traficantes ilegales puedan aprovecharse de las divergencias de los Ordenamientos Jurídicos nacionales en la materia.

La Convención se aplica así, conforme a su art. 1, «a las solicitudes de carácter internacional» que tengan por objeto:

- a) la «restitución de bienes culturales robados»; y
- b) la «devolución de bienes exportados ilegalmente», o sea, que hayan sido «desplazados del territorio de un Estado Contratante en contravención

de las normas de su derecho que regulan la exportación de los bienes culturales con el fin de proteger su patrimonio cultural».

A uno y otro supuesto, al de los bienes culturales robados y al de los bienes culturales exportados ilegalmente, se aplican regímenes jurídicos diferenciados, que se establecen en los Capítulos II y III de la Convención, respectivamente.

Por lo que se refiere a los bienes culturales robados, se establece en el art. 3 el principio de que «el poseedor de un bien cultural robado deberá restituirlo», regla ésta enunciada en términos absolutos, que constituye una importante innovación para los sistemas que tiene establecida en su Ordenamiento, con respecto a los bienes muebles, la figura de las llamadas «adquisiciones *a non domino*», con el fin de proteger la seguridad del tráfico jurídico y favorecer la situación del tercer adquirente de buena fe a título oneroso. Estas disposiciones de Derecho interno ceden ante las normas de Derecho internacional establecidas en la Convención.

La acción de restitución se somete sin embargo en el propio art. 3 a un plazo general de prescripción de 50 años –o mayor, incluso: de 75 o superior, si así lo determina facultativamente un Estado en el momento de la firma, ratificación o aceptación–, a menos que el solicitante haya tenido antes conocimiento del paradero del bien cultural y de la identidad del poseedor, en cuyo caso la solicitud de restitución deberá presentarse en el plazo de 3 años a partir de dicho momento.

De esta regulación general de la prescripción –sometida a un plazo doble, como hemos visto, según se tenga o no conocimiento de los elementos necesarios para el ejercicio de la acción–, se exceptúan determinados bienes que constituyen, por así decirlo, el núcleo del patrimonio cultural de cada Estado. En este sentido, se establece un régimen especial de prescripción con respecto a «la acción para solicitar la restitución de un bien cultural que forme parte integrante de un monumento, o de un yacimiento arqueológico identificado o que pertenezca a una colección pública», o sea, un grupo de bienes culturales inventariados o de otro modo identificados que sean propiedad de un Estado, una entidad regional o local o una institución religiosa, pedagógica o científica, así como los bienes culturales sagrados o rituales para una comunidad tribal o autóctona. En tales casos, la acción estará sometida únicamente al plazo de prescripción de 3 años, a partir de que se haya tenido conocimiento del paradero del bien y de la identidad del poseedor; lo que quiere decir que en otro caso, ínterin no se tenga conocimiento cierto de dichos extremos, la acción de restitución resulta imprescriptible.

El principio de la restitución sin defecto de los bienes culturales robados tiene su contrapartida en el principio de la indemnización a favor de terceros de buena fe, si bien sometida a un sistema de inversión de la carga de la prueba en favor del propietario desposeído originariamente. «El poseedor de un bien cultural robado que deba restituirlo –dice el art. 4– ten-

drá derecho al pago de una indemnización justa y razonable, siempre que no supiera ni hubiera debido razonablemente saber que el bien era robado y siempre que pueda probar que actuó con la diligencia debida cuando adquirió dicho bien». A tales efectos de la prueba de la diligencia debida en la adquisición, «se tendrán en cuenta todas las circunstancias relativas a la adquisición, entre ellas la condición de las partes, el precio pagado, si el poseedor consultó cualquier registro de bienes culturales robados razonablemente accesible» y, en general «si realizó alguna otra gestión que una persona razonable habría realizado en las mismas circunstancias».

En cuanto a los bienes culturales exportados ilegalmente, esto es, en contravención –recordemos– de las normas internas del Estado interesado, el principio que se establece en el Capítulo III es de la devolución: «Un Estado Contratante –dice el art. 5– podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente de otro Estado Contratante que orden la devolución de un bien cultural exportado ilegalmente del territorio del Estado requirente». Este principio de la devolución de los bienes culturales exportados ilegalmente no es absoluto, como el de la restitución de los bienes culturales robados, de manera que únicamente se concederá la devolución si el Estado requirente acredita que

el bien reviste una importancia significativa para su patrimonio cultural o que su salida del territorio menoscaba de forma también significativa la conservación material del bien o de su contexto, la integridad de un bien complejo, la conservación de información de carácter científico o histórico o la utilización tradicional o ritual de un bien por una comunidad tribal o autóctona.

Por lo demás, la solicitud de devolución está también sujeta a los plazos de prescripción de 3 o 50 años, según los casos y a la obligación de indemnización a favor del tercer adquirente de buena fe, en términos análogos al régimen jurídico expuesto con respecto a la acción de restitución de los bienes culturales robados.

Finalmente hay que decir que del principio de la devolución de los bienes culturales exportados ilegalmente se exceptúan, las obras de artistas contemporáneos que hayan sido exportadas «en vida» del artista o «durante los 50 años siguientes» a su fallecimiento. Se trata de una medida, establecida en el art. 7 de la Convención, tendente a promover la creación artística y a defender el reconocimiento exterior de los artistas contemporáneos, privando así de eficacia jurídica internacional a las eventuales normas internas prohibitivas de la exportación de sus obras.



La protección de los bienes culturales en los conflictos armados

Fernando Pignatelli y Meca

General Consejero Togado.
Asesor de la Subsecretaría de Defensa
Ministerio de Defensa

1. Introducción

En unas jornadas sobre lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales no podía faltar el tema de la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, ya que la falta de tuición de tales bienes en situación bélica es una de las principales causas del robo, el saqueo, la apropiación, el vandalismo y la destrucción del patrimonio cultural.

La protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado es objeto específico de la regulación contenida en la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado hecha en La Haya el 14 de mayo de 1954, elaborada en el seno de una Conferencia Intergubernamental convocada al efecto por el Consejo Ejecutivo de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (universalmente conocida mediante el acrónimo que se forma con las siglas iniciales de su denominación en lengua inglesa: UNESCO), la cual había sido constituida, a su vez, en virtud del Convenio de Londres de 16 de noviembre de 1945.

Al convocar la UNESCO la Conferencia Intergubernamental que dio a luz la Convención de 14 de mayo de 1954, estaba cumpliendo un mandato específico que aparece ya en el Convenio de Londres de 16 de noviembre de 1945, por el que se creó aquella Organización, que es un organismo especializado de las Naciones Unidas. Bajo la reflexión, expresada en el Preámbulo del Convenio de Londres de 1945, de *“que, puesto que las guerras nacen en la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz”*, en el artículo 1.1 del mismo se asignó a la UNESCO el propósito fundacional de *“contribuir a la paz y a la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones, a fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales que, sin distinción de raza, sexo, idioma o reli-*

gión, la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos del mundo”, encomendándosele, para la realización de esta finalidad, la función, entre otras, de ayudar *“a la conservación, al progreso y a la difusión del saber; velando por la conservación y la protección del patrimonio universal de libros, obras de arte y monumentos de interés histórico o científico, y recomendando a las naciones interesadas las convenciones internacionales que sean necesarias para tal fin”*.

Fruto del cumplimiento de estas previsiones contenidas en el Convenio constitutivo de la UNESCO es la precitada Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954, en vigor desde el 7 de agosto de 1956, en la que las Altas Partes contratantes se comprometen, básicamente, a salvaguardar y respetar los bienes culturales en caso de conflicto armado con el fin de otorgarles protección frente a la creciente amenaza de destrucción de los mismos que es consecuencia del desarrollo de la técnica bélica, bajo la idea, también expresada en el Preámbulo, de que *“los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial”*.

Asimismo, parte la Convención de la consideración, expresada en su Preámbulo, de que la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado *“no puede ser eficaz a menos que se organice en tiempo de paz, adoptando medidas tanto en la esfera nacional como en la internacional”*.

Si bien ha sido constante en la historia la preocupación por los efectos devastadores de la guerra en relación con las obras de arte, por los saqueos, destrucciones y botines a que han venido siendo sometidas y que a lo largo de los siglos han producido pérdidas, desapariciones y traslados forzosos de un sinnúmero de las mismas, unas normas concretas para su protección no aparecen sino prácticamente hasta las postrimerías del siglo XIX, cuando comienza la codificación de las leyes y usos de la guerra, citándose siempre

como precedentes, cuyos principios expresamente se invocan como inspiradores en el Preámbulo de la Convención de La Haya de 1954, las prescripciones sobre la materia contenidas en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y en el Pacto de Washington de 15 de abril de 1935.

En efecto, en el artículo 27 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, Anejo a la Convención II de La Haya relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre, de 29 de julio de 1899, a cuyo tenor *“en los sitios y bombardeos deberán tomarse todas las medidas necesarias para librar, en cuanto sea posible, los edificios consagrados al culto, a las artes, a las ciencias y a la beneficencia..., siempre que no se utilicen dichos edificios con un fin militar”*, se consagra este principio de respeto a los edificios consagrados al culto, a las artes y a las ciencias (y, obviamente, a su contenido).

Este principio fue también incorporado, más adelante, a las Convenciones de La Haya de 18 de octubre de 1907. Así, el mismo artículo 27 de la Convención IV de 1907, añade a la enumeración antedicha *“los monumentos artísticos”* y análoga fórmula utiliza el artículo 5 de la Convención IX de 1907 sobre el bombardeo por fuerzas navales en época de guerra.

Finalmente, no es posible dejar de mencionar, como inmediato precedente de la Convención de 1954, el llamado Pacto Roerich, es decir, el tratado para la protección de instituciones científicas y artísticas y monumentos históricos firmado en Washington el 15 de abril de 1935 por los miembros de la Unión Panamericana (los Estados Unidos y otras diez Repúblicas americanas), que más tarde daría origen a la actual OEA (Organización de Estados Americanos), Pacto conocido con el nombre de Pacto Roerich en homenaje al Profesor Nicolás Roerich de Nueva York, que fue quien lo ideó, y donde se proclama la neutralidad y consiguiente respeto y protección de *“los monumentos históricos, los museos y las instituciones dedicadas a las artes, a la educación y a la cultura”*; no obstante, su texto es escaso y sus reglas fundamentales fueron recogidas en la Convención de 1954.

En suma, la Convención de La Haya de 1954 tiene carácter suplementario de todas las disposiciones anteriormente existentes sobre la materia, principalmente contenidas en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y, muy especialmente, del Pacto Roerich o Pacto de Washington de 15 de abril de 1935.

La Convención de 14 de mayo de 1954 es la culminación de todo un esfuerzo común de siglos, pero no puede, en absoluto, considerarse como el fin ideal; quizás por ello, el problema de la protección de los bienes culturales ha sido abordado también por los dos Protocolos de 8 de junio de 1977, Adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en concreto, en los artículos 53 del Protocolo I y 16 del Protocolo II (bajo la rúbrica, común, de *“protección de los bienes culturales y de los lugares de culto”*), complementándose así, en cierto modo, las

disposiciones de la Convención de 1954, que continúa siendo, sin embargo, el eje de la protección.

No obstante, aunque el número de ratificaciones de la Convención de La Haya de 1954 no resulta, en absoluto, despreciable, pues actualmente representa más de la mitad de los Estados integrantes de la comunidad internacional (a fecha 4 de febrero de 2007 la habían ratificado un total de 116 Estados), es lo cierto que dicha cifra no alcanza, ni muchísimo menos, el estado de ratificación, prácticamente universal, de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (a tal fecha, 193 Estados, pues solo no son Partes en ellos Niue e Islas Marshall -Estados Miembros de la ONU son 192-) y el muy extenso de sus dos Protocolos Adicionales de 1977 (a tal fecha, 164 en el Protocolo I y 159 en el II).

Finalmente, en los conflictos habidos en nuestros días en la región europea de los Balcanes como consecuencia de la desmembración de la antigua República Socialista Federativa de Yugoslavia y en los conflictos entre Estados Unidos e Iraq, se ha puesto claramente de manifiesto la insuficiencia de los instrumentos jurídicos existentes en el Derecho internacional para prevenir los ataques y destrucciones, la apropiación, el robo y el saqueo de los bienes culturales y el vandalismo sobre ellos.

Por otro lado, el escaso número de bienes inscritos, a petición de los Estados, en el Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial previsto en la Convención de 1954, había alertado ya, también en tiempo de paz, sobre la precariedad del estado de aplicación de ésta.

Todo ello movió a la UNESCO a emprender, en los últimos años del pasado siglo, un proceso de mejora del régimen jurídico internacional de protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, que culminó con la convocatoria por dicha Organización de una Conferencia Diplomática sobre el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado que, organizada por el Gobierno del Reino de los Países Bajos, tuvo lugar en La Haya del 15 al 26 de marzo de 1999.

Fruto de los trabajos de la Conferencia Diplomática fue la adopción en el seno de la misma de un texto jurídico de carácter convencional, o sea, de un tratado internacional, cuya denominación oficial es la de Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado. Conforme a lo dispuesto en su artículo 40, este Protocolo lleva fecha de 26 de marzo de 1999, en que fue aprobado por el Pleno de la Conferencia Diplomática, en el marco de las celebraciones del centenario de la Primera Conferencia Internacional de la Paz, si bien no se abrió a la firma hasta el 17 de mayo de 1999, también en La Haya.

Para la entrada en vigor del Segundo Protocolo era preciso el depósito ante el Director General de la UNESCO de veinte Instrumentos de ratificación o adhesión que lleven a cabo los Estados signatarios

conforme a sus respectivos procedimientos constitucionales internos (artículos 41 y 43). La entrada en vigor con carácter general se produjo el 9 de marzo de 2004, siendo Costa Rica el vigésimo Estado en ratificar este tratado, depositando el instrumento de adhesión el 9 de diciembre de 2003; a fecha 4 de febrero de 2007 son Partes en el Segundo Protocolo 44 Estados, entre ellos España que lo había ratificado por Instrumento de 6 de julio de 2001, tras firmarlo *ad referendum* en La Haya el 17 de mayo de 1999.

2. Estructura y aplicación de la Convención de 1954 y del Segundo Protocolo de 1999

Consta la Convención de 1954, aparte del Preámbulo ya dicho, de un texto articulado con un total de cuarenta artículos y de un Reglamento para su aplicación que forma parte integrante de la misma y que contiene, a su vez, otros veintiún artículos más. Al tiempo que la Convención se concluyó también un Protocolo para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, de tan solo tres Secciones, y que tiende, en síntesis, a impedir la exportación de los bienes culturales fuera de un territorio ocupado y a garantizar su integridad en las zonas ocupadas, ahora denominado Primer Protocolo.

Aparte de las disposiciones de la Convención que, según veremos a continuación, deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, la misma *“se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que pueda surgir entre dos o más de las Altas Partes contratantes, aun cuando alguna de ellas no reconozca el estado de guerra”*, así como *“en todos los casos de ocupación de todo o parte del territorio de una Alta Parte contratante, aun cuando esa ocupación no encuentre ninguna resistencia militar”* (artículo 18). En caso de conflicto armado que no tenga carácter internacional y que haya surgido en el territorio de una de las Altas Partes contratantes *“cada una de las Partes en conflicto estará obligada a aplicar, como mínimo, las disposiciones de esta Convención relativas al respeto de los bienes culturales”* (artículo 19).

A tenor de las previsiones contenidas en la propia Convención de La Haya y en el Reglamento para su aplicación, las disposiciones de ambos instrumentos *“se llevarán a la práctica con la cooperación de las Potencias protectoras encargadas de salvaguardar los intereses de las Partes en conflicto”* (artículo 21), es decir, con la cooperación de las Potencias que las Partes respectivamente designen con el fin de salvaguardar sus intereses tan pronto como surja una situación de conflicto de las anteriormente aludidas, procediendo la Potencia protectora de cada una de ellas a designar, preferentemente entre los miembros de su cuerpo diplomático, unos delegados que actúen acreditados ante la Parte adversa.

Por otro lado, cada una de las Partes en conflicto designará un representante para todas las cuestiones relativas a los bienes culturales situados en su territorio.

Finalmente, de común acuerdo entre la Parte ante la cual haya de estar acreditado y la Potencia protectora de la Parte adversa, se elegirá un Comisario General de Bienes Culturales de entre la lista internacional de personalidades que al efecto tiene permanentemente redactada el Director General de la UNESCO, que tratará y, en su caso, decidirá todas las cuestiones que plantee la aplicación de la Convención en el territorio de la Parte ante la que se halle acreditado, consultando con el representante de esta última para los bienes culturales y con los delegados de la Potencia protectora. Podrá también proceder al nombramiento de inspectores de bienes culturales para encargarse de misiones determinadas y de expertos que le auxilien en el cumplimiento de sus funciones, previa aprobación de la Parte interesada, por cuya cuenta correrán la remuneración y los gastos de todos ellos, así como los del propio Comisario General.

Por su parte, el Segundo Protocolo de 1999 consta de un total de cuarenta y siete artículos, número superior al de la propia Convención, que tiene cuarenta; ello da idea de la profundidad de la modificación introducida por este nuevo texto convencional en el régimen jurídico internacional de protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

El Segundo Protocolo aparece dividido sistemáticamente en nueve Capítulos y va precedido de un Preámbulo donde se contiene la proclamación axiológica de las finalidades a las que responde el contenido fundamental de este nuevo instrumento, a saber: mejorar la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, mediante el establecimiento *“de un sistema reforzado de protección para bienes culturales especialmente designados”*; la previsión de un procedimiento para que los Estados Partes en la Convención puedan *“participar más estrechamente en la protección de los bienes culturales”* en caso de conflicto armado; y reflejar en las reglas que rigen dicha protección *“la evolución del derecho internacional”*, especialmente plasmada en el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 de 8 de junio de 1977, ello sin perjuicio de que *“las reglas del derecho internacional consuetudinario seguirán rigiendo las cuestiones no reguladas”* en la Convención y el Segundo Protocolo.

Técnicamente no se trata, sin embargo, de una revisión de la Convención de 1954. En el artículo 39 de esta última se estableció en su día un complicado procedimiento de revisión de la misma y de su Reglamento, fundamentado sobre la base del consenso entre las Partes y la unanimidad en sus decisiones, de tal manera que las modificaciones que pretendieran introducirse únicamente entrarían en vigor si fueran aceptadas por todos y cada uno de los Estados Partes en la Convención, bastando, en consecuencia, la oposición, o incluso la simple inacción, de uno sólo de ellos para frustrar todo el proceso revisor.

Ello llevó en 1999, ante la oposición norteamericana a la modificación de la Convención de 1954 (amenazando, incluso, con ratificarla para impedir su alte-

ración), a optar por dar a este nuevo instrumento jurídico la forma de un Protocolo de carácter adicional o complementario, no modificativo; de manera que el Segundo Protocolo parte del respeto al contenido de la Convención de 1954, el cual deja íntegramente en vigor, sin entrañar derogación alguna del mismo. A tal efecto, dice su artículo 2 que “*el presente Protocolo complementa a la Convención en lo relativo a las relaciones entre las Partes*”; lo que significa que el mismo limita su alcance a establecer un nivel más alto de protección para los bienes culturales con respecto al régimen establecido en la Convención, desarrollando y mejorando su contenido pero sin oponerse ni contravenir en nada el tenor de sus preceptos.

En definitiva, el carácter complementario o adicional del Segundo Protocolo de 1999 comporta que, por mor de aquella complementariedad, todo el contenido o bloque normativo de la Convención de La Haya de 1954 queda integrado en él.

En consonancia con el carácter complementario o adicional del Segundo Protocolo, sólo podrán llegar a ser Partes en el mismo los Estados que ya sean Partes en la Convención, únicos para los que se abre aquél a la firma y posterior ratificación o adhesión, en su caso (artículos 40 a 42); y, naturalmente, con carácter meramente facultativo para ellos, que quedan enteramente libres de obligarse o no por este nuevo instrumento. En cambio, un Estado que no sea Parte en la Convención no podrá ser tampoco Parte en este Segundo Protocolo; no obstante lo cual, establece su artículo 3.2 que las Partes en este último quedarán también obligadas por él en sus relaciones con un Estado con el que contiendan en un conflicto, aunque no sea Parte en el Protocolo, si este último acepta y aplica efectivamente sus disposiciones.

3. Concepto de bienes protegidos y clases de protección

Una de las virtudes que cabe atribuir a la Convención de 1954 es la de que todos los bienes objeto de protección en la misma se engloban en ella bajo la denominación unitaria de *bienes culturales*, concepto este más amplio y comprensivo que los términos que habrían venido utilizándose habitualmente en los precedentes históricos anteriores, pues aquí ya no se protegen sólo las obras de arte o los lugares de culto, sino todos aquellos bienes que constituyen la manifestación de la cultura de un determinado pueblo, y que, en razón de su importancia, deben ser preservados de los efectos de la guerra.

A tal efecto, en el artículo 1 de la Convención se contiene un *concepto descriptivo* de los bienes culturales que abarca tres grupos de los mismos, al señalar que “*se considerarán bienes culturales cualquiera que sea su origen y propietario*”, los que, a continuación, se enumeran.

En primer lugar, “*los bienes muebles o inmuebles que tengan una gran importancia para el patrimonio*

cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos”. Se añaden los bienes muebles a los inmuebles que enumeran las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907.

El empleo de la expresión “*tales como*” confiere a la enumeración, catálogo o elenco de bienes expresados un carácter meramente enunciativo, ejemplificativo o de *numerus apertus*; por lo que pueden gozar de la condición de bienes culturales muebles o inmuebles cualesquiera otros no comprendidos entre los que expresamente se enumeran en este precepto, siempre que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de un determinado pueblo.

En segundo lugar, “*los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar y exponer los bienes culturales muebles*” anteriormente expresados, “*tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles*” definidos en el apartado anterior. Obviamente, aquí estamos únicamente ante inmuebles (“*edificios*”).

Al igual que en el apartado anterior, el empleo de la expresión “*tales como*” otorga a la enumeración, catálogo o elenco de edificios expresados carácter meramente enunciativo, ejemplificativo o de *numerus apertus*; es decir, se trata de los edificios que, aún no siendo, en sí mismos, obras artísticas, están destinados a conservar o exponer los bienes culturales muebles.

Y, por último, los llamados “*centros monumentales*”, es decir, “*los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales*”, definidos en los dos apartados anteriores.

En este caso, nos hallamos ante lugares en los que hay una gran concentración de bienes culturales, de los comprendidos en los dos tipos anteriores (es decir, muebles o inmuebles), que se denominan “*centros monumentales*”. Lógicamente, estos *lugares* en que consisten los centros monumentales han de ser inmuebles.

Todos estos bienes gozan de una protección general y, como veremos, algunos de ellos gozan también de una protección especial, una y otra tendentes a su conservación y preservación en los supuestos de conflictos bélicos, en cuanto son integrantes de un patrimonio cultural que forma parte y constituye la identidad de cada pueblo. Hay, pues, una clara relación entre esta Convención y aquellos otros instrumentos internacionales que tienen por objeto la protección misma de los derechos fundamentales del hombre, entre los que ocupa destacado lugar el derecho a su propia cultura y al incremento de ella, tratándose, en suma, a nuestro juicio, con la protección que se otorga de evitar la desculturización de los pueblos, que ha

sido frecuente, tiempo ha, y, sobre todo, durante los dos pasados siglos, por un exacerbado eurocentrismo cultural, consecuente al fenómeno colonial, ignorante y despectivo del resto de los espacios y manifestaciones culturales existentes en el mundo.

Pero no sería suficiente esta razón para acordar y justificar aquella protección de los bienes culturales; lo cierto es que el patrimonio cultural de cada pueblo forma parte e integra el patrimonio cultural de toda la humanidad, y es desde esta óptica globalizadora por lo que los bienes culturales merecen protección (y, en algunos casos, una especial protección), puesto que, como ya ponía de relieve, en 1813, Sir Alexander Croke, Juez del Tribunal del Almirantazgo de Halifax, en Nueva Escocia, tales bienes pertenecen a “*los intereses comunes de toda la especie*”.

Cuando, como hemos visto, el artículo 1 de la Convención de La Haya de 1954 inicia su exposición sobre el concepto de lo que “*se considerarán bienes culturales*”, especifica que son los que ya hemos enumerado anteriormente “*cualquiera que sea su origen y propietario*”, dejando así claramente establecido que la protección es completa, evitando cualquier duda que pudiera surgir sobre el carácter o naturaleza de los bienes que, por ser de propiedad particular, no están habitualmente expuestos a la contemplación general.

En el curso de las deliberaciones de la Conferencia Intergubernamental, tan repetida, convocada para la elaboración de la Convención de 1954, aparecieron dos tendencias, muy bien definidas, y encontradas en cuanto a la definición de los bienes que debían ser objeto de protección en la misma, a saber: la de aquellos Estados que consideraban que esta última debía extenderse al mayor número posible de bienes y la de otros Estados que mantenían la tesis de restringir la protección, como medio de hacerla más eficaz, solamente a determinados bienes de especial importancia, no ya sólo para el país detenedor, sino para la humanidad entera.

Fruto del compromiso o consenso alcanzado entre ambas tendencias, fue la solución, plasmada en la Convención, de distinguir entre una protección general, que se concede a muchos bienes y una protección especial, de gran intensidad, que se concede a un número escaso de bienes de excepcional importancia.

La determinación de una y otra clase de bienes tiene lugar por distinto camino. Así, se distingue entre unos “*bienes culturales que gozan de protección general*”, que hemos visto definidos en el artículo 1 de la manera amplia que ha quedado expresada y que gozarán de protección general siempre que las autoridades del país donde se encuentren así lo decidan; la protección se otorga, por tanto, mediante un acto gubernamental interno, que obliga, ciertamente, a tomar determinadas medidas de salvaguardia y que permite al gobierno señalar el bien o bienes afectados con el emblema de protección que facilite su identificación (artículo 6). Y otros “*bienes culturales que gozan de protección especial*”, a los que se refie-

re el artículo 8 de la Convención diciendo que “*podrán colocarse bajo protección especial un número restringido de refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles en caso de conflicto armado, de centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles de importancia muy grande*”. Se trata, pues, de inmuebles únicamente.

Para merecer la protección especial, éstos últimos bienes habrán de reunir las cuatro siguientes condiciones: que sean “*de importancia muy grande*”; que “*se encuentren a suficiente distancia de un gran centro industrial o de cualquier objetivo militar importante considerado como punto sensible, como, por ejemplo, un aeródromo, una estación de radio, un establecimiento destinado a trabajos de defensa nacional, un puerto o una estación ferroviaria de cierta importancia o una gran línea de comunicaciones*”, salvo que la Alta Parte signataria de la Convención pida que se coloque aquel bien cultural bajo protección especial, comprometiéndose “*a no hacer uso ninguno en caso de conflicto armado del objetivo militar en cuestión, y, especialmente, si se tratase de un puerto, de una estación ferroviaria o de un aeródromo, a desviar del mismo todo tráfico*”, desviación que “*debe prepararse en tiempo de paz*” (en cambio, “*todo refugio para bienes culturales muebles*” podrá colocarse bajo protección especial, “*cualquiera que sea su situación, siempre que esté construido de tal manera que según todas las probabilidades no haya de sufrir daños como consecuencia de bombardeos*”); que tales bienes “*no sean utilizados para fines militares*”; y que se inscriban en el Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial a petición del Estado en cuyo territorio se encuentren, conforme a las disposiciones al efecto de la Convención y en las condiciones previstas en el Reglamento para su aplicación.

Por lo que se refiere a la inscripción en este Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial existente en la UNESCO, en los artículos 12 al 16 del Reglamento para la aplicación de la Convención, aprobado al tiempo que esta y parte integrante de la misma, se establece el procedimiento para la inscripción en el mismo. Se inicia a instancia de parte, regulándose con detalle el procedimiento para efectuar la solicitud, que habrá de hacerse por carta dirigida al Director General de la UNESCO; para dirimir la oposición que, eventualmente, pueda encontrar la solicitud de inscripción entre los demás Estados Partes en la Convención, deberán estos ser oídos, si así lo desean, pudiendo formular objeciones e incluso su oposición a la inscripción; la oposición habrá de ser motivada, admitiéndose solo dos causas para ella: que no se trate de un bien cultural o que no se reúnan las condiciones prescritas en el artículo 8 de la Convención; en caso de oposición, el expediente puede concluir bien a través de un sistema de arbitraje internacional o bien, caso de solicitarlo alguno de los Estados interesados en la controversia, por votación entre todos los Estados Partes en la

Convención, manteniéndose la oposición “*si las Altas Partes contratantes lo deciden por una mayoría de dos tercios de votantes*”.

A la Convención de La Haya de 1954, como instrumento específico de protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, vinieron a sumarse, posteriormente, con idéntica finalidad tuitiva, ciertas disposiciones contenidas en los Protocolos relativos a la protección de las víctimas de conflictos armados, ambos de 8 de junio de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, el I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Dada la finalidad de los aludidos Protocolos, que no es otra que la de reafirmar y desarrollar las disposiciones de aquellos cuatro Convenios de Ginebra (I Convenio “*para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña*”, II Convenio “*para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar*”, III Convenio “*relativo al trato de los prisioneros de guerra*” y IV Convenio “*relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra*”), en un primer momento no se había incluido en el proyecto inicial, elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, disposición alguna relativa a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

Sin embargo, el grado de aceptación de la Convención de La Haya de 1954 entre la comunidad internacional, con ser ciertamente notorio, pues eran ya entonces unos 70 Estados los que la habían firmado y ratificado o se habían adherido a la misma, no alcanzaba, ni muchísimo menos, el grado de aceptación, prácticamente universal, de los Convenios de Ginebra de 1949. De otro lado, por las causas que fueran, los Estados Partes en la Convención de La Haya apenas habían acudido al sistema de protección especial previsto en la misma, de manera que únicamente la Ciudad del Vaticano en su conjunto, un refugio en la Alta Austria, otro en la República Federal de Alemania y seis en Holanda figuraban inscritos en el Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial, en tanto que una petición presentada por Kampuchea Democrática (actual Camboya) para la inscripción de los templos de Angkhor, había sido rechazada, más que nada por razones políticas (pues parte de los Estados no reconocían al gobierno de los khmeres rojos). Los Estados Partes en la Convención no han tomado medida alguna tendente siquiera a catalogar y señalar con el emblema sus bienes culturales; el emblema continúa siendo un eterno desconocido, y es preciso viajar por los únicos cuatro Estados citados para poder reconocer el escudo blanco y azul sobre monumentos históricos y artísticos.

Así las cosas, una enmienda patrocinada, precisamente, por las Delegaciones de España, Grecia y Jordania dió lugar al precepto contenido en el artículo

53 del Protocolo I y al de similar redacción e idéntico sentido contenido en el artículo 16 del Protocolo II, ambos de 1977.

Sin pretender derogar ni sustituir para nada las disposiciones de la Convención de La Haya de 1954, sino, antes bien, recordando expresamente su aplicación y vigencia, se dice en aquel artículo 53 que “*sin perjuicio de las disposiciones de la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954, para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y de otros instrumentos internacionales aplicables, queda prohibido: a) cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos; b) utilizar tales bienes en apoyo del esfuerzo militar; c) hacer objeto de represalias a tales bienes*”.

4. Contenido de la protección que se otorga a los bienes culturales

4.1. Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954

Según la Convención de La Haya de 1954 la protección general de los bienes culturales entraña dos obligaciones básicas a cuyo cumplimiento se comprometen las Altas Partes contratantes, que son la salvaguardia y el respeto de dichos bienes (artículo 2); la protección especial entraña la inmunidad de los bienes culturales a los que aquella se otorgue (artículo 9).

La protección general es aquella de la que gozan los bienes culturales a que se refiere el artículo 1 de la Convención. Esta protección general se manifiesta en dos direcciones distintas: la salvaguardia (artículo 3) y el respeto (artículo 4).

En cuanto a la obligación de salvaguardia, no señala la Convención en qué acciones concretas ha de materializarse su cumplimiento, imponiendo tan solo, en su artículo 3, a los Estados el deber *in genere* de adoptar, ya en tiempo de paz, las medidas que consideren apropiadas, y, en concreto, de “*preparar en tiempo de paz la salvaguardia de los bienes culturales situados en su propio territorio contra los efectos previsibles de un conflicto armado, adoptando las medidas que consideren apropiadas*”. Se trata de una obligación de hacer que afecta al Estado en cuyo territorio se hallan situados los bienes a proteger.

Hay, pues, un compromiso de tener ya preparadas, desde tiempo de paz, las medidas de protección de los bienes culturales situados en el propio territorio que se consideren necesarias para caso de un eventual conflicto armado (por ejemplo, colocación de sistemas de extinción de incendios, aprobación de planes especiales de protección, de evacuaciones y traslados, etc.); hay, pues, un compromiso convencional del Estado propietario de poner los bienes culturales en condiciones de que no puedan ser atacados, de que no puedan ser objeto de destrucción, al menos de destrucción directa, originándose así una responsabilidad

in omitendo para el propio gobierno que no adopta las medidas de protección más elementales de los bienes culturales sitios en su territorio.

Por lo que se refiere a la obligación de respeto de los bienes culturales en caso de conflicto armado, se trata de una obligación de abstención o de no hacer, que según el artículo 4 de la Convención afecta tanto al Estado en cuyo territorio se hallen aquéllos como a la Parte adversa.

Respecto al primero, el Estado en cuyo territorio se hallen, ha de abstenerse “*de utilizar esos bienes, sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado*”, es decir, debe preservar los bienes de toda posibilidad de que sean atacados, absteniéndose de cualquier actuación que los exponga a sufrir destrucción o deterioro.

La otra Parte en conflicto, por su lado, ha de abstenerse principalmente “*de todo acto de hostilidad respecto de tales bienes*”, es decir, de cualquier ataque a los mismos (salvo en los supuestos que, luego, se verá); aparte de ello, deberá también esta Parte prohibir, impedir y hacer cesar, en caso necesario, “*cualquier acto de robo, de pillaje, de ocultación o apropiación de bienes culturales, bajo cualquier forma que se practique, así como todos los actos de vandalismo respecto de dichos bienes*”, quedándole igualmente prohibido “*requisar bienes culturales muebles situados en el territorio de otra Alta Parte Contratante*” y “*tomar medidas de represalia contra los bienes culturales*”.

Es decir, que, abstracción hecha de esto último, la obligación de respeto significa, básicamente, que una Parte no puede utilizar los bienes culturales para fines militares ni la otra atacarlos. Mas he aquí, sin embargo, que la propia Convención admite, *a sensu contrario*, que una y otra Parte pueden dejar de cumplir sus obligaciones respectivas “*en el caso de que una necesidad militar impida de manera imperativa su cumplimiento*” (artículo 4.2).

En cuanto a la protección especial desde el momento en que un bien queda inscrito en el Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial, debe hacerse efectivo el compromiso adquirido por las Altas Partes Contratantes en el artículo 9 de la Convención de “*garantizar la inmunidad de los bienes culturales bajo protección especial, absteniéndose, desde el momento de la inscripción en el Registro Internacional, de cualquier acto de hostilidad respecto a ellos*”.

En definitiva, este tipo de bienes culturales bajo protección especial debe ser objeto de salvaguardia, como los de protección general, con las mismas obligaciones del Estado propietario, pero, además, gozan de inmunidad, entendida en los términos del artículo 9 de la Convención de 1954.

La sustracción de determinados bienes culturales a la posible excepción de la obligación de respeto por causa de necesidades militares fue otra de las razones determinantes de la previsión que se hace en la propia Convención de unos bienes culturales colocados

bajo protección especial, con respecto a los cuales las Altas Partes contratantes se comprometen a garantizar su inmunidad en caso de conflicto armado, inmunidad consistente en la abstención, desde el momento de la inscripción en el Registro Internacional antes aludido, de cualquier acto de hostilidad respecto a estos bienes y de toda utilización de los mismos, de sus sistemas de protección o de sus proximidades inmediatas con fines militares (artículo 9).

En todo caso, del texto del artículo 9 de la Convención resulta palmario que la inmunidad ha de ser hecha efectiva no sólo con la actitud de la Potencia Adversa (que deberá abstenerse de todo acto de hostilidad), sino, naturalmente, con la conducta adecuada del Estado propietario, pues la violación por éste del compromiso de abstenerse de toda utilización de dichos bienes, de sus sistemas de protección o de sus proximidades inmediatas con fines militares, desliga al adversario, mientras la violación subsista, de su obligación de asegurar la inmunidad del bien de que se trate, si bien deberá pedir, previamente, siempre que le sea posible y dentro de un plazo razonable, que cese dicha violación (artículo 11).

He aquí, sin embargo, que los términos absolutos de esta obligación de inmunidad quedaron, al final, relativizados con la introducción, en el artículo 11.2 de la Convención, de una cláusula de suspensión de la misma “*en casos excepcionales de necesidad militar ineludible y mientras subsista dicha necesidad*”, cláusula establecida en el texto de la Convención pese a la oposición de algunos países, entre ellos España.

En efecto, con relación a los bienes colocados bajo protección especial, el artículo 11.2 de la Convención señala que “*sólo podrá suspenderse la inmunidad de un bien cultural bajo protección especial en casos excepcionales de necesidad militar ineludible y mientras subsista dicha necesidad*”. No obstante y como triple garantía reveladora de la mayor protección que se dispensa a esta clase de bienes culturales frente a los de protección general, mientras que en el artículo 4.2 no aparece determinada la persona que deba apreciar la existencia de la necesidad militar que impida de manera imperativa el cumplimiento de la obligación de respeto de los bienes culturales bajo protección general, en el artículo 11.2 se concreta que, respecto a los bienes culturales bajo protección especial, la necesidad militar ineludible en cuestión “*no podrá ser determinada más que por el jefe de una formación igual o superior en importancia a una división*”, añadiéndose que “*siempre que las circunstancias lo permitan, la decisión de suspender la inmunidad se notificará a la Parte adversaria con una antelación razonable*”; finalmente, se prescribe en el artículo 11.3 que “*la Parte que suspenda la inmunidad deberá, en el plazo más breve posible, notificarlo por escrito, especificando las razones, al Comisario General de Bienes Culturales*”.

No resulta posible detenerse ahora en un pormenorizado examen de la multiplicidad de problemas que plantea, en el ámbito del Derecho de los conflictos

armados, *el principio de necesidad militar*, con su correlativo de *proporcionalidad*, ni, por supuesto, en los más específicos y concretos que surgen al referir ambos principios a los bienes culturales y su protección. Baste apuntar que las dificultades comienzan, como se ha señalado, por la determinación de quién esté facultado o autorizado para apreciar la existencia de la necesidad militar y continúan por la determinación de esta misma, de su *imperatividad* (artículo 4.2), que permite excluir la obligación de respeto de los bienes bajo protección general, o de su *ineludibilidad* (artículo 11.2), que permite excluir la inmunidad de los bienes bajo protección especial (por la diferencia que el legislador convencional ha querido dar a los términos de *imperativa* e *ineludible*).

En el Proyecto de la Convención preparado por la UNESCO no aparecían las cláusulas de excepción (es decir, de necesidad militar), que fueron incluidas pese a la oposición de un grupo importante de Estados, entre ellos España. De modo especial hubo oposición a la exclusión de la inmunidad respecto a los bienes bajo protección especial, sin que se consiguiera otra cosa que el párrafo 2 del artículo 11, en su definitiva redacción transaccional, que exige la necesidad militar ineludible, su declaración expresa por un jefe de nivel división, al menos, y, en cuanto las circunstancias lo permitan, la notificación a la Parte adversa (notificación que también deberá hacerse, en todo caso, por escrito y en el más breve plazo posible, al Comisario General de Bienes Culturales, en la UNESCO).

No obstante, preciso resulta dejar constancia del esfuerzo hecho por numerosos Estados, entre los que hemos de destacar a España, que ya en 1954 se opuso con tenacidad a la inclusión de las cláusulas de excepción derivadas de la necesidad militar (artículos 4.2 y 11.2) y que, en 1977, patrocinó, junto con Grecia y Jordania, la enmienda que dio lugar a la introducción de los artículos 53 del Protocolo I y 16 del II.

4.2. Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, de 8 de junio de 1977

Como ya se señaló, los artículos 53 del Protocolo I Adicional y 16 del II, ambos de 1977, prohíben, en síntesis, “*a) cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos; b) utilizar tales bienes en apoyo del esfuerzo militar; c) hacer objeto de represalias a tales bienes*”.

De manera que se confiere, así, protección, selectivamente (es decir, no a todos), a determinados bienes culturales de importancia (los monumentos históricos, obras de arte y lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos), análogamente a lo que se previene en la Convención de La Haya con respecto a los bienes culturales bajo protección especial, pero sin necesidad de su inscripción en aquel Registro Internacional. De otra parte, la cláusula de suspensión de la inmunidad del bien ante la

ineludibilidad de una necesidad militar no juega aquí, pues en tanto la Parte en cuyo territorio se encuentren no utilice tales bienes “*en apoyo del esfuerzo militar*” los mismos no podrán ser atacados por ninguna causa ni bajo ningún concepto.

En conclusión, la finalidad primordial de estos preceptos era la de conseguir que los bienes culturales bajo protección especial a que se refiere el artículo 8 de la Convención de La Haya de 1954 quedasen protegidos siempre, sin necesidad de la previa inscripción en el Registro Internacional al efecto, y con respecto a todos los Estados que no son Partes en aquella Convención; lo que no es posible determinar es la efectividad de tal propósito, dadas las reticencias que plantean para la ratificación de los Protocolos Adicionales de 1977 los mismos Estados que opusieron obstáculos para la ratificación de la Convención de 1954.

4.3. Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954, de 26 de marzo de 1999

En el Segundo Protocolo de 1999 se lleva a cabo una clara mejora de la protección de los bienes culturales. A tal fin, se contiene en su Capítulo 2 una serie de “*disposiciones generales relativas a la protección*” que se refieren a las obligaciones de salvaguardia y de respeto de los bienes culturales, a las precauciones con respecto a los ataques a los mismos y a los existentes en territorio ocupado; y en el Capítulo 3 se crea el sistema de “*protección reforzada*” para sustituir al fracasado de protección especial.

4.3.1. Disposiciones generales relativas a la protección La salvaguardia y el respeto de los bienes culturales son, conforme al artículo 2 de la Convención de 1954, las dos obligaciones fundamentales que entraña el régimen de protección general de los bienes culturales en caso de conflicto armado. La salvaguardia se configura en la Convención como una obligación de hacer, pero es lo cierto que esta no señala qué medidas concretas han de adoptarse para preparar la protección de los bienes culturales en previsión del estallido de un conflicto armado, sino que se deja por completo la cuestión a la voluntad soberana y a las posibilidades técnicas y económicas de cada Estado.

En el artículo 5 de este nuevo Segundo Protocolo se ha tratado, con buen tino, de describir, en enumeración no exhaustiva (“*en su caso*”), tales medidas preparatorias de salvaguardia, las cuales han de estar ya preparadas “*en tiempo de paz*”, lo que resulta de todo punto deseable, porque el carácter súbito y repentino que ha adquirido el estadillo de los conflictos armados desde mediados del pasado siglo muestra bien a las claras que lo que no esté ya preparado en tiempo de paz difícilmente podrá organizarse y llevarse a efecto con garantías de éxito en tiempo de guerra.

Una primera medida preparatoria a la que se refiere el Segundo Protocolo es de tipo organizativo y consiste en “*la preparación de inventarios*” de los bienes

culturales. El inventariado de los bienes culturales, que, en cuanto descripción o catalogación de los mismos, es una prolija labor, obviamente no susceptible de llevarse a efecto en unos pocos días tras el rompimiento de las hostilidades, sino que ha de estar ya realizada en tiempo de paz, constituye una medida que puede servir en tiempo de conflicto armado para diversos fines protectores de los que se contemplan en la Convención, tales como prevenir la exportación y el tráfico ilícito de los bienes culturales, facilitar la devolución y localización de estos al término de las hostilidades, etc., amén de proporcionar a las fuerzas armadas contendientes, propias y adversas, información relativa a la existencia y ubicación de tales bienes, con el fin de garantizar la efectividad del cumplimiento de la obligación de respeto.

Se contemplan también en este artículo 5 medidas de tipo material, de carácter arquitectónico y de carácter técnico.

Respecto a las medidas preparatorias de salvaguardia de tipo material, destacan, en primer lugar, las de carácter arquitectónico, que se refieren a los bienes inmuebles, consistentes en *“la planificación de medidas de emergencia para la protección contra incendios o el derrumbamiento de edificios”*; y de carácter técnico, por lo que se refiere a los bienes culturales muebles, consistentes en *“la preparación del traslado de bienes culturales muebles o el suministro de una protección adecuada in situ de esos bienes”*. En relación con el traslado de bienes culturales fuera de las zonas expuestas a sufrir daños en el curso de las operaciones militares, deben recordarse las disposiciones contenidas en la Convención de 1954 (artículos 12 a 14) y completadas por las del Reglamento en este punto (artículo 17), con respecto a los traslados de bienes culturales una vez ya estallado el conflicto, a las que, más adelante, nos referiremos, disposiciones que quedan del todo inalteradas, al no referirse para nada a ellas este Segundo Protocolo en todo su articulado.

Finalmente, se refiere el artículo 5 del Segundo Protocolo a una novedosa medida de salvaguardia de tipo institucional, consistente en *“la designación de autoridades competentes que se responsabilicen de la salvaguardia de los bienes culturales”*. Cada Estado deberá, pues, con arreglo a su propia organización político-administrativa interna, proceder a la designación de las autoridades competentes en esta materia de salvaguardia en tiempo de paz de los bienes culturales contra los efectos previsibles de un conflicto armado; y nada impide que, conforme a la organización política del Estado y al reparto de competencias entre sus entes territoriales, tales autoridades sean tanto de índole propiamente estatal, como autonómica, provincial o de cabildo insular o local.

En cualquier caso, conviene ya dejar sentado que las obligaciones que impone el Segundo Protocolo a los Estados Partes en él, y que estos libremente asumen al ratificarlo, carecen, en general, como muchas otras del Derecho internacional humanitario, de natu-

raleza autoejecutiva o directamente aplicable, lo que comporta la necesidad de la trasposición de dichas normas, una vez recibidas en el ordenamiento interno, para su eventual aplicación en sede nacional; en consecuencia, la aplicación efectiva de estas normas del Segundo Protocolo por los órganos del Estado necesita de su implementación, es decir, de un desarrollo, de un hacer, legal o reglamentario, para que tales normas internacionales devengan operativas, lo que lleva aparejado, como efecto ineludible, que la legislación interna que sea fruto de las obligaciones convencionales asumidas por España deba, en su caso, ser completada e interpretada a la luz del bloque normativo que constituye el conjunto de instrumentos internacionales de los que tal legislación es consecuencia.

Frente a la obligación de salvaguardia, la obligación de respeto resulta exigible una vez ya desencadenadas las hostilidades y afecta tanto al Estado en cuyo territorio se hallen situados los bienes como a la Parte adversa. Se configura como una obligación de no hacer, que entraña diversos actos prohibidos en relación con los bienes culturales; o sea, que tiene, pues, un contenido plural, siendo el primero y quizá más primordial de todos ellos, aunque no el único, el deber fundamental que, con arreglo a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención de La Haya, pesa sobre las Partes en conflicto, de garantizar la neutralidad de los bienes culturales, es decir, su permanencia al margen del conflicto, sin interferir en las operaciones militares ni proporcionar ventaja a ninguno de los contendientes.

Se prohíbe en dicho párrafo 1 a la Parte en cuyo territorio se hallen los bienes culturales *“utilizar esos bienes, sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado”*, así como se impone a la Parte adversa abstenerse de *“cometer actos de hostilidad, cualesquiera que sean”*, en contra de los bienes culturales, lo que comprende cualquier clase de acción u operación que implique el uso de la fuerza contra dichos bienes, en un sentido análogo al que tiene la expresión *ataques*, acuñada, con posterioridad a la Convención de 1954, por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977, cuyo artículo 49.1 los define como *“los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos”*; en definitiva, el deber de garantizar la neutralidad de los bienes culturales en cuanto núcleo fundamental de la obligación de respeto contenida en el artículo 4.1 de la Convención significa, básicamente, que una Parte en conflicto no puede utilizar los bienes culturales para fines militares ni la otra atacarlos.

No obstante la proclamación de este deber de garantizar la neutralidad de los bienes culturales que pesa sobre las Partes en conflicto, es lo cierto, sin embargo, que la propia Convención admite, *a sensu contrario*, que una y otra Parte puedan dejar de cumplir sus obligaciones respectivas *“en el caso de que una necesidad militar impida de manera imperativa*

su cumplimiento” (artículo 4.2 de la Convención). O sea, que el cumplimiento de dichas obligaciones puede lícitamente subordinarse a las necesidades militares que surjan de manera imperativa para las Partes en conflicto y que lleven a estas últimas a utilizar esos bienes para fines militares o a atacarlos; y todo ello en méritos a esa necesidad militar *imperativa*, que la Convención contempla sin definirla de ninguna manera.

El avance que se introduce ahora en el Segundo Protocolo consiste en acotar el concepto de necesidad militar *imperativa*, restringiendo su aplicación y virtualidad legitimadora de la utilización militar de los bienes culturales o del ataque contra los mismos a los casos que ahora expresamente se prevén en el artículo 6 de este nuevo instrumento y a condición de que se cumplan además los requisitos también expresamente establecidos en el mismo.

De las prescripciones contenidas en los distintos apartados a), b), c) y d) de este artículo 6 cabe deducir, en resumen, que sólo podrá invocarse una necesidad militar imperativa para utilizar bienes culturales con fines militares en un sentido amplio o para dirigir un acto de hostilidad contra los mismos cuando se trate de *“obtener con ello una ventaja militar que resulte imposible lograr en la práctica de otra manera, por no existir ningún otro método factible ni ninguna otra alternativa”*; con todo lo cual se quiere poner de manifiesto, concretar u objetivar el carácter de la imperatividad de la necesidad militar cuya concurrencia justifica la utilización militar o el ataque y que venía siendo un concepto jurídico indeterminado.

Se fija, igualmente, un límite temporal a la derogación del deber jurídico de respeto de los bienes culturales que pesa sobre las Partes en conflicto, ya que, en cualquier caso, los actos de hostilidad sólo son permitidos *“cuando y durante todo el tiempo en que ese bien cultural, por su función, haya sido transformado en un objetivo militar”*, es decir cuando la utilización actual de ese bien haga que el mismo contribuya eficazmente a la acción militar y que su destrucción total o parcial, captura o neutralización, ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida, según la definición del concepto de *“objetivo militar”* que se contiene en el artículo 1, apartado f), del Segundo Protocolo, tomada a su vez del artículo 52 del Protocolo I Adicional de 1977, y mientras *“no exista otra alternativa prácticamente posible para obtener una ventaja militar equivalente”* a la que ofrezca el ataque o la utilización del bien cultural.

Finalmente, una vez cumplidas aquellas exigencias, la utilización o el desencadenamiento del ataque se subordinan al cumplimiento de dos condiciones de naturaleza formal. En primer lugar, una condición de índole jerárquica, a cuyo tenor la decisión de utilizar militarmente el bien o de atacarlo no podrá ser adoptada a nivel táctico por cualquier combatiente, sino precisamente por *“un oficial”*, requisito jerárquico éste que constituye una garantía adicional, con la que se pretende que la aplicación práctica de la normati-

va internacional de protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado se haga sobre el terreno de la manera más rigurosa posible, dada la formación superior presumible, generalmente, en los oficiales. Como regla general, ha de tratarse de un oficial *“que mande una fuerza de dimensión igual o superior a la de un batallón”*, es decir, un teniente coronel, por lo menos; *“o de menor dimensión cuando las circunstancias no permitan actuar de otra manera”*, de suerte que también los oficiales al mando de compañía y sección pueden adoptar dicha decisión, cuando no les sea posible interesarla de sus superiores.

Y, en segundo lugar, una condición de índole intimatoria o admonitoria, pues en caso de haberse decidido emprender un ataque contra un bien cultural es preciso, además, que previamente se dé *“aviso con la debida antelación y por medios eficaces, siempre y cuando las circunstancias lo permitan”*. Se trata, en definitiva, de extender a los supuestos de ataque contra los bienes culturales en general el requisito del previo aviso ya existente en la Convención de 1954, si bien con respecto, únicamente, a los bienes colocados bajo protección especial (artículo 11.2) y previsto también frecuentemente en el Derecho internacional humanitario en relación con los ataques a otros bienes u objetos especialmente protegidos, como las unidades y establecimientos sanitarios y los hospitales civiles (artículos 21 del Convenio I de Ginebra, 19 del IV y 13 del Protocolo I Adicional), los buques-hospitales (artículo 34 del Convenio II de Ginebra) y los edificios, refugios y material de los organismos de protección civil (artículo 65.1 del Protocolo I Adicional); el previo aviso puede, tal vez, hacer desistir a la Parte a la que se dirige de la utilización indebida del bien cultural en que está incurriendo o, cuando menos, darle la posibilidad de adoptar medidas de protección (por ejemplo, tratar de poner a salvo los bienes muebles).

4.3.2. Protección reforzada

Como ya vimos, el Preámbulo del Segundo Protocolo fija, como una de las finalidades a que éste responde, la mejora de la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado mediante el establecimiento *“de un sistema reforzado de protección para bienes culturales especialmente designados”*.

El sistema de protección especial establecido en la Convención de 1954 ha representado, sin duda, uno de los fracasos más notorios de la misma. Dado el carácter complementario o adicional a la Convención de este Segundo Protocolo, se ha desechado ahora la idea de tratar de retocar o modificar el sistema de protección especial, de manera que, en su lugar, se ha optado por la creación de un sistema nuevo que venga a sustituirlo y al que se ha dado una denominación también nueva, pues seguir usando la expresión *“protección especial”* hubiera comportado una enmienda al sistema existente, lo que hubiera requerido la unanimidad de los Estados Partes en la Convención; es el sistema llamado de *“protección*

reforzada al que se refiere el Capítulo 3, y con respecto al cual dispone la norma de conflicto establecida en el artículo 4 para regular las relaciones entre las disposiciones de la Convención y del Segundo Protocolo que “*si a un bien cultural se le ha otorgado a la vez una protección especial y una protección reforzada, sólo se aplicarán las disposiciones relativas a la protección reforzada*”; quiere ello decir que los Estados Partes en el Segundo Protocolo no inscribirán ya, en lo sucesivo, bienes culturales como de protección especial sino que lo harán como de protección reforzada.

A la hora de definir los bienes que podrán acceder a la protección reforzada se prescinde de aquella enumeración, usada en el artículo 8 de la Convención de 1954, de las tres categorías fundamentales de bienes, únicos a los que puede según la Convención conferirse la protección especial, a saber: refugios, centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles de importancia muy grande. Ahora, todos los bienes culturales, incluso los muebles, resultan susceptibles de protección reforzada; a tal efecto, dice el artículo 10 del Segundo Protocolo que “*un bien cultural podrá ponerse bajo protección reforzada siempre que se cumplan las tres condiciones siguientes: a) que sea un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad; b) que esté protegido por medidas nacionales adecuadas, jurídicas y administrativas, que reconozcan su valor cultural e histórico excepcional y garanticen su protección en el más alto grado; y c) que no sea utilizado con fines militares o para proteger instalaciones militares, y que haya sido objeto de una declaración de la Parte que lo controla, en la que se confirme que no se utilizará para esos fines*”.

Resulta así, en primer término, exigible con respecto a los bienes culturales, cualesquiera que sean, el cumplimiento del tradicional requisito de la importancia excepcional del bien, lo que se expresa en el apartado a) del artículo 10 con la fórmula “*que sea un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad*”; remite esto, casi literalmente, al concepto de *patrimonio mundial* usado en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural hecha en París el 23 de noviembre de 1972 y donde se prevé la existencia de una *Lista del Patrimonio Mundial*, a cargo de un organismo que se instituye en el propio Convenio, con representación de los diversos Estados, denominado Comité del Patrimonio Mundial, Lista en la que podrán inscribirse monumentos, conjuntos y lugares “*de un valor universal excepcional*”, los cuales quedarán así sometidos a un sistema de protección internacional, consistente, básicamente, en la cooperación y asistencia internacionales para la conservación del bien.

La equiparación entre ambas Listas (de bienes culturales bajo protección reforzada y del patrimonio mundial) no es automática; entre otras razones fundamentales porque la de la Convención de 1972 incluye también bienes pertenecientes al llamado *patrimonio natural*, que no entran dentro del ámbito de aplica-

ción de este Segundo Protocolo de 1999, limitado a los bienes culturales y porque cada una de tales Listas está a cargo de un organismo distinto, elegido por Estados distintos, Partes en distintos instrumentos convencionales; con todo, parece evidente que los bienes culturales que ya figuren inscritos en la Lista del Patrimonio Mundial reunirán incuestionablemente ese primer requisito que se exige para el acceso a este nuevo sistema de protección reforzada, consistente en que se trate de “*un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad*”, por lo que sólo cabrá exigirles para su inclusión en la Lista que estén protegidos por medidas nacionales jurídicas y administrativas y el compromiso solemne de su no utilización con fines militares.

En segundo lugar, además de ese primer requisito de la importancia cultural para la humanidad, es necesario también que el propio Estado titular tenga voluntad de proteger el bien, lo que se expresa con la exigencia de que exista una legislación nacional adecuada, que reconozca su valor cultural e histórico excepcional; es decir, que la protección legal interna de que ha de gozar el bien debe, por un lado, declarar su valor cultural e histórico excepcional, o sea, su carácter de patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad, y de otro, garantizar su protección con el más alto rango existente en el Derecho interno, protección que no es, pues, material sino legal, requisito éste último definitorio del sistema de protección reforzada, pues a su través se trasluce la realidad del propósito del Estado titular de reivindicar seriamente el estatus tuitivo para el bien cultural de que se trate.

Finalmente, aunque se ha prescindido del requisito de la distancia o lejanía de cualquier objetivo militar importante, el cual ha venido representando, probablemente, el mayor obstáculo para que los Estados se acogiesen al régimen de protección especial previsto en la Convención, se continúa sin embargo exigiendo el requisito de la neutralidad del bien, es decir, que el mismo no se utilice para fines militares ni para proteger instalaciones militares, a lo que solememente ha de comprometerse el Estado efectuando una declaración en este sentido.

Dispone el artículo 11, párrafo 10, que la protección reforzada se concederá a partir del momento en que el bien se inscriba en la Lista Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Reforzada.

La concesión de la protección reforzada y consiguiente inscripción en la aludida Lista Internacional es competencia del Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado que se crea en el Capítulo 6, del que solicitará el Estado bajo cuya jurisdicción o control se halle el bien la inscripción en la Lista Internacional tan repetida. Sólo las autoridades de dicho Estado pueden presentar la solicitud de inscripción, con lo que se excluye que puedan hacerlo otros Estados, organizaciones internacionales o personas privadas. Continúan, pues, vigentes los mismos principios de rogación y legitimación

exclusiva del Estado titular del bien establecidos en la Convención de 1954 con respecto al sistema de protección especial, lo que no se compadece bien con la finalidad última a que responde la previsión de otro sistema tuitivo, diferenciado del ordinario de protección general, a saber, la preservación a ultranza de determinados bienes de especial importancia no ya sólo para el Estado en cuyo territorio se encuentren situados sino para la humanidad entera.

Tímidamente aflora, sin embargo, en este Segundo Protocolo una posible acción que puede emprenderse internacionalmente, ante la inactividad de aquel Estado titular, para la colocación del bien bajo protección reforzada; y así, se dice que *“el Comité podrá invitar a una Parte a que pida la inscripción”* de un bien del que sea titular en la Lista y que, a su vez, podrán hacer recomendaciones al Comité en este sentido otros Estados, el Comité Internacional del Escudo Azul y otras organizaciones no gubernamentales (artículo 11).

Por lo que se refiere a las cuestiones de procedimiento, cuando el Comité reciba una solicitud informará de ella a todos los Estados Partes, los que en el plazo de sesenta días podrán formular alegaciones mostrando su oposición a la inscripción, fundadas exclusivamente en la falta de cumplimiento de los criterios o requisitos establecidos en el artículo 10 para que el bien de que se trate pueda acceder a la protección reforzada, alegaciones que deberán ser precisas y apoyarse en hechos y no en consideraciones de índole política; tras examinarlas, el Comité dará oportunidad al Estado solicitante de responder a dichas alegaciones, procurando también solicitar dictamen de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y de expertos individuales. La decisión final será adoptada por mayoría de las cuatro quintas partes de miembros del Comité; de ser favorable, se procederá a la inscripción del bien en la Lista, a partir de cuyo momento gozará de protección reforzada. El Director General de la UNESCO, por su parte, notificará sin demora la decisión del Comité y la inscripción en la Lista al Secretario General de las Naciones Unidas y a todos los Estados Partes en el Segundo Protocolo.

Por lo demás, en casos de urgencia y siempre en el supuesto de que las hostilidades se hayan desencadenado efectivamente, se atribuye al Comité la facultad de conceder la protección reforzada con carácter provisional o cautelar, en espera del resultado del procedimiento normal, cuando la Parte titular formule una petición de asistencia internacional para dicho bien (artículo 11).

En cualquier caso, la ambigüedad de las expresiones *“urgencia”*, *“inmediatamente”*, *“urgentemente”* y *“mayor rapidez posible”* que se emplean a la hora de describir el procedimiento de concesión cautelar de la protección reforzada hacen que, a nuestro juicio, éste adolezca, en la práctica, de la eficacia y agilidad que sería precisa y de la que, en teoría, pretende dotársele, lo que se hubiera eludido con la fijación de plazos

sumarios de caducidad, pues la finalidad de la concesión provisional de la protección reforzada es la de convertirse en definitiva o, en su defecto, caducar.

Los bienes colocados bajo protección reforzada gozan de inmunidad, que las Partes en el Segundo Protocolo garantizarán absteniéndose tanto de hacerles objeto de ataques como de utilizar esos bienes, sus sistemas de seguridad o sus proximidades inmediatas en apoyo de acciones militares; se trata esta última de una prohibición de contenido genérico y global, que comprende todos los usos que signifiquen una contribución, directa o indirecta, a cualquier clase de acción u operación militar (artículo 12). Únicamente mientras dure esta utilización indebida, que convierte al bien en objetivo militar y resulta por ello determinante de la pérdida de la protección reforzada, podrá la Parte adversa atacar dichos bienes, siempre y cuando se cumplan además en el ataque una serie de condiciones, a saber: que el *“ataque sea el único medio factible para poner término”* a dicha utilización; que *“se hayan tomado todas las precauciones posibles”* en la práctica, en cuanto a *“la elección de los medios y métodos de ataque”*, para poner término a esa utilización y evitar o en todo caso reducir al mínimo los daños al bien en cuestión; y además, como cautelas adicionales, que se exigen no de un modo indefectible sino subordinadas a que las circunstancias lo permitan, que el ataque sea ordenado *“por el nivel más alto del mando”* y que previamente a su lanzamiento *“se haya dado un aviso por medios eficaces a las fuerzas adversarias, instándolas a poner término”* a aquella utilización y concediéndoles al efecto *“un plazo razonable”* para *“regularizar la situación”* (artículo 13).

Por su parte, podrá también el Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado suspender la protección reforzada en el caso de que un Estado incurra en violaciones graves como consecuencia de la utilización del bien en apoyo de acciones militares; si las violaciones fueren continuas, podrá incluso anular la protección, retirando el bien de la Lista. En todo caso, antes de adoptar la decisión que corresponda, el Comité dará oportunidad a las Partes de ser oídas (artículo 14).

4.3.3. Precauciones en los ataques

En méritos a la debida protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado introduce el Segundo Protocolo la obligación de adoptar precauciones en los ataques. Corresponde esta novedad a una de las finalidades a que responde aquél, según su Preámbulo, cual es la de reflejar en las reglas protectoras de los bienes culturales *“la evolución del derecho internacional”*, evolución que se concreta, esencialmente, en los desarrollos introducidos en el Derecho internacional humanitario por el Protocolo I Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 8 de junio de 1977.

Conforme al principio de distinción imperante de una manera general en el actual estado del Derecho internacional humanitario, las operaciones militares

pueden dirigirse únicamente contra objetivos militares; dispone al efecto imperativamente el artículo 48 del Protocolo I Adicional de 1977 que “*a fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares*”.

Sin perjuicio de que los actos de hostilidad sólo puedan tener por objeto o ir dirigidos contra objetivos militares, nada obsta a que, como efecto de los ataques, puedan también causarse *daños incidentales o colaterales* a los bienes de carácter civil, incluidos los bienes culturales, situados en la proximidad de objetivos militares, para evitar los cuales es obligado a las Partes contendientes adoptar una serie de precauciones, activas y pasivas, en los ataques y contra los efectos de los ataques (artículos 57 y 58 del Protocolo I Adicional).

En los artículos 7 y 8 de este Segundo Protocolo de la Convención de 1954 se lleva ahora a cabo la recepción, dentro de la normativa específica de protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de estas obligaciones precautorias tendentes a dar efectividad al principio de distinción.

Así, en el artículo 7 (trasunto del 57 del Protocolo I Adicional de 1977) se establecen las precauciones que habrán de adoptarse en relación con los bienes culturales en “*la conducción de operaciones militares*”, término suficientemente amplio que cubre todas las fases de la preparación, el planeamiento, la decisión y la ejecución de un ataque, y cuyo contenido puede afectar, como el del artículo 57 del Protocolo I Adicional, a las decisiones tácticas, e, incluso, a las grandes decisiones estratégicas. Se concretan tales precauciones: a) en la preparación, en “*hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se van a atacar no son bienes culturales*”; b) en el planeamiento, en “*tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar y, en todo caso, reducir lo más posible los daños que se pudieran causar incidentalmente a los bienes culturales*”; c) en la decisión, en “*abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente daños a los bienes culturales que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista*”, lo que constituye en realidad un supuesto de aplicación particular a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de otro principio general existente en el Derecho internacional humanitario, junto al de la necesidad militar más arriba aludido, que es el llamado principio de proporcionalidad, consagrado en los artículos 51 y 57 del Protocolo I Adicional de 1977, en virtud del cual se exige al atacante una adecuada correspondencia entre la ventaja militar definida que espera obtener con el ataque y los daños colaterales previsibles; y d) en la ejecución, en “*suspender o anular un ataque en curso si se advierte que el objetivo es un bien cultural*”.

El artículo 8, por su parte (trasposición del artículo 58 del Protocolo I Adicional a este concreto campo de la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado), recoge los aspectos de la defensa pasiva de los bienes culturales, mediante la adopción con respecto a ellos de precauciones contra los efectos de las hostilidades, de manera que obliga a las Partes en conflicto, en toda la medida de lo posible, con respecto a los bienes culturales muebles, a alejarlos de las proximidades de objetivos militares o a suministrar una adecuada protección *in situ* de los mismos; y con respecto a los bienes culturales inmuebles, a evitar la ubicación de objetivos militares en sus proximidades.

4.3.4. Protección de bienes culturales en territorio ocupado

Por último, otra novedad que introduce el Segundo Protocolo es la mejora de la protección de bienes culturales en territorio ocupado.

En su día, al tiempo que la Convención de 1954 se concluyó también un Protocolo para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, de igual fecha 14 de mayo de 1954, que tiende, en síntesis, a impedir la exportación de los bienes culturales de un territorio ocupado, así como a garantizar la devolución de los mismos al término de las hostilidades a las autoridades competentes del territorio de procedencia, sin que en ningún caso los bienes culturales puedan retenerse a título de reparaciones de guerra; viene ahora a denominarse *Primer Protocolo*, por disponerlo así el artículo 1 k) del Segundo Protocolo.

En relación con los territorios ocupados, a la prohibición ya existente en el Primer Protocolo de la exportación de bienes culturales se añade ahora en el artículo 9 de este Segundo Protocolo la de “*cualquier otro desplazamiento o transferencia de propiedad ilícitos*” de tales bienes, es decir, los realizados “*bajo coacción o de otra manera*” que entrañe violación de la legislación nacional o del Derecho internacional, según la definición contenida en el artículo 1 g) del propio Segundo Protocolo; quedan, en consecuencia, a salvo las exportaciones, desplazamientos o transferencias lícitas, como es, entre otros, el caso contemplado en el párrafo 5 del Primer Protocolo, a saber, el de los bienes culturales procedentes del territorio de un Estado Parte depositados por él, a fin de protegerlos contra los peligros de un conflicto armado, en el territorio de otro Estado, que habrán de ser devueltos por éste, al término de las hostilidades, a las autoridades competentes del territorio de procedencia.

También son novedosas las restantes prescripciones de este mismo artículo 9 del Segundo Protocolo, a cuyo tenor la Potencia ocupante queda además obligada de igual manera a prohibir e impedir “*toda excavación arqueológica, salvo cuando sea absolutamente indispensable para salvaguardar, registrar o conservar bienes culturales*”, así como “*toda transformación o modificación de la utilización de bienes culturales, con las que se pretenda ocultar o destruir testimonios*”.

de índole cultural, histórica o científica”, previsión ésta que resulta especialmente acertada en relación con los conflictos armados de nuestros días, que son fundamentalmente de origen étnico, religioso y cultural; se trata, en definitiva, de evitar que el ocupante lleve a cabo directamente, o permita con su inacción, su tolerancia o su aquiescencia, las excavaciones arqueológicas en territorio ocupado o la alteración o manipulación del uso que deba darse o se venga dando en dicho territorio a bienes culturales, cuya finalidad o efecto es privar a la población originaria del territorio ocupado de sus señas de identidad cultural, histórica, científica, nacional, religiosa, etnológica, antropológica, etc., desnaturalizando, expoliando o destruyendo su patrimonio arqueológico, histórico, artístico o cultural, y, en definitiva, su raíz y su ser nacional (excavaciones arqueológicas que el Estado de Israel viene haciendo en la explanada de las mezquitas, en Jerusalén Este, con la pretensión de hallar restos del Primer Templo -el de Salomón- y justificar, así, sus ilegales medidas anexionistas).

5. Señalización y transporte de los bienes culturales

Para facilitar su identificación, prevé la Convención de 1954 en su artículo 16 que los bienes culturales puedan ser señalizados con un emblema consistente en un escudo en punta con su campo partido en aspa y de color azul ultramar y blanco (azul el triángulo superior y el cuadrado que queda en la parte inferior; blancos los dos triángulos laterales). En caso de conflicto armado obligatoriamente se usará dicho emblema para la protección de bienes culturales bajo protección general; para los bienes culturales colocados bajo protección especial, se utilizará dicho escudo repetido tres veces en formación de triángulo (artículos 6, 10, 16 y 17).

Por lo demás, previene el Reglamento que la colocación del emblema y su grado de visibilidad quedan a la apreciación de cada una de las Partes, de manera que el mismo podrá figurar en banderas, o estar pintado sobre el objeto o representado en el mismo de cualquier otra forma apropiada.

El emblema aislado, es decir, el utilizado para señalar bienes culturales bajo protección general, solo puede ser utilizado para definir los bienes culturales, muebles o inmuebles, que no gozan de protección especial; las personas encargadas de las funciones de vigilancia en los términos previstos en el Reglamento; el personal perteneciente a los servicios de protección de los bienes culturales; y las tarjetas de identidad del personal de vigilancia y protección.

El emblema repetido tres veces es decir, el utilizado para señalar bienes culturales bajo protección especial, solo puede ser utilizado para identificar los bienes culturales inmuebles que gocen de protección especial; los transportes de bienes culturales bajo protección especial (efectuados bajo inspección

internacional) y los llevados a cabo en situación de urgencia; y los refugios improvisados (artículo 17).

El Segundo Protocolo de 1999 no contiene disposición alguna sobre señalización de bienes culturales bajo protección reforzada, por lo que ha de entenderse que se aplicarán a estos las disposiciones de la Convención de 1954 atinentes a la señalización de bienes culturales bajo protección especial.

En otro orden de cosas, determina también la Convención de La Haya de 1954, con remisión al Reglamento en este punto, que el transporte de bienes culturales podrá efectuarse bajo protección especial, con la consiguiente inmunidad de ataque, a petición de la Parte interesada, que se cursará con todo detalle al Comisario General de Bienes Culturales, el que, de estimar justificada la petición, y previa consulta con los delegados de las Potencias protectoras, notificará el traslado a la Parte adversa, con todos los datos de fecha, itinerario, medios de transporte, etc., y designará uno o varios inspectores que acompañarán a los bienes hasta el punto de destino (artículo 12). Los convoyes ostentarán, repetido tres veces sobre los vehículos de transporte, el emblema de la Convención (artículo 17) y el transporte así efectuado deberá estar *“exclusivamente destinado al traslado de bienes culturales, tanto en el interior de un territorio como en dirección a otro”*, debiendo abstenerse las Altas Partes contratantes *“de todo acto de hostilidad contra un transporte efectuado bajo protección especial”* (artículo 12).

El Manual de San Remo sobre el Derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar, de junio de 1994, incluye a *“las naves empleadas en el transporte de bienes culturales bajo protección especial”* entre las que gozan de inmunidad contra los ataques (párrafo 47) y de inmunidad contra la captura (párrafo 136).

Para los traslados de urgencia (es decir, los que se llevan a cabo porque la seguridad de determinados bienes culturales exige el traslado, pero sin poder aplicar el procedimiento establecido en el artículo 12 antes referido), especialmente al estallar un conflicto armado, se podrá utilizar en el transporte el emblema de la Convención aislado, debiendo, en la medida de lo posible, notificarse dicho traslado a la Parte adversa; en la medida de lo posible, se adoptarán las precauciones necesarias para que los transportes amparados por el emblema referido sean protegidos contra actos hostiles (artículo 13).

6. Formación y difusión

En cuanto a la obligación de formación, a la que la Convención de 1954 se refiere literalmente en su artículo 7 bajo la rúbrica *“deberes de carácter militar”*, consiste la misma en el doble compromiso que contraen las Altas Partes contratantes, de un lado, de introducir, en tiempo de paz, en sus reglamentos y ordenanzas militares disposiciones encaminadas a asegurar la observancia de la Convención y a inculcar en el perso-

nal de sus fuerzas armadas un espíritu de respeto a la cultura y a los bienes culturales de todos los pueblos, y, de otro, de preparar o establecer, en el seno de sus unidades militares, servicios o personal especializado cuya misión consista en velar por el respeto de los bienes culturales y colaborar con las autoridades civiles encargadas de la salvaguardia de dichos bienes.

Cabe también decir en relación al personal encargado de la vigilancia y protección de los bienes culturales que, en interés de estos últimos, el mismo ha de ser también respetado por la Parte adversa en la medida en que ello sea compatible con las exigencias de la seguridad; si dicho personal cayere en manos de la Parte adversa se le permitirá que continúe ejerciendo sus funciones, siempre que los bienes culturales a su cargo hubieren caído también en manos de dicha Parte (artículo 15). Por lo demás, dicho personal se identificará por medio de un brazalete y una tarjeta especial de identidad con arreglo al modelo anexo al Reglamento, en los que figurará el emblema aislado de la Convención (artículo 17).

Por lo que se refiere a la obligación de difusión, establece el artículo 25 de la Convención de La Haya de 1954 que las Altas Partes contratantes asumen el compromiso de *“difundir lo más ampliamente posible en sus respectivos países, tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado, el texto de la presente Convención y del Reglamento para su aplicación”*, comprometiéndose, de manera especial, *“a introducir su estudio en los programas de instrucción militar y, de ser posible, en los de instrucción cívica, de tal modo que los principios puedan ser conocidos por el conjunto de la población, y en particular por las fuerzas armadas y el personal adscrito a la protección de los bienes culturales”*.

Esta obligación de difusión se reitera, graduándola de menor a mayor exigencia, en el artículo 30 del Segundo Protocolo de 1999, a cuyo tenor *“las Partes difundirán lo más ampliamente posible el presente Protocolo, tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado”*, señalando además ahora a esta actividad informativa y docente que han de realizar los Estados dos objetivos determinados, a saber, uno de carácter más genérico y amplio, consistente en *“fomentar el aprecio y el respeto de los bienes culturales por parte del conjunto de sus poblaciones”*, y otro más concreto, que consiste en que *“toda autoridad militar o civil que en tiempo de conflicto armado esté encargada de aplicar el presente Protocolo habrá de tener pleno conocimiento de su texto”*, estableciéndose a este efecto hasta tres tipos distintos de actuaciones que han de realizar los Estados en cumplimiento de la obligación de difusión, cuales son la normalización militar, la formación de personal y la información internacional.

En primer lugar, deben los Estados *“incorporar a sus reglamentos militares orientaciones e instrucciones relativas a la protección de los bienes culturales”*, como ya se establecía igualmente en el artículo 7 de la Convención.

En segundo término, los Estados *“en colaboración*

con la UNESCO y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales pertinentes, prepararán y llevarán a cabo programas de formación y educación en tiempo de paz”. Una clase de estos programas de formación y educación pueden ser, obviamente, los dirigidos específicamente a las fuerzas armadas, sobre cuyos miembros pesa primordialmente el cumplimiento, en situaciones reales de combate durante los períodos de conflicto armado, de las obligaciones de respeto de los bienes culturales bajo protección general y de garantía de la inmunidad de los colocados bajo protección reforzada, siendo de destacar, a tal efecto, el compromiso de preparar o establecer en el seno de las unidades militares, servicios o personal especializado para velar por el respeto de los bienes culturales y colaborar con las autoridades civiles encargadas de la salvaguardia de éstos, así como la necesidad de formar a asesores jurídicos en las fuerzas armadas que asesoren a los jefes militares en la aplicación del Derecho internacional humanitario, según dispone el artículo 82 del Protocolo I Adicional de 1977; de otra parte, es claro también que los programas de formación y educación deben ir asimismo dirigidos al ámbito civil, tanto a las autoridades y funcionarios estatales, regionales y municipales, encargados de la administración y gestión del patrimonio cultural, como al personal directivo y técnico que desarrolle funciones de conservación, de custodia y otras relacionadas con el cumplimiento de la obligación de salvaguardia de los bienes culturales (especialmente, creemos, a las autoridades competentes designadas para responsabilizarse de la salvaguardia de los bienes culturales, según estipula el artículo 5 del Segundo Protocolo).

Y en tercer lugar, deben también los Estados Partes en el Segundo Protocolo comunicarse recíprocamente, *“por conducto del Director General de la UNESCO”*, información relativa a las leyes, disposiciones y medidas de todo tipo adoptadas en relación con la difusión del conocimiento del Segundo Protocolo y para garantizar su aplicación, lo que parece razonablemente responder a la finalidad de poner a disposición de la comunidad internacional los conocimientos y experiencias nacionales sobre la materia; en un sentido análogo, el artículo 37 del Segundo Protocolo impone a las Partes en él la obligación, igualmente contemplada con anterioridad en el artículo 26 de la Convención de 1954, de traducir su texto a las lenguas oficiales de sus países y de comunicar estas traducciones al Director General de la UNESCO, así como de presentar al Comité cada cuatro años un informe sobre la aplicación del mismo.

7. La protección de los bienes culturales en los conflictos armados sin carácter internacional

En relación con la protección de los bienes culturales en los conflictos armados internos, el artículo 19 de la

Convención de 1954 limita las obligaciones de las Partes contendientes “*a aplicar, como mínimo, las disposiciones*” de la Convención “*relativas al respeto de los bienes culturales*”, exhortándoles, a continuación, a “*poner en vigor, mediante acuerdos especiales, todas las demás disposiciones*” de la Convención “*o parte de ellas*”.

El artículo 16 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 8 de junio de 1977 tiene un contenido similar al del artículo 53 del Protocolo I Adicional, y aunque en el mismo no se haga mención de la prohibición de las represalias contra los bienes culturales, tal omisión no permite llevarlas a cabo en los conflictos internos.

Con el fin de mejorar la protección de los bienes culturales en los conflictos armados de carácter no internacional, el artículo 22 del Segundo Protocolo, único de que consta el Capítulo 5, extiende ahora a esta clase de conflictos el carácter vinculante de sus disposiciones, las cuales resultarán obligatorias para los beligerantes en su totalidad y no solamente en lo relativo a la obligación de respeto, de manera que también resultarán aplicables imperativamente en los conflictos armados internos, entre otras, las disposiciones relativas a las precauciones en los ataques, a la protección reforzada, al sistema de represión penal de las infracciones y a la asistencia internacional.

Constituye, a nuestro entender, este artículo 22 una de las más progresivas disposiciones del Segundo Protocolo en cuanto que comporta la extensión a los conflictos armados de carácter no internacional de la normativa protectora de los bienes culturales y, sobre todo, de la obligación de sancionar penalmente las violaciones graves de la misma o crímenes de guerra que tengan por objeto tales bienes, cometidos en el contexto o con ocasión de un conflicto armado de carácter no internacional.

A propósito, sin embargo, de estas últimas cuestiones, el precitado artículo 22 reconoce prioridad de jurisdicción con respecto a las violaciones graves al Estado en cuyo territorio se produzca el conflicto; recuerda, por otro lado, el principio de no intervención en los asuntos internos o externos de un Estado soberano, así como la regla, ya establecida en la Convención, de que la aplicación de las disposiciones del Segundo Protocolo “*no producirá efecto alguno sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto*”, cuidando además de distinguir la situación de conflicto armado interno de las de “*disturbios y tensiones internos, como por ejemplo tumultos, actos de violencia aislados y esporádicos y otros actos de carácter similar*”, que no son conflictos armados sino situaciones extraconvencionales en las que no resultan aplicables las disposiciones del Segundo Protocolo, que sigue en este punto el artículo 1.2 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977; y, finalmente, atribuye a la UNESCO el derecho de iniciativa, como también se hacía ya en la Convención, para “*ofrecer sus servicios a las partes en conflicto*”.

La extensión de la aplicación del Segundo

Protocolo a los conflictos armados de carácter no internacional es fundamental, pues la mayor parte de los conflictos armados actuales es de tal naturaleza y la historia y la praxis han demostrado que la protección de los bienes culturales durante tal suerte de conflictos suele ser problemática (destrucción en marzo de 2001, por el gobierno talibán, en el contexto del conflicto armado interno que se desarrollaba, por entonces, en Afganistán, de los dos Budas de Bamiyan, además de docenas de antiguas estatuas de madera y arcilla -por considerarlas ídolos- en diversas regiones del país, en un claro ejemplo de vandalismo y regresión a la barbarie). Por otro lado, a partir de la adopción por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en 1994, del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, la represión penal de los crímenes de guerra ha empezado a extenderse, en el ámbito de la justicia penal internacional, a los cometidos con ocasión o en el contexto de conflictos armados internos, culminando en el artículo 8.2 c) y e) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998 el reconocimiento de la necesidad de no establecer, en lo que a la represión de las violaciones del Derecho internacional humanitario respecta, distinción alguna entre las perpetradas en un conflicto armado internacional y no internacional (lo que ya en sede nacional lleva a cabo el Código Penal español de 1995 en sus artículos 608 a 614 bis).

La palabra *parte* en la frase “*parte en el conflicto*” incluye, además de a los Estados Partes en el Segundo Protocolo, a los grupos disidentes, o mejor, grupos armados organizados, de manera que las fuerzas no gubernamentales involucradas en un conflicto armado no internacional que se desarrolle en el territorio de un Estado Parte en el Segundo Protocolo y en el que la lucha armada tenga lugar entre los grupos disidentes armados y organizados y las fuerzas gubernamentales o únicamente entre aquellos grupos entre sí, están obligadas por el Segundo Protocolo en virtud de su ratificación por el Estado concernido.

8. La protección penal de los bienes culturales en caso de conflicto armado

Para una comprensión adecuada e integral del tema de la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado resulta preciso referirse a las normas internacionales e internas relativas a la protección penal de los mismos, extremo éste con respecto al cual el artículo 28 de la Convención de La Haya de 1954, bajo la rúbrica “*Sanciones*”, siguió, en parte, el mismo sistema que los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (artículos 49 del I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV), imponiendo a los Estados signatarios la obligación de “*tomar, dentro del marco de su sistema de derecho penal, todas las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas, cualquiera que sea su nacionali-*

dad, que hubieren cometido u ordenado que se cometiera una infracción de la presente Convención”, aunque, a diferencia de los Convenios de 1949 (artículos 50 del I, 51 del II, 130 del III y 147 del IV), la Convención no enuncia una serie de infracciones graves o crímenes de guerra.

En definitiva, aunque la Convención de La Haya de 1954 se enmarca, sin duda, dentro del Derecho internacional humanitario de carácter convencional, en punto al sistema de eficacia de sus preceptos no ha seguido, sin embargo, en su artículo 28 el mismo sistema de jurisdicción universal establecido en los Convenios de Ginebra.

Por su parte, el artículo 85.4 d) del Protocolo I Adicional de 1977 avanza un tanto más en la cuestión, al determinar que constituye una infracción grave, que habrá de ser considerada en todo caso como crimen de guerra *“el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando no haya pruebas de violación por la Parte adversa del apartado b) del artículo 53 (utilizar tales bienes en apoyo del esfuerzo militar) y cuando tales monumentos históricos, lugares de culto u obras de arte no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares”*.

Es decir, que cuando estén claramente señalizados (*“reconocidos”*) con el escudo azul, y no hayan sido utilizados probadamente para fines militares, ni estuvieran situados en la proximidades inmediatas de objetivos militares, constituirá un crimen de guerra el hecho de atacar y causar daños a aquellos bienes culturales de importancia contemplados en los Protocolos Adicionales de 1977 cuando se trate de bienes *“a los que se haya conferido protección especial”*, lo que puede haberse hecho bien en virtud de la Convención de La Haya de 1954, con la consiguiente inscripción en el Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial, bien en virtud de otros *“acuerdos especiales”*, como los celebrados, por ejemplo, *“dentro del marco de una organización internacional competente”*, cual es, señaladamente, el caso de la UNESCO.

En efecto, bajo los auspicios de esta última se concluyó en París el 23 de noviembre de 1972 la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, donde se prevé la existencia de una *“Lista del patrimonio mundial”* a cargo de un organismo que se instituye en la propia Convención, con representación de los diversos Estados, denominado Comité del Patrimonio Mundial, en la que podrán inscribirse monumentos, conjuntos y lugares *“de un valor universal excepcional”*, los cuales quedarán así sometidos a un sistema de protección internacional consistente, básicamente, en la coopera-

ción y asistencia internacionales para la conservación del bien. De manera especial se prevé que, en caso de conflicto armado que haya estallado o amenace estallar, el Estado de que se trate podrá efectuar una petición de asistencia para la protección del bien, incluyéndolo entonces el Comité en una *“Lista del patrimonio mundial en peligro”* y dando a la petición la prioridad correspondiente.

España es Parte en dicha Convención, aceptada por Instrumento de fecha 18 de marzo de 1982 (B.O.E. núm. 156, de 1 de julio) y en la Lista del patrimonio mundial figuran inscritos diversos monumentos y ciudades españoles.

Una de las principales y más importantes novedades que ofrece el Segundo Protocolo de 1999 está constituida precisamente por las disposiciones penales y procesales que se contienen en su Capítulo 4, bajo la rúbrica *“Responsabilidad penal y jurisdicción”*. Se lleva a cabo en ellas una mejora sustancial del sistema de represión de las infracciones de las normas internacionales relativas a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

Las disposiciones contenidas en dicho Capítulo 4 no se limitan, sin embargo, a reproducir el sistema clásico de jurisdicción universal establecido en los Convenios de Ginebra, sino que recogen también los desarrollos o evoluciones más recientes establecidos en otros textos internacionales, en cuanto a la sanción de las infracciones de las normas del Derecho internacional humanitario, principalmente el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977, aunque también con referencias implícitas a otros instrumentos que, al tiempo de la redacción del Segundo Protocolo de 1999, no habían llegado a entrar en vigor, como el Estatuto de la Corte Penal Internacional hecho en Roma el 17 de julio de 1998, cuya entrada en vigor con carácter general y para España tuvo lugar el 1 de julio de 2002.

Se establece así en el Capítulo 4 la distinción, que no conocía el artículo 28 de la Convención, entre *“violaciones graves”* del Segundo Protocolo (rúbrica del artículo 15) y *“otras violaciones”* (rúbrica del artículo 21).

En cuanto a las *violaciones graves*, se dice en el artículo 15.1 que *“cometerá una infracción en el sentido de este Protocolo toda persona que, deliberadamente y en violación de la Convención o del presente Protocolo, realice uno de los siguientes actos”*; se expresa así, en esta oración introductoria, el carácter intencional o doloso de las infracciones graves, con exclusión, pues, de la posibilidad de su comisión meramente culposa o negligente, y se hace también referencia expresa a los elementos normativos de la tipicidad y de la anti-juridicidad de la conducta, representados por las disposiciones de la Convención o del Segundo Protocolo, de suerte que es posible que, al amparo de los preceptos de estos instrumentos, resulten empero justificados (por ejemplo, en caso de necesidad militar) los *“actos”* que a continuación se definen como constitutivos de tales infracciones graves.

Tales actos son “a) hacer objeto de un ataque a un bien cultural bajo protección reforzada; b) utilizar los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares; c) causar destrucciones importantes en los bienes culturales protegidos por la Convención y el presente Protocolo o apropiárselos a gran escala; d) hacer objeto de un ataque a un bien cultural protegido por la Convención y el presente Protocolo; y e) robar, saquear o hacer un uso indebido de los bienes culturales protegidos por la Convención, y perpetrar actos de vandalismo contra ellos”.

Con respecto a estos actos definidos como *violaciones graves* en la rúbrica del artículo 15.1 del Segundo Protocolo, cada Parte en este se compromete a tipificarlos “como delitos con arreglo a su legislación nacional” y a sancionarlos en la misma “con penas adecuadas” (artículo 15.2). Además, en esta labor legiferadora de trasposición al Derecho penal interno, dice el Segundo Protocolo (con un valor meramente admonitorio, por lo demás) que “al hacer esto, las Partes se conformarán a los principios generales del derecho y del derecho internacional, comprendidas las normas que hacen extensible la responsabilidad penal individual a personas que no han sido autoras directas de los actos”; en este sentido, debe recordarse la regla generalmente imperante en Derecho internacional humanitario que hace al superior penalmente responsable de los crímenes de guerra que hubieren cometido sus subordinados cuando, teniendo o habiendo debido tener conocimiento de ellos, no hubiere adoptado las medidas a su alcance para impedir o reprimir su comisión o para propiciar su persecución (artículos 86.2 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977, 7.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia de 1993, 6.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 1994, 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 y 615 bis del Código Penal español, introducido por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y en vigor desde el 1 de octubre de 2004).

En cuanto a las *otras violaciones* de la Convención o del Segundo Protocolo que no sean infracciones graves, la obligación que asume cada Parte es tan sólo la de adoptar “las medidas legislativas, administrativas o disciplinarias que puedan ser necesarias para que cesen” los actos en que tales violaciones consisten.

Estas violaciones comprenden los actos, perpetrados *deliberadamente* y *en violación de la Convención o del Segundo Protocolo*, consistentes en “toda utilización de bienes culturales” y “toda exportación y cualquier otro desplazamiento o transferencia de propiedad ilícitos desde un territorio ocupado” de los mismos (artículo 21). No hay, pues, obligación de tipificar en el Derecho interno con el carácter de delito estas *otras violaciones*, aunque tampoco hay nada que impida a un Estado soberano hacerlo así en su legislación penal interna, como claramente lo permite, por lo demás, el artículo 28 de la Convención de 1954,

cuya vigencia se recuerda expresamente en este artículo 21 del Protocolo.

Por lo que atañe a las violaciones graves, se establecen en el Segundo Protocolo unas reglas competenciales, definidoras de un sistema que pudiéramos llamar de *jurisdicción universal corregida*, en el sentido de que no afecta a todas, sino tan sólo a parte de estas infracciones graves, y de que, además, la persecución de las mismas no se atribuye indiscriminadamente a cualquier Estado, sino que se exige en todo caso la concurrencia de unos nexos o puntos de conexión con el delito o con la persona del delincuente. Dice así el artículo 16 que “cada Parte adoptará las medidas legislativas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de las infracciones indicadas en el artículo 15”, es decir, las graves, “en los siguientes casos: a) cuando la infracción se haya cometido en el territorio de este Estado; b) cuando el presunto autor sea un nacional de este Estado; c) cuando se trate de las infracciones indicadas en los apartados a) a c) del primer párrafo del artículo 15, en caso de que el presunto autor esté presente en el territorio de este Estado” (a saber, el ataque o la utilización militar de bienes culturales bajo protección reforzada y las destrucciones importantes o la apropiación a gran escala de bienes culturales). Es decir, que cada Estado habrá de prever en las leyes procesales reguladoras de la organización de sus propios tribunales la competencia, incluso extraterritorial, de estos últimos para conocer de las violaciones graves del Segundo Protocolo enunciadas en el artículo 15.1 de éste, cuando concurren en ellas los puntos de conexión que señala el artículo 16.1.

Con respecto a estas limitadas infracciones graves rige el principio *aut iudicare aut dedere*, de manera que el Estado en cuyo territorio se compruebe la presencia del presunto autor de una de ellas deberá o extraditar a esa persona en favor del Estado del lugar de comisión del delito o del que sea nacional el delincuente, o bien someter “su caso sin excepción alguna ni tardanza excesiva a las autoridades judiciales competentes para que la procesen con arreglo a un procedimiento” en el que se garantice un “tratamiento equitativo y un proceso imparcial”, y con, al menos, las garantías reconocidas por el Derecho internacional (artículo 17).

Por otra parte, el Segundo Protocolo facilita la extradición de un Estado a otro, al establecer que las tres violaciones graves del artículo 15.1 se entenderán “incluidas entre las que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición concertado entre las Partes con anterioridad a la entrada en vigor” del Segundo Protocolo; y que, incluso cuando no tuvieren concertado ningún tratado, el propio Protocolo podrá constituir “la base jurídica para la extradición con respecto a las infracciones” graves indicadas. Sin que, por lo demás, a los fines de extradición puedan ser consideradas tales infracciones graves como delitos políticos, delitos conexos a delitos políticos ni delitos inspirados en motivos políticos (artículos 18 y 20).

En cuanto a la legislación interna española, reseñar brevísimamente que el artículo 77.7º del Código Penal Militar de 1985 y el artículo 613.1 a) y 2 del Código Penal de 1995 contienen la protección penal de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

El artículo 613.1 a) y 2 se ubica en el Capítulo III (“de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”) del Título XXIV (“delitos contra la comunidad internacional”) del Libro Segundo del Código Penal y en él se castigan como crimen de guerra, con independencia de que se perpetren en el contexto de un conflicto armado internacional o interno, los ataques, las represalias y los actos de hostilidad a bienes culturales o lugares de culto, claramente reconocidos, que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, habiendo introducido la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, entre los bienes objeto de protección, a los bienes culturales bajo protección reforzada.

9. Cuestiones institucionales

Una de las carencias más comúnmente señaladas de la Convención de 1954 era la relativa a la falta de previsión de unos órganos permanentes específicamente encargados de velar por su aplicación. Baste señalar a este respecto que ya en la primera Reunión de las Altas Partes contratantes celebrada en París en 1962 se aprobó una Resolución unánime de los participantes en la que se reclamaba a la UNESCO la creación de un Comité de Expertos con esta finalidad. Se ha establecido ahora a este efecto en el Capítulo 6 del Segundo Protocolo, bajo la rúbrica “*Cuestiones institucionales*”, un entramado orgánico, con participación de los Estados, constituido por la Reunión de las Partes, el Comité y el Fondo para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, lo que viene a dotar al tratado de una amplia estructura administrativa.

La Reunión de las Partes es una suerte de Conferencia o Asamblea General de todos los Estados Partes en el Segundo Protocolo, que se convocará con carácter ordinario al mismo tiempo que la Conferencia General de la UNESCO, o sea, cada dos años, según se previene en el artículo IV del Convenio de Londres de 16 de noviembre de 1945, constitutivo de la Organización; ello sin perjuicio, además, de la posibilidad de convocatoria por el Director General de una reunión extraordinaria a solicitud de un quinto, como mínimo, de los Estados Partes.

A la Reunión de las Partes corresponde elegir a los miembros del Comité; aprobar los llamados *Principios Rectores*, elaborados por el Comité para la aplicación del Segundo Protocolo; establecer las orientaciones y supervisar la utilización del Fondo por parte del Comité; examinar el informe presentado por el Comité; y, en general, discutir cualquier problema relacionado con la aplicación del Segundo Protocolo, formulando recomendaciones cuando proceda y adoptando su propio Reglamento (artículo 23).

En segundo lugar, el Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado estará compuesto por doce de los Estados Partes; dichos Estados serán elegidos por la Reunión de las Partes para un período de cuatro años, reelegibles inmediatamente por una sola vez, y conferirán su representación en el Comité a “*personas competentes en las esferas del patrimonio cultural, la defensa o el derecho internacional*”, pues ha de garantizarse “*que el Comité en su conjunto reúna las competencias adecuadas en todas esas esferas*”, e igualmente, deberá garantizarse una representación equitativa en el Comité “*de las distintas regiones y culturas del mundo*” (artículos 24 y 25).

El Comité celebrará reuniones ordinarias una vez al año, más las extraordinarias que estime necesarias, pudiendo invitar a sus reuniones, a título consultivo, a organizaciones tales como el Comité Internacional del Escudo Azul (CIEA), el Centro Internacional de Estudios para la Conservación y Restauración de los Bienes Culturales (Centro de Roma) (ICCROM) y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) (artículos 24 y 27.3). Por lo demás, el Comité adoptará su propio Reglamento y sus decisiones serán adoptadas por mayoría de dos tercios; las funciones de Secretaría le serán prestadas por la Secretaría General de la UNESCO, que se encargará también de la ejecución de sus decisiones (artículos 26 y 28).

Como atribuciones, que ejercerá en todo caso en cooperación con el Director General de la UNESCO, le corresponden elaborar los *Principios Rectores* para la aplicación del Segundo Protocolo; conceder, suspender o anular la protección reforzada y llevar la Lista de bienes culturales bajo protección reforzada; vigilar y supervisar la aplicación del Segundo Protocolo y fomentar la identificación de bienes culturales bajo protección reforzada; examinar los informes cuatrienales de los Estados Partes sobre la aplicación del Segundo Protocolo y preparar su propio informe para la Reunión de las Partes; recibir y estudiar las peticiones de asistencia internacional que formulen los Estados; determinar el empleo del Fondo; y desempeñar cualquier otra función que le encomiende la Reunión de las Partes (artículo 27).

Por último, el Fondo para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, constituido con el carácter de fondo fiduciario, se integrará por las contribuciones voluntarias aportadas por las Partes y por las contribuciones, donaciones o legados de otros Estados, la UNESCO, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales o particulares. Sus recursos se utilizarán únicamente para los programas o proyectos que decida el Comité, de acuerdo con las orientaciones que reciba de la Reunión de las Partes, en relación con los bienes culturales, con el fin de conceder ayuda financiera en apoyo de medidas preparatorias, como las de salvaguardia y difusión en tiempo de paz, de protección en período de conflicto armado o de reconstrucción inmediatamente posteriores al fin de las hostilidades (artículo 29).

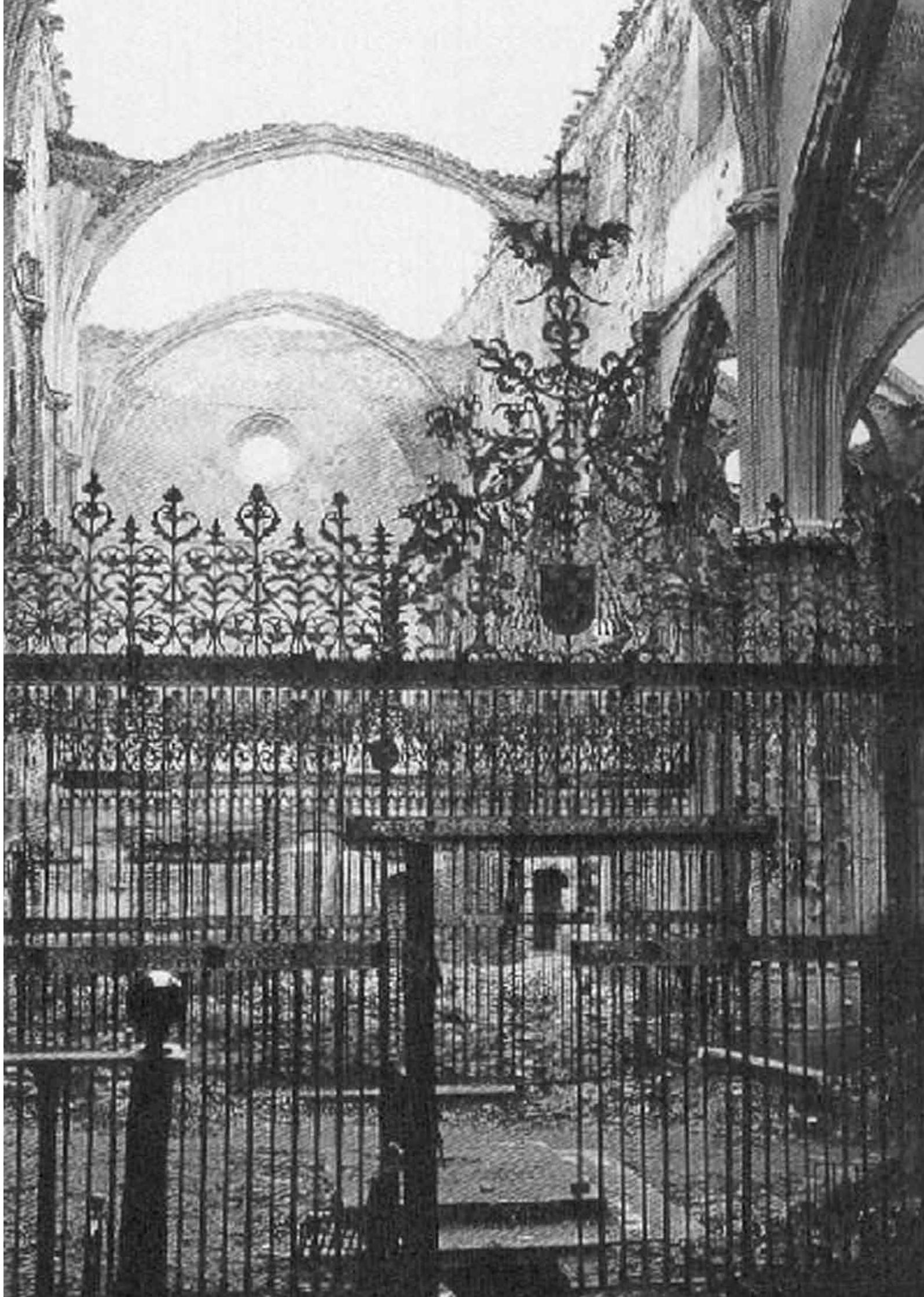
10. Cooperación y asistencia internacional y conciliación

En los Capítulos 7 y 8 del Segundo Protocolo, bajo las rúbricas respectivas de “*Difusión de la información y asistencia internacional*” y de “*Aplicación del presente Protocolo*”, se arbitra una serie de medidas tendentes a lograr en la práctica una mayor efectividad de la normativa internacional de protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Se trata de medidas de ejecución material, tanto en tiempo de paz como en período de conflicto armado, que en parte ya se contenían en diversos preceptos de la Convención de 1954, a las que se da ahora, sin embargo, un alcance más amplio; son tales medidas principalmente las relativas a la difusión, ya analizadas, a la cooperación y asistencia internacional y a los procedimientos de conciliación.

Por lo que se refiere a la cooperación y asistencia internacional, las Partes asumen el compromiso de actuar “*en colaboración con la UNESCO y las Naciones Unidas y de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*” ante casos de graves violaciones del Segundo Protocolo (artículo 31); aparte de ello, podrán también las Partes pedir al Comité asistencia internacional en favor de los bienes culturales bajo protección reforzada, así como asistencia técnica a la UNESCO para la organización de la protección de sus bienes culturales, reconociéndose también aquí a esta Organización un derecho de iniciativa en la materia

(artículos 32 y 33) que parece reflejar la aspiración de convertir a la UNESCO en un remedo de *Cruz Roja del Arte*, asumiendo en relación con los bienes culturales una función similar a la que desarrolla el Comité Internacional de la Cruz Roja respecto de las víctimas de los conflictos armados.

En cuanto a los procedimientos de conciliación durante el curso de los conflictos armados, en el Capítulo 8 se reproducen sustancialmente los preceptos ya contenidos en los artículos 21 y 22 de la Convención con respecto al concurso, en la aplicación del Segundo Protocolo, de las Potencias protectoras encargadas de salvaguardar los intereses de los Estados contendientes en lo que respecta a los bienes culturales y de prestar sus buenos oficios con el fin de resolver los desacuerdos sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones del Segundo Protocolo, proponiendo a este efecto la celebración de reuniones en territorio neutral, a las que será obligatoria la asistencia de los representantes de las Partes en conflicto, en particular de las autoridades encargadas de la protección de los bienes culturales (artículos 34 y 35). Aparte de ello, y como novedad en este punto, a falta de designación de Potencias protectoras se asignan sus funciones al Director General de la UNESCO, que podrá ejercer sus buenos oficios con fines de conciliación o mediación, y al Presidente del Comité, que tendrá la iniciativa para la proposición de la celebración de reuniones (artículo 36).



La Directiva 93/7/CEE del Consejo, de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro

Ignacio Rodríguez Fernández
Fiscal de la Audiencia Provincial de Huelva

1. El tráfico de bienes culturales hasta el Acta Única Europea

El actual artículo 151 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea -en la redacción dada por el Tratado de la Unión- establece la base necesaria para articular una verdadera política cultural europea al estipular que “la Comunidad contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común⁶⁴”. No obstante, la redacción original del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 no contenía previsión alguna que hiciera pensar en el desarrollo de una actividad comunitaria de preservación o promoción cultural. Hasta la firma del Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, que dio entrada a

⁶⁴ De hecho, se ha dicho que con el tratado de la Unión se produce “una *comunitarización* de la cultura dentro del proyecto de integración europea” (vid. SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, Leonardo J., “Reflexiones en torno a la intervención comunitaria en el Derecho de la cultura: el papel del patrimonio cultural en el proceso de integración y el correspondiente a las instituciones europeas en su salvaguardia”, en Cuadernos de derecho Público, número 24, INAP, Madrid, p. 91)

una genuina política cultural europea con el artículo 128 -actual artículo 151-, la Comunidad Europea contempló los bienes culturales desde el prisma exclusivo de la unidad de mercado. Esto explica que las normas comunitarias relativas a los bienes culturales se refirieran durante largo tiempo a la dimensión de aquéllos como “objeto de comercio”⁶⁵.

De este modo, si el Tratado de Roma, para la consecución de un verdadero mercado único, prohibía en sus artículos 30 y 34 -actuales artículos 28 y 29- las restricciones cuantitativas a la importación y la exportación, así como toda medida de efecto equivalente entre los Estados miembros, el artículo 36 -actual artículo 30- permitía que se establecieran prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, *protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional* o protección de la propiedad

⁶⁵ Vid. MARTÍN REBOLLO, LUIS, El comercio del arte y la Unión Europea, Fundación Universidad-Empresa/ Editorial Civitas, Madrid, 1994, p.19.

industrial y comercial, si bien con la precisión de que tales medidas prohibitivas o restrictivas no debían constituir discriminaciones arbitrarias o restricciones encubiertas del comercio. Esta norma aduanera no era, desde luego, original, pues coincidía en lo esencial con el artículo XX, f), del GATT (*General Agreement of Tariffs and Trade*), recogiendo, por tanto, una especie de principio general del Derecho aduanero para la protección de los bienes culturales.

Hasta la supresión de los controles aduaneros internos de la Unión, el problema fundamental fue determinar qué tipo de medidas protectoras podían adoptar los Estados comunitarios para la protección de sus bienes culturales, conforme al citado artículo 30 TCE. La controversia se planteó en la *STJCE de 10 de diciembre de 1968, asunto 7/68 (Comisión v. Italia)*, puesto que la Ley italiana de 1 de enero de 1939 establecía una tasa progresiva sobre el valor del objeto para la exportación de bienes de interés artístico o histórico. En la sentencia citada, el Tribunal de Justicia entendió que este tipo de bienes, en cuanto valorables en dinero y susceptibles de transacción comercial, con independencia de sus especiales valores, tenían la consideración de mercancías⁶⁶. Como tales mercancías, a juicio del Tribunal de Luxemburgo, quedaban dentro de las reglas de juego del mercado común y, en particular, de la prohibición de derechos a la exportación o medidas de efecto equivalente. Con independencia de que la finalidad perseguida pudiera no ser fiscal, la citada norma italiana establecía una tasa equivalente a un derecho de aduana a la exportación. A juicio del Tribunal, tal medida no podía ampararse en las excepciones del artículo 30 del Tratado, pues éste se refería a prohibiciones parciales o totales a la importación, exportación o tránsito, sin abarcar, en cambio, tasas más gravosas, que “no tienen otro efecto que hacer más onerosa la exportación de los productos”.

No obstante, la sentencia de 10 de diciembre de 1968 fue incumplida por la República de Italia, lo que motivó una cuestión prejudicial del artículo 234 -antiguo artículo 177- de un Tribunal de Turín, resuelta por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 26 de octubre de 1971 (as. 18/71, *Eunomia di Porro v. Ministerio de Instrucción Pública*) en la que reconoció el derecho de un comerciante de obras de arte a la restitución de la tasa de exportación pagada. La falta de ejecución de esta sentencia motivó un nuevo pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo a instancias de la Comisión (*sentencia de 13 de julio de 1972, as. 48/71, Comisión v. Italia*), en el que se reconocía el efecto

retroactivo de la sentencia de 1968, de modo que Italia no hubiera debido aplicar la tasa de la Ley de 1939 desde el 1 de enero de 1962, si bien la aprobación en Italia -tres días antes de que la sentencia fuera dictada- del Decreto-Ley número 288, de 5 de julio de 1972, que derogaba la tasa con dicho efecto retroactivo, evitó la condena del país cisalpino.

Ahora bien, lo cierto, tal y como ha señalado MARTÍN REBOLLO, es que estos conflictos marginales no podían oscurecer el principio esencial del régimen de circulación intracomunitaria de los bienes culturales: la exclusión de la libre circulación de estos bienes al amparo del artículo 30 TCE es una competencia de los Estados nacionales, que definen autónomamente qué objetos han de incluirse en esta categoría⁶⁷.

En cierto modo, este reenvío a las normas nacionales de los Estados miembros venía impuesto por la disparidad de sus normativas, que se hallaban en clara contradicción. Mientras los países del Sur, con ricos patrimonios culturales y una fuerte tendencia a su salvaguarda mediante la creación de colecciones públicas, establecían serias restricciones a la circulación de estos bienes, algunos países del Norte de la Comunidad, fuertemente vinculados al mercado de obras de arte, sostenían una visión marcadamente liberalizadora⁶⁸. No es extraño, pues, que las contradicciones entre las versiones nacionales del artículo 30 del Tratado -que en unos Estados se refiere a tesoros nacionales y en otros a patrimonios nacionales artísticos, históricos o arqueológicos- no pretendiera salvarse mediante una norma comunitaria común o una decisión jurisprudencial unificadora, entendiéndose, en cambio, que el citado artículo 30 contenía una remisión a las normativas nacionales -como hemos visto, con ciertos límites- y una consiguiente restricción a la competencia de la Comunidad.

En este contexto, las manifestaciones de una política cultural común fueron, bien indirectas -exenciones aduaneras a la importación de bienes culturales, simplificación de trámites aduaneros, medidas fiscales favorecedoras de las transmisiones de obras de arte realizadas por el propio autor o su representante...⁶⁹-, bien ocasionales y limitadas a casos concretos -v. gr. en materia de restauración del patrimonio arquitectónico.

No obstante, sería injusto ignorar en este marco la posición de vanguardia asumida -una vez más- por el Parlamento Europeo⁷⁰, tanto a favor de una acción cultural comunitaria (Resoluciones de 24 de junio de 1963, de 18 de enero de 1975 o de 11 de octubre de 1982), como, en lo que más interesa a nuestro estu-

⁶⁶ Esto conforme a lo dispuesto en el artículo 23 TCE, que establece en su apartado 1 que “la Comunidad se basará en una unión aduanera, que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que implicará la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en las relaciones con terceros países”.

⁶⁷ Vid. MARTÍN REBOLLO, L., op.cit., p.70.

⁶⁸ Vid. MAGÁN PERALES, José María, la circulación ilícita de bienes culturales, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 334 y MARTÍN REBOLLO, L., op. Cit., p. 72.

⁶⁹ Vid. MARTÍN REBOLLO, L. Op.cit., pp. 75 y 76.

⁷⁰ Así, destaca su contribución MAGÁN PERALES (op. cit. Pp. 316 a 321).

dio, promoviendo una acción común de contra el tráfico ilícito de obras de arte⁷¹ (Resoluciones de 13 de mayo de 1974⁷² o de 8 de marzo de 1976) . Incluso, se pretendió por el Parlamento Europeo hallar la base jurídica de la esperada política comunitaria, con poco éxito, eso sí, dado el escaso margen que, por entonces, daba el Derecho originario.

2. El impacto del Acta Única Europea: la supresión de los controles aduaneros internos y los riesgos consiguientes para los patrimonios culturales nacionales

La llamada Acta Única Europea de 1986 fijó como fecha límite para el establecimiento de un mercado europeo sin fronteras interiores el 31 de diciembre de 1992. Se advertía con facilidad que el año 1993 también constituirla una cesura en materia de tráfico de bienes culturales, de modo que los propios suscriptores del Tratado, en la declaración general sobre los artículos 13 a 19 del mismo, dejaron a salvo el derecho de los Estados miembros a adoptar las medidas que estimasen necesarias para el control del tráfico de obras de arte y de antigüedades, insistiendo, en la declaración política sobre libre circulación de personas, en que los Estados miembros habían de cooperar en materia de tráfico de obras de arte y antigüedades. Sin embargo, estas declaraciones continuistas en nada afectaban al núcleo del problema: la necesaria supresión de los controles aduaneros haría ineficaz cualquier medida protectora nacional sobre exportación de bienes culturales dentro del territorio comunitario. Al menos eran necesarias dos intervenciones paliativas de estos efectos: el establecimiento de un mecanismo rápido y efectivo de restitución de bienes culturales llevados ilícitamente de un país comunitario a otro y una adecuada regulación de la exportación de esta clase de bienes a terceros países. Sin la adopción de estas medidas, un traficante de obras de arte podría sacarlas sin dificultad del país comunitario en que se encontrasen para llevarlas a otro Estado miembro en el que las reglas de exportación a terceros países fueran menos restrictivas.

Hay que recordar que, a pesar de que desde el Reglamento comunitario 2603/69, de 20 de diciembre, existía un régimen aduanero común para las exportaciones a terceros países, éste recogía en su artículo 11 las excepciones previstas en el artículo 30 TCE, por lo que, en realidad, había tantas normativas sobre exportación de bienes culturales como Estados miembros. Desde luego, por una parte, no era funcional exigir -mediante el reconocimiento mutuo de las normativas

estatales, aspiración final de los países del sur- la aplicación de las -entonces doce-legislaciones nacionales sobre protección de bienes culturales en cada aduana de los Estados miembros, y, por otra, tampoco parecía posible regular adecuadamente la restitución de los bienes de un Estado miembro a otro desde la perspectiva heredada de remisión absoluta a las legislaciones nacionales en la definición de los bienes culturales. La adopción de una normativa comunitaria sobre estos dos asuntos parecía ineludible. No obstante, los intereses contrapuestos entre los Estados del norte y el sur de la Comunidad no habían desaparecido, por lo que se podía augurar una negociación difícil.

La primera aproximación sería al problema generado se produjo con la *Comunicación de la Comisión al Consejo de 29 de noviembre de 1989*, que, tomando como punto de partida la constatación de que casi todos los Estados miembros disponían de normas para la restricción de la libre circulación de bienes culturales, inició un proceso de diálogo⁷³ -en la expresión utilizada al respecto por el Quinto Informe de la Comisión al Consejo sobre la puesta en marcha del mercado interior- entre la Comisión y los Estados miembros, a efectos de determinar qué medidas podían ser adoptadas para afrontar el problema. De este modo, ya en las Conclusiones adoptadas por el Consejo de Ministros de Cultura de 19 de noviembre de 1990 figuraban los dos mecanismos comunitarios para el control del tráfico de bienes culturales: la armonización de los controles aduaneros en la exportación a países terceros y un sistema de restitución de bienes culturales sacados ilícitamente de un país comunitario.

El Parlamento Europeo, en la misma línea, aprobó el 13 de diciembre de ese año la *Resolución sobre la circulación de los bienes culturales en la perspectiva del mercado único*. Los dos mecanismos protectores citados aparecerían expresamente recogidos en el Sexto Informe de la Comisión, de 1991, y, en el Consejo de Ministros de 7 de junio del mismo año, el comisario DONDELINGER anunció un Anteproyecto de Propuesta de Reglamento sobre exportación de bienes culturales y una Propuesta de Directiva sobre restitución -presentadas finalmente en 1992.

Así, vio la luz el Reglamento comunitario 3911/92 del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, sobre exportación de bienes culturales. La aprobación por el Consejo de la Directiva se dilató algo más, teniendo lugar finalmente el año siguiente.

⁷¹ En esta materia también debe valorarse la *Comunicación al Consejo de 22 de noviembre de 1977* elaborada por la Comisión Europea.

⁷² Sobre la importancia de la misma, vid. SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, L. J., op. cit., p. 76.

⁷³ Este proceso es ampliamente descrito por MAGÁN PERALES (op.cit., pp 405 a 419).

3. La Directiva 93/7/CEE, de 15 de marzo de 1993, sobre restitución de bienes culturales

3.1. ¿Superación del régimen de la directiva en el marco del Tercer Pilar de la Unión Europea?

El progresivo desarrollo del llamado Tercer Pilar de la Unión Europea plantea, al menos, una reflexión inicial acerca del futuro del mecanismo restitutorio de la Directiva 93/7/CEE. Efectivamente, a partir del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 y con la nueva redacción del Título VI del Tratado de la Unión, relativo a cooperación policial y judicial en materia penal, se han puesto en marcha mecanismos de colaboración judicial que podrían acabar desplazando la aplicación de la directiva en los casos de la salida ilícita del territorio nacional.

Por una parte, hay que destacar que, en desarrollo del Convenio del Consejo de Europa de 20 de abril de 1959 de asistencia judicial penal, los Estados miembros de la Unión adoptaron, mediante acto del Consejo, el Convenio de Bruselas de 29 de mayo de 2000 sobre asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea. El Convenio prevé la asistencia judicial mediante solicitudes dirigidas por los Autoridades Judiciales de un Estado a las de otro Estado miembro, que pueden tener por objeto la restitución de un objeto obtenido por medios ilícitos a su legítimo propietario -con respeto a los derechos de terceros de buena fe- (artículo 8), previendo también la renuncia a la devolución del objeto cuando se aplique lo dispuesto en los artículos 3 y 6 del Convenio de 1959, si ello contribuye a la restitución del bien a su propietario legítimo. Es de destacar que el Convenio se aplica igualmente a procedimientos administrativos.

Es evidente que, de estar investigándose por un tribunal penal o por el Ministerio Fiscal un delito que haya determinado la salida ilícita de un bien cultural a otro Estado miembro, estos órganos -como autoridades judiciales nacionales- tienen plena legitimidad para hacer la correspondiente solicitud de asistencia judicial y esto podría motivar la restitución definitiva del bien sin intervención de la acción de restitución de la Directiva 93/7/CEE.

No obstante, el Convenio de 29 de mayo de 2000 no ha obtenido aún las ratificaciones precisas para su entrada en vigor, si bien resulta aplicable en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea que han ratificado y realizado las declaraciones de aplicación anticipada (España, Portugal, Finlandia, Países Bajos y Lituania).

Al margen del citado Convenio, el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea avanza más allá de la vía puramente convencional. De acuerdo con el principio de reconocimiento mutuo, se han dado pasos para que determinadas decisiones de los tribunales de un Estado miembro de la Unión puedan tener una aplicación casi automática en otro Estado miembro, de modo que el control de aplicación de la

resolución por el Estado requerido no abarque siquiera la tradicional excepción de doble incriminación. El primer paso en este sentido ha sido la conocida Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, que motivó la Ley española 3/2003, de 14 de marzo sobre la materia. No obstante, en lo que a nosotros interesa, hay que destacar la Decisión Marco 2003/577/JAI, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, que ha dado lugar a la Ley española 18/2006, de 5 de junio. Ésta, según su Exposición de Motivos, comprende “una amplia gama de diligencias aseguratorias del cuerpo del delito, tales como su recogida, bloqueo, conservación, intervención, incautación o puesta en depósito judicial”, como puede ser el bien cultural objeto de robo. Aunque es cierto que la transferencia del bien queda regida por las normas de asistencia judicial (como el propio Convenio de 29 de mayo de 2000), no es menos cierto que este procedimiento permitiría una rápida restitución del bien cultural sustraído a efectos de aseguramiento de prueba en el proceso.

Por tanto, en caso de que exista un procedimiento penal relativo a la sustracción del bien y éste se halle en otro Estado miembro, la autoridad judicial puede obtener la restitución por vía de las normas de cooperación judicial penal -singularmente por el citado Convenio de 2000- o, incluso, más rápidamente por aplicación del principio de reconocimiento mutuo -aunque a efectos de aseguramiento de prueba y decomiso-. No hay que descartar, por tanto, que en el futuro el reconocimiento mutuo se extienda a la resolución relativa a la transferencia del bien a su legítimo propietario, con la consiguiente restitución -siempre a salvo los derechos de terceros de buena fe-.

En cualquier caso, estas posibilidades alternativas a la acción sumaria de restitución de la Directiva ponen de manifiesto que la aplicación de uno u otro régimen puede quedar en la práctica en manos de los cuerpos policiales actuantes. Efectivamente, la cooperación policial es esencia -tanto en el régimen de la directiva, conforme al artículo 4, como en materia de asistencia penal- para el hallazgo del bien, de modo que lo esencial será que se difunda adecuadamente la información relativa al bien objeto de delito, por ejemplo a través del registro en INTERPOL. La utilización de los mecanismos penales o “culturales” dependerá en gran medida de a quién se suministran las autoridades policiales la información relativa al hallazgo.

En cualquier caso, estas vías de futuro en el marco del Tercer Pilar de la Unión no pueden oscurecer el hecho de que la directiva supone una mejora radical de los mecanismos restitutorios frente a la compleja vía diplomática del Convenio de la UNESCO de 1970.

3.2. Textos en que se inspira la Directiva

La Directiva 93/7/CEE, de 15 de marzo de 1993, se ocupa de un problema, la restitución de bienes culturales sacados ilícitamente de un Estado a otro, que ya había sido abordado con anterioridad en el ámbito internacional.

Por un lado, en el marco del Consejo de Europa, la *Convención europea sobre infracciones relativas a bienes culturales* firmada en Delfos el 23 de junio de 1985 se había ocupado tangencialmente del asunto, abordando ya uno de los aspectos fundamentales del mismo: la definición de los bienes restituibles, si bien en el marco más amplio de aplicación general de la Convención. De este modo, la norma incluye un Anexo II relativo a los bienes afectados por la misma -con una lista obligatoria y otra libremente asumible por los signatarios- y un Anexo III sobre infracciones (incluyendo el robo y la receptación de lo robado). Los Estados parte se comprometían a colaborar para conseguir la restitución de los bienes del Anexo II sacados del territorio nacional como consecuencia de una infracción del Anexo III. Como ha señalado MARTÍN REBOLLO, a pesar de que este texto servirá de base a la Directiva comunitaria, adolecía de defectos graves, puesto que, por ejemplo, no contemplaba entre las infracciones el delito de contrabando y no hacía referencia a los posibles derechos adquiridos sobre el bien por terceros de buena fe⁷⁴.

También debe destacarse, en el ámbito de la UNESCO, la *Convención de 17 de noviembre de 1970, sobre medidas para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia ilícita de bienes culturales*, firmada en París, que declara ilícitas la importación, exportación y transmisión de la propiedad realizadas en infracción de las disposiciones de los Estados signatarios. La Convención define los bienes culturales por remisión a las normativas nacionales, pues, aunque pretende encuadrarlas en ciertas categorías de bienes, éstas son tan amplias y genéricas que en nada limitan a aquéllas. Por otra parte, la devolución de los bienes sólo se prevé expresamente para el caso de robo, estableciéndose -a diferencia de la Convención de Delfos- una indemnización equitativa para el comprador de buena fe.

3.3. Los dos conceptos nucleares de la Directiva: bienes culturales y salida ilícita.

El artículo 1 de la Directiva define el “bien cultural” a efectos de aplicación de la norma. El bien ha de tener necesariamente dos cualidades, de las cuales una es imperativa y la otra permite la alternativa entre dos circunstancias. La imperativa, en coherencia con el artículo 30 TCE, pretende salvar la competencia de los Estados miembros para definir sus patrimonios cultu-

rales -por lo que se remite expresamente al artículo citado del Tratado de la Comunidad-, pues el bien ha de estar clasificado por el Estado miembro -antes o después de salir de su territorio- como patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional. Cumplido este requisito indispensable se dan dos alternativas para que se aplique la directiva a ese bien clasificado por el Estado: que pertenezca a una de las categorías del Anexo de la propia Directiva o que, no perteneciendo a ninguna de estas categorías, forme parte de colecciones públicas que figuren en los inventarios de museos, archivos y fondos de conservación de bibliotecas o forme parte de inventarios de instituciones eclesiásticas.

En las categorías del Anexo se aprecia un elenco amplio de objetos que, sin embargo, presentan dos restricciones fundamentales: la antigüedad -así, a) 100 años para los objetos arqueológicos que proceden de excavaciones, emplazamientos o colecciones arqueológicas, o para los elementos que forman parte de monumentos para los que proceda la desmembración, b) 75 años para los medios de transporte, y c) 50 años, además de que no pertenezcan a los autores, para mosaicos, grabados, estampas, serigrafías, litografías, carteles, esculturas, fotografías y películas, incunables y manuscritos, y la misma cifra para antigüedades en general- y el valor pecuniario -para los bienes comprendidos en la categoría B (aclarándose que el valor es el del bien en el Estado miembro requerido al tiempo de presentarse la demanda de restitución)-.

Queda así esbozado el ámbito material de aplicación de la directiva, que no deja de generar ciertos problemas prácticos:

1. En cuanto al presupuesto común -declaración del Estado miembro-, dejemos, por ahora, al margen los problemas que plantea respecto a las distintas clasificaciones de Derecho nacional. Planteemos, en cambio, un problema común, y es que, para que la restitución proceda, la clasificación del bien puede producirse antes o después de la salida ilícita del territorio nacional. Por una parte, esto puede ser un problema si la ilicitud de la salida se debe precisamente a la clasificación de bien cultural. Imaginemos, por ejemplo, que la salida es ilícita porque el Estado miembro impone una serie de requisitos para la salida de este tipo de bienes (autorización administrativa, declaración previa...). Si la clasificación se produce con posterioridad a la salida, sólo dando eficacia retroactiva a la primera podría considerarse ilícita la segunda. Entendemos que la Directiva permite la retroactividad de la clasificación, pero no de la ilicitud del hecho, conforme al principio general de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos. La ilicitud de la salida debe, por tanto, existir en el momento de producirse. No obstante, si en el momento de interponer la demanda de Destitución la salida ya no es ilegal no es admisible la demanda de

⁷⁴ Vid. MARTÍN REBOLLO, Luis, op. cit., pp. 58 y 59.

restitución (artículo 7.2) conforme a la regla de aplicación retroactiva de la ley más favorable. Sin embargo, este problema se relativiza si atendemos al verdadero concepto de “clasificación”, pues la doctrina ha señalado que, en realidad, estamos ante una mala traducción y que ésta consiste en una declaración formal del Estado miembro sobre la pertenencia del bien a su patrimonio histórico o artístico y no a la normativa que habría de concederle al bien tal condición conforme a ciertas características, ni tampoco a la pertenencia a un inventario⁷⁵.

Ésto plantea otra hipótesis adicional: ¿es posible la aplicación de la directiva cuando la salida ilícita se ha producido a un tercer país para después recabar el bien en el país comunitario al que se insta la restitución? En tal caso, la ilicitud de la salida podría consistir fácilmente en la infracción de contrabando. Si se atiende al tenor del artículo 2 de la directiva “los bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro serán restituidos”-se advierte que el hecho trascendental es que el bien haya salido de forma ilegal de un Estado miembro y se halle en el territorio de otro Estado miembro, cualquiera que sea el iter que haya seguido con anterioridad. Por lo tanto, la infracción de contrabando puede ser presupuesto para la salida ilegal. Esta duda queda resuelta si se atiende al concepto de salida ilegal sobre el que se asienta la directiva, que comprende la infracción del Reglamento (CEE) 3911/92, por lo que la ilicitud puede derivar de la salida ilegal a un tercer Estado.

2. En cuanto a la categorías de bienes, el problema es la indeterminación de los órganos encargados de tasar el valor económico y la antigüedad de éstos. Esta cuestión queda deferida al criterio de los Estados miembros, lo que plantea, al menos, dos posibilidades: a) que el bien deba tasarse, por disposición del Estado miembro, por un órgano oficial nacional, o b) que se apliquen en este punto las reglas generales del proceso y, por tanto, que proceda la práctica de prueba pericial. Teniendo en cuenta que lo normal será que las reglas aplicables sean las propias de un proceso dispositivo (con aportación de parte de la prueba), quizá fuera una garantía mayor de homogeneidad y rigor una regla expresa de tasación por órgano oficial.
3. Los criterios de antigüedad y valor económico quizá no sean los más idóneos para restringir el ámbito de la restitución cuando la salida ilegal se deba a un delito de robo y no a una mera infracción -de condiciones de autorización o similar-. Una lucha común contra el espolio quizá debie-

ra ser más ambiciosa y, de hecho, el Dictamen del Parlamento Europeo pretendía suprimir el valor económico mínimo del bien para los casos de robo. Por otra parte, el requisito de valor económico no se exige en las convenciones internacionales de la UNESCO y el Consejo de Europa a que nos hemos referido con anterioridad.

4. La referencia a las colecciones nacionales plantea otro problema interpretativo. Así, cuando en el Anexo se establece como categoría de bienes determinadas “colecciones” aclara expresamente que a éstas es aplicable el concepto jurídico elaborado por el Tribunal de Justicia y que comprende “aquellos objetos que son relativamente escasos, que no se utilizan normalmente con arreglo a su destino, que son objeto de transacciones especiales fuera del comercio habitual de objetos similares utilizables y que tienen un valor elevado”. No obstante, la directiva no aclara expresamente si este concepto es aplicable también a las colecciones públicas a las que puede pertenecer el bien como alternativa a la inclusión en el Anexo. En realidad, el propio artículo 1 establece un concepto auténtico de “colección pública”, que comprende aquellas “que son propiedad de un Estado miembro, de una autoridad local o regional dentro de un Estado miembro o de un organismo situado en el territorio de un Estado miembro que se defina como público según la legislación de dicho Estado miembro y que pertenezca a o esté financiado de forma significativa por dicho Estado miembro o por una autoridad local o nacional”. Esto, no obstante, no resuelve el problema, pues se precisa la pertenencia y financiación requeridas para que la colección sea pública, pero no qué atributos ha de tener para ser tal “colección” a efectos de la Directiva. No obstante, esto se aclara al exigir el precepto que los bienes de la colección figuren en los inventarios de un museo, archivo o biblioteca o fondos de conservación de bibliotecas. Por tanto, bastará que el bien tenga el elemento subjetivo de pertenencia y financiación y que figure en uno de los citados inventarios.

El segundo concepto nuclear de la directiva es la exportación ilegal (“que haya salido de forma ilegal de un Estado miembro”). Se define como “la salida del territorio de un Estado miembro infringiendo su legislación en materia de protección del patrimonio nacional o infringiendo las disposiciones del Reglamento CEE 3911/92). Un elemento trascendental de esta definición es la finalidad protectora de la norma infringida. Efectivamente, ésta no cubre cualquier salida ilegal, sino sólo la que se produce en infracción de una norma protectora del patrimonio histórico y artístico. Por tanto, una salida ilícita fundada exclusivamente en razones fiscales o formales ajenas al carácter cultural del bien no podría justificar la acción de restitución.

⁷⁵ Vid. MAGÁN PERALES, J.M., op. cit., p. 445.

Desde luego, la comisión de un ilícito penal será el medio idóneo para que se produzca la salida ilícita. No obstante, junto a las hipótesis más plausibles de robo o hurto, hay otras que pueden plantear mayores problemas. Piénsese, por ejemplo, en una estafa en la que, creando una apariencia de legalidad, el poseedor del bien hubiese obtenido del Estado miembro la autorización pertinente para la salida del bien, haciendo creer a la Administración que se producía para un fin lícito, apropiándose, no obstante, del mismo una vez en el extranjero. En este caso, parece claro que la salida se habría producido merced al mecanismo constitutivo de la estafa (el engaño), por lo que, aunque la consumación se hubiese producido en el extranjero, la salida habría sido ilícita. Más controvertida sería la hipótesis de apropiación indebida, de no ser por la expresa solución que encontramos en la Directiva. Si bien se mira, al basarse la apropiación indebida en la recepción del bien por título legítimo -por ejemplo, para una exposición temporal en el extranjero-, la apropiación posterior -ya en el país foráneo- no habría sido consecuencia de una salida ilícita. Esto lo resuelve la Directiva al equiparar a la exportación ilícita “la no devolución, una vez transcurrido el plazo, de una expedición temporal realizada legalmente o toda infracción de una de las demás condiciones de dicha expedición temporal”.

3.4. El mecanismo restitutorio: la acción de restitución. La posición del tercero de buena fe

Conforme al artículo 5 de la Directiva, “el Estado miembro requirente podrá interponer contra el poseedor y, en su defecto, contra el tenedor, ante los tribunales competentes del Estado miembro requerido, una acción de restitución del bien cultural que haya salido de forma ilegal de su territorio”.

Podemos señalar, pues, los siguientes extremos:

1. En cuanto a los **presupuestos de la acción y requisitos de admisibilidad de la demanda**: a) la **jurisdicción** corresponde al Estado- miembro requerido, quedando la competencia determinada por las normas internas del Estado requerido, b) La **legitimación activa** corresponde al Estado requirente, definido por la propia directiva como “el Estado miembro de cuyo territorio haya salido de forma ilegal el bien”, c) La **legitimación pasiva** corresponde al “poseedor” del bien, que es la persona que tiene la posesión material del bien por cuenta propia, o el “tenedor”, definido en la Directiva como “la persona que tiene la posesión material del bien por cuenta ajena” que se hallan en el Estado miembro requerido, que la directiva define como “el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre un bien cultural que haya salido de forma ilegal del territorio de otro Estado miembro”, d) a la demanda se han de acompañar dos **documentos indispensables**: uno que describa el bien reclamado y certifique que se trata de un bien cultural y otro que contenga una decla-

ración de las autoridades competentes del Estado miembro requirente de que el bien cultural ha salido de su territorio de forma ilegal.

Este último documento es de suma importancia, pues, en principio, parece revelar que en el procedimiento relativo a la restitución del bien no puede cuestionar la salida ilegal, sin que esta declaración del Estado miembro admita prueba en contrario. No obstante, el posterior artículo 8 expresa todo lo contrario, al exigir prueba de la salida ilegal y del carácter cultural del bien, lo que determina que la carga de la prueba corresponda al Estado requirente. A estos efectos sí podrá considerarse elemento útil para la prueba la certificación del carácter cultural del bien -aun admitiendo la prueba en contrario- pero es dudoso que esto también ocurra para la declaración de salida ilegal, pues si la primera circunstancia deriva de un acto o norma del Estado requirente que puede certificarse, la segunda se refiere a un hecho que, como tal, ha de probarse. Esto hace que en la práctica el -pretendidamente ágil mecanismo de restitución- pueda ser una vía compleja y menos efectiva que la solicitud de asistencia judicial en el marco del procedimiento penal.

2. En cuanto al contenido de la restitución: estamos ante algo que excede a lo que en la técnica procesal actual se conoce como tutela sumaria de la posesión (antiguos interdictos) . Así, por una parte, la acción tiene por objeto la restitución del bien, entendida como “la devolución material del bien cultural al territorio del Estado miembro requirente”, lo que pudiera hacer pensar en que la vuelta al Estado requirente no prejuzga la titularidad del bien, pero lo cierto es que la propiedad, según aclara el artículo 12 se regirá por lo dispuesto en la legislación interna del Estado requirente, por lo que el triunfo de la acción -de restitución, al determinar la aplicación de una legislación nacional distinta, puede llevar implícita un cambio de propiedad -sobre todo, porque el Estado requirente actúa sobre la base de una privación ilegal del bien a su verdadero titular, como un robo-. No obstante, esta determinación indirecta de la titularidad es ajena al contenido de la acción restitutoria, que queda formalmente enclavada en el ámbito de un procedimiento sumario relativo exclusivamente a la posesión del bien, pues, según el artículo 15, no quedan afectadas “las acciones civiles o penales de las que dispongan, de conformidad, con la legislación nacional de los Estados miembros, el Estado miembro requirente y/o el propietario de la bien cultural robado” -siendo llamativa esta referencia expresa al robo, frente al concepto genérico de salida ilegal-.

En coherencia con el carácter sumario de la acción ejercitada se limita la materia objeto de prueba al carácter cultural del bien y su salida ilegal, sin que puedan alegarse como oposición relaciones jurídicas de fondo.

No obstante se pretende salvaguardar la indemnidad patrimonial del tercero de buena fe despojado del bien, para lo cual la directiva prevé en el artículo 9 que el tribunal competente del Estado miembro requerido que haya ordenado la restitución conceda al poseedor del buena fe “una indemnización que considere equitativa a tenor de las circunstancias de cada caso específico, siempre que tenga el convencimiento de que el poseedor ha actuado con la diligencia debida en el momento de la adquisición”. Esta indemnización corre a cargo del Estado requirente. Lo cierto es que la referencia genérica a una indemnización equitativa puede propiciar serias desigualdades si no se ve adecuadamente desarrollada por los Estados miembros. De nuevo se abre la disyuntiva entre el juego general de las reglas probatorias nacionales o la atribución de competencia a un organismo oficial, pareciendo más acorde con el texto de la directiva (que se refiere a la carga de la prueba y a las circunstancias del caso concreto) lo primero.

En materia de indemnización, se atribuye expresamente la carga de la prueba al Estado requirente, lo que, por una parte, introduce una nueva traba al éxito de su pretensión, y, por otra, parece propiciar una cierta relajación de los adquirentes del mercado de obras del arte, que, librados de la carga de probar su buena fe, no extremarán las precauciones sobre el origen lícito de la obra.

Los gastos generados para la ejecución de la restitución corren a cargo del Estado requirente, sin perjuicio de que éste pueda repetir por su importe y el de la indemnización satisfecha a los responsables de la salida ilegal.

De lo dicho se desprende que el procedimiento restitutorio puede entrañar serias dificultades -a efectos de prueba, por ejemplo-, lo que explica que la propia directiva prevea que el Estado requerido pueda actuar como intermediario entre el requirente y el tenedor o poseedor, estableciendo, incluso, un procedimiento de arbitraje.

3.5. Otros problemas de aplicación: la irretroactividad y la prescripción

El artículo 7 de la directiva fija los plazos de prescripción de la acción de restitución, que es de un año desde que el Estado miembro requirente tenga conocimiento del lugar en que se encuentra el bien cultural y de la identidad del poseedor o el tenedor del mismo, y, en todo caso, a los treinta años de la salida ilegal del territorio de ese Estado. No obstante, para los bienes pertenecientes a colecciones públicas y los bienes eclesiásticos sometidos a un régimen especial de protección conforme a la ley nacional, el plazo de prescripción es de 75 años. Se excepcionan los casos en que la acción sea imprescriptible conforme a la ley nacional o en caso de que resulte aplicable un acuerdo bilateral entre los dos países que establezca un plazo superior.

A pesar de las excepciones, el plazo de un año pre-

visto (fruto de la presión de ciertos Estados del norte para la asunción de criterios liberales) es sumamente corto. Como dice MARTÍN REBOLLO, es posible, una vez sacado el bien del país de origen, “dejarlo dormir”⁷ el tiempo preciso en otro Estado para neutralizar la acción de restitución. No obstante, parece razonable establecer algún plazo de garantía para el poseedor de buena fe. Quizá hubiera sido una solución razonable admitir la imprescriptibilidad de la acción para el caso de que el poseedor supiera del origen ilícito del bien, pues su posición jurídica no estaría amparada por la buena fe y no tendría por qué ser protegida. Es más, podría tratarse del propio autor de la sustracción que espera pacientemente al transcurso del plazo de prescripción.

Por otra parte, el mismo autor plantea un problema de conciliación entre la imprescriptibilidad de los bienes de dominio público -consagrada en el artículo 132 CE y recogido en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones Públicas- y la fijación de un plazo de prescripción de la acción. Tal conciliación, sin embargo, es posible, puesto que la acción de restitución se configura como una tutela sumaria que en nada afecta a las acciones ordinarias de que disponga la Administración como propietaria, por lo que no rompe la regla de imprescriptibilidad que esta vía especial de reclamación pueda estar sujeta a prescripción.

Por otra parte, la eficacia de la acción queda también limitada por su ámbito de aplicación temporal, pues sólo se aplica a los bienes culturales que hayan salido del territorio de un Estado miembro con posterioridad al 1 de enero de 1993. Esto también tiene cierto fundamento, pues, con anterioridad a esta fecha el mecanismo ordinario de protección era el control aduanero, cuya supresión viene a suplir la directiva. No obstante, el artículo 14.2 permite que los Estados miembros establezcan la retroactividad para los bienes que hayan salido de otros Estados miembros antes del 1 de enero de 1993 y se encuentren en su territorio.

La limitación temporal genera, no obstante, el problema de la prueba por el Estado requirente de la fecha de salida⁷⁶, lo que se suma al resto de dificultades probatorias que tiene el actor (procedencia del bien, carácter cultural, ilicitud de la salida, falta de buena fe del poseedor...). En definitiva, no cabe desdenar el agotamiento de la actividad mediadora previa del Estado requerido a que se refiere el artículo 4, incluso recurriendo al procedimiento arbitral.

⁷⁶ Vid. MAGÁN PERALES, J.M., op. cit., p. 447.

4. La Ley española 36/1994, de 23 de diciembre

Algunos Estados comunitarios sólo necesitaron de una adaptación de sus normas sobre exportaciones de bienes culturales a la directiva (como Italia) o una incorporación de las disposiciones del texto comunitario a una nueva normativa general de exportaciones (como Francia) mientras que otros, como Gran Bretaña, introdujeron por primera vez, merced a la obligación de transposición, normas relativas a la restitución de bienes culturales.

En España, la opción de política legislativa ha sido una breve Ley procesal limitada a recoger parte del texto comunitario. Lo primero que sorprende de la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, es su brevedad (nueve artículos, dos disposiciones adicionales, una transitoria y una final). La Exposición de Motivos revela que el legislador español se ha limitado a la transposición de la norma europea, sin mayores pretensiones. Es más, si se observa el propio contenido de la norma española se apreciará que la transposición es, en algunos puntos, incompleta, por lo que el aplicador debe recurrir frecuentemente al texto comunitario.

El artículo 1 de la Ley reproduce la definición de bien cultural de la directiva europea (con la reforma de la Ley 18/98, de 15 de junio, para adaptar las categorías del Anexo a la propia reforma de la directiva). Queda, pues, claro que la definición de bien cultural en nada modifica o restringe la general de la Ley de Patrimonio Histórico, pues aquella sólo pretende designar el ámbito material de la acción de restitución.

El legislador español ha optado por otorgar competencia al juez civil, lo que significa que el procedimiento se sustanciará por los cauces de la Ley de Enjuiciamiento Civil, especificándose la operatividad de las normas del juicio verbal (artículo 3), lo que es razonable si se piensa que por este procedimiento se sustancian, conforme al artículo 250 LEC, las pretensiones de tutela sumaria de la posesión. Esto significa que la dinámica procesal será la de demanda sucinta y vista, sin contestación a la demanda y sin audiencia previa para el saneamiento de óbices procesales.

Se reproducen literalmente los plazos de prescripción de la directiva y el carácter sumario referente exclusivamente a la restitución del bien (artículo 6, apartados 1 y 2). El juez español habrá de controlar la admisibilidad de la demanda, comprobando la concurrencia de los dos documentos indispensables (artículo 7.1). Respecto a la declaración de salida ilegal, se añade al texto de la directiva que el documento especifique si la infracción se refiere a disposiciones nacionales de

protección del patrimonio histórico o al Reglamento 3911/92. En caso de expedición temporal habrá de especificar si la infracción consiste en la no devolución dentro de plazo o en el incumplimiento de condiciones de autorización.

La falta de cualquiera de los dos documentos determina la inadmisión de la demanda de oficio y sin audiencia de las partes (artículo 7.2), lo que es plenamente coherente con el artículo 439.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De admitirse la demanda, la actividad probatoria va referida a la cualidad cultural del bien y su salida ilegal (artículo 8.1). Nada dice la Ley sobre la prueba pericial para demostrar el carácter cultural del bien y su valor económico, que queda relegado a las reglas generales de la prueba pericial que -conforme a las reglas ordinarias de carga de prueba- correspondería proponer al Estado requirente. Nada se especifica tampoco sobre la indemnización (artículo 8.II). No sólo se omite toda referencia a criterios de valoración de la misma, sino que se omite la regla específica sobre carga de la prueba que establece la Directiva. Esto podría hacer pensar que la prueba de la ilicitud de la salida desplazarla la prueba sobre la diligencia debida en la adquisición al demandado, si bien el necesario complemento del texto de la Directiva obliga a descartar esta hipótesis.

Se modifica la regla general de derecho al recurso (artículo 448.1 LEC) al cerrar toda posibilidad de recurso "ordinario". El adjetivo descarta expresamente la reforma y la apelación, pero cabría pensar en la interposición de recurso extraordinario (de casación o de infracción procesal). No obstante, en la LEC estos recursos sólo proceden frente a resoluciones recaídas en segunda instancia, por lo que la sentencia es absolutamente irrecorrible. Si se piensa que no hay fuero competencial especial a favor de un tribunal concreto hace, la *vis atractiva* de competencia de los Juzgados de Primera Instancia hace que la sentencia que estos dicten sea la resolución final de la contienda.

Una vez firme la sentencia estimatoria de la demanda, el actor debe consignar la cantidad que se haya previsto como indemnización equitativa, consignándola a disposición del tribunal, como condición indispensable para la ejecución de la sentencia, corriendo de su cuenta los gastos necesarios para dicha ejecución (artículo 9).

Llama la atención que no se haya dado efecto retroactivo a las acciones de restitución, que siguen el régimen temporal de la directiva (Disposición Transitoria Única). No se ha hecho transposición ni desarrollo de las medidas de cooperación del artículo 4, previéndose, no obstante, la colaboración de las Comunidades Autónomas en la prestación de ésta (Disposición Adicional Segunda).



La custodia de las colecciones del Estado

María Agúndez Lería
Conservadora de Museos
Subdirección General de Protección del
Patrimonio Histórico - MCU

A la hora de tratar el tema de la custodia de las colecciones del Estado es importante tener en cuenta lo estipulado en la Constitución Española. Ya en el preámbulo se menciona la necesidad de proteger los valores culturales y la diversidad tradicional de los pueblos de España. El legislador en el artículo 46 impone como mandato a todos los poderes públicos *«que garanticen la conservación y promuevan el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. Una ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio»*.

Este artículo explica uno de los principales motivos por los que la Administración debe llevar a cabo una buena protección y defensa del patrimonio que posee. No obstante, existen otras razones por las que hay que profundizar en este tema. En primer lugar cabe destacar que el movimiento de bienes culturales a nivel mundial ha aumentado considerablemente en los últimos años, principalmente por el número de exposiciones temporales, que va *in crescendo* y sin ninguna pretensión de estancamiento. Esto supone que ha aumentado el riesgo de robos, pérdidas, destrucciones y deterioro por una mala manipulación. Es evidente que ante esta situación debe haber un mayor control del tráfico legal de bienes culturales. Además hay que mencionar el movimiento de los bienes dentro del mercado del arte. Éste ha aumentado todavía más que el ámbito de las exposiciones, principalmente en España, principalmente gracias al incremento del poder adquisitivo y, con ello, también el de las casas de subastas, anticuarios y ferias de arte. Como ejemplo simplemente mencionar que Christie's, a nivel internacional, suele celebrar unas cincuenta subastas en todo el mundo, desde Estados Unidos, a Australia, Europa, etcétera. Este crecimiento del mercado hace más difícil la protección y salvaguarda del patrimonio y el control del tráfico legal de bienes culturales; de hecho, se podría afirmar que al mismo tiempo y en la misma medida que ha crecido el mer-

cado del arte ha aumentado el tráfico ilegal del mismo. Por ello, desde la Administración central de España, una de las actividades que se está potenciando es la presencia del Estado español en el mercado del arte por medio de dos vías: la adquisición de bienes culturales (somos el país que a nivel internacional más obras de arte compra) y la presencia de técnicos españoles en todas las ferias internacionales y nacionales más importantes.

Una vez analizados los motivos por los cuales es fundamental estudiar este tema, considero esencial plantear una mínima definición de los siguientes conceptos: Estado, colección y custodia. Respecto al primer término, el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) define Estado como «conjunto de los órganos de gobierno de un país soberano». Sin embargo, para profundizar en este concepto, esencial para entender la situación cultural del país, hay que partir del artículo 2 de la Constitución: *«La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles»*, así como del artículo 137, que recoge la idea principal de nuestra organización territorial: *«El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyen. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses»*.

Esta organización territorial plantea una distribución compleja. Nos encontramos con una Administración central y otra autonómica, cada una de ellas con unas competencias recogidas en el artículo 148 (competencias de las Comunidades Autónomas) y en el artículo 149 (competencias de la Administración central). Sin embargo, en materia de cultura, nos hallamos ante lo que los especialistas denominan —como Pérez de Armiñán—, «Materia Concurrente». Las competencias en el ámbito cultural de las Comunidades Autónomas se recogen en los apartados 15, 16, 17 y 18 del punto 1 del artículo 148:

1.15. *Museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma.*

1.16. *Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma.*

1.17. *El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma.*

1.18. *Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.*

Las competencias de la Administración central se recogen en el apartado 28 del punto 1 del artículo 149, y en el punto 2 del mismo artículo.

1.28. *Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.*

2. *Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas.*

Ante esta situación, para poder llevar a cabo el mandato que establece la Constitución de 1978 ya comentado es necesario que haya una buena coordinación y relación entre la Administración periférica y la central. Para ello se han creado organismos como el Consejo de Patrimonio, que se reúne dos o tres veces al año y tiene representantes de todas las Comunidades Autónomas y de la Administración central. A su vez, se realizan reuniones con diferentes fines entre los servicios centrales y los autonómicos.

Otro de los conceptos complejos que se deben tratar es el de «colección». Partiendo del DRAE, se entiende por colección el «conjunto ordenado de cosas, por lo común de una misma clase y reunidas por su especial interés o valor». En este caso lo aplicamos al conjunto de bienes culturales que pertenecen al Estado, muy amplio y vasto. Según la Ley de Patrimonio Histórico Español 16/1985 de 16 de junio, integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques que tengan valor artístico, histórico o antropológico.

Como se deduce de la ley, se trata de un término demasiado amplio, pero que, al mismo tiempo, deja fuera conceptos patrimoniales tan importantes como el industrial o el intangible, entre otros. En general, se puede afirmar que las colecciones del Estado se conservan dentro de los museos, bibliotecas y archivos, tema que será tratado más adelante. No obstante, existen bienes estatales fuera de estos recintos, tales como las cruces de término, los inmuebles, la arquitectura popular, el patrimonio intangible, etcétera.

Por último, antes de analizar los medios con los que cuenta el Estado para proteger sus colecciones, debe-

mos tener en cuenta el concepto de «custodia». Partiendo otra vez del DRAE, custodiar significa «guardar con cuidado y vigilancia». Sin embargo, hay que plantearse este término desde un punto de vista más general y amplio, uniendo el de conservación preventiva, protección, evitar la pérdida, sustracción o destrucción y que al mismo tiempo se difunda y se emplee, ya sea por medio de exposiciones o publicaciones, por ejemplo. De esta manera se asegura la protección y se fomenta la cultura, por lo que se cumplen los artículos 44 y 46 de la Constitución.

Respecto a los medios con los que contamos para gestionar la custodia de las colecciones del Estado, hay cuatro grupos fundamentales, que se tratarán individualmente: las normativas jurídicas, los espacios físicos de custodia, el personal técnico y la formación-difusión.

Respecto a las normativas, aparte de la Constitución, ya mencionada, en la Administración central las más importantes en la materia que nos concierne es la Ley de Patrimonio Histórico Español 16/1985 de 16 de junio, con su reglamento de desarrollo R.D. 111/1986 de 10 de enero. En cuanto a materias más específicas hay que destacar la de museos, R.D. 620/1987, la de bibliotecas, R.D. 582/1989, y la de archivos, la norma más antigua y al mismo tiempo más innovadora para su momento y la más detallada, por ello no ha habido que cambiarla. Concretamente es el R.D. 1164/1901 por el que se regula la conservación del patrimonio documental con valor histórico. Asimismo, hay que tener en cuenta las normativas de las Comunidades Autónomas. Es una paradoja, pero en muchas de ellas primero se llevaron a cabo las directrices en materia de archivos, bibliotecas y museos y posteriormente se realizó la Ley de Patrimonio Histórico o de Patrimonio Cultural. Ejemplo de esto es Andalucía, donde la Ley de Patrimonio es de 1991 y las otras son del año 1984. Evidentemente, también hay que hacer constar las normas de carácter internacional, como el Convenio de Unidroit de 1995, el de Salvaguarda del Patrimonio en caso de conflicto armado o el de París de 1970.

Una vez analizado el marco jurídico en el que nos situamos, hay que profundizar en el estudio de los distintos espacios físicos creados para la custodia de los bienes del Patrimonio Histórico; concretamente los museos, bibliotecas y archivos. En relación a los primeros partimos de la definición que viene regulada en el artículo 59.3 de la Ley de PHE, así como en el artículo 1 del R.D. 620/87 de Museos de Titularidad Estatal y el Sistema Español de Museos.

Artículo 1: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59.3 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, son museos las instituciones de carácter permanente que adquieren, conservan, investigan, comunican y exhiben, para fines de estudio, educación y contemplación, conjuntos y colecciones de valor histórico, artístico, científico y técnico o de cualquier otra naturaleza cultural.

Respecto a sus funciones, están reguladas en el siguiente artículo (artículo 2):

- a. *La conservación, catalogación, restauración y exhibición ordenada de las colecciones.*
- b. *La investigación en el ámbito de sus colecciones o de su especialidad.*
- c. *La organización periódica de exposiciones científicas y divulgadas acordes con la naturaleza del museo.*
- d. *La elaboración y publicación de catálogos y monografías de sus fondos.*
- e. *El desarrollo de una actividad didáctica respecto a sus contenidos.*
- f. *Cualquier otra función que en sus normas estatutarias o por disposición legal o reglamentaria se les encomiende.*

Observamos cómo es labor esencial del museo custodiar, es decir, proteger las colecciones y al mismo tiempo difundirlas. Asimismo, en el reglamento se regula cómo tener un conocimiento exacto de las colecciones del museo y de su movimiento. Sólo así es posible tener un control de las colecciones y poder llevar a cabo una buena labor de custodia, evitando el tráfico ilícito. De los artículos se desprenden las siguientes ideas: es necesario que haya un registro de los bienes que pertenecen a la colección estable, otro de los bienes en depósito de otras Administraciones y, por último, otro de los bienes en depósito de un tercero, teniendo siempre en cuenta que el depósito significa que la pieza no pertenece a las colecciones del Estado. También es importante que haya un registro de los bienes que ingresan en el museo para otro tipo de actividades, exposiciones temporales, restauraciones, estudios, etcétera. Asimismo, es esencial que haya un control de tratamiento científico-técnico de todos los bienes del museo, por ello se recoge la obligación de realizar un inventario y un catálogo de todas las piezas, indicando estado de conservación, descripción, fotografía, bibliografía e historia de la pieza, de tal manera que siempre se sepa aquello que pertenece o ha pertenecido a la colección del museo, pues en el caso de que desapareciera del museo y se encontrara en el mercado del arte, se cuentan con argumentos y pruebas para poder gestionar su recuperación. Además, se plantea el control del movimiento de las piezas, tanto interno, por medio de los testigos, como externo. Cuando una pieza de un museo estatal tiene que salir del recinto es necesario una Orden Ministerial que se gestiona en Servicios Centrales, de tal manera que hay un mayor control, dado que tiene que pasar un mayor número de barreras y de aceptaciones. Por último, se debe tener en cuenta el tema del público, que en algunos casos es contraproducente para la buena custodia y salvaguarda del bien, pero que, al mismo tiempo, tiene y debe saber qué piezas forman parte de las colecciones del Estado para que las hagan suyas y así ayuden a su protección.

Las bibliotecas son el espacio donde se custodia el Patrimonio Bibliográfico, uno de los grandes olvida-

dos de la historia. Por este tipo de patrimonio se entiende lo regulado en el artículo 50 de la LPHE.:

Forman parte del patrimonio bibliográfico las bibliotecas y colecciones bibliográficas de titularidad pública y las obras literarias, históricas, científicas o artísticas de carácter unitario o seriado, en escritura manuscrita o impresa, de las que no conste la existencia de al menos tres ejemplares en las bibliotecas o servicios públicos. Se presumirá que existe este número de ejemplares en el caso de obras editadas a partir de 1958.

Así como los ejemplares producto de ediciones de películas cinematográficas, discos, fotografías, materiales audiovisuales y otros similares, cualquiera que sea su soporte material, de las que no consten al menos tres ejemplares en los servicios públicos, o uno en el caso de películas cinematográficas.

Por bibliotecas se entiende, de acuerdo con el artículo 59.2 de la LPHE:

Las instituciones culturales donde se conservan, reúnen, seleccionan, inventarian, catalogan, clasifican y difunden conjuntos o colecciones de libros, manuscritos y otros materiales bibliográficos o reproducidos por cualquier medio para su lectura en sala pública o mediante préstamo temporal, al servicio de la educación, la investigación, la cultura y la información.

A la hora de estudiar las distintas funciones que tienen las bibliotecas, la que más concierne a este tema es la de conservar y enriquecer el Patrimonio Bibliográfico. En el campo del conocimiento y control de las colecciones, el R.D. de bibliotecas establece la obligatoriedad de crear:

1. *Un inventario especial para los manuscritos, incunables y obras de las que no conste al menos la existencia de tres ejemplares en bibliotecas o servicios públicos.*
2. *Un inventario general de los libros.*
3. *Un registro de los fondos que pertenecen a la Administración general del Estado.*
4. *Un registro de los depósitos de otras Administraciones.*
5. *Un registro de fondos depositados por un tercero.*
6. *Un control de los fondos prestados en exposiciones o en intercambio bibliotecario.*
7. *Inscripción de todos los fondos que ingresen.*
8. *Catálogos diversos de autores, de materias, de títulos y otro sistemático.*

Como medio de protección plantea la obligatoriedad de los recuentos de sus fondos como mínimo una vez cada cinco años. Otra cuestión interesante es que se plantea la posibilidad de expurgos, algo insólito para los museos.

Respecto al control del movimiento de las piezas a nivel externo es imprescindible obtener una Orden Ministerial, por lo que sucede lo mismo que con los fondos de los museos. A nivel interno es imprescindible tener en cuenta a los investigadores, para que puedan tener acceso a este tipo de patrimonio. Sin lugar a dudas es una variante de peso. Esto supone

una relación distinta con el público, más compleja y difícil. Las bibliotecas deben servir al público, se deben prestar libros, por ello existe un capítulo dedicado a este aspecto, concretamente el quinto. Dentro de éste se trata con mayor cautela a los manuscritos, incunables, raros, etcétera. Con este tipo de patrimonio bibliográfico se toman medidas más restrictivas en cuanto a su uso y disfrute por el público. De hecho, para las copias o reproducciones debe solicitarse una autorización al Ministerio de Cultura y no se llevan a cabo préstamos externos.

Otro de los espacios son los archivos. Su normativa es la más antigua y al mismo tiempo la más exquisita y exhaustiva. En estos centros se custodia el Patrimonio Documental que, según la Ley 16/1985 en su artículo 49, lo integran:

- 1. Se entiende por documento, a los efectos de la presente Ley, toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos. Se excluyen los ejemplares no originales de ediciones.*
- 2. Forman parte del patrimonio documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios.*
- 3. Forman igualmente parte del patrimonio documental los documentos con una antigüedad superior a los cuarenta años generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus actividades por las entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso y por las entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado.*
- 4. Integran asimismo el patrimonio documental los documentos con una antigüedad superior a los cien años generados, conservados o reunidos por cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas.*
- 5. La Administración del Estado podrá declarar constitutivos del patrimonio documental aquellos documentos que, sin alcanzar la antigüedad indicada en los apartados anteriores, merezcan dicha consideración.*

Según el artículo 2 de la normativa de archivos, éstos se dividen en generales, regionales y especiales. Los primeros son los que contienen documentos referentes a la nación en general y su valor histórico y su número son de gran importancia. Ejemplos de ellos son el Archivo Histórico Nacional o el Archivo de Indias. Los regionales son los que sólo se refieren a una zona concreta o a uno de los reinos de España, como el Archivo de la Corona de Aragón. Por último,

los especiales son los que pertenecen a un centro o institución de la Administración, como el Archivo de la Presidencia.

Respecto al control y conocimiento que deben tener de la colección, la normativa es muy estricta. Regula que todos los archivos deben tener un cuadro de clasificación de fondos, un inventario general que se debe guardar bajo llave, un inventario topográfico que indique dónde se encuentra el archivo, un catálogo que exprese el contenido de cada legajo, un índice que individualiza cada documento o expediente determinando la materia de que se trata, un catálogo de procedencia y un catálogo de los libros manuscritos que contenga cada sección. Aquellos archivos que alberguen sellos, estampas sueltas, dibujos originales, facsímiles, mapas o planos deberán tener un catálogo especial para ellos.

El movimiento de la colección se controla por medio de los registros de entrada, salida definitiva -para lo que necesitan una Orden Ministerial-, movimientos de fondos y actas de recuentos. Es obligatorio hacer un recuento una vez al año. Sin lugar a dudas estos recuentos ayudan a mantener el control de la colección. La ley regula hasta qué se debe hacer en caso de que en el recuento se perciba que falta un documento. Existe un registro de documentos extraviados en los que se recoge la fecha en la que el archivo se ha percatado de la ausencia del bien. Otro de los medios con los que cuentan los archivos para el mantenimiento y custodia de la colección es la obligatoriedad de realizar una limpieza al año, principalmente en los meses de verano (artículo 102), así como la norma de conservar ciertos bienes de una manera determinada, como los manuscritos y pergaminos, que deben conservarse encuadernados.

En relación al público, la ley de archivos regula hasta cómo deben acceder a este tipo de material los usuarios. Incluso está estipulado para los archivos regionales y generales que exista un registro de las personas que acceden al archivo y los documentos que solicitan. Y para ciertos archivos es necesaria una autorización especial. Existen otra serie de normas como el horario de acceso al público, el control de las copias, etcétera.

La ley de archivos es tan avanzada para su época que ya recoge algunos delitos que se pueden cometer contra este patrimonio, como el deterioro de libros o sustracciones de este tipo de bienes. Sin lugar a dudas archivos siempre ha ido por delante en este asunto, quizá por la importancia del tipo de bienes que custodia y la complejidad de los mismos.

Asimismo, existen otro tipo de departamentos, en los que físicamente no se custodian bienes culturales, pero que llevan a cabo una labor de defensa y protección. Me refiero a los servicios centrales, al Ministerio de Cultura y a las Consejerías de Cultura de las Comunidades Autónomas, donde se lleva a cabo una labor de documentación principalmente. Se gestiona el Inventario General de Bienes Muebles, el Registro General de Bienes de Interés Cultural, el

Catálogo de los Bienes de la Iglesia y un control del movimiento de los bienes culturales, tanto a nivel interno —dentro del país—, con la presencia de personal técnico en los circuitos del mercado del arte, así como exterior —a nivel internacional—, puesto que para salir del país los bienes que tienen más de cien años de antigüedad deben solicitar un permiso de exportación.

Como se ha indicado previamente, otro de los elementos necesarios para poder llevar a cabo una buena labor de custodia de las colecciones del Estado es el personal técnico relacionado con el asunto. En nuestro país existe una gran variedad. Podemos clasificarlos en torno a dos grandes grupos: los cuerpos estatales y el personal especializado fuera de la Administración.

Respecto a los cuerpos estatales, existen los cuerpos de conservadores, ayudantes y auxiliares de museos; los bibliotecarios, ayudantes y auxiliares de bibliotecas; los archiveros, ayudantes y auxiliares de archivos; los cuerpos de aduanas, los especializados de la Guardia Civil y de la Policía Nacional. En España también existe el cuerpo de arqueólogos y restauradores, que principalmente trabajan en los museos. En relación al segundo grupo, el personal especializado fuera de la Administración, destacan los juristas dedicados a esta materia, los técnicos o gestores de patrimonio, que todavía no han sido bien definidos, las organizaciones y asociaciones en el ámbito de la protección y difusión del patrimonio y, por último, los dedicados al comercio del arte. Lo más importante de este punto, aparte de saber con el personal que contamos, es plantear la necesidad de crear unas guías de enlace tanto a nivel nacional como internacional y dentro del campo público-privado. Asimismo, es fundamental la colaboración entre todos los cuerpos y personal dedicado a la misma tarea y para ello sería conveniente crear equipos interdisciplinarios de trabajo, como el que se promovió desde la Subdirección General de Protección de Patrimonio: unas jornadas con los profesionales del comercio del arte y la Administración para debatir sobre posibles reformas de la Ley de Patrimonio Histórico.

Otro de los componentes esenciales para conseguir una buena custodia de las colecciones es la difusión y formación. Es necesario difundir lo que posee el Estado, porque pertenece a todos y si todos lo consideramos como algo nuestro, intentaremos protegerlo y custodiarlo para que las generaciones futuras puedan disfrutarlo como nosotros y para poder entender nuestros orígenes y nuestra historia. Es importante que la difusión se haga a todo tipo de público y de todas las maneras posibles para llegar lo más lejos. Para ello es imprescindible que exista un personal cualificado.

En relación a la formación, hay que dejar constancia de la necesidad de formar tanto al personal técnico y de gestión, como al público en general. El tipo de formación debe ser interdisciplinar: jurídica, de gestión, de especialización, etcétera, y, sobre todo, debe ser continua, dado que siempre surgen planteamientos e ideas nuevas.

A modo de conclusión quisiera destacar la importancia de lograr la sensibilización del público en general, así como una buena difusión para poder conseguir el objetivo del artículo 46 de la Constitución española. Por otro lado, es imprescindible para poder proteger, saber exactamente lo que se posee por medio de los inventarios y los catálogos. Y, por último, algo que se ha recalcado a lo largo de todo el artículo: la necesidad de trabajar en equipos interdisciplinarios y de mejorar las normativas jurídicas. Como ciudadanos españoles y como profesionales en el sector, debemos proteger las colecciones del Estado, pues son el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal. Las colecciones del Estado poseen una riqueza colectiva que contiene la expresión más digna de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. La finalidad que perseguimos con su custodia es que cada vez haya un mayor número de ciudadanos que puedan contemplar y disfrutar de las obras que son herencia de la capacidad colectiva del pueblo al que pertenecen y, de esta manera, también se da cumplimiento al mandato de los artículos 44 y 46: la cultura debe estar al acceso de todos.



Medios preventivos y planes de emergencia en museos

Carmen Rallo Gruss
Subdirección General de
Museos Estatales - MCU

1. La conservación en el Museo

La importancia de la conservación de los bienes culturales custodiados por un museo, debe ser intrínseca a la propia naturaleza del museo, como se recoge en la propia definición que de esta institución hacen distintos textos legales. Por citar los más importantes para nosotros, podemos referirnos a:

- Los Estatutos del ICOM, que en su XI Asamblea de Copenhague⁷⁷ recoge: “*El museo es una institución permanente que conserva y expone colecciones de objetos de carácter cultural o científico, para fines de estudio, educación y deleite*”.
- La Ley de Patrimonio Histórico Español que dice⁷⁸: “*3. Son Museos las instituciones de carácter permanente que adquieren, conservan, comunican y exhiben...*”
- El Reglamento de Museos de Titularidad Estatal y del Sistema Español de Museos⁷⁹ que define: “*Son funciones de los Museos: a) La conservación, catalogación, restauración y exhibición ordenada de sus colecciones*”

Pero quizás, en primer lugar, nos tendríamos que plantear a qué se refiere el término **conservación**. Siguiendo, nuevamente, una definición establecida por un organismo cultural, podemos definir conservación como “*..... la acción emprendida para retardar o prevenir el deterioro o los desperfectos que los bienes culturales son susceptibles de sufrir, para mantenerlos el mayor tiempo posible en una condición estable*”⁸⁰.

Para lograr estos objetivos, la conservación, que debe ser la conciencia que rija todas las actuaciones de un museo y por ello, en las definiciones precedentes ocupa un primer lugar, se vale de dos vías:

La **Conservación preventiva**, que es sinónimo de salvaguardia, preservación, prevención, y comprende el conjunto de acciones destinadas a asegurar la salvaguardia (y a aumentar la esperanza de vida) de un monumento o bien cultural⁸¹, en definitiva, “*aplicación del sentido común*”.

Y la **Restauración** que, en su más famosa definición elaborada por Brandi es “*... el momento metodológico del reconocimiento de la obra de arte, en su consistencia física y en su doble polaridad estética e histórica, en orden a su transmisión al futuro*”⁸² (Brandi). La restauración es una intervención que debe contemplarse como directa, extraordinaria y puntual, que se realiza sobre una obra de arte en definida en un momento temporal concreto. Pese a creencias erróneas, la restauración sólo puede ralentizar el deterioro, y con ella, nunca es posible alcanzar el estado primigenio de la obra (aunque cuando se llega a una reintegración tan invasiva que, en realidad, constituya un falso histórico, lo pueda parecer).

Siempre será preferible llevar a cabo una estrategia preventiva que reduzca al mínimo las restauraciones. Y, en caso de precisarse de la restauración para poder solucionar problemas de integridad física de los Bienes Culturales, actuar por las dos vías, para que no se vuelva a producir esa situación de peligro. Es decir, actuar de inmediato pero además, con soluciones a más largo plazo.

En contraposición, cuando se actúa con los medios que pone a nuestra disposición la conservación preventiva, estamos actuando sobre un ambiente y por lo tanto, sus consecuencias afectan a una pluralidad de Bienes culturales. Así, las propiedades que caracterizan a la conservación preventiva son la amplitud de su campo de actuación, la necesidad de tener que llevarse a cabo sus estrategias de manera continua y por

⁷⁷ (1974) Título II, art. 3.

⁷⁸ (1985), Cap. II, Art. 59.

⁷⁹ Título Preliminar, art.2.

⁸⁰ Comité de Copenhague (1984)

⁸¹ Ward (1986), p.8.

⁸² Brandi (1988), p. 15

un equipo interdisciplinar, su apoyo en los avances científicos para la identificación de problemas y propuesta de soluciones...

2. Factores de influencia en la conservación

Los Bienes Culturales, a través del tiempo, se ven agredidos por una serie de factores que deterioran su consistencia física y su imagen. Para una buena conservación, no sólo se debe subsanar los deterioros detectados, sino paliar los problemas que los han producido.

Dentro de esos factores que van a influir en la conservación de las obras de arte, existen unos de naturaleza intrínseca, es decir, que provienen de su propia consistencia física, y que pueden deberse a los propios materiales que forman la pieza, a su técnica de ejecución, o al propio paso del tiempo. Aunque los efectos agresivos pueden ser reparados, las causas de esta índole son irresolubles, aunque con unas medidas de conservación preventiva muy estudiadas, pueden ralentizarse sus efectos en algunos casos.

Por el contrario, los factores extrínsecos que pueden agredir al bien cultural, son manipulables, si exceptuamos los agentes accidentales de gran envergadura, como los terremotos, inundaciones⁸³, huracanes o el fuego⁸⁴, aunque siempre pueden ser previstos y minimizadas sus consecuencias.

Dentro de esos factores extrínsecos podemos distinguir varias clases:

1. **Agentes ambientales**, entre los que se consideran la humedad, temperatura, acción directa del agua, la polución, la contaminación y el viento.
2. **Ataque orgánico**, precisamente propiciado por los factores ambientales anteriormente citados. Sin una temperatura y una humedad apropiadas no se desarrollarían las plagas, tanto animales como vegetales.
3. **Factor humano**. Todos estos factores se interrelacionan, y de esa interrelación se multiplica su agresión, siendo muy importante la responsabilidad y las actuaciones que el hombre ejerce en las obras de arte, ya que ¿podría existir una gotera (acción directa del agua), sin una situación de abandono o desidia del personal humano responsable? ¿No se acrecienta el deterioro si se actúa equivocadamente?

Si esas actuaciones antrópicas se pueden considerar “pasivas”, hay otras más “activas”, que pueden influir en el estado de conservación del bien cultural perteneciente a un museo. En una concepción general, en este sentido influye la política cultural, ya en la esca-

⁸³ Recordemos, por ejemplo, la inundación de Praga, ciudad declarada Bien de la Humanidad, en 2002.

⁸⁴ Así como el incendio acaecido en el Castillo de Windsor, con sus incontables bienes culturales, en 1992.

la propia del museo con su participación en la educación de los visitantes⁸⁵ o sus campañas de publicidad; o, a nivel más general dentro de cada país con sus leyes de protección del Patrimonio (del tráfico ilícito de bienes culturales, con protecciones de los propios edificios frente al entorno, incluso con la ordenación territorial o el planeamiento del urbanismo), o por acciones indirectas como puedan ser las exenciones fiscales, subvenciones, ley de mecenazgo, gestión adecuada de los Bienes patrimoniales, ...

3. Medidas aportadas por los museos para prevenir el “factor humano”

¿Cómo se combate en los museos el vandalismo, el robo, el expolio?

Con protección de los Bienes Culturales. Para que esa protección sea efectiva, se precisa, previamente, un conocimiento de cuántos y cuáles son los bienes a proteger. Asimismo, además de ese conocimiento por parte de los responsables del museo, los bienes deben estar convenientemente identificados⁸⁶ y siglados, y esa identificación debe corresponder a una estructura organizativa previa⁸⁷.

Los medios utilizados para esa protección de los bienes culturales son varios: de una forma permanente, con el Plan de Seguridad, también llamado de Autoprotección, que se plasma en un documento que cada museo se ve obligado legalmente a desarrollar (y que contempla desde los detectores de incendios, las cámaras de seguridad, el personal competente de este tema, etc).

De una forma más puntual, con la instalación de medios disuasorios para que no se puedan producir esas acciones humanas de robo, intrusión o vandalismo. Esta instalación se produce dentro del marco de la ejecución del Proyecto Museográfico.

En la actualidad existen en el mercado multitud de sistemas para la protección de las obras, desde barreras como puedan ser las catenarias⁸⁸ o las vitrinas⁸⁹. Especial cuidado se pone en las obras de caballete, desde su colgado mediante cierres de seguridad que

⁸⁵ Responsabilidad del Gabinete Pedagógico de cada museo

⁸⁶ Mayor debe ser la identificación en caso de préstamo. Además de una fotografía que siempre debe existir, se acude a otros medios complementarios como la radiografía.

⁸⁷ En la actualidad se está implantando, desde la Subdirección General de Museos Estatales, una catalogación informática, común a todos los museos que dependen de esa Subdirección, denominada Domus.

⁸⁸ Además del modelo tradicional consistente en pies derechos unidos por una barrera horizontal, existen las catenarias virtuales, consistentes en una línea horizontal en el suelo que marca el límite permitido para el visitante; o la acústica, que mediante un célula fotoeléctrica emite un sonido cuando el observador se acerca a la obra de arte más de lo permitido....

⁸⁹ Las vitrinas cumplen una doble misión de no permitir el acercamiento excesivo del público y de mantener la pieza en condiciones ambientales controladas.

no permiten su robo, hasta su inclusión en cajas climáticas (*climabox*) que interponen un cristal⁹⁰ entre el bien cultural y el público.

Si en algún tipo de museo es necesario desarrollar el abanico de protecciones de las obras de arte poniendo la imaginación del conservador a prueba es en el denominado “Casa-museo”. En este museo se prima la ambientación de una cierta época o de una determinada clase social o profesión, como principal objetivo y atracción frente al público. Dedicados a un tema o personaje monográficos, muchas veces se instalan en edificios que, si no pertenecen a la época que reflejan, en la mayoría de los casos, son fiel imitación de ella. Y para conseguir una ambientación efectiva, exigen la utilización de pequeños objetos de la vida diaria, expuestos como si estuvieran al uso en ese intemporal momento, sin el uso de vitrinas o catenarias que puedan entorpecer el paso del umbral del tiempo para el visitante.

Este es el caso de la “casa de Dulcinea” en el Toboso, donde se reproduce una casa solariega campestre de explotación agropecuaria, y localizada temporalmente en el siglo XVII. Muchos de los objetos expuestos corresponden a este planteamiento, otros son de carácter tradicional o reproducciones. La primera medida que se tomó fue introducir en la puerta de entrada un arco electrónico, no visible para no perturbar la mirada, que produce un estridente sonido si alguien sale con cualquier objeto pequeño oculto...pero que tiene un chip anexionado.

Esta medida general se completó con otras de no menor repercusión: conversión de armarios y alacenas en vitrinas, mediante la inclusión de un vidrio que aísla las piezas que allí se exponen, sujeción y atado de pequeños objetos colgantes mediante una brida, anclaje de seguridad para los cuadros,...

4. Propuesta de un plan de protección de colecciones ante emergencias

Desde la Subdirección General de Museos Estatales, en la actualidad se está trabajando para la elaboración de un Plan de Protección de colecciones ante emergencias. La necesidad de este objetivo nace de que, en la actualidad, no se cuenta con ningún protocolo que se encargue específicamente del rescate y recuperación de las colecciones ante situaciones de emergencias. El Plan de Seguridad o de Autoprotección está diseñado para el personal trabajador de los museos; respecto a los bienes culturales sólo contempla, en cierta manera, el robo, la intrusión y el fuego.

Cuando en el año 2004 se crea una Comisión para

esta empresa, se plantea como objetivos a conseguir el tomar y hacer tomar conciencia de la importancia de los riesgos, y de los beneficios de una planificación previa; el definir cuáles son los aspectos que debe contemplar un Plan de este tipo adaptado a nuestros museos; y el elaborar una serie de herramientas útiles para la gestión de las colecciones.

El Plan de Prevención de Colecciones ante Emergencias (PPCE) comprende los procedimientos a seguir para prevenir una emergencia y/o desastre, así como los medios propuestos para responder a ella, reducir al máximo sus consecuencias y recuperar la vida de la institución en caso de que se haya producido.

El desarrollo de ese Plan comprende, además de la creación de esa Comisión, varias etapas:

- A). Propuesta de museo-piloto, donde establecer, como prueba previa, los procesos propuestos a estudio. Requeridos los museos en la reunión de directores de Museos Estatales del 2004, se ofrecieron como voluntarios tres, el Museo de América, el Museo Nacional de Cerámica y el Museo Nacional de Arqueología Marítima.
- B). Elaboración de una encuesta, que primero fue cumplimentada por los museo-pilotos, y después de corregida por el resto de los museos. Esta encuesta cumplía el doble objetivo de servir de evaluación de la situación y el grado de sensibilidad de los distintos museos frente a la concienciación del grado de indefensión ante emergencias en que se encuentran sus colecciones.
- C). Estudio de los resultados por la Comisión, donde se puso de manifiesto la necesidad de elaborar una serie de definiciones, para identificar con los mismos términos idénticos problemas y soluciones.
- D). Realización de una Jornada de trabajo de puertas abiertas para los técnicos de museos, con los resultados de las encuestas, las definiciones de términos comunes, y la comunicación con técnicos que ya están poniendo en marcha planes de emergencia en diferentes estamentos⁹¹. Esta jornada tuvo lugar el 16 de febrero del 2006.
- E). En este momento se está poniendo a punto, por parte de la Comisión, un protocolo general de actuación ante emergencias en colecciones, es decir, el borrador de PPCE.
- F). Prueba de ese texto en los museos-piloto, prevista para el año 2007.
- G). Corrección y redacción definitiva del PPCE.
- H). Segunda Jornada de puertas abiertas, para la comunicación a los Museos Estatales de gestión directa de ese PPCE y los problemas que pueden encontrar en su realización.
- I). Implantación en los Museos Estatales de gestión directa.

⁹⁰ Este cristal puede estar tan cuidadosamente elegido que no produzca ningún brillo sobre la pintura, como el diseñado por la empresa alemana “Mirogard”.

⁹¹ Como el ICOM, o el Museo Guggenheim de Bilbao

J). Apoyo, por parte de la Comisión, en la redacción de los PPCE y en su desarrollo⁹².

El Plan de Prevención de Colecciones ante Emergencias, cuyo texto elaborado por la Comisión consta de cuatro tipos de documentos⁹³, contempla cinco fases en el desarrollo de ese Plan: la Evaluación de Riesgos, la Identificación de Recursos, la Aplicación de Medidas Protectoras ante Emergencias, el Procedimiento Operativo y la Recuperación *a posteriori*.

Con todo ello, desde los Museos, esperamos contar con un instrumento más para la protección de sus Bienes Culturales. Recordemos, para finalizar que en la declaración de la Convención de La Haya (1945), que fue firmada por los países occidentales y la ONU, se dijo que: **“el Patrimonio es un bien intocable y un recurso NO renovable”**.

5. Bibliografía

BRANDI, C. (1988, ed. en español de la de 1977): *Teoría de la Restauración*, Madrid.

DORGE, V. y JONES, S. (1999): *Building an Emergency Plan: A Guide for Museums and Other Cultural Institutions*, The Getty Conservation Institute, Los Angeles.

GARCÍA FERNÁNDEZ, I. (1999): *Conservación preventiva y la exposición de objetos y obras de arte*, Editorial KR, Murcia.

Heritage collections council, (2000): “Be prepared: guidelines for small museums for writing a disaster preparedness plan” Canberra, Australia.

ICOM (2004): *Cultural Heritage Disaster Preparedness and Response: International Symposium Proceedings*, Salar Jung Museum, Hyderabad, India 23-27 November 2003”

VVAA, Museos.es nº2 (2006), pp. 126-135.

WARD, P. (1986): *The nature of Conservation. A race against time*, The Getty Conservation Institute, California.

www.getty.edu/conservation/publications/pdf_publications/emergency_plan.pdf
http://icom.museum/disaster_preparedness_book

⁹² Para cualquier consulta o deseo de contactar con esta comisión, su correo electrónico es: emergencias.colecciones@mcu.es.

⁹³ Una guía explicativa, complementada por unos Anexos, y unas fichas y planos, a cumplimentar por cada museo.



El expolio de yacimientos arqueológicos

Ángel M. Núñez Sánchez
Fiscal de la Audiencia
Provincial de Cádiz

1. Introducción

El presente trabajo versará sobre el despojo y deterioro de yacimientos arqueológicos. No consistirá, por tanto, en un estudio sobre la legislación y el régimen jurídico del Patrimonio Histórico ni en el análisis sistemático del Capítulo II del Título XVI del Libro II del Código Penal, referente a los delitos sobre el patrimonio histórico. No obstante, como no podía ser de otra forma, a una y otro aludiremos en la medida en que resulte necesario para nuestro más limitado objeto. Trataremos entonces de combinar aspectos criminológicos referentes a las distintas conductas en las que el expolio se materializa con, en mayor medida, el análisis de los instrumentos jurídicos –en especial, penales– con que el Estado cuenta para la regulación del patrimonio arqueológico y la represión de los ataques al mismo. A efectos entonces de una primera delimitación de su objeto tal vez resulte útil aludir a la amplia extensión con que a aquello se alude en el artículo 4 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, cuando entiende por *expoliación* toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, o perturbe el cumplimiento de su función social. Referido dicho concepto a la noción de patrimonio arqueológico, cuyo sentido, más restringido que el de patrimonio histórico o cultural, elucidaremos más adelante, se comprenderá que bajo el mismo hayan necesariamente de contemplarse una amplia y diversa pluralidad de conductas no siempre recogidas adecuadamente en las normas administrativas⁹⁴ y, desde luego, muy defectuosamente en la regulación penal.

⁹⁴ A ello alude ROMA VALDÉS, A., *El Expolio del Patrimonio Arqueológico Español*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 6-2002, Madrid, 2003, pag. 127: “las normas administrativas sobre la materia,

En un sentido más estricto, ya centrado en las agresiones que se perpetran sobre los propios yacimientos arqueológicos, suele considerarse que las conductas más frecuentes de expolio son las derivadas de actuaciones urbanísticas y de obras públicas, los actos vandálicos, las excavaciones ilegales, la remoción de tierras y el uso de detectores de metal. De manera que, en todos estos casos, el daño más importante a veces, por lo que tiene de irreparable, no es tanto la extracción –y consiguiente pérdida para la sociedad– de valiosas piezas y objetos, sino la destrucción de los contextos donde se encontraban depositados dichos elementos⁹⁵.

No descubrimos gran cosa si apuntamos que los actos de expolio tienen una mucho más larga historia que la propia idea de yacimiento arqueológico o que cualquier otra noción de patrimonio cultural. El caso de Egipto es un ejemplo paradigmático para ilustrar dicha afirmación. También para considerar el distinto tipo de conductas, factores y circunstancias que concurren en los supuestos de expoliación. Primero por puro y simple ánimo de lucro ilícito. Ya a finales de la Dinastía XX (hacia el año 1070 antes de Cristo) la mayor parte de las tumbas reales del Valle de los reyes habían sido forzadas por ladrones profesionales en busca de las riquezas que albergaban y se han con-

creadas con un afán proteccionista dentro de unos límites que la Administración Pública española es incapaz de realizar, merecen el calificativo de ineficaces”

⁹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ TERMIÑO, I., *Ciencia Arqueológica, Patrimonio Arqueológico y Expolio*, en V.V.A.A., *La Protección del Patrimonio Arqueológico Contra el Expolio*, Sevilla, 2002, pag. 27: “ello supone la imposibilidad de recuperar mucha información sobre diversos aspectos de la vida cotidiana, las creencias, las actividades económicas, etcétera, de esas sociedades. Por ejemplo, una vasija saqueada, interesante para un coleccionista, habría informado mucho más respecto de la sociedad que la fabricó si los arqueólogos hubiesen podido registrar dónde apareció (¿en una tumba, un foso, una casa?), y en asociación a que otros artefactos o restos orgánicos (¿armas, útiles o huesos de animales?).”

servado fragmentos de papiros de la época del reinado de Rameses IX (1126-1108 a. C.) que dan cuenta de algún procedimiento judicial relacionado con el robo de tumbas⁹⁶. En la Edad media, tras la época romana, en la que se mantuvo el saqueo, los árabes prosiguieron el febril rastreo de tesoros. Además, el comercio de momias, cuya carne desecada era considerada de utilidad terapéutica (y siguió utilizándose en medicina hasta el comienzo del siglo XIX), estaba ya extendido para el siglo XVI⁹⁷. Paralelamente, los grandes monumentos eran utilizados como fuentes de piedra de cantería para nuevas construcciones⁹⁸. Después surgió el interés por lo exótico y lo curioso. Desde mediados del mil seiscientos⁹⁹ los gabinetes de maravillas y curiosidades y el coleccionismo inauguran una nueva edad del expolio en la que se institucionalizan nuevos flujos enormemente lucrativos entre los encargados de la obtención de las piezas, los intermediarios y los coleccionistas, principalmente reyes y miembros de la nobleza. La guerra como desencadenante de despojo arqueológico no podía dejar de aparecer. A finales del siglo XVIII, la expedición de Napoleón a Egipto dio lugar, de una parte, a que su equipo de expertos elaboraran el prodigio artístico y científico que supone la *Description de l'Égypte*, cuyo legado cultural se extiende hasta nuestros días, pero también a que numerosas arcas y baúles llenos de antigüedades de incalculable valor fueran expoliadas para terminar en Francia, o en el Museo Británico tras la victoria de Nelson sobre Bonaparte¹⁰⁰. La historia durante el siglo XIX, y en alguna medida hasta nuestros días, de una parte con el nacimiento de la arqueología como ciencia, y de otra con el continuo

⁹⁶ FAGAN, B., *El Saqueo del Nilo*, Barcelona, 2005, pag. 28. Nos ajustamos a esta obra en el relato que sigue.

⁹⁷ FAGAN, B., *Op. Cit.*, pag. 58 y ss.

⁹⁸ Fenómeno éste que, ya en la Península Ibérica, también se produjo en Madinat Al-Zahra cuando, tras las guerras civiles que entre 1010 y 1030 pusieron fin al califato omeya, el progresivo abandono en que se vio sumida la ciudad dio lugar a que sus edificios fueran sistemáticamente saqueados, sirviendo igualmente durante siglos sus ricos restos como cantera para otras construcciones. Debo esta información a Antonio Vallejo Triano, Director del Conjunto Arqueológico de Madinat Al-Zahra.

⁹⁹ Aunque, como señala BALLART, J., *El Patrimonio Histórico y Arqueológico: Valor y Uso*, Barcelona, 1997, pag. 49, "desde muy antiguo, antes incluso de las primeras dinastías, la aristocracia china coleccionaba objetos del pasado". Por su parte Nietzsche, en la segunda de sus *Consideraciones Intempestivas*, criticando aquellos casos de lo que denomina la *historia anticuarria*, en los que "el sentido histórico no conserva ya la vida, sino que la momifica", hace uso ejemplificativo de dicha costumbre denominándola "el penoso espectáculo de un ciego afán de coleccionar, de un incansable empeño por juntar todo lo que una vez existió": cfr. NIETZSCHE, F., *Sobre la Utilidad y el Perjuicio de la Historia para la Vida (III Intempestiva)*, Trad. Germán Cano, Madrid, 1999, pag. 63.

¹⁰⁰ Vid. FAGAN, B., *Op. Cit.*, pag. 69 y ss. Son significativas a este respecto las disputas, tras el Tratado de Alejandría, entre el comandante francés Menou y el general británico Hutchinson a propósito de la piedra de Roseta.

saqueo generalizado es de sobras conocida. Así pues, como se ve, encontramos en el caso egipcio prácticamente un compendio de cuantos aspectos reflejan los escenarios del expolio.

El caso de la realidad española ofrece no pocas similitudes con el panorama descrito. Durante buena parte de nuestra historia el factor determinante resultó ser la falta de interés por el patrimonio histórico y por ende arqueológico, o, en realidad, la ausencia de dicho concepto. De esta manera, difícilmente podía tomar cuerpo cualesquiera forma de tutela del mismo. Como apunta BALLART¹⁰¹, solo cuando la noción del paso del tiempo y de la propia historia "se institucionaliza y pierde énfasis sacralizante y ritual en la era moderna, y se muestra tal como lo reconocemos en nuestro mundo Occidental, aparecen los conceptos de patrimonio histórico y de bien cultural como sujetos de atención y de tratamiento jurídico y político, referidos a los restos materiales del pasado". A partir de los aspectos ya señalados y de la configuración durante el siglo XIX de la arqueología como ciencia propiamente dicha, no será sino hasta el siglo XX cuando tome cuerpo en sentido estricto la idea de Patrimonio Arqueológico¹⁰². Hasta ese momento, sin que quepa hablar de normas protectoras o conservacionistas, el fenómeno del coleccionismo, con fines en general puramente estéticos, y cuyos practicantes serán, como ya se ha dicho, la alta nobleza y las monarquías, se presenta como el principal desencadenante de una incesante búsqueda de piezas y obras de arte del pasado para abastecer tan poderosa demanda. Tras algunos antecedentes referentes a la protección de antigüedades, como la Real Orden de 8 de abril de 1752 y el Real decreto de 14 de julio de 1753, la Real Cédula del Consejo, de 6 de julio de 1803, que establecía instrucciones sobre la forma de recoger y conservar los monumentos antiguos que se descubrieran en el Reino, bajo la inspección de la Real Academia de la Historia, supone un hito en el tratamiento del Patrimonio Histórico, introduciendo algunos elementos que se mantendrán en la legislación posterior, tales como aspectos referentes a la propiedad o el deber de conservación. No obstante, lejos de aproximarse a la configuración propia de una noción del objeto de protección como la que nos ocupa, se parte de la pertenencia de los bienes al concepto de "anti-

¹⁰¹ BALLART, J., *Op. Cit.*, pag. 52. Y a su entender son cuatro los factores clave en el desarrollo del fenómeno conservacionista moderno respecto del legado material de la historia. El primero el desarrollo de la conciencia histórica moderna, el segundo el auge de la idea nacionalista, el tercero las consecuencias sociales y económicas de la industrialización, el cuarto las grandes transformaciones del presente "desarrollismo", mercantilización de las relaciones económicas y sociales, y turismo (pag. 167 y ss.).

¹⁰² Cfr. YÁÑEZ VEGA, A. y LAVÍN BERDONCES, A.C., *La Legislación Española en Materia de Arqueología hasta 1912: Análisis y Evolución en su Contexto*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 3-1999, Madrid, 1999, pag. 124. En lo que sigue, estaremos a este magnífico trabajo.

güedad” no por su significación arqueológica sino por razón de su pertenencia a determinadas épocas históricas, además de contener una enumeración de los bienes, muebles e inmuebles, a los que se extendía su aplicación¹⁰³.

Sin embargo, es durante el siglo XIX, como señalan YÁÑEZ VEGA y LAVÍN BERDONCES, cuando -paralelamente al surgimiento de un mayor número de normas sobre la materia- alcanzan mayor entidad las dimensiones del expolio arqueológico. En primer lugar, porque -enlazando con lo que anotaba BALLART- la Revolución Industrial determinará que “*el utilitarismo burgués, en líneas generales, mire con desprecio hacia su pasado y por extensión a sus restos materiales*”¹⁰⁴. Pero son fundamentalmente dos fenómenos históricos los que en el caso español explican la extensión del fenómeno: primero, las desamortizaciones, con lo que supusieron de entrada en el mercado de una enorme cantidad de bienes históricos; de otra parte, las guerras, siendo la invasión napoleónica el caso más importante de despojo de obras de arte durante ese siglo¹⁰⁵.

Frente a tal situación¹⁰⁶, destacan dos normas de entre el conjunto de disposiciones de la época. La Real Orden, de 13 de junio de 1844, de creación de las Comisiones Provinciales de Monumentos por lo que supone de acentuar los aspectos de conservación de los bienes arqueológicos, así como por la determinación de formación de catálogos de los mismos y el inicio del proceso de institucionalización y regulación de las actividades arqueológicas. Por su parte, el Reglamento de 1865 supuso una completa regulación y ordenación, con afán sistematizador, de las materias que se contemplaban en la anterior Real Orden.

Pese a lo anterior, las condiciones no cambian excesivamente durante buena parte del siglo XX¹⁰⁷. Así, con anterioridad a la Guerra Civil el panorama resulta desolador. La sustitución de la nobleza por la alta burguesía en el liderazgo del afán coleccionista, su posterior generalización a clases menos pudientes, con el consiguiente incremento en la demanda de piezas de cualquier naturaleza y nuestro tradicional desinterés por la protección del patrimonio más allá de la configuración legal de cada momento, en muchos casos meramente simbólica, convertirá España en fuente de suministro de piezas, muebles e inmuebles, para coleccionistas nacionales y foráneos.

Bien es cierto que, como consigna ROMA VALDÉS, algunas de estas colecciones han terminado en instituciones públicas¹⁰⁸, pero con todo, la simple lectura de los ejemplos que el citado autor recoge, desde el traslado de castillos piedra a piedra a los Estados Unidos, la adquisición por Randolph Hearst de diversos monasterios para su traslado a California, o su frustrado intento de compra de la fachada de la Universidad de Alcalá de Henares, hasta la actuación a lo largo de toda nuestra geografía de bandas especializadas en el robo de obras de arte, justifica con creces el pesimista diagnóstico al que aludíamos. Ni que decir tiene que la Guerra Civil, tanto por los daños directamente consecuencia de bombardeos, incendios y ataques a objetivos culturales, como por los saqueos e incautaciones en museos, constituyó otro de los principales factores de despojo arqueológico de nuestra historia.

Algunos datos y ejemplos nos permitirán esbozar un plano de la situación actual¹⁰⁹. Una de las conclusiones de la II Reunión de Trabajo de la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz y la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹¹⁰, en la que se analizaron en profundidad los delitos sobre el patrimonio histórico, establecía que “*una parte importante del patrimonio histórico andaluz -pero sin duda, el diagnóstico es extensible a la totalidad del territorio nacional- se encuentra actualmente en serio peligro por la concurrencia de un importante número de conductas atentatorias contra su integridad y las carencias existentes en cuanto a su conservación y protección por parte de quienes ostentan la titularidad de dichos bienes o son depositarios de un deber de tutela sobre los mismos*”. Del mismo modo, se ponía de manifiesto que “*la práctica ausencia de denuncias por conductas atentatorias contra bienes patrimoniales, que contrasta con el elevado número de agresiones que sufren estos bienes, pone de manifiesto que existe una escasa conciencia entre el común de la ciudadanía acerca de la titularidad que ostenta sobre los bienes patrimoniales amenazados y un generalizado convencimiento de que es a la Administración a quien únicamente compete la labor de tutelar y salvaguardar la integridad de nuestro acervo cultural*”.

¹⁰³ YÁÑEZ VEGA, A. y LAVÍN BERDONCES, A.C., *Op. Cit.*, pag.127.

¹⁰⁴ YÁÑEZ VEGA, A. y LAVÍN BERDONCES, A.C., *Op. Cit.*, pag.128.

¹⁰⁵ Como anota ROMA VALDÉS, A., *Op. Cit.*, pag. 134, “*las tropas francesas se adueñan de numerosos objetos de distinta clase que continúan apareciendo todavía en algunas casas de subasta radicadas en el extranjero*”.

¹⁰⁶ “*En pocos momentos se ha expoliado, se ha destruido o han desaparecido tantos bienes históricos como en el siglo XIX*”, YÁÑEZ VEGA, A. y LAVÍN BERDONCES, A.C., *Op. Cit.*, pag.129.

¹⁰⁷ Seguiremos en este trayecto a ROMA VALDÉS, A., *Op. Cit.*, pag. 133 y ss.

¹⁰⁸ No siempre españolas. Así, la colección de Hungtinton pertenece en la actualidad a la *Hispanic Society* de Nueva York, cfr. ROMA VALDÉS, A., *Op. Cit.*, pag. 134.

¹⁰⁹ No podemos dejar de remitir al ya citado trabajo de ROMA VALDÉS en lo referente al completo análisis que realiza el autor de los distintos aspectos y medios de difusión del mercado de objetos antiguos y sus derivaciones con el tráfico ilícito de arte y antigüedades: los establecimientos de antigüedades, las numismáticas, el mercado internacional de arte o Internet. Vid. ROMA VALDÉS, A., *El Deterioro del Patrimonio Arqueológico en la Actualidad*, *Op. Cit.*, pag. 136 y ss.

¹¹⁰ Celebrada en la sede del Parlamento de Andalucía el 3 de marzo de 2005. El texto íntegro puede leerse en <http://www.defensorand.es/prensa/comunicados/fiscal2.htm>.

Expresamente se constataba que *“el expolio de yacimientos arqueológicos constituye una de las actividades delictivas que más se producen en nuestra tierra y que en mayor medida está contribuyendo al deterioro y la destrucción de nuestro patrimonio histórico”*. Igualmente se hacía un llamamiento en cuanto a la necesidad de concienciación de que el uso de aparatos detectores de metales para la búsqueda y detección de restos arqueológicos sin la preceptiva autorización de la Administración de cultura, además de ser un ilícito perseguible administrativamente podría dar lugar a responsabilidad penal y se instaba a la Administración competente a la implantación de normas que regulen la adquisición, tenencia y uso de aquellos aparatos.

Por último, tanto en la mencionada II Reunión, como en la III¹¹¹ se insistió en la conveniencia de que se emprendiera la reforma del Código Penal en materia de delitos sobre el Patrimonio Histórico y en especial se ponía el énfasis en la necesidad de que se tipificara como delito específico el expolio de yacimientos arqueológicos. A partir de estas conclusiones, fruto de la experiencia práctica de los Fiscales especializados en Ordenación del Territorio, Medio Ambiente y Patrimonio Histórico y de los miembros de la Oficina del Defensor del Pueblo, no resulta difícil hacerse una idea de las principales cuestiones problemáticas que se plantean tanto desde un punto de vista fáctico, como en cuanto a la regulación jurídica.

Junto al saqueo de yacimientos en sentido propio o las prospecciones o excavaciones clandestinas no hay que dejar de aludir a los efectos de destrucción que se producen como consecuencia de actuaciones urbanísticas, obras públicas y de ordenación del territorio. Para algunos, este constituye el mayor peligro actual para nuestro patrimonio arqueológico¹¹². Junto a ello, a este respecto, no debe dejarse de mencionarse como factor de expolio lo que RODRÍGUEZ TEMIÑO denomina *“el déficit entre excavación y publicación”*¹¹³. Con ello se alude al fenómeno que supone el que *“el ritmo creciente de construcciones y obras públicas y la eficacia de los sistemas de protección del patrimonio arqueológico han provocado el aumento de las excavaciones arqueológicas, especialmente las denominadas preventivas, en una proporción que supera con mucho la capacidad de quienes las realizan para poderlas estudiar de forma adecuada”*. Consecuencia de ello es la acumulación de multitud de intervencio-

nes que no resulta posible integrar en los circuitos de difusión científica y, por tanto, se produce el incumplimiento de la función social que les corresponde. Señala este autor que la calidad científica de los proyectos de excavación ha descendido al reducirse el papel de las administraciones culturales a ser meros garantes de los mecanismos del mercado, a la hora de establecer qué proyectos de excavación presentan los promotores para su ejecución previa a las obras al convertir las excavaciones en un mero acto administrativo carente de cualquier solvencia científica. Significativamente concluye que *“en la mayoría de las comunidades –si no en todas– hoy día excava más quien menos exigencias plantea y, sobre todo, quien más barato presupuesta, lo que significa la ausencia de la necesaria analítica para cualificar el registro arqueológico”*¹¹⁴. *Estudios sin los cuales es imposible la producción de un conocimiento fiable”*.

2. Algunos aspectos criminológicos

Un informe de la Guardia Civil sobre el expolio Arqueológico en España, elaborado en diciembre de 2002¹¹⁵, realiza la siguiente clasificación de las actividades ilícitas en esta materia:

- Uso de detectores de metales en zonas arqueológicas y prospecciones ilegales. Constituyen un 75% del total de actuaciones, afectando a casi todas las Comunidades Autónomas.
- Daños en yacimientos arqueológicos, calzadas romanas, edificios protegidos, etc, mediante la realización de obras para la construcción de edificios o vías de comunicación; colocación de antenas de telefonía móvil; vertido de basuras. Suponen un 14% del total y afectan principalmente a zonas turísticas o con alta densidad de población, donde se realizan muchas obras.
- Tenencia de objetos arqueológicos procedentes de expolio, para destinarlos al comercio ilícito, o bien para disfrute personal.
 - Expolio de yacimientos paleontológicos.
 - Expolio de yacimientos subacuáticos.
 - Expolio de pinturas rupestres en cuevas protegidas.

En cuanto al perfil criminológico de los expoliadores de yacimientos arqueológicos, el trabajo distingue tres tipos principales y claramente diferenciados¹¹⁶:

¹¹¹ Celebrada en Granada, en el Palacio de la Real Chancillería, sede de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el 2 de marzo de 2006. Texto de las conclusiones en <http://www.defensorand.es/prensa/comunicados/fiscal3.htm>.

¹¹² Vgr. ALMAGRO GORBEA, citado en GUIASOLA LERMA, C., *Delitos Contra el Patrimonio Cultural: Artículos 321 a 324 del Código Penal*, Valencia, 2001, pag. 638.

¹¹³ RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *La Arqueología Herida*, en http://www.freewebs.com/lazaranda/articulos/La_arqueologia_herida.pdf, 2004, pag.23.

¹¹⁴ Entendiendo por éste *“los conjuntos de evidencias que nos informan sobre las sociedades objeto de investigación”*: vid. RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *Ciencia Arqueológica...*, Op. Cit., pag.11.

¹¹⁵ Puede accederse a su contenido en la siguiente dirección web: http://www.guardiacivil.es/patrimonio/activ_princip.jsp También, en CORTÉS RUIZ, A., *Actuaciones Policiales Contra los Expolios Arqueológicos*, en V.V.A.A., *La Protección del Patrimonio Arqueológico Contra el Expolio*, Op. Cit., pag. 61 y ss.

¹¹⁶ Para un completo y documentado estudio de la intervención de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en la protección del patrimonio histó-

Los que denomina *ocasionales* son aficionados que buscan restos arqueológicos en sus horas de ocio normalmente para su colección particular, empleando para ello medios rudimentarios. No buscan lucrarse como objetivo principal, atesoran, venden o intercambian lo hallado y pueden llegar a mantener contactos puntuales con redes de traficantes. Generalmente tras ser sorprendidos no vuelven a reincidir.

Los *habituales*, cuyas características principales son las de moverse únicamente por motivos económicos y estar dedicados totalmente a esta actividad, por lo que siguen actuando aunque se les denuncie por estos hechos¹¹⁷. Suelen actuar en amplias zonas, moviéndose en grupos de entre dos a cuatro individuos y disponen de medios técnicos y materiales que facilitan su actividad. En cuanto a sus actuaciones, cabe ya hablar aquí de realización de verdaderas excavaciones, a veces profundas, causando grandes daños¹¹⁸. Además, frecuentemente se integran dentro de una red, lo que les permite intercambiar experiencias, materiales y conocer los circuitos de comercialización más adecuados¹¹⁹.

Por último, el informe que comentamos habla del perfil de los que denomina *eruditos locales* que son *“aficionados a la arqueología que movidos por su afición a la historia o a la cultura, se dedican a la búsqueda de este tipo de objetos, sin las autorizaciones correspondientes y con total desconocimiento de las técnicas de excavación actuales, erigiéndose en supuestos salvadores de la cultura local, llegando, en ocasiones, a acumular importantes colecciones”*¹²⁰.

rico, así como de las diferentes fases que exige una investigación policial en esta materia puede consultarse MAGÁN PERALES, J.M^a., *La Protección Policial del Patrimonio Histórico: Aspectos Legales y Organizativos*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 5-2001, Madrid, 2001, pag. 91 y ss.

¹¹⁷ El informe habla de que “aproximadamente un 30% del total de las infracciones cometidas por particulares son realizadas por reincidentes, es decir, por personas con más de una denuncia, llegando en algunos casos a seis denuncias en el periodo de cuatro años estudiado. Esta persistencia nos da idea de una cierta organización”.

¹¹⁸ Cita el informe que *“en los registros que se realizan en sus domicilios, suele encontrarse material arqueológico, productos químicos para la limpieza de los restos metálicos hallados, planos de yacimientos, facturas de venta, fotografías de efectos expoliados y en alguna ocasión diario de excavaciones, así como el omnipresente detector de metales”*.

¹¹⁹ “Se ha dado algún caso de que algunos de estos individuos realicen donaciones a museos de piezas menores, con la finalidad de obtener alguna carta de agradecimiento o de aceptación de la entrega, para poder utilizarla como medio de engaño cuando sean sorprendidos in fraganti en su actividad expoliadora. En alguna de estas ocasiones, las piezas son aceptados por el museo para evitar que caigan en otras manos, aunque las personas que lo entregan no puedan acreditar su procedencia legal. Normalmente se trata de museos de carácter local y cada vez se dan con menos frecuencia estas situaciones”.

¹²⁰ A esta rúbrica habría que adscribir a algunos *“colectivos de aficionados a la Arqueología que plantean la misma problemática que los eruditos locales, siendo su intención real o supuesta la creación de un museo arqueológico o centro cultural en el pueblo donde tiene su sede el colectivo”*.

Conviene señalar que el informe incide en la circunstancia de que las investigaciones que concluyen con importantes intervenciones de material arqueológico y la desarticulación de redes dedicadas al expolio requieren de largas investigaciones que suelen culminar con registros en domicilios y, a veces, almacenes de los investigados, siendo frecuente en estos casos, la aprehensión de varios miles de objetos entre monedas, exvotos, fíbulas, elementos líticos, cerámicas, etc; e intervención de mapas y planos con localización de yacimientos. La intervención de comunicaciones telefónicas suele aparecer como un medio de investigación de gran valor. Trasladable a este ámbito, aunque referido a los casos de narcotráfico, constata CAVERO FORRADELLAS¹²¹ que *“en la actualidad no se concibe una estrategia eficaz contra tales bandas en la que los seguimientos y vigilancias de los objetivos y el análisis y valoración de elementos documentales y de otro tipo no vayan acompañados de la observación de las comunicaciones”*; y censura lo que denomina *“el monocultivo de las intervenciones telefónicas”* pues ha de criticarse *“como práctica abusiva cuyas consecuencias acostumbra a ser peores que los resultados”*, toda vez que *“la observación de las comunicaciones no acompañada de actividad directa de investigación complementaria –aunque los precarios recursos humanos de las unidades de policía obliguen en ocasiones a ello- será objeto de reproches jurídicos cuando se produzca la valoración por los tribunales de las autorizaciones judiciales que legitiman su práctica”*.

Una somera exposición, como la que venimos realizando, de los aspectos criminológicos de las conductas de expolio no podría dejar de mencionar los supuestos de destrucción del patrimonio arqueológico subacuático. Ya en el conjunto de la información preparada por la UNESCO para promover la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, de 2 de noviembre de 2001¹²², a la que más adelante aludiremos, se pone de manifiesto que dicho patrimonio se encuentra sometido a una creciente amenaza como consecuencia de los progresos alcanzados en las técnicas de exploración, lo que ha hecho que los fondos marinos resulten accesibles a mucha más gente¹²³ y que su exploración y el

¹²¹ CAVERO FORRADELLAS, G., *Técnicas de Investigación aplicadas a diversas Manifestaciones de Delincuencia Organizada*, ponencia dictada en el Seminario Delincuencia Organizada y Tráfico de Drogas, Barcelona, 23 de mayo de 2006.

¹²² Puede consultarse su contenido en las siguientes direcciones web: <http://www.unesco.org> http://portal.unesco.org/culture/es/file_download.php/ab7706f28aa26f1c1b932c3955111299spanish.pdf

¹²³ La propia arqueología subacuática es una disciplina de reciente aparición. Sus primeros pasos pueden datarse hacia mediados del siglo pasado. En 1972 la UNESCO publicó un trabajo bajo el título *“Arqueología Subacuática: Una naciente Disciplina”* y ese mismo año comenzaron a publicarse los *Cahiers d'Archéologie Subaquatique* y el *IJNA* (The International Journal of Nautical Archeology and Underwater

comercio con las piezas extraídas se haya convertido en una actividad ordinaria y altamente lucrativa. De suerte que aparece como un hecho que los yacimientos arqueológicos submarinos están siendo saqueados por cazadores de tesoros con la consiguiente pérdida irremplazable de materiales de enorme valor para el estudio de la historia de las civilizaciones.

Algunos datos pueden poner de manifiesto la riqueza de este patrimonio. Se estima que aproximadamente tres millones de pecios permanecen sin descubrir en los fondos marinos del planeta. Los expertos calculan que existan unos ochocientos cincuenta buques hundidos en las aguas de alrededor de las Islas Azores, de entre ellos unos noventa galeones españoles y cuarenta portugueses. El *Dictionary of Disasters at Sea* cifra en más de quince mil quinientas naves –incluidos buques de guerra y civiles– las naufragados por una u otras causas entre 1824 y 1962. Por otra parte, ciudades enteras yacen bajo las aguas (como el caso de Port Royal, hundida tras el terremoto de 1692), y entre los restos de antiguas civilizaciones que permanecen sumergidas se pueden enumerar desde el Faro de Alejandría en Egipto a numerosos poblados neolíticos bajo el Mar Negro.

Lo cierto es que es este un ámbito en que especialmente se confrontan los muy poderosos intereses económicos de los piratas y cazadores de tesoros con los principios que deberían presidir la salvaguarda de esta riqueza cultural. Así, frente a ideas científicamente admitidas como las de la preferencia por la preservación *in situ* de los yacimientos, el uso de técnicas no destructivas para la investigación y para la extracción de objetos, o el rechazo de una arqueología –aunque, en tal caso, ya no merecería tal nombre– mercantil, en la medida en que el patrimonio cultural subacuático no debería ser comercialmente explotado, la realidad nos ofrece un panorama en el que aparece un generalizado desconocimiento de los valores culturales de esta riqueza sumergida y grandes carencias en cuanto a las necesarias labores de protección de la misma. Con ello, se ha dado lugar a un caldo de cultivo idóneo para la preocupante generalización de los actos de expolio, protagonizados ya sea por individuos aislados o grupos más o menos organizados, ya por grandes y poderosísimas empresas –algunas cotizan incluso en la Bolsa de Nueva York–, dedicadas a dichas actuaciones con finalidad únicamente lucrativa.

La riqueza en este orden de los fondos marinos españoles, por razones obvias de carácter histórico, está fuera de toda duda. Sin embargo, en los últimos tiempos se ha acelerado su deterioro como consecuencia de distintos factores entre los que cabe señalar, entre otros, la falta de una conciencia de que los objetos sumergidos de significación arqueológica forman parte de un patrimonio cultural común, lo enormemente lucrativo de este mercado ilícito, la falta de medios en las labores de protección y vigilancia y lo complejo de éstas, o la visión “aventurera” que los medios de comunicación, la literatura y el cine ofrecen de la “caza de tesoros” (auténtica incitación al expolio)¹²⁴.

Atendiendo a la intencionalidad, finalidad y forma de actuación ALONSO VILLALOBOS y NAVARRO DOMÍNGUEZ¹²⁵ distinguen tres tipos de expoliadores. En primer lugar aparecen los *ocasionales*, buceadores deportivos en su mayoría que durante inmersiones de recreo se apropian, extrayéndolos sin conocimiento alguno arqueológico, de objetos encontrados en hallazgos ocasionales.

En segundo lugar habría que aludir a aquellos que aisladamente o en pequeños grupos, conscientes ya del valor de las piezas, las sustraen con intención de venderlas. Se trata, en este caso, de personas conocedoras de la zona donde actúan y del emplazamiento de pecios y otros yacimientos y sabedoras de que su conducta contraviene la ley. Comoquiera que únicamente les interesa el botín de la pieza, producen importantes daños en los yacimientos al despreciar –sin importarles su destroz– todo aquello que no consideran económicamente rentable. De esta manera desaparece toda la información histórica vinculada a las piezas extraídas. A esta categoría se adscriben también aquellos que ejercen esta actividad como expoliadores-coleccionistas¹²⁶. Aquí ya aparece el empleo de medios de cierta importancia tales como embarcaciones adaptadas para estas tareas, con grúas para la extracción de piezas de mediano y gran tamaño, comprensos para levantar los sedimentos del fondo marino o toberas de extracción, así como medios para el transporte y almacenamiento en tierra¹²⁷.

Exploration): Vid. CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., *Protección Internacional del Patrimonio Cultural Submarino*, Salamanca, 2005, pag.16. En España, en 1970 se crearon en distintas provincias los primeros Patronatos de Arqueología Subacuática, cuya misión era la coordinación de todas las actividades que se desarrollaran en este ámbito y, años después, en 1980 se creó un Centro de Arqueología Subacuática en Cartagena. En el caso de Andalucía, el primer centro andaluz especializado, el Centro de Actividades Subacuáticas, radicado en Cádiz, encuadrado en el marco administrativo del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, se constituyó en 1997: vid. ALONSO VILLALOBOS, C. y NAVARRO DOMÍNGUEZ, M., *El Patrimonio Arqueológico Subacuático y los Cuerpos de Seguridad del Estado*, en V.V.A.A., *La Protección del Patrimonio Arqueológico Contra el Expolio*, *Op. Cit.*, pag. 38.

¹²⁴ A tal conclusión llegan ALONSO VILLALOBOS, C. y NAVARRO DOMÍNGUEZ, M., *Op. Cit.*, pag. 36. Para la configuración que a continuación realizamos de los aspectos criminológicos de estas conductas seguimos este trabajo.

¹²⁵ *Op. Cit.* pag.39 y ss.

¹²⁶ Señalan ALONSO VILLALOBOS, C. y NAVARRO DOMÍNGUEZ, M., *Op. Cit.*, pag. 39, que “suelen ampararse en su interés por la historia y justificar su acción en un exceso de celo por la conservación de piezas que podrían perderse de no ser rescatadas por ellos.”

¹²⁷ “En la actualidad se han aumentado notablemente los atentados contra el patrimonio sumergido atribuibles a este grupo, debido a lo que creemos son dos causas que, desde hace años, han cambiado sustancialmente el comercio ilícito de antigüedades. Por una parte, la necesidad de surtir de piezas un mercado negro internacional, que cada vez se muestra más exigente cualitativa y cuantitativamente, siendo común el expolio selectivo por encargo de diversas tipologías y épocas. Ello ha posibilitado que ya no solo aparezca como posible

La tercera tipología surge igualmente como consecuencia del incremento de la demanda de piezas arqueológicas en el mercado ilícito. Es el caso de las redes organizadas, perfectamente estructuradas, no infrecuentemente de dimensión transnacional, cuya actuación se caracteriza por su importante potencial y capacidad económica, el empleo de sofisticados medios técnicos y la conexión con mercados internacionales. En este caso, los pertrechos mencionados anteriormente se multiplican cuantitativa y cualitativamente: participación de diversas embarcaciones de mayor y menor eslora para la realización de diferentes tareas, empleo de costosos aparatos científicos de teledetección de última tecnología, realización de estudios previos de investigación en archivos y museos¹²⁸. No será infrecuente que tales organizaciones delictuales se valgan, para enmascarar con apariencia lícita su actividad, de autorizaciones y permisos para realizar actuaciones con fines distintos de los de manipulación de material arqueológico, tales como estudios del medio marino u orografía de los fondos, obtenidos a veces mediante la corrupción de funcionarios públicos. De manera que en estos casos nos encontramos ante complejos concursos delictuales.

Es importante destacar – lo ponen de manifiesto ALONSO VILLALOBOS y NAVARRO DOMÍNGUEZ¹²⁹– que en los casos de expolio de yacimientos arqueológicos subacuáticos existe una diferencia sustancial respecto de los casos cometidos en zona terrestre. Las dificultades para la vigilancia y control de las zonas arqueológicas marinas hace no solo que aquéllos resulten mucho más vulnerables, sino que el descubrimiento de que la destrucción y el despojo ha tenido lugar –aquí no quedan restos de remoción de tierras– aparece como mucho más difícil y a veces nunca se produce. De manera que en muchas ocasiones es la aparición de piezas de procedencia subacuática en poder de expoliadores o en el mercado el único ves-

comprador el coleccionista local o cercano, ahora surgen nuevos intermediarios que serán los encargados de colocar los objetos expoliados en mercados internacionales, ‘lavando’ a veces la procedencia ilegal de éstos, que incluso pueden volver a su país de origen para ser vendidos. En segundo lugar, la apertura de las fronteras comunitarias facilita la existencia y actividad de estos delitos, al posibilitar la libre circulación de mercancías, suprimiendo los controles policiales. Ante esto ya no es necesario, en un gran número de casos, ‘almacenar’ las piezas a la espera de posibles compradores, ya que se añade un tercer componente al conocido tándem expoliador-comprador, que será el encargado de agilizar unas redes de distribución perfectamente organizadas”: ALONSO VILLALOBOS, C. y NAVARRO DOMÍNGUEZ, M., *Op. Cit.*, pag. 41.

¹²⁸ Un miembro del Grupo de Patrimonio Histórico de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil relataba al autor de estas líneas que el Archivo General de Indias en Sevilla suele ser destino de supuestos “historiadores” debidamente acreditados en busca de datos que permitan la ubicación de pecios para su posterior venta al mejor postor. No es infrecuente tampoco la utilización de estudiantes y becarios a sueldo para realizar para los piratas las ingratas y a veces tediosas labores de búsqueda en archivos.

¹²⁹ *Op. Cit.* pag. 41.

tigio de que la expoliación ha tenido lugar. Además, la creciente extensión internacional y la complejidad de las redes de venta ilícita hace cada vez más ardua la tarea de ubicar el origen de la pieza a fin de poder salvaguardar, si es que algo queda, el yacimiento del que procedía.

3. El régimen jurídico del patrimonio arqueológico

Antes de abordar los problemas que plantea la vigente regulación penal en orden a la protección frente al expolio de yacimientos, y precisamente para la cabal comprensión de aquéllos, resulta necesario al menos mostrar el esquema de la configuración administrativa del Patrimonio Arqueológico. Obviamente, se tratará de una panorámica incompleta. Nos detendremos únicamente en los aspectos que resultan necesarios para la comprensión de las dificultades que más adelante trataremos.

Las razones para ello son varias. En primer lugar, por razones de la técnica legislativa empleada¹³⁰, ineludiblemente se planteará la interrelación entre ambos órdenes a la hora de resolver las cuestiones referentes a los bienes jurídicos protegidos por estos tipos penales y al concreto alcance de la tipicidad de conductas atentatorias contra el patrimonio arqueológico. En cuanto a lo primero, SALINERO ALONSO¹³¹ se refiere, por la falta de una configuración unitaria de los delitos en el Código Penal, a la no consideración del patrimonio histórico como un bien jurídico autónomo al configurarse en parte como circunstancia agravante de conductas lesivas para otros bienes jurídicos como, por ejemplo, la propiedad; en cuanto a la segunda cuestión¹³², habla del alcance penal del Patrimonio Cultural y plantea la dificultad que supone precisar los diferentes intereses protegidos por la norma por dos razones, “*de un lado porque lo histórico, cultural o artístico son nociones extraídas de otras Ciencias no jurídicas y, de otro, por el carácter mutable, flexible y elástico de tales conceptos*”. Esto es así porque, como señala GUIASOLA LERMA¹³³, “*por encontrarnos ante valores sobre los cuales se produce habitualmente una intervención administrativa, el legislador se ve abocado necesariamente en la descrip-*

¹³⁰ “*la dispersión normativa causa una descoordinación evidente con el Código Penal, máxime si tenemos en cuenta que cada Ley utiliza hasta una terminología distinta a la hora de clasificar y proteger a los bienes culturales. Por tanto, ya nace una dificultad añadida basada en la necesaria complementariedad entre el ordenamiento administrativo y el penal, con los problemas evidentes entre otros de prejudicialidad, ne bis in idem, principio de tipicidad, etc.*”: FERNÁNDEZ APARICIO, J.M., *La Protección Penal del patrimonio Histórico*, Sevilla, 2004, pag.23.

¹³¹ SALINERO ALONSO, C., *La protección del Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995*, Barcelona, 1997, pag. 209.

¹³² SALINERO ALONSO, C., *Op. Cit.*, pag. 184 y ss.

¹³³ GUIASOLA LERMA, C., *Op. Cit.*, pag. 343.

ción de los tipos penales, a una cierta dependencia conceptual con respecto al Derecho administrativo". De manera que hay que suscribir el diagnóstico de ROMA VALDÉS¹³⁴ de que aunque las principales figuras penales sean delitos "cerrados", "la configuración administrativa puede aflorar de algún modo relativizando esa concepción".

3.1. Configuración constitucional del reparto de competencias entre el estado y las comunidades autónomas

A partir del mandato del artículo 46 de la Constitución en cuanto a que los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad¹³⁵, la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español¹³⁶ constituye el intento de alcanzar un "Código del Patrimonio Cultural que unificara la prolija y dispersa legislación existente hasta el momento y, que en definitiva, sintetizara y fuera expresión de los nuevos principios que desde tiempo atrás venían proclamando la doctrina y los Organismos Internacionales"¹³⁷. Ahora bien, como precisa MARTÍN VALDIVIA¹³⁸, la extensión protectora del mandato constitucional aludido alcanza al Estado pero también a las Comunidades Autónomas en la medida en que el propio texto de la Constitución atribuye a ambos, en los marcos competenciales respectivos, poderes concretos para garantizar los fines señalados.

De este modo, la sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero, vino a consagrar la existencia de una competencia concurrente del

Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia¹³⁹. El artículo 149.1.28 de la Constitución configura como competencia exclusiva del Estado la de defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas. Por su parte, el artículo 148.1 en sus números 15 y 16 consagra que las comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma, así como museos, bibliotecas y conservatorios de música igualmente de interés para la Comunidad Autónoma. En la medida en que distintos Estatutos de Autonomía asumen competencias exclusivas en materia de patrimonio histórico, artístico, monumental y arqueológico y en archivos, bibliotecas y museos que no sean de titularidad estatal, así como además atribuyen también competencia exclusiva en materia de cultura, dejando siempre a salvo la competencia del Estado prevista en el artículo 149.1.28¹⁴⁰, se planteaba que esa atribución de competencia en la materia a las Comunidades Autónomas recurrentes se debía extender a todo el patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, de manera que el Estado no podría asumir otras competencias en la materia que no fueran las de defensa del patrimonio contra la expoliación y la exportación en sentido estricto.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional opta por considerar que el Patrimonio Histórico se inserta en el concepto de cultura, no siendo posible un reparto de competencias en régimen de exclusividad, sino que se precisa una intervención paralela y concurrente que se justificaría en el artículo 149.2 de la Constitución y que serviría así para ampliar el ámbito de competencias estatales más allá de las simples actuaciones de defensa contra la expoliación¹⁴¹.

¹³⁴ ROMA VALDÉS, A., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, Madrid, 1998, pag.4.

¹³⁵ Igualmente, añade que "La Ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio". Para un estudio sobre el valor normativo de los principios rectores de la Política Social y Económica y el artículo 46 como "Norma de programación final" vid. SALINERO ALONSO, C., *Op. Cit.*, pag. 57 y ss.

¹³⁶ Hay que mencionar igualmente el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (BOE nº 24 de 28 de enero de 1986) y el Real Decreto 64/1994, de 21 de enero, por el que se modifica el anterior (BOE nº 52 de 2 de marzo de 1994).

¹³⁷ SALINERO ALONSO, C., *Op. Cit.*, pag. 67. MAGÁN PERALES, J.M^º, *El Patrimonio Arqueológico Subacuático; Situación Legislativa Española e Internacional*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 6-2002, Madrid, 2003, pag.75, la denomina "una ley generalista" en el sentido de que quiere abarcar en su articulado todos los tipos de patrimonio (el histórico, el arqueológico, el etnográfico, etc.).

¹³⁸ MARTÍN VALDIVIA, S., *La Protección del Patrimonio Arqueológico Andaluz y la Figura del Obligado "Mecenazgo" Arqueológico: ¿Solución o Problema?*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, 3-1999, Madrid, 1999, pag.163.

¹³⁹ Vid. PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, A., *Una Década de Aplicación de la Ley del Patrimonio Histórico Español*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 1-1997, Madrid, 1997, pag. 46.

¹⁴⁰ En la medida en que, conforme al artículo 149.3 de la Constitución las materias no atribuidas expresamente al Estado podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos.

¹⁴¹ "No hay duda de que estos bienes, por su naturaleza, forman parte de la cultura de un país y por tanto del genérico concepto constitucional de la «cultura»; es posible por ello hallar en la referida integración fundamento para una competencia estatal más amplia que la derivada del concreto título antes dicho. Como este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar [SSTC 49/1984 (RTC 1984V49), 157/1985 (RTC 1985V157) y 106/1987 (RTC 1987V106)], «la cultura es algo de la competencia propia e institucional, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas...». «Esta es la razón a que obedece el art. 149.2 C.E. en el que después de reconocer la competencia autonómica se afirma una competencia estatal, poniendo el acento en el servicio de la cultura como deber y atribución esencial»" (Fundamento Jurídico 2).

En el Fundamento Jurídico Tercero el Tribunal Constitucional establece entonces que debe, pues, afirmarse la existencia de una competencia concurrente del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de cultura con una acción autonómica específica, pero teniéndola también el Estado en el área de preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que haga menester esa acción pública cuando los fines culturales no pudieran lograrse desde otras instancias. El fundamento de la potestad del Estado para legislar en tales materias lo cifra en la integración de la relativa al patrimonio histórico-artístico en la más amplia que se refiere a la cultura.

Por otra parte, como existe un título de atribución al Estado definido en el art. 149.1.28 al que se contrapone el que atribuye competencias a las Comunidades Autónomas fundado en los Estatutos de Autonomía, la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en cuanto al Patrimonio Cultural, Artístico y Monumental ha de partir de aquel título estatal pero articulándolo con los preceptos estatutarios que definen competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en la materia. El Estado ostenta, pues, la competencia exclusiva en la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación, y las Comunidades Autónomas recurrentes en lo restante, según sus respectivos Estatutos; sin que ello implique que la eventual afectación de intereses generales o la concurrencia de otros títulos competenciales del Estado en materia determinada no deban también tenerse presentes como límites que habrá que ponderar en cada caso concreto.

En cuanto a la configuración legal que se realiza en la Ley 16/1985 del patrimonio arqueológico con la pretensión de protegerlo del expolio la sentencia – en el Fundamento Jurídico Séptimo – proclama que *“la acepción constitucional del concepto expoliación no debe quedar limitada al estricto significado gramatical del término, como ocurre en general con los conceptos indeterminados, que rebasan su acepción literal para alcanzar el sentido que la experiencia les ha ido atribuyendo. Lo contrario supondría aquí restringir la competencia del Estado a las meras funciones de vigilancia, protección y represión contra los ataques físicos que dañen o destruyan el patrimonio o priven ilegalmente del mismo, competencia que en general ya le viene atribuida por el art. 149.1.6 de la C.E. como comprendida en las medidas de orden público, penales o civiles, en cuanto el despojo o destrucción violentos ya tengan transcendencia de infracción penal (art. 46 C.E.) o simplemente la de privación ilícita. Pero algún mayor alcance habrá que atribuir al término que delimita, en el artículo 149.1.28, la competencia para la defensa contra la expoliación, cuya mención en otro caso sería innecesaria. La utilización del concepto de defensa contra la expoliación ha de entenderse como definitoria de un plus de protección respecto de unos bienes dotados de características especiales. Por ello mismo abarca un conjunto de*

medidas de defensa que a más de referirse a su deterioro o destrucción tratan de extenderse a la privación arbitraria o irracional del cumplimiento normal de aquello que constituye el propio fin del bien según su naturaleza, en cuanto portador de valores de interés general necesitados, estos valores también, de ser preservados. Así, pues, la Ley llama perturbación del cumplimiento de su función social a la privación del destino y utilidad general que es propio de cada uno de los bienes, aunque materialmente el bien mismo permanezca”. Consiguientemente, se ajusta a la Constitución el artículo 4 de la ley también en cuanto a que el Estado *“con independencia de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas, en cualquier momento, podrá interesar del Departamento competente del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente la adopción con urgencia de las medidas conducentes a evitar la expoliación. Si se desatendiere el requerimiento, la Administración del Estado dispondrá lo necesario para la recuperación y protección, tanto legal como técnica, del bien expoliado”*¹⁴².

3.2. El régimen jurídico del patrimonio arqueológico en la ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español

El artículo 1.2 de la Ley del Patrimonio Histórico establece que integran el Patrimonio histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico y señala que también forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico. Por su parte, el artículo 15.5 define las Zonas Arqueológicas como el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas. Paralelamente, el artículo 14.2 dispone la posibilidad de que las Zonas Arqueológicas puedan ser declaradas como Bienes de Interés Cultural, siéndolo por ministerio de la ley, *ex artículo 40.2*, las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre¹⁴³.

¹⁴² Para un análisis de las competencias del Estado, tanto normativas, como ejecutivas, en el campo de la conservación, defensa y fomento del Patrimonio Histórico Español vid. PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, A., *Una Década de Aplicación de la Ley del Patrimonio Histórico Español*, Op. Cit., pag. 49 y ss.

¹⁴³ *“es importante subrayar, para comprender el significado de la Ley de 1985, que la definición del Patrimonio Histórico de España contenida en ella se encuentra entre las más amplias y extensas del Derecho Comparado”*: PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, A., Op. Cit., pag. 38.

Así las cosas, como anota GARCÍA FERNÁNDEZ¹⁴⁴, bajo la denominación de Patrimonio Arqueológico¹⁴⁵ podemos encontrar tres elementos o bloques de materias diferentes.

En primer lugar, el artículo 40.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español alude a los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental. Como se ve, no hay aquí una definición sustantiva. El citado GARCÍA FERNÁNDEZ se refiere en este punto a la influencia del Convenio Europeo para la Protección del Patrimonio Arqueológico de 1969 y de la teoría de origen italiano de los bienes culturales¹⁴⁶ conforme a la cual el Derecho renuncia a dar una definición material de tales bienes, centrándose en la aceptación de los conceptos, las definiciones y la metodología que aportan las ciencias que -éstas sí- de manera sustantiva (historia del arte, arqueología paleontología, etc) abordan esta materia¹⁴⁷. Así subraya que *“nuestra Ley estatal haya aceptado esa aparentemente extraña definición del Patrimonio Arqueológico, en la que lo que se describe no es el patrimonio arqueológico, sino lo que es susceptible de utilizar con metodología arqueológica, no especificando la ley, por otra parte, lo que es metodología arqueológica”*¹⁴⁸. De manera que

se puede concluir que esta clase de bienes patrimoniales se define no por la realidad material que incorpora sino exclusivamente por el medio utilizado para llegar al conocimiento de esa realidad¹⁴⁹.

En segundo lugar, como dispone el artículo 40.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, integrarán el concepto de Patrimonio Arqueológico los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes¹⁵⁰.

Por último, habría que citar la referencia que el artículo 40.2 realiza a las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre. GARCÍA FERNÁNDEZ¹⁵¹ observa que en el primer grupo se alude a la acción del hombre y en el segundo a la obra de la naturaleza, mientras que este tercero tiene un carácter mixto.

Del concepto que venimos exponiendo se deduce igualmente que la pertenencia al concepto de patrimonio arqueológico no depende de que los bienes, muebles o inmuebles, hayan o no sido extraídos. Se protege el patrimonio conocido, haya sido estudiado o no, y el patrimonio desconocido y que pueda llegar a ser conocido en el futuro por cualquier medio.

No podemos dejar de aludir a que la consideración del concepto de Patrimonio Arqueológico en la Ley 16/1985 supone la superación de la tradicional concepción meramente terrestre de la excavación arqueológica para integrar en el mismo el patrimonio

¹⁴⁴ GARCÍA FERNÁNDEZ, J., La protección del Patrimonio Arqueológico. Especial Referencia a los Artículos 40.2, 41 y 42 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 6-2002, Madrid, 2003, pag. 169.

¹⁴⁵ “el Patrimonio Arqueológico ha sido referido en muy pocas ocasiones respecto a lo que debe ser su función en las sociedades actuales y las medidas de conservación y protección necesarias para este. Aún con esta dificultad, es importante observar cómo a lo largo del siglo XX, en los distintos documentos internacionales relativos al Patrimonio Histórico en general, ha ido evolucionando el concepto de protección así como la definición del propio Patrimonio Histórico y, en concreto, del Patrimonio Arqueológico y sus funciones(...) El primer documento referido exclusivamente al Patrimonio Arqueológico verá la luz en 1956. Será la Recomendación que define los Principios Internacionales que deberán aplicarse a las Excavaciones Arqueológicas aprobada por la UNESCO”: GARCÍA SÁNCHEZ, A.D., El Eurocentrismo, El Patrimonio Histórico y Cultural de los Países de la UE y sus Posibles Problemas, en *HAOL (Historia Actual Online)*, Núm. 6 (Invierno, 2005), pag. 91-107.

¹⁴⁶ También aluden a dicha influencia, pero en sentido muy crítico, MÁRQUEZ ROSALES, H. y AMORES CARREDANO, F., *La Perversión en las Técnicas Jurídicas de Protección del Patrimonio Arqueológico*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 5-2001, Madrid, 2001, pag. 184 y ss.

¹⁴⁷ “La Arqueología ha estado tradicionalmente vinculada con la búsqueda de objetos, adquiriendo de ahí parte de su notoriedad popular. Sin embargo, aunque parte de esta actitud de búsqueda siga formando parte de la disciplina, para que podamos hablar propiamente de actividades arqueológicas deben darse dos condicionantes: la existencia de una finalidad de conocimiento combinada con una metodología científicamente solvente para alcanzarlos. Es decir, hoy en día no se excava para ‘ver qué hay’ o para ‘encontrar objetos antiguos’ o se analiza el territorio con el mero objetivo de encontrar nuevos yacimientos,

porque las entidades arqueológicas no son autoevidentes. Esto significa que para que entreguen toda la información que poseen es preciso tener un conjunto de interrogantes históricos (¿cuál es el origen de...? o ¿cómo aparecieron los primeros agricultores en tal o cuál parte?, por ejemplo), a los que se pretenda dar solución mediante la investigación arqueológica, que habitualmente combina la prospección o análisis del territorio y la excavación con detallados estudios y análisis realizados con posterioridad a los trabajos de campo”: RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *Ciencia Arqueológica...*, *Op. Cit.*, pag.15.

¹⁴⁸ GARCÍA FERNÁNDEZ, J., *Op. Cit.*, pag.170. Ya aludíamos (vid. nota nº 38) a que lo histórico, cultural o artístico son nociones extraídas de otras Ciencias no jurídicas y al carácter mutable, flexible y elástico de tales conceptos.

¹⁴⁹ BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La Ordenación Jurídica del Patrimonio Histórico*, Madrid, 1990, pag. 184.

¹⁵⁰ GARCÍA FERNÁNDEZ, J., *Op. Cit.*, pag.170, critica esta mención por considerar que los elementos geológicos y paleontológicos, aunque relacionados con la historia de la acción del hombre, son obra de la naturaleza y por tanto más propios de regulación en la legislación sobre el medio ambiente.

¹⁵¹ GARCÍA FERNÁNDEZ, J., *Op. Cit.*, pag.170. “la arqueología no es una época histórica, sino un método científico con técnicas específicas para poder estudiar la Historia. Con los métodos arqueológicos se pueden estudiar épocas no sólo prehistóricas o antiguas sino incluso modernas o contemporáneas (arqueología industrial). Cabe destacar la diferencia sustancial del concepto de patrimonio arqueológico que existe entre nuestro ordenamiento y el de los países iberoamericanos, en los que el patrimonio arqueológico es todo aquello que existía antes de la llegada de los españoles, sin tener en cuenta el aspecto metodológico. Es una referencia temporal que, a veces incluso, se traduce en una fecha concreta”: LAFUENTE BATANERO, L., *Líneas de Actuación Para una Eficaz Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 7-2003, Madrid, 2003, pag. 82.

arqueológico subacuático. Si bien la sola lectura del artículo 1 pudiera llevar a creer que se está únicamente pensando en el patrimonio arqueológico terrestre, lo cierto es que tal suposición queda inmediatamente desmentida con el tenor del artículo 40 en cuanto a que del Patrimonio Histórico Español forman parte los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos también cuando éstos se encuentran en el mar territorial o en la plataforma continental y del artículo 41 con la consideración como excavaciones arqueológicas de las remociones en los medios subacuáticos que se realicen con el fin de descubrir e investigar toda clase de restos históricos o paleontológicos, así como los componentes geológicos con ellos relacionados y como prospecciones arqueológicas las exploraciones subacuáticas, sin remoción del terreno, dirigidas al estudio, investigación o examen de datos tales elementos¹⁵². Como anota MAGÁN PERALES¹⁵³, el régimen para el patrimonio arqueológico subacuático es el mismo que para el patrimonio arqueológico terrestre.

Y recuerda LAFUENTE BATANERO¹⁵⁴ que *“llama la atención que no se hable para nada de los pecios españoles hundidos en alta mar o en aguas de terceros países, si bien cabe deducir que el espíritu proteccionista de la ley deberá guiar las actuaciones del Estado español en la defensa de los intereses nacionales sobre los pecios españoles hundidos en aguas de terceros países o internacionales, tal y como se hizo en la sede de la UNESCO, durante la negociación y elaboración del Convenio Internacional de Protección del Patrimonio Cultural Subacuático”*¹⁵⁵.

¹⁵² Para una visión de conjunto de las actuaciones en el patrimonio arqueológico subacuático, la investigación, los métodos y técnicas de intervención y protección y la conservación y documentación, puede resultar de interés el canal temático sobre la materia del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico: acceso a través de <http://www.juntadeandalucia.es/cultura/iaph/nav/index.jsp>

¹⁵³ MAGÁN PERALES, J.M.^º, *El Patrimonio Arqueológico Subacuático...*, *Op. Cit.*, pag.76.

¹⁵⁴ LAFUENTE BATANERO, L., *Op. Cit.*, pag.83.

¹⁵⁵ Significativo a este respecto es el caso de los galeones españoles “Juno” y “La Galga”. Una empresa privada –*Sea Hunt Inc.*– descubrió los restos del buque español “Juno”, que naufragó en 1802 frente a las costas de Virginia (Estados Unidos). Se entabló entonces un muy complejo y apasionante procedimiento judicial respecto de la soberanía sobre los pecios. El Estado de Virginia, que había contratado con la empresa la recuperación de los buques, se consideraba propietario de ambos al amparo de una norma de 1987 que concedía titularidad a los Estados Unidos sobre los pecios abandonados que se encuentren dentro de las aguas territoriales de uno de sus Estados al que se le transfería la titularidad. Por su parte, la empresa de rescates marítimos sostenía también que los galeones habían de considerarse abandonados conforme a la vieja ley del mar denominada *finders keepers*. España mantenía que no cabía hablar de abandono cuando se trata de bienes de dominio público (“buques de guerra”), añadiendo, frente a las pretensiones de *Sea Hunt Inc.*, que al amparo de la legislación española, los buques de guerra quedan excluidos de remuneraciones o salvamentos. También aludía a la necesidad de asegurar el reposo de los restos humanos (al parecer, más de cuatrocientas personas

Determinado, pues, el contenido del concepto de patrimonio arqueológico, el esquema de su régimen jurídico se completa con el artículo 44 de la Ley del Patrimonio Histórico Español que establece que son bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar. A partir de aquí, como después veremos, se suscita uno de los problemas más importantes en cuanto a la tipicidad o atipicidad de conductas de sustracción y apoderamiento de objetos arqueológicos. No es otra esta cuestión que la de la determinación de cuándo surge la demanialidad de los bienes arqueológicos ocultos a tenor del citado artículo 44.1. Para quienes sólo a partir del hallazgo puede hablarse cabalmente de propiedad pública de los bienes no existe *cosa ajena*, a efectos del hurto agravado, ni *cosa perdida o de dueño desconocido*, a efectos de la apropiación indebida. En cambio, quienes entienden que la demanialidad surge con independencia del hallazgo, singularmente cuando la zona del yacimiento ha sido individualizada mediante declaración administrativa, aunque los bienes arqueológicos permanezcan ocultos, será posible la aplicación de las figuras indicadas.

Prescindiendo ahora de esta discusión, a la que más adelante volveremos, siguiendo a ROMA VALDÉS¹⁵⁶ podemos destacar las siguientes notas derivadas de la declarada demanialidad:

fallecieron en el naufragio) que puedan encontrarse en los pecios. Finalmente, en 2001 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos no admitió a trámite el recurso interpuesto y confirmó la sentencia de la Corte de Virginia. La argumentación utilizada se basó en dos puntos principales: primero, la consideración como “Buques de Estado” de ambas fragatas, que pertenecían, en el momento de su naufragio, a la Marina Real española, como se demostró por documentos presentados por el Gobierno de España y, por tanto, se consideran, a todos los efectos, como buques de guerra sometidos a la ley del pabellón y que gozan de inmunidad soberana; segundo, que en ningún momento se produjo un abandono expreso del buque pues dicho abandono expreso se requiere en el Tratado de Amistad y Relaciones Generales entre España y Estados Unidos de 1902, en virtud del cual «en caso de naufragio, avería o arribada forzosa, cada parte concederá a los buques de la otra... las mismas inmunidades que se concederían a sus propios buques en situaciones similares». De acuerdo con el desarrollo legislativo del artículo IV de la Constitución de los Estados Unidos, los buques de dicho país solamente pueden ser considerados abandonados mediante un acto expreso y afirmativo, sin ambigüedad alguna en cuanto a su naturaleza, y el mismo requisito debe, en consecuencia, exigirse para el abandono de un buque propiedad soberana de España, en virtud del Tratado citado. En el proceso judicial España defendió su soberanía sobre los buques españoles naufragados para salvarlos de los cazatesoros. Para un panorama de las batallas judiciales consecutivas al descubrimiento de los pecios cfr. Scovazzi, T., “The Application of Salvage Law and other Rules of Admiralty” en Prott et al. “The Protection of Underwater Cultural Heritage”, 2003, pág. 55 y ss., cit. en http://portal.unesco.org/culture/es/file_download.php/ab7706f28aa26f1c1b932c3955111299spanish.pdf

¹⁵⁶ ROMA VALDÉS, A., *El Expolio del Patrimonio Arqueológico...*, *Op. Cit.*, pag.129 y ss.

Se trata de un dominio público por naturaleza referido a los bienes integrantes de cualquier yacimiento arqueológico (esté o no en excavación) sin necesidad de acto de ocupación o declaración previa por parte de la Administración. Será la propia naturaleza del bien, en tanto que afectada de valores de civilización susceptibles de estudio con metodología arqueológica, la que determina su configuración demanial.

Consecuencia de lo anterior es la imposición de una serie de deberes a quienes hallaren objetos arqueológicos. En primer lugar, la obligación de comunicar el descubrimiento a la Administración competente en el plazo máximo de treinta días en el caso de los descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole e inmediatamente cuando se trate de hallazgos casuales¹⁵⁷. Comunicado el descubrimiento, hasta que los objetos sean entregados a la Administración competente, al descubridor le serán de aplicación las normas del depósito legal, salvo que los entregue a un Museo público. El descubridor y el propietario del lugar en que hubiere sido encontrado el objeto tienen derecho, en concepto de premio en metálico¹⁵⁸, a la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya, que se distribuirá entre ellos por partes iguales. Si fuesen dos o más los descubridores o los propietarios se mantendrá igual proporción.

Paralelamente, se establece que el incumplimiento de las obligaciones señaladas privará al descubridor y, en su caso, al propietario del derecho al premio indicado y los objetos quedarán de modo inmediato a disposición de la Administración competente, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar y las sanciones que procedan¹⁵⁹.

En cuanto al régimen de las intervenciones arqueológicas el esquema de la ley se asienta sobre el principio del control administrativo de toda actuación tendente a la realización de excavaciones y prospecciones. La verificación de la conveniencia, profesionalidad e interés científico de los trabajos planteados y su configuración conforme a un programa detallado y coherente, constituye la condición de la autorización administrativa, que mediante los procedimientos de inspección y control idóneos, comprobará tales extremos.

De esta forma, el artículo 42.2 de la Ley del Patrimonio Histórico Español preceptúa que la autorización para realizar excavaciones o prospecciones arqueológicas obliga a los beneficiarios a entregar los objetos obtenidos, debidamente inventariados, catalogados y acompañados de una Memoria, al Museo o centro que la Administración competente determine y en el plazo que se fije, teniendo en cuenta su proximidad al lugar del hallazgo y las circunstancias que hagan posible, además de su adecuada conservación, su mejor función cultural y científica. Expresamente se excluye en estos casos la aplicación del derecho al premio en metálico a que se refería el artículo 44.3 de la ley.

Como observa ALEGRE ÁVILA¹⁶⁰, el envés del sometimiento a control de las intervenciones arqueológicas viene constituido por el régimen sancionador que se establece para los supuestos de incumplimiento de las prohibiciones y los deberes establecidos. Así, el artículo 42.3 califica como ilícitas las excavaciones o prospecciones arqueológicas realizadas sin la autorización correspondiente, o las que se hubieren llevado a cabo con incumplimiento de los términos en que fueron autorizadas, así como las obras de remoción de tierra, de demolición o cualesquiera otras realizadas con posterioridad en el lugar donde se haya producido un hallazgo casual de objetos arqueológicos que no hubiera sido comunicado inmediatamente a la Administración competente. El Título IX de la ley contempla lo referente a las infracciones administrativas y sus sanciones “*a no ser que constituyan delito*”.

3.3. El régimen jurídico del patrimonio arqueológico en la ley 1/1991, de 3 de julio, de patrimonio histórico de Andalucía

Hay que comenzar señalando que Andalucía fue la primera Comunidad Autónoma, después vendrían otras a su estela, que configuró legalmente categorías de perfil diferenciado de las que se contienen en la ley estatal, fundamentalmente en lo referido a la figura legal del Bien de Interés Cultural¹⁶¹.

Dentro del contexto de reparto de competencias al que ya hemos aludido la ley 1/1991, de 3 de julio, de

¹⁵⁷ Expresamente se dispone que en ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil en cuanto al tesoro oculto.

¹⁵⁸ No es infrecuente la invocación de hallazgos casuales tras la realización de verdaderas prospecciones o excavaciones ilegales. Para un análisis de la regulación jurídica del premio en la Ley del Patrimonio Histórico Español vid. ALEGRE ÁVILA, J.M., *El Patrimonio Arqueológico: Aspectos de su Régimen Jurídico*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 1-1997, Madrid, 1997, pag.125 y ss.

¹⁵⁹ Se exceptúa de los supuestos expuestos el hallazgo de partes integrantes de la estructura arquitectónica de un inmueble incluido en el Registro de Bienes de Interés Cultural. No obstante el hallazgo deberá ser notificado a la Administración competente en un plazo máximo de treinta días.

¹⁶⁰ ALEGRE ÁVILA, J.M., *Op. Cit.*, pag.124.

¹⁶¹ “*La figura legal del Bien de Interés Cultural, regulada básicamente en el título primero de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, constituye sin duda el eje central de todo el sistema normativo de protección del Patrimonio Cultural Español*”: LÓPEZ BRAVO, C., *Los Bienes Culturales en el Derecho Estatal y Autonómico de España*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 3-1999, Madrid, 1999, pag. 11. Este autor sistematiza los diferentes modelos de protección del patrimonio cultural creados por las legislaciones autonómicas en función de su posición con respecto a la categoría estatal, a saber, las Comunidades Autónomas que utilizan una categoría legal propia (y, dentro de éstas, las que optan por una categoría propia pero asimilada al BIC estatal y las que lo hacen por una categoría propia pero disociada del modelo estatal) y las que utilizan la categoría de la norma estatal con un desarrollo normativo autonómico.

Patrimonio Histórico de Andalucía, parte de la consideración de que el Patrimonio Histórico Andaluz se compone de todos los bienes de la cultura, en cualquiera de sus manifestaciones, en cuanto se encuentran en Andalucía y revelen un interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnológico, documental, bibliográfico, científico o técnico para la Comunidad Autónoma. Así las cosas, catalogar administrativamente un bien tiene como efectos, de una parte, el reconocerle valores como bien integrante del patrimonio histórico y, de otra, asignarle unas medidas jurídicas concretas procedentes de la legislación de patrimonio histórico. De esta forma el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz se constituye con los objetivos de facilitar la tutela jurídico-administrativa del patrimonio histórico y contribuir a su conocimiento y divulgación a través del acceso y la consulta del mismo.

No vamos a entrar en profundidad en el tratamiento legal de estas categorías pero señalaremos que la ley andaluza¹⁶² contempla dos modalidades de inscripción. La *inscripción genérica*, con el objetivo de identificar un bien como parte integrante de dicho Patrimonio y la *inscripción específica*, cuando además de las normas generales es necesario aplicar otras instrucciones particulares especialmente previstas en la ley para esta clase de inscripciones. De esta forma, la inscripción genérica supondrá la exigencia de las obligaciones establecidas en la ley (entre las que cabe destacar las de conservación, mantenimiento, custodia, permitir su inspección y facilitar su estudio por investigadores acreditados) y la aplicación del régimen sancionador previsto. Por su parte, la inscripción específica determinará la aplicación de las instrucciones particulares que concreten, para cada bien y su entorno, la forma en que deben materializarse para los mismos las obligaciones generales previstas en la ley para los propietarios o poseedores de bienes catalogados¹⁶³.

¹⁶² Vid. también el Decreto 19/1995, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía y Decreto 168/2003, de 17 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas.

¹⁶³ "las instrucciones particulares suponen un claro avance con respecto a la tradicional forma de proteger los bienes culturales con mandatos de carácter general que requieren una permanente y previa intervención administrativa tuteladora, al elevar el rango de los mandatos o instrucciones administrativas particularizadas en relación con los bienes. Así, los criterios y los requerimientos técnicos en los que se materializan las acciones de protección, conservación, o investigación acerca del bien, quedan incorporados a la resolución administrativa de inscripción, sin que sea necesario esperar a que sean interpretados o aplicados por la Administración gestora. De este modo se avanza significativamente en la seguridad jurídica tanto de los administrados –propietarios, titulares de derechos reales, entidades defensoras del Patrimonio Cultural, etc- como de la propia Administración gestora, que ve anticiparse los problemas técnicos de la protección y la conservación, y anticipa sus soluciones": LÓPEZ BRAVO, C., *Op. Cit.*, pag.14.

Los bienes objeto de inscripción específica en el Catálogo se organizan en seis grandes categorías: patrimonio Inmueble (que pueden tener bienes muebles vinculados), Patrimonio Mueble, Patrimonio Arqueológico, Patrimonio Etnográfico, Patrimonio Documental y Patrimonio Bibliográfico. Por su parte, los bienes integrantes del Patrimonio Mueble pueden inscribirse como Monumentos, Conjuntos Históricos, Jardines Históricos, Sitios Históricos, Lugares de Interés Etnológico y Zonas Arqueológicas.

Por otra parte, en la medida en que la ley mantiene la aplicabilidad y vigencia de la categoría de *bien de interés cultural* de la ley estatal, se prevé la inclusión en el Catálogo de los bienes declarados de interés cultural con arreglo a aquella, disponiéndose que seguirán el régimen previsto en la normativa andaluza en todo cuanto resulte compatible con la legislación del Estado.

Los artículos 47 a 60 de la ley -el Título VI- se refieren al Patrimonio Arqueológico. Como punto de partida se señala que la protección de espacios de interés arqueológico podrá llevarse a cabo bien a través de la inscripción específica de los mismos en el Catálogo General como Zonas Arqueológicas, bien mediante su declaración como Zonas de Servidumbre Arqueológica.

Las Zonas Arqueológicas como categorías de protección son definidas (artículo 27) como aquellos espacios claramente delimitados en los que se haya comprobado la existencia de restos arqueológicos de interés relevante. Por su parte, las Zonas de Servidumbre Arqueológica, que son aquellos espacios claramente determinados en que se presuma fundadamente la existencia de restos arqueológicos de interés y se considere necesario adoptar medidas precautorias (artículo 48), suponen la introducción de una figura nueva para la protección del Patrimonio Arqueológico y lo más significativo será que se exige que el planeamiento urbanístico tenga en cuenta la posible existencia de restos arqueológicos y se instituye una notificación previa que permita a la Administración Cultural realizar los estudios previos que resulten necesarios para evitar la posible suspensión de un proyecto ante aparición de hallazgos en mitad de su ejecución. Como se ve, la diferencia sustantiva entre una y otra figura radica en que en el primer caso se trata de supuestos en los que la existencia de restos arqueológicos está constatada, mientras que en el segundo únicamente existirán indicios razonados de su existencia. En tal sentido cabe hablar entonces de medidas para la protección del patrimonio arqueológico ya descubierto y medidas para la protección del patrimonio arqueológico oculto¹⁶⁴.

¹⁶⁴ "Patrimonio Arqueológico conocido" y "Patrimonio Arqueológico no conocido", en la terminología de QUEROL, M.A. y MARTÍNEZ DIAZ, B., *El Tratamiento de los Bienes Arqueológicos en las Leyes de Patrimonio Cultural e Histórico de Cantabria, Baleares, Aragón Canarias y Extremadura*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 5-2001, Madrid, 2001, págs. 11-63.

En cuanto a la aparición de hallazgos casuales de restos arqueológicos en cualquier punto de la Comunidad Autónoma, se establece que deberá ser notificada inmediatamente a la Consejería de Cultura o al Ayuntamiento correspondiente, debiendo éste dar traslado a dicha Consejería en el plazo de cinco días. Por lo que se refiere a medidas de protección en tales casos, la ley regula la forma en que la Administración autonómica o, en caso de necesidad, los Alcaldes de los Municipios respectivos, notificando a dicha Consejería en el plazo de cuarenta y ocho horas, podrán ordenar la interrupción inmediata de los trabajos en curso, por un plazo máximo de un mes, sin que dicha paralización comporte derecho a indemnización. Para el caso de que resulte necesario que la suspensión de los trabajos se prorrogue por tiempo superior a un mes existirá obligación de resarcir el daño efectivo que se causare con tal paralización. Durante el plazo de suspensión de las obras podrá ordenarse la excavación de urgencia de los restos aparecidos. Se establece igualmente que los hallazgos arqueológicos deberán ser, en todo caso, objeto de depósito en el Museo o Institución que se determine.

Al igual que la ley estatal, en cuanto al régimen de las intervenciones arqueológicas el esquema de la ley andaluza se asienta sobre el principio del control administrativo de toda actuación tendente a la realización de excavaciones y prospecciones¹⁶⁵. Con una enumeración más precisa, dispone el artículo 52 que será necesaria la previa autorización¹⁶⁶ para:

- a. la realización de todo tipo de excavaciones y prospecciones arqueológicas, terrestres o subacuáticas,
- b. la reproducción y estudio directo del arte rupestre,
- c. las labores de consolidación, restauración y restitución arqueológicas,
- d. las actuaciones arqueológicas de cerramiento, vallado, cubrición y documentación gráfica,
- e. así como el estudio de los materiales arqueológicos depositados en los museos de la Comunidad Autónoma de Andalucía¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Para una crítica, que no comparte el autor de este trabajo, de la configuración legal del mismo con referencia especialmente al Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía vid. MARTÍN VALDIVIA, S., *La Protección del Patrimonio Arqueológico Andaluz...*, Op. Cit., pag. 173 y ss.

¹⁶⁶ En el supuesto de actuaciones llevadas a cabo de oficio por la Consejería de Cultura y Medio Ambiente la autorización vendrá sustituida por el visado previo del proyecto a efectos de comprobar su idoneidad técnica y conceptual.

¹⁶⁷ En el Título III del Decreto 168/2003, de 17 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas se regulan los procedimientos administrativos de autorización de tales actividades, las especificaciones que habrán de tenerse en cuenta durante el desarrollo de la actividad y los informes, memorias y actas de depósito de materiales a entregar una vez finalizada la misma con una detallada regulación de las inspecciones. Del mismo modo se detallan los contenidos de las memorias preliminares, memorias anuales y memoria final a entregar, una vez concluida la actividad, como piezas clave en el

Aunque no vamos a tratar en detalle el procedimiento de resolución de autorizaciones, sí señalaremos que aparece como instrumento de garantía de la dimensión científica de los trabajos el que toda solicitud haya de ir suscrita por el arqueólogo titulado que vaya encargarse personalmente de la dirección de los mismos¹⁶⁸. Este arqueólogo director de los trabajos deberá asumir personalmente la dirección, no ausentándose del lugar de la excavación durante su ejecución sin justificar debidamente su ausencia en el libro diario de la excavación y sin haber delegado su responsabilidad en persona conocedora de la problemática del yacimiento¹⁶⁹. Asimismo, deberá comunicar a los órganos competentes de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente el día que vayan a comenzar los trabajos y el día de su terminación.

El artículo 55 establece expresamente que la responsabilidad por los daños o perjuicios que pudieran resultar de la ejecución de actuaciones arqueológicas recaerá sobre la persona o entidad que haya solicitado la autorización para la realización de las mismas. Paralelamente, en el régimen sancionador que se establece en el Título XII del texto legal para los supuestos de acciones u omisiones que supongan incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley o lleven aparejado daño en los bienes culturales, se prescribe que se considerarán responsables de las infracciones a los autores materiales de las actuaciones infractoras y, en su caso, a las entidades o empresas de quienes dependan, así como a los técnicos o profesionales autores de proyectos o directores de obras o actuaciones que contribuyan dolosa o culposamente a la comisión de la infracción.

4. Protección internacional del patrimonio arqueológico

A fin de contar con una más amplia panorámica del esquema de configuración de la protección del patrimonio arqueológico, parece conveniente que realicemos una somera referencia al marco jurídico internacional en esta materia¹⁷⁰ antes de abordar la problemá-

proceso de tutela y control de las actividades arqueológicas, adecuándose los depósitos de los bienes recuperados en las actividades arqueológicas, fundamentalmente excavaciones.

¹⁶⁸ Para el caso de solicitudes presentadas por personas físicas o instituciones extranjeras deberán además acompañarse de informe emitido por otra persona o institución española de entre las que aparecen como legitimadas para solicitar autorizaciones

¹⁶⁹ "Los arqueólogos directores de toda actuación arqueológica tendrán la obligación de llevar un libro diario en el que anotarán las incidencias que se produzcan, depositar los materiales encontrados en el museo que se señale en la autorización de excavación y presentar, de la manera que reglamentariamente se haya determinado, una memoria científica con los resultados obtenidos, un inventario detallado de los materiales encontrados y el acta de entrega de los citados materiales al museo correspondiente" (Artículo 58).

¹⁷⁰ Por tanto, con las obligadas limitaciones por razones de espacio, alu-

tica penal del expolio. Como escribe MAGÁN PÉRALES¹⁷¹, “la acción sobre el plano internacional depende para su eficacia de la acción nacional. Los Convenios internacionales, las Resoluciones y Recomendaciones de las organizaciones y el resto de formas de acción internacional no hacen más que coordinar, completar o reforzar el efecto de las regulaciones nacionales”. De modo que –concluye– “no es que la acción a nivel internacional carezca de importancia; muy al contrario, la acción nacional pierde gran parte de su eficacia cuando no existe una acción correspondiente a nivel internacional”. Sin embargo las razones que dificultan la configuración de una efectiva noción de patrimonio común de la humanidad hacen que se hable de que el deseo de proteger la herencia del pasado ante cualquier eventualidad se manifiesta en los contenidos de los textos internacionales de forma más o menos utópica¹⁷², o de que en la mayor parte de las ocasiones nos encontramos ante esa región imprecisa del denominado *soft law*¹⁷³.

Serán las realizaciones de la UNESCO, en tanto que organización universal competente en materia de patrimonio cultural, y del Consejo de Europa, que asume las competencias en esta materia en el espacio europeo, las que habrán entonces de ocuparnos en las siguientes líneas.

Las Recomendaciones de la UNESCO son textos mediante los cuales la Conferencia general de dicho organismo formula principios directores y normas respecto de una determinada cuestión e invita a los Estados miembros a adoptar medidas, bajo distintas fórmulas, desde medidas legislativas a otras de otro carácter que fueren necesarias, según las particularidades de las cuestiones de que se trate, para dar efectividad a aquellos en sus territorios¹⁷⁴. Si bien carecen del valor de un Convenio, al no estar sometidas a ratificación, sí se benefician de la autoridad de haber sido

aprobadas en la Conferencia General y sus predicamentos se dirigen a todos los Estados miembros independientemente de cuál haya sido el sentido de su voto en aquella¹⁷⁵.

Así pues, la *Recomendación que Define los Principios Internacionales que Deberían Aplicarse a las Excavaciones Arqueológicas*, adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su novena reunión, celebrada en Nueva Delhi del 5 de noviembre al 5 de diciembre de 1956¹⁷⁶, constituye un hito en cuanto a la consideración de una dimensión común a la Humanidad del Patrimonio Arqueológico, concepto que por primera vez aparece (aunque sin aportarse en el texto una definición del mismo), así como la idea de que su protección se inspire en ciertos principios comunes.

Resulta así significativo, como apunta GARCÍA SÁNCHEZ¹⁷⁷, que el Preámbulo contemple la importancia del Patrimonio Arqueológico en función, exclusivamente, de su utilidad social así como que, ya en el articulado, se aluda al interés público en cuanto a la conservación de lo que denomina *vestigios arqueológicos*.

Entre los principios generales que contempla, por su interés para el tema que nos ocupa, cabe destacar el de la necesidad de someter las exploraciones y excavaciones arqueológicas a la vigilancia y a la previa autorización de la autoridad competente, la obligación de declaración de hallazgos de restos arqueológicos con la consiguiente confiscación en los casos de incumplimiento, la necesidad de establecimiento de regímenes sancionadores y de precisión de la propiedad estatal del régimen jurídico del subsuelo arqueológico, o la de estudiar un sistema de clasificación de los elementos esenciales del patrimonio arqueológico de los Estados.

En cuanto a la organización uniforme de los servicios administrativos encargados de las excavaciones arqueológicas se apuesta por la constitución de servicios, encargados de la administración general de las actividades arqueológicas que, en virtud de una ley, dispongan de los medios que le permitan llegado el caso tomar las medidas urgentes que sean necesarias y, por otra parte, la atenta vigilancia de las restauraciones de los vestigios y objetos arqueológicos descubiertos.

En relación con el expolio, la Recomendación señala que para salvaguardar los intereses superiores del patrimonio arqueológico común, todos los Estados

diremos únicamente a la normativa internacional que contempla de forma explícita y concreta el patrimonio arqueológico.

¹⁷¹ MAGÁN PÉRALES, J.M^º, *La Protección Internacional de los Bienes Culturales en Tiempo de Paz*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, n^º 9-2005, Madrid, 2005, pag.93.

¹⁷² Cfr. QUEROL, M.A. y MARTÍNEZ DIAZ, B., *El Patrimonio Arqueológico en la Normativa Internacional*, Complutum Extra, 6 (II), Madrid, 1996, pag.295: “En los textos internacionales encontramos dos tipos de normativas: las de carácter orientativo, que suelen ser recomendaciones, resoluciones o cartas, y las obligatorias, ratificadas o aprobadas por el gobierno de cada nación, que han pasado a formar parte de su legislación interna. La incidencia de estos documentos depende de las características de cada sistema jurídico. En los países del Norte, de forma general, lo que importa es el espíritu de los textos, más que su obligatoriedad; por el contrario, en el mundo mediterráneo los únicos que se consideran son los que se incorporan a la normativa interna”.

¹⁷³ CARRERA HERNÁNDEZ, J., *Op. Cit.*, pag.29.

¹⁷⁴ Cfr. Reglamento Sobre las Recomendaciones a los Estados Miembros y las Convenciones Internacionales Previstas en el Párrafo 4 del Artículo IV del Acta Constitutiva de la UNESCO, en http://portal0.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=21681-&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

¹⁷⁵ MAGÁN PÉRALES, J.M^º, *La Protección Internacional de los Bienes Culturales*, *Op. Cit.*, pag.98.

¹⁷⁶ Se puede consultar en la dirección web http://portal0.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13062-&URL_DO=DO_PRINTPAGE&URL_SECTION=201.html

¹⁷⁷ GARCÍA SÁNCHEZ, A.D., *El Eurocentrismo, El Patrimonio Histórico y Cultural De Los Países De la UE y sus Posibles Problemas*, en HAOL, Núm. 6 (Invierno, 2005), pag.94.

Miembros deberían considerar la conveniencia de reglamentar el comercio de las antigüedades, para evitar que éste favorezca la salida clandestina del material arqueológico o pueda lesionar la protección de las excavaciones y la constitución de colecciones públicas. Igualmente, se precisa que deberían tomarse las disposiciones necesarias para garantizar que cada vez que los museos recibieran una oferta respecto de objetos arqueológicos, se aseguraran de que no existe el menor indicio de que los mismos proceden de excavaciones clandestinas¹⁷⁸, de robos o de otras actividades ilícitas, de manera que toda oferta dudosa debería ponerse en conocimiento de las autoridades competentes¹⁷⁹. Paralelamente, se alude a la necesidad de hacer pública la información relativa a cualquier adquisición, de suerte que cuando un museo adquiera objetos arqueológicos se permita su identificación y los detalles sobre la forma de adquisición.

La represión de las excavaciones clandestinas y la colaboración internacional para ello son otros de los objetivos de la Recomendación. Para ello, son metas ineludibles a alcanzar las de asegurar o facilitar la devolución a los países de origen de los objetos procedentes de excavaciones clandestinas, o de robos, y de los objetos que hubieran sido exportados violando la legislación del país de origen.

Igualmente, la *Carta Internacional para la Gestión del Patrimonio Arqueológico*, preparada por el Comité Internacional para la Gestión del Patrimonio Arqueológico (ICAHM) y adoptada por la Asamblea General del ICOMOS en Lausana en 1990¹⁸⁰ tiene el carácter de recomendación y parte de la idea –señalada en su introducción– de que la protección de este

patrimonio no puede basarse únicamente en la aplicación de técnicas arqueológicas, sino que exige un fundamento más amplio de competencias y conocimientos profesionales y científicos. La protección del patrimonio arqueológico¹⁸¹ debe basarse entonces en una colaboración efectiva entre especialistas de múltiples y diversas disciplinas y la cooperación de las instancias de la Administración, de investigadores, de empresas privadas y del gran público. Así la carta establece unos principios aplicables a los distintos sectores relacionados con la gestión del patrimonio arqueológico. Incluye las obligaciones de las administraciones públicas y de los legisladores, las reglas profesionales aplicables a la labor de inventario, a la prospección, a la excavación, a la documentación, a la investigación, al mantenimiento, a la conservación, a la preservación, a la restitución, a la información, a la presentación, al acceso y uso público del patrimonio arqueológico, así como la definición de las cualificaciones adecuadas del personal encargado de su protección. Su noción de Patrimonio Arqueológico se concreta en la definición de que éste es aquella “*parte de nuestro patrimonio material para la cual los métodos de la arqueología nos proporcionan la información básica. Engloba todas las huellas de la existencia del hombre y se refiere a los lugares donde se ha practicado cualquier tipo de actividad humana, a las estructuras y los vestigios abandonados de cualquier índole, tanto en la superficie, como enterrados, o bajo las aguas, así como al material relacionado con los mismos*” (Artículo 1).

En este mismo marco de textos de la UNESCO hay que citar, aunque no dedicados exclusivamente al patrimonio arqueológico, algunos otros de gran importancia: la *Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales*, adoptada en la 6ª reunión, celebrada en París, el 14 de noviembre de 1970¹⁸²; la *Convención Sobre La Protección Del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*, adoptada por la Conferencia General en la 17ª reunión, celebrada en París, el 21 de noviembre de 1972¹⁸³; y, para tiempos de guerra, la *Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado*, adoptada en La Haya, el 14 de mayo de 1954¹⁸⁴.

¹⁷⁸ Lo que, huelga señalarlo, aun está muy lejos de suceder. En este orden de cosas, recientemente se publicaba que el Museo Británico y la empresa de subastas por Internet eBay habían decidido colaborar para prevenir la venta ilegal en la red de antigüedades valiosas. Pero, ¿qué sucede cuando son los propios museos – y las grandes casas de subastas– los que realizan tales prácticas? Hay mucho que avanzar.

¹⁷⁹ Como arguyen QUEROL, M.A. y MARTÍNEZ DÍAZ, B., Op. Cit., pag. 303, “teniendo en cuenta que en España desde 1985 todos los bienes arqueológicos son por definición legal de dominio público, resultarán sospechosas prácticamente todas las ofertas”.

¹⁸⁰ “Dentro de la UNESCO existe el ICOMOS (International Council of Monuments and Sites), que se ha dedicado con preferencia a cuestiones relacionadas con la arquitectura; en 1981 se inicia una presión para la consideración de la Arqueología que consigue la creación en 1984 del ICAHIM (International Committee on Archaeological Heritage Management). Este Comité se propone, en primer lugar, lanzar al mundo una carta comparable con la de Venecia de 1966 para la conservación del Patrimonio Arquitectónico que pueda ser aceptada universalmente y que ofrezca los puntos de partida para el desarrollo de lo que el ICAHM considera la Gestión del Patrimonio Arqueológico (Archaeological Heritage Management): la identificación, protección, conservación y presentación al público de los restos del pasado, sean del período que sean y estén en el lugar del mundo que estén. En esta labor participó un reducido número de especialistas en arqueología y planeamiento territorial y su resultado fue ratificado por la Asamblea General del ICOMOS en Lausana en 1990”: QUEROL, M.A. y MARTÍNEZ DÍAZ, B., Op. Cit., pag. 297.

¹⁸¹ “La protección del patrimonio arqueológico debe constituir una obligación moral para cada ser humano. Pero también es una responsabilidad pública colectiva” (Artículo 3).

¹⁸² Entró en vigor el 24 de abril de 1972 y España es parte desde el 10 de abril de 1986. En la actualidad son ciento diecinueve los Estados partes.

¹⁸³ Entró en vigor el 17 de diciembre de 1975 y España es parte desde el 4 de agosto de 1982. En la actualidad son ciento setenta y seis los Estados miembros. Para un balance crítico, pero positivo, de sus resultados vid. FRANCONI, F., *Treinta Años Después: ¿Está la Convención Sobre el Patrimonio Mundial Preparada para el Siglo XXI?*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 7-2003, Madrid, 2003, pags.11-38.

Gran parte de los aspectos ya señalados en la Recomendación de la UNESCO de 1956 encontrarán igualmente acogida en un texto jurídico del Consejo de Europa: el *Convenio Europeo para la Protección del Patrimonio Arqueológico*, que fue aprobado en Londres el 6 de mayo de 1969¹⁸⁵.

Tal como exponen QUEROL y MARTÍNEZ DIAZ¹⁸⁶, “*el origen del Convenio de Londres de 1969 está conectado con el deseo de algunos países mediterráneos de controlar el expolio del Patrimonio Arqueológico, y el subsiguiente tráfico ilícito de bienes; sin embargo, el texto resultante se centra más en el control de las excavaciones y de la información*”. Sin embargo, añaden que “*no se tuvo en cuenta entonces la importancia del impacto de las obras públicas en la conservación o destrucción del Patrimonio Arqueológico, obras que inmediatamente después, en el desarrollismo de los años 70, se multiplicaron de una forma casi imprevisible. Habrá que esperar a que la Unión Europea imponga la necesidad de los estudios sobre el impacto ambiental causado por las obras públicas, para que se comprenda la importancia de este punto en el tema de la gestión del PA. Mientras tanto, un porcentaje difícil de evaluar pero en todo caso impresionante de restos arqueológicos, se perdieron para siempre*”.

En el Convenio hallamos ya por primera vez, más allá del uso del término, una definición de Patrimonio Arqueológico¹⁸⁷. Se entenderá por tal “*los vestigios y los objetos o cualesquiera otras trazas de manifestaciones humanas que constituyan un testimonio de épocas y de civilizaciones cuya principal o una de las principales fuentes de información científica esté asegurada por excavaciones o descubrimientos*”. Se ha podido así decir¹⁸⁸ que se otorga mayor amplitud a la definición frente a la dada por la Recomendación de 1956 en la que los elementos de determinación se centran en el interés artístico y cultural y en la antigüedad del vestigio. Ahora puede entenderse el Patrimonio Arqueológico más allá de su interés artístico y cultural y más allá de su antigüedad, de forma que resulta posible atender al criterio del interés científico o de aportación de datos para completar un modelo explicativo de un momento determinado de la historia de una sociedad o grupo humano (piénsese, por ejemplo, en el patrimonio arqueológico industrial).

A partir de aquí, en lo que ahora nos interesa, el Convenio establece un régimen jurídico con referencias al tráfico comercial y científico de objetos arqueológicos, con la necesidad de adoptar medidas para la

delimitación y protección de zonas arqueológicas, así como a la represión de las excavaciones clandestinas y el control de los resultados de las autorizadas.

El *Convenio Europeo Sobre la Protección del Patrimonio Arqueológico (Revisado)*, hecho en La Valetta (Malta) el 16 de enero de 1992¹⁸⁹, es consecuencia de lo que antes apuntábamos, esto es, la necesidad ineluctable de imbricar la protección del patrimonio arqueológico con el urbanismo y la ordenación del territorio en la medida en que el desorden en uno u otro de estos dos últimos elementos se constituye en importantísimo factor de destrucción. Sus precedentes se encuentran en Florencia en 1984 (*Planificación y Arqueología*) y en Niza en 1987 (*Arqueología y Grandes Obras Públicas*). También en la *Recomendación para la Conservación Integrada del Patrimonio Histórico relativa a la protección y puesta en valor del Patrimonio Arqueológico en el contexto de las operaciones urbanísticas de ámbito urbano y rural*, presentada en 1989 como resultado de los trabajos realizados en 1984 y 1987¹⁹⁰.

En el convenio, frente a textos anteriores, se justifica la necesidad de protección del patrimonio arqueológico por su carácter de fuente de la memoria colectiva europea e instrumento para el estudio histórico y científico¹⁹¹. Se consideran elementos del patrimonio arqueológico todos los restos y objetos y cualquier otra huella dejada por la humanidad en épocas pasadas siempre que cumplan los requisitos de que su conservación y estudio ayuden a reconstruir la historia de la humanidad y su relación con el entorno natural, así como que las principales fuentes de información sobre dichos restos y huellas sean la realización de excavaciones o descubrimientos y otros métodos de investigación de la humanidad y su entorno. Por otra parte, estructuras, construcciones, grupos de edificios, obras de ingeniería civil, objetos transportables y monumentos de cualquier otro tipo, así como su contexto, sea sobre tierra o bajo el agua se considera que integran el patrimonio arqueológico.

El último de los textos internacionales del ámbito de la UNESCO y del Consejo de Europa al que haremos referencia –aunque todavía no ha entrado en vigor– es la *Convención Sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático*, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en su 31ª reunión el 3 de noviembre de 2001¹⁹². Se trata de una norma referida

¹⁸⁴ Entró en vigor para España el 7 de octubre de 1960 (y sus Protocolos el 26 de junio de 1992 y el 6 de julio de 2001)

¹⁸⁵ España se adhirió a él por instrumento de 18 de Febrero de 1975.

¹⁸⁶ QUEROL, M.A. y MARTÍNEZ DIAZ, B., *Op. Cit.*, pag. 297.

¹⁸⁷ Que influirá decisivamente, como no podía ser de otra forma, en el que recogerá la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español

¹⁸⁸ GARCÍA SÁNCHEZ, A.D., *Op. Cit.*, pag. 95.

¹⁸⁹ España todavía no lo ha ratificado.

¹⁹⁰ Vid. QUEROL, M.A. y MARTÍNEZ DIAZ, B., *Op. Cit.*, pag. 298.

¹⁹¹ Para una opinión muy crítica respecto de esta definición, por considerar que rompe con la dimensión universalista que la noción de Patrimonio Histórico ha tenido desde la Segunda Guerra Mundial, vid. GARCÍA SÁNCHEZ, A.D., *Op. Cit.*, pag. 95 y ss.

¹⁹² Conforme a lo dispuesto en su Artículo 27, la Convención entrará en vigor tres meses después de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento a que se refiere el Artículo 26, pero únicamente respecto de los veinte Estados o territorios que hayan depositado sus instrumentos. Entrará en vigor para cualquier otro Estado o territorio

específicamente al Patrimonio Cultural Subacuático como especie dentro del género Patrimonio Cultural y por tal se entiende *“todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años”* (Artículo 1).

Principio orientador de su regulación es el de que la preservación *in situ* del patrimonio cultural subacuático (esto es, en su ubicación actual en el lecho marino) se deberá contemplar como la opción prioritaria antes de autorizar o emprender actividades dirigidas respecto de ese patrimonio (párrafo 5 del Artículo 2)¹⁹³. Ello es así para subrayar la importancia y el interés científico del contexto histórico de los bienes culturales y la necesidad de respetarlo¹⁹⁴. Del mismo modo, la Convención establece que el principio de que el patrimonio cultural subacuático no debe ser explotado comercialmente (párrafo 7 del Artículo 2) con fines de lucro o especulativos, ni tampoco diseminado de forma irremediable, no habrá de interpretarse de manera que implique que se prohíba el ejercicio de la arqueología profesional o el depósito de bienes del patrimonio recuperados en el curso de un proyecto de investigación ejecutado de conformidad con la Convención ni impida actividades o acciones de rescate por parte de los descubridores, en la medida en que éstas cumplan los requisitos establecidos en la misma. Es importante señalar que *“se trata de una regulación iuspublicista que no regula, aunque limita, el régimen de Derecho privado aplicable a los pecios y que no impide, aunque también limita, la aplicación de las normativas nacionales relativas a los ballazgos y al salvamento marítimo, cuestión que se pone especialmente de manifiesto en los Estados de tradición anglosajona, en los que no se han dictado normas de protección del patrimonio cultural subacuático”*¹⁹⁵.

Como precisa CARRERA HERNÁNDEZ, se trata de *“poner coto, en parte, a las múltiples carencias que presenta la normativa internacional en vigor, y a las variopintas actividades desplegadas cotidianamente por empresas especializadas en remociones de pecios en contra de los criterios lógicos de conservación exigidos por el Patrimonio Cultural Subacuático”*¹⁹⁶.

Ahora bien, las diferencias existentes durante todo el proceso de elaboración del convenio y la ausencia final de consenso en aspectos como las relaciones de la nueva regulación con el *Convenio de Naciones Unidas Sobre Derecho del Mar*, el régimen de los buques de guerra y el aplicable a ciertos espacios marítimos y sobre todo a la plataforma continental suponen importantes dificultades para la vigencia futura de este importante instrumento internacional.

Con todo, ha de completarse este breve panorama que venimos trazando con la mención, ya en el ámbito de la Unión Europea, del Reglamento (CEE) n° 3911/92 del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales¹⁹⁷ y de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993¹⁹⁸, relativa a la restitución de los bienes culturales que hayan salido ilegalmente del territorio de un Estado miembro¹⁹⁹. Se trata de una norma referida a la restitución de los bienes culturales definidos éstos como bienes clasificados como tales antes o después de haber salido de manera ilegal del territorio de un Estado miembro, o como *“tesoros nacionales con valor artístico, histórico o arqueológico”*, de conformidad con la legislación o los procedimientos administrativos nacionales en el sentido del artículo 36 del Tratado. Ahora bien, únicamente podrán ser restituidos si pertenecen a alguna de las categorías que se indican en el anexo de la Directiva²⁰⁰ o si, sin que pertenezcan a dichas categorías, forman parte integrante de colecciones públicas que figuren en los inventarios de museos, archivos o fondos de conservación de bibliotecas, o en los de instituciones eclesiásticas. El hecho determinante de la aplicación de la Directiva será entonces el que los bienes en cuestión hayan abandonado de manera ilegal el territorio de un Estado miembro, esto es, infringiendo la legislación del mismo (o las del Reglamento 3911/92) o las condiciones para la concesión de una autorización temporal.

tres meses después de la fecha en que dicho Estado o territorio haya depositado su instrumento. Hasta la fecha son Estados partes Panamá, Bulgaria, Croacia, España, Libia, Nigeria, Lituania, México, Paraguay y Portugal. Para un detallado estudio de su contenido Vid. CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., *Op. Cit.*, pag. 79 y ss.

¹⁹³ Sin perjuicio de que pese a ello, podrán autorizarse actividades extractivas cuando constituyan una contribución significativa a la protección, el conocimiento o el realce de ese patrimonio (Norma 1 del Anexo).

¹⁹⁴ Además del hecho de que, en circunstancias normales, ese patrimonio se conserva bien bajo el agua gracias a una tasa de deterioro baja y a la escasez de oxígeno, y de que por lo tanto no está, *per se*, necesariamente en peligro.

¹⁹⁵ CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., *Op. Cit.*, pag. 131.

¹⁹⁶ CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., *Op. Cit.*, pag. 80.

¹⁹⁷ Modificado en algunos extremos por los Reglamentos (CE) n° 2469/96, n° 974/2001 y n° 806/2003.

¹⁹⁸ La Directiva 2001/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, la modifica en algunos puntos. Igualmente, la Directiva 96/100/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de febrero de 1997, modifica el Anexo.

¹⁹⁹ Debe mencionarse la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al Ordenamiento Jurídico Español de la directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo.

²⁰⁰ Entre los que aparecen los objetos arqueológicos, de más de 100 años de antigüedad, procedentes de excavaciones y descubrimientos terrestres y subacuáticos, emplazamientos arqueológicos y colecciones arqueológicas.

5. El Derecho Penal y el expolio de yacimientos arqueológicos

Como señalaba GARCÍA CALDERÓN²⁰¹, desde la introducción en el Código Penal de 1995 de la específica categoría delictiva referente al Patrimonio Histórico “*la mayor parte de la doctrina ha venido reiterando las numerosas deficiencias técnicas que estos nuevos delitos plantean para que puedan ser adecuadamente perseguidos*”.

Se ha insistido en el hecho de que la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico no se estructura bajo un criterio unitario²⁰². Así resulta que junto a los delitos regulados en el Capítulo II del Título XVI del Libro II del Código Penal (artículos 321 a 324) bajo la rúbrica *Delitos Sobre el Patrimonio Histórico*²⁰³ también encontramos otros preceptos a lo largo del articulado del texto punitivo en el que se contempla, aunque no siempre *prima facie*, el patrimonio histórico como objeto de protección. De este modo, en sede de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, los delitos de hurto (artículo 235.1), robo con fuerza en las cosas (artículo 241.1), estafa (artículo 250.5), apropiación indebida (artículo 252) y apropiación de cosa perdida (artículo 253) contemplan sendas genéricas agravaciones cuando la conducta típica recae sobre “*cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*” o “*bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico*”, según rezan los tipos. En el mismo Título, el artículo 289 castiga la destrucción, inutilización o daño de cosa propia de utilidad social o cultural, o la sustracción al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad. En el Título de los Delitos contra la Administración Pública encontramos de nuevo la técnica de la agravación en el caso del delito de malversación para el supuesto de que “*las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico*”. Por su parte, el artículo 319 tipifica como una de las modalidades del delito contra la ordenación del territorio la ejecución de construcciones no autorizadas en suelos o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. Habrá también que aludir al artículo 613, en el Título

de los delitos Contra la Comunidad Internacional, que castiga al que con ocasión de un conflicto armado ataque o haga objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto, claramente reconocidos, que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, o bienes culturales bajo protección reforzada, causando como consecuencia extensas destrucciones, siempre que tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario²⁰⁴. También al artículo 625.2, que tipifica la falta de daños en archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos. Ya extramuros del Código penal no hay que olvidar la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de Diciembre, de represión del Contrabando que en su artículo 2.1.e) tipifica como delito de contrabando, “*siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas*”²⁰⁵, el sacar del territorio español bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, sin la autorización de la Administración del Estado cuando ésta sea necesaria.

Esta situación normativa hace que ROMA VALDES hable de que se establece un sistema de protección “*aparentemente mixto*”, repartidos los tipos entre el propio referido al patrimonio histórico y otros distintos preceptos a lo largo del articulado penal²⁰⁶. PEREZ ALONSO²⁰⁷ califica la situación de “*fraude de etiquetas*” al existir más preceptos relativos a la materia fuera del Capítulo destinado a su protección. Lo cierto es que, como acertadamente anota GUIASOLA LERMA²⁰⁸, el motivo de la ausencia de una regulación unitaria de las conductas atentatorias contra el patrimonio histórico parece ser desconocido y además crítica acertadamente que “*se sigue cayendo en el error que se venía advirtiendo respecto de la histórica regulación jurídico-penal de la materia, ausente de directrices político-criminales, otorgando de este modo una protección subsidiaria al Patrimonio Cultural, subordinada al injusto de referencia, y, consecuentemente, deudora del bien jurídico protegido en el tipo legal en*

²⁰¹ GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 7-2003, Madrid, 2003, pag. 99.

²⁰² Cfr. SALINERO ALONSO, C., *Op. Cit.*, pag.207

²⁰³ Extremo que, por considerar que el término adecuado habría debido ser “*contra*” y no “*sobre*”, se hace acreedor a la crítica de GUIASOLA LERMA, C., *Op. Cit.*, pag. 414. Por su parte, GARCÍA CALDERÓN, J.M., *Op. Cit.*, pag. 110, entiende que el uso de la preposición “*sobre*” se debe a que el legislador considera que para estos delitos no resulta necesario un dolo de especial intensidad, bastando el *dolo de consecuencias necesarias* en relación con la condición relevante de los bienes sometidos a protección.

²⁰⁴ Lo que es consecuencia de lo dispuesto en la *Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado*, adoptada en La Haya, el 14 de mayo de 1954 que e Entró en vigor para España el 7 de octubre de 1960 (y sus Protocolos el 26 de junio de 1992 y el 6 de julio de 2001).

²⁰⁵ Si el contrabando se realiza a través de una organización, aunque el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea inferior a 3.000.000 de pesetas (artículo2.3.a).

²⁰⁶ ROMA VALDÉS, A., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, *Op. Cit.*, pag.12.

²⁰⁷ PÉREZ ALONSO, E.J., *Los Delitos Contra el Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995*, en *Actualidad Penal*, nº 33, 1998, pag. 617.

²⁰⁸ GUIASOLA LERMA, C., *Op. Cit.*, pag.418.

que se halle incorporada su tutela”. Las consecuencias de dicha acentuación de su carácter patrimonial, continúa la autora comentada, es que *dichos atentados al patrimonio quedan semiocultos en las estadísticas criminales, al incardinarse en los apartados correspondientes a los delitos contra la propiedad, lo que supone una ausencia de conocimiento real de la criminalidad sobre estos delitos*²⁰⁹.

En este ámbito, GARCÍA CALDERÓN²¹⁰ alude a la doble vertiente de protección que tanto la legislación estatal como la autonómica dispensan según se trate de bienes muebles o inmuebles y esboza un diagrama de la normativa penal en el que aparentemente la protección de aquellos estaría predominantemente recogido a través de infracciones de contenido puramente económico y la de éstos mediante aquellas que ponen el acento en la protección de bienes de titularidad colectiva (que suelen incorporar, además, valores de dimensión medioambiental). Sin embargo, concluye que no existe diferencia entre ambos –patrimonio mueble e inmueble- en orden al bien jurídico protegido porque en los dos supuestos se acumula la defensa de la propiedad en un sentido individual con el aspecto de posesión y riqueza compartida y de disfrute colectivo por la comunidad así como de tutela de los valores que guarda el entorno natural. Ello resulta especialmente claro en el caso de la arqueología pues aquí encontramos una triple dimensión. De una parte, el carácter de bienes muebles de las piezas arqueológicas (que las hace objeto de sustracción e introducción en el mercado ilegal²¹¹). De otra, la dimensión monumental o arquitectónica y fuente de conocimiento científico de la arqueología. En tercer lugar, la dimensión de riqueza natural de los yacimientos arqueológicos. De suerte que en este punto también se revelan las insuficiencias –que después veremos con más detalle- de la regulación penal de esta materia, porque la protección del Patrimonio Arqueológico *“participa de ambas magnitudes al contar con una dimensión mueble e inmueble y engloba tanto dimensiones de espacio y lugar como vestigios u objetos materiales que deben integrarse en un todo unitario para que pueda ser comprendido y, por tanto, adecuadamente valorado y protegido por los órganos jurisdiccionales”*.

Pero con ser muchas las críticas doctrinales que pueden efectuársele a nuestra vigente ordenación penal en cuanto al asunto que nos ocupa consideramos que la manera más práctica de mostrar las dificultades que plantea la tutela penal frente al expolio de los yacimientos arqueológicos y del propio patri-

monio arqueológico globalmente considerado es la confrontación de las diversas conductas atentatorias contra el mismo que cotidianamente se producen con el análisis de los distintos tipos penales que permitirán -o no, según se verá- su castigo. Con ello se mostrarán las virtudes y defectos de la regulación y las líneas maestras a que debería atender una necesaria reforma penal. Para ello, enmarcándola en diferentes aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, seguiremos la sistemática de conductas que ya en 1998 estableciera ROMA VALDÉS²¹², deteniéndonos en el problema del uso de detectores de metales como instrumento de expolio.

5.1. Las excavaciones ilegales

Ya hemos visto a lo largo de este trabajo que uno de los principios que inspira la legislación en esta materia, de conformidad con los textos internacionales, es el de la necesidad de someter las exploraciones y excavaciones arqueológicas a la vigilancia y a la previa autorización de la autoridad competente. Tanto las prospecciones, entendidas como la inspección directa del terreno –superficial o subacuático- con el objeto de localizar y estudiar yacimientos arqueológicos y su contexto territorial, como las excavaciones, en el sentido de remociones metódicas y sistemáticas de las capas de tierra y unidades estratigráficas con objeto de documentar la secuencia temporal y espacial de un yacimiento, como igualmente las extracciones de piezas de éstos, en tanto que actividades de investigación arqueológica están regladas en las normas de Patrimonio Histórico (entre otros, artículo 42 de la Ley 16/1985 del 25 de junio de 1985, del Patrimonio Histórico Español, artículo 52 de la ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía y artículo 4 del Decreto 168/2003, de 17 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas de Andalucía).

Estas excavaciones ilegales, que persiguen el saqueo de yacimientos arqueológicos, provocan –como refiere GUIASOLA LERMA²¹³- daños irreversibles, tanto por la pérdida de las referencias del contexto histórico de los yacimientos despojados, que ocasiona la imposibilidad de acceder a datos de extraordinario interés sobre la actividad humana de otras épocas históricas, como por la pérdida de las propias piezas que son sustraídas para ser destinadas al mercado ilícito nacional o internacional. Con ello se observa entonces que bajo la rúbrica “excavaciones ilegales” se contempla una diversidad

²⁰⁹ GUIASOLA LERMA, C., *Op. Cit.*, pag.419.

²¹⁰ GARCÍA CALDERÓN, J.M., *Op. Cit.*, pag.101 y ss. Seguimos este trabajo en los siguientes razonamientos.

²¹¹ Como indica GARCÍA CALDERÓN, J.M., *Op. Cit.*, pag.106, *“la mayor parte de la criminalidad asociada a los bienes culturales se refiere a este problema de expolio, falsificación o tráfico ilícito de piezas arqueológicas”*.

²¹² ROMA VALDÉS, A., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, *Op. Cit.*, pag. 14 y ss. Es la que también sigue, sustancialmente, GARCÍA CALDERÓN, J.M., *Op. Cit.*, pag. 111 y ss. Justo es reconocer la deuda que este trabajo mantiene con ambos autores y sus obras.

²¹³ GUIASOLA LERMA, C., *Op. Cit.*, pag.639.

de conductas que, no sin importantes polémicas doctrinales, son susceptibles de distinta tipificación.

5.1.2. Los daños en yacimientos arqueológicos

La importancia y lo definitivo de las consecuencias de las conductas mencionadas justifica la tipificación expresa, en el artículo 323 del Código Penal, de los daños “en yacimientos arqueológicos”²¹⁴. Para delimitar el objeto típico de este delito es importante destacar, como hace ROMA VALDÉS²¹⁵, que lo que se pretende proteger es, en el sentido más amplio, el campo de conocimiento histórico que se manifiesta en un yacimiento arqueológico. Por tanto, en la medida en que en el mismo podemos encontrar tanto elementos muebles como inmuebles y otros de probablemente valor nulo y dimensión puramente espacial aunque determinantes para posibilitar la datación y contextualización de los distintos estratos a través de un estudio sistemático con metodología científica, todo ello ha de ser contemplado desde el concepto utilizado por el tipo. Por eso, la doctrina italiana²¹⁶ mantiene –y ese es el sentido que tiene el precepto que ahora nos ocupa– que debe ser considerado a efectos penales no sólo el objeto aislado descubierto en la ejecución de las excavaciones sino también la zona arqueológica en la cual afloran elementos o datos útiles para el conocimiento histórico.

En este punto conviene poner de manifiesto que, a diferencia de lo que sucede en la regulación de otros delitos referentes al Patrimonio Histórico, el tipo del artículo 323 en general –y, más concretamente, en cuanto a los daños en yacimientos arqueológicos– no exige que los bienes estén formalmente incorporados en el patrimonio histórico previa declaración administrativa o legal²¹⁷. De manera que el concepto contemplado por el tipo, con la ya señalada amplitud, no habrá de ser otro que el que se recoge en el Diccionario de la Real Academia, esto es, el “*sitio donde se encuentran restos arqueológicos*”. Por lo demás, el hecho de que el artículo 40 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español establezca que también forman parte del mismo los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes lleva a buena parte de la doctrina a considerar que los yacimientos de tal naturaleza encuentran idéntica protección penal que los arqueológicos²¹⁸.

En definitiva, como quiera que –según apunta GARCÍA CALDERÓN²¹⁹– los caracteres de *ocultos* y *desconocidos* son predicables de gran parte de los yacimientos arqueológicos y resulta necesario garantizar una eficaz protección de los mismos, será evidente que los daños típicos no se reducirán a los que se produzcan como consecuencia de excavaciones en ejecución o ya ejecutadas sino que el ámbito de protección de la norma abarcará también a lo todavía oculto²²⁰.

Por todo lo expuesto hasta ahora se constata que un yacimiento arqueológico puede ser objeto de deterioro o destrucción sin necesidad de que se produzca un daño estrictamente físico o material²²¹. Ahora bien, aunque el artículo 323 no establece la necesidad de que los daños superen una determinada cuantía para su consideración como típicos ello se deduce con claridad desde el momento en que el artículo 625.2, en el Título de las Faltas Contra el Patrimonio, castiga los mismos, si se causaran en los lugares o bienes a que refiere el artículo 323, cuando el importe no exceda de cuatrocientos euros²²². Coincidimos con SALINERO ALONSO²²³ en cuanto a que por lo ya señalado esta previsión, al menos en cuanto a los daños en yacimientos arqueológicos, tal vez no tanto en el resto de bienes enumerados en el tipo, introduce un elemento distorsionador y provoca importantes problemas en los casos en los que los desperfectos, no siendo materiales o físicos, pueden no ser económicamente evaluables.

El tipo al que hasta ahora nos hemos referido es de naturaleza dolosa y, como recoge GUIASOLA LERMA²²⁴, basta con el dolo genérico que implica la conciencia y voluntad de destruir, deteriorar o inutili-

²¹⁴ Así GUIASOLA LERMA, C., *Op. Cit.*, pag.640. En contra, SALINERO ALONSO, C., *Op. Cit.*, pag.314, considera que los yacimientos arqueológicos ya se podrían entender englobados en la mención que el precepto hace a *bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental* sin necesidad de mención expresa, aunque entienden que quizá desde un punto de vista preventivo general pueda resultar plausible.

²¹⁵ ROMA VALDÉS, A., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, *Op. Cit.*, pag. 22.

²¹⁶ GUIASOLA LERMA, C., *Op. Cit.*, pag.640.

²¹⁷ Cfr. SALINERO ALONSO, C., *Op. Cit.*, pag.315.

²¹⁸ Así ROMA VALDES, en contra DE LA CUESTA ARZUMENDI. Cfr. GUIASOLA LERMA, C., *Op. Cit.*, pag.641.

²¹⁹ GARCÍA CALDERÓN, J.M., *Op. Cit.*, pag.109.

²²⁰ El tenor del artículo 40 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español en cuanto a que forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, **hayan sido o no extraídos** y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental y el del artículo 44 al declarar bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar suponen argumentos reforzados en este sentido indicado.

²²¹ GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La Protección Penal del Patrimonio Histórico*, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Madrid, 1997, pag. 424, habla por ejemplo de un *daño social* para los casos en los que se impide que el bien pueda ser disfrutado por la colectividad, pero cabe pensar también en todos aquellos casos en los que lo afectado es la posibilidad de contextualizar históricamente el registro arqueológico sin necesidad de que se produzcan daños materiales.

²²² En contra, TAMARIT SUMALLA, J.M., cit. en SALINERO ALONSO, C., *Op. Cit.*, pag.316.

²²³ SALINERO ALONSO, C., *Op. Cit.*, pag.315.

²²⁴ GUIASOLA LERMA, C., *Op. Cit.*, pag.663 y ss: “*es preciso no confundir, pues, como ya se dijo, la intención y el móvil, de forma que el delito de daños está pensado para quien dirige su conducta a destruir,*

zar sin que sea precisa la existencia de un propósito ulterior del agente ni de un ánimo de perjudicar²²⁵.

La causación por imprudencia de estos daños está penada en el artículo 324 del Código Penal²²⁶ que castiga al que por *imprudencia grave* cause daños, en cuantía superior a 400 euros, en –además de otros bienes- yacimientos arqueológicos, “*atendiendo a la importancia de los mismos*”.

Dos aspectos hay que tratar aquí. En primer lugar, en cuanto a la entidad de la imprudencia para merecer la consideración de grave tanto GARCÍA CALDERÓN como ROMA VALDÉS²²⁷ se refieren a la consciencia de la culpa en el sentido de la necesidad de una representación mental de la infracción de las normas de cuidado por parte del sujeto. En segundo lugar, en cuanto a la mención final del artículo estableciendo como elemento moderador de la sanción la referencia a “*atendiendo a la importancia de los mismos*” discrepan aquellos que entienden que con ello se alude al valor de los daños y los que consideran que es al valor de los bienes dañados. Pues bien, GARCÍA CALDERÓN interpreta que si bien en puridad parece aludir a los propios daños²²⁸, quizá convendría entender por tales los bienes dañados o, mejor dicho, la naturaleza o catalogación que merezca el bien agredido y la intensidad en la vulneración del deber de cuidado.

Para terminar con este apartado señalaremos que el artículo 323 establece que, en los casos en él regulados, los Jueces o Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado. La utilización de la expresión “*en lo posible*”²²⁹ da cuenta de que el legislador era consciente de la dificultad que supone la adopción de medidas eficaces en este ámbito, especialmente en el caso de daños causados a yacimientos arqueológicos, habitualmente, como ya se ha dicho, irreparables²³⁰. Paradójicamente, no se encuentra similar precisión reparadora para el caso de

los daños causados por imprudencia. Ahora bien, si se entiende que la naturaleza de tales medidas pertenece al ámbito de la responsabilidad civil, si bien con características propias, tal vez ni siquiera hubiera sido necesaria una mención expresa de dicha posibilidad en la parte especial en la medida en que, como disponen los artículos 109 y siguientes del Código Penal, la ejecución de un delito obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados –en los que, sin lugar a dudas, se incluyen los ocasionados a estos bienes jurídicos de la colectividad- y ello supone la restitución, la reparación (con cualquier obligación de dar, hacer o no hacer a cumplir por el infractor o a ejecutar a su costa) y la indemnización. El que el legislador, sin embargo, haya optado por recoger expresamente dichas facultades, lejos de considerarse como una mera redundancia habrá de ser interpretado en el sentido de expresar el interés de aquél en que, frente a los ataques que tipifica al bien jurídico señalado, efectivamente se produzca una respuesta integral de la Jurisdicción penal que abarque tanto el aspecto repressivo-punitivo, como el restaurador²³¹.

5.1.3. Daños en el patrimonio arqueológico derivados de construcciones

Ya quedó dicho, a propósito de la referencia que hicimos al *Convenio Europeo Sobre la Protección del Patrimonio Arqueológico* de La Valetta (Malta), de 16 de enero de 1992, que una eficaz acción de tutela del patrimonio arqueológico había de implicar ineluctablemente la necesidad de imbricar dicha protección con el urbanismo y la ordenación del territorio, en la medida en que el desorden en uno u otro de estos dos últimos elementos se constituye en importantísimo factor de destrucción del otro. Se ha destacado entre la doctrina que el protagonismo en cuanto a amenaza al patrimonio arqueológico ha dejado de ser de titularidad exclusiva de las excavaciones clandestinas para pasar a ser compartido con los grandes proyectos de construcción. De manera que la destruc-

menoscabar o inutilizar un bien ajeno, o excepcionalmente uno de su propiedad, pero tal proceder no es incompatible con un móvil lucrativo”.

²²⁵ Ejemplo de condena por este delito lo encontramos vgr. en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 269/2003 (Sección 1ª), de 8 octubre.

²²⁶ Ejemplo de condena por este delito lo encontramos vgr. en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva núm. 15/2005 (Sección 2ª), de 18 febrero.

²²⁷ GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, Op. Cit., pag. 117. ROMA VALDÉS, A., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, Op. Cit., pag.32.

²²⁸ En el mismo sentido ROMA VALDÉS, A., Op. Cit, pag. 32.

²²⁹ Mientras que en el artículo 321, para el caso de derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental la expresión utilizada es “*en cualquier caso*”.

²³⁰ Cfr. RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *El Uso de Detectores de Metales en la Legislación Cultural española*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº

7-2003, Madrid, 2003, pag. 235: “*Lo que no se haya registrado en el momento de su hallazgo es imposible de recuperar. Ni siquiera otra estructura similar contendrá los mismos datos; cada entidad arqueológica es única e irreplicable. Por eso el expolio del patrimonio arqueológico resulta nefasto no tanto por la pérdida de objetos o estructuras de singular belleza o rareza (que también), como por la imposibilidad de restitución del daño producido, una vez cometido*”.

²³¹ Da ejemplo de ello la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 30/2004 (Sección 6ª), de 30 abril, que para un caso de condena por daños imprudentes a yacimientos arqueológicos del tipo previsto en el artículo 324 del Código Penal impone una serie de medidas, aunque las fundamenta con cita del artículo 339 que, en sede de disposiciones comunes al título XVI, *De los Delitos Relativos a la Ordenación del Territorio y la Protección del Patrimonio Histórico y del Medio Ambiente*, dispone que los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.

ción de yacimientos es cada vez más consecuencia del desarrollo urbano y de la especulación del suelo²³². Por ello, como indica SALINERO ALONSO²³³, esta vinculación especial entre bienes jurídicos lleva a que a través de la protección de uno se pueda alcanzar la del otro.

Sin emprender un estudio del tipo penal, pues ello desbordaría las pretensiones de este trabajo, mencionaremos que –en sede de Delitos Contra la Ordenación del Territorio– el artículo 319.1 del Código Penal castiga “a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en (...)lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor (...)artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”.

Resulta obvio que, a diferencia de otras figuras penales que igualmente tienden a la protección del Patrimonio Histórico, o alguno de sus elementos, en este caso, se está exigiendo la existencia de un previo acto legal o administrativo que proclame el valor artístico, histórico o cultural del lugar, lo que al decir de algunos autores se constituye en el directo objeto de protección²³⁴. La calificación legal o administrativa del suelo será por tanto la que en este orden señale la pauta de la respuesta penal. Pero, como anotan FILDALGO MARTÍN y JIMÉNEZ MUÑOZ²³⁵. El concepto jurídico indeterminado *suelos de valor cultural* genera inseguridad jurídica en tanto es complejo delimitar cuando un suelo goza de esa categoría y cuando, en cambio, la protección cultural que ostente no sea suficiente para incluir la acción del que construye dentro del tipo penal. Así, de acuerdo con los mencionados autores, la catalogación de Bien de Interés Cultural, en tanto que grado de máxima protección en la legislación de patrimonio histórico, comprenderá el concepto de suelo de valor cultural. Del mismo modo, lo comprenderán las categorías de significado análogo que establezcan las legislaciones de las Comunidades Autónomas. El problema se suscita cuando nos encontramos ante catalogaciones de menor trascendencia o entidad (piénsese, por ejemplo, en la distinción que se introduce en la ley del patrimonio Histórico de Andalucía entre las inscripciones en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz con carácter genérico, cuando se pretenda únicamente identificar un bien como parte integrante de dicho Patrimonio, o con carácter específico cuando se quie-

ran aplicar las normas generales y particulares especialmente previstas en la Ley para esta clase de inscripciones o en categorías de protección que incorpora el propio planeamiento urbanístico).

En este sentido, si bien el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este concreto extremo del artículo 319.1 del Código Penal, sí lo ha hecho en relación con el artículo 321 y su concepto de bienes “*singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental*”. Se trata de la sentencia núm. 654/2004 (Sala Segunda, Ponente Delgado García), de 25 de mayo, cuya interpretación especialmente restrictiva de lo que deba entenderse por “*singularmente protegido*” va a permear la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales²³⁶. En la resolución citada el Tribunal Supremo, para el caso del derribo de una casa montañesa integrada dentro del perímetro de un conjunto histórico artístico que había sido declarado como tal por Real Decreto entiende que, al no declararse como conjunto histórico todos los elementos o edificaciones de ese conjunto, falta el elemento del tipo “*singularmente protegidos*”, por lo que concluye que las declaraciones de conjuntos históricos sin delimitar cada uno de los elementos o partes no tendrán la consideración de singularmente protegidos.

FILDALGO MARTÍN y JIMÉNEZ MUÑOZ²³⁷ entienden entonces que los demás suelos o bienes que estén catalogados con algunas de las categorías distintas a la de Bien de Interés Cultural o análogas en la legislación autonómica sólo podrían incluirse en la protección cultural del artículo 319.1 cuando, al menos, gocen de una especial protección, en los términos exigidos en el último inciso de éste, lo que ha de significar que presenten una singular identificación, ostenten una catalogación individualizada e, indudablemente, tengan un reconocimiento administrativo previo derivado de un procedimiento de concesión, por lo que su inclusión en la protección del artículo 319.1 exigiría una precisa individualización con un régimen adecuado de protección.

Sin embargo, no creemos que la doctrina de la sentencia de 25 de mayo de 2004 sea trasladable sin más al ámbito del artículo 319.1 del Código Penal. Para empezar, coincidimos con GORRIZ ROYO²³⁸ en cuanto a que la diferencia entre los objetos materiales identificados con los “*lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural*” y aquellos otros consistentes en espacios que “*por los mismos*

²³² GUIASOLA LERMA, C., *Op. Cit.*, pag. 638.

²³³ SALINERO ALONSO, C., *Op. Cit.*, pag.323.

²³⁴ Vgr. ROMA VALDÉS, A., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal, Op. Cit.*, pag. 24.

²³⁵ FILDALGO MARTÍN, C. y JIMÉNEZ MUÑOZ, B., *Las Parcelaciones Ilegales en Espacios de Protección Cultural*, en *Informe correspondiente al año 2004 de la Red de Fiscales Medioambientales de Andalucía*, incorporado en el Anexo de la Memoria Anual de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 2004, pag. 108.

²³⁶ Vgr. vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo núm. 17/2005 (Sección 1ª), de 25 enero, Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca núm. 33/2002 (Sección Unica), de 19 abril, Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 60/2005 (Sección 4ª), de 17 mayo.

²³⁷ FILDALGO MARTÍN, C. y JIMÉNEZ MUÑOZ, B., *Op. Cit.*, pag. 117.

²³⁸ GORRIZ ROYO, E., *Protección Penal de la ordenación del Territorio. Los Delitos Contra la Ordenación del Territorio en Sentido Estricto del Artículo 319 CP*, Valencia, 2003, pag. 930 y ss.

motivos hayan sido considerados de especial protección” es muy leve, pero no conviene equipararlos pues no lo están en la esfera administrativa y hacerlo supondría restringir injustificadamente el ámbito típico de este delito. De manera que para el primer grupo, es decir, los “lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural”, como muy detalladamente razona GÓRRIZ ROYO, “las fuentes normativas de las que emana el reconocimiento de los lugares con valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, pueden ser leyes sectoriales tanto estatales como autonómicas, e incluso normas locales y comunitarias”. Para el caso de espacios que “por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”, frente a los que consideran que se trata de una cláusula indeterminada que haría peligrar la seguridad jurídica, entiende que lo que hace el legislador es consagrar una categoría formal de suelo, en concreto el “suelo no urbanizable de especial protección”. De dicha categoría no resultarían penalmente relevantes a estos efectos todos los lugares previstos en esta clasificación del suelo, sino únicamente aquellos en los que se manifiesten valores artísticos, históricos o culturales. Con ello en modo alguno se vulneran los principios de certeza o legalidad, sino que se establece una accesoriadad con respecto a esta categoría prevista en el planeamiento urbanístico.

Hasta aquí hemos aludido a supuestos de construcción lugares en los que ésta está prohibida, con independencia de que se produzca, o no, una efectiva destrucción de yacimientos arqueológicos. Para el caso de que ésta se produzca se plantearán las necesarias relaciones de concurso delictivo entre los tipos de los artículos 319.1 y 323 o 324 del Código Penal.

5.1.4. La sustracción y apropiación de piezas arqueológicas. Especial referencia al empleo de detectores de metales

Ya hemos dicho que con gran frecuencia en este tipo de conductas la intención dañosa está directamente en conexión con un móvil lucrativo que persigue la obtención de piezas arqueológicas, bien para hacerlas propias (coleccionismo privado), bien –lo que es más común– para su introducción en los mercados ilícitos nacionales o internacionales. Constituye la práctica más habitual la utilización de aparatos detectores de metales²³⁹. Así, RODRÍGUEZ TEMIÑO²⁴⁰ alerta de que “resulta chocante la poca consideración que está recibiendo este tema, a pesar de haberse convertido en una amenaza muy extendida debido a la populariza-

ción del uso de estas máquinas y a ser una de las causas más frecuentes de las denuncias de la Guardia Civil en materia de expolio del patrimonio arqueológico”. Del mismo modo apunta que los detectores de metales no son instrumentos inespecíficos, sino que responden manifiestamente a la función de buscar objetos metálicos enterrados, que en la mayoría de los casos son de carácter arqueológico. Y añade que la propaganda hecha por las marcas fabricantes de estos aparatos explota abiertamente esta utilidad, ya que en algunos de los países de origen la búsqueda de restos arqueológicos no está sujeta a mayor restricción que la de contar con la autorización del propietario de los terrenos²⁴¹.

En este orden de cosas, partiendo de la posibilidad de admitir el hecho de que con un detector de metales se producen hallazgos casuales (lo que no resulta muy verosímil pero admiten numerosas sentencias del Orden Contencioso-Administrativo) y no casuales de objetos arqueológicos, la doctrina ha señalado las insuficiencias de la Ley del Patrimonio Histórico Español para la sanción de esta actividad por imperativo del principio de tipicidad y taxatividad de las infracciones. La razón está²⁴² en que lo dispuesto en los artículos 41.1 y 41.2 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, al someter a previa autorización determinadas prácticas (prospecciones y excavaciones), lo es apuntando como objetivo fundamental a la investigación, tal como se deduce de las definiciones que el legislador da de ambas técnicas. Por eso, paradójicamente, las infracciones tipificadas para la realización de estas actividades sin autorización no son

fesionalización y organización de los mismos, surgiendo redes en las que intervienen intermediarios y distintos niveles de participación. En la medida en que su objetivo suele ser la obtención de piezas metálicas, especialmente monedas, y la detección de sepulturas con ajuares en los que se incluyan útiles metálicos, el resultado es el arrasamiento de numerosos yacimientos arqueológicos.

²⁴⁰ RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *Op. Cit.*, pag. 234.

²⁴¹ “lo cierto es que la capacidad ofrecida por los detectores de metal para localizar restos arqueológicos no se aplica principalmente en el marco de proyectos de investigación, sino fuera de ellos, para la búsqueda de monedas y objetos de colección. Lo cual representa una sangría de bienes de vocación pública a manos privadas inaceptable en nuestro marco legal. Pero, aunque los objetos recuperados de esta forma, al margen de toda intervención arqueológica científica, fuesen entregados a museos u otras instituciones públicas, este tipo de búsquedas reflejan una concepción del patrimonio histórico en la que prima la pieza sobre el contexto; su belleza o rareza sobre su significación histórica; el valor económico sobre el de uso; la apropiación individual sobre la fruición colectiva. En definitiva, una idea de la arqueología, más propiamente una arqueografía, en poco distinta a la anticuaría, que por fortuna hace ya tiempo que viene desterrándose en el mundo académico y profesional. Y esto en el mejor de los casos, porque en el peor, estaríamos hablando de expolio: de la inmisericorde y planificada devastación de la riqueza cultural de un país para el abastecimiento del mercado ilícito de antigüedades, en provecho de unos pocos”: RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *Op. Cit.*, pag. 239.

²⁴² Seguimos la esclarecedora exposición de RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *Op. Cit.*, pag. 242 y ss.

²³⁹ Apunta MAGÁN PERALES, J.M^a., *La Protección Policial del Patrimonio Histórico: Aspectos Legales y Organizativos*, *Op. Cit.*, pag. 113 y ss., que si bien inicialmente en cuanto al perfil criminológico se trataba de personas de niveles socioeconómicos bajos que se dedicaban habitualmente a esta práctica de expolio como forma de obtener una fuente de ingresos suplementarios en zonas no muy desarrolladas económicamente, de un tiempo a esta parte se ha avanzado en la pro-

aplicables a la conducta de los *detectoristas*, al no ser la investigación su objetivo. De suerte que la creación del dominio público arqueológico en el artículo 44.1 LPHE, al que ya hemos aludido, es el único elemento de valor en este aspecto como punto de partida para la regulación que realizan las distintas leyes autonómicas.

De todas formas, antes de continuar conviene poner de manifiesto que para el caso de las remociones de tierra posteriores a la realización de un hallazgo supuestamente casual, que plantean parecidos problemas a la vista de la LPHE, no habría dificultad en cuanto a su incardinación en el supuesto típico del ya estudiado artículo 323 del Código Penal. Precisamente por ello es frecuente que se produzca un reparto de roles en la actuación delictiva, de manera que el *detectorista* se limita a constatar la presencia en un determinado lugar de la pieza o piezas arqueológicas y a marcar, con signos pactados de antemano, su situación. Posteriormente será otro u otros los que procedan a la extracción, previa remoción de tierra. De esta forma el que utiliza el aparato detector se ampara en las lagunas legales ya señaladas y el que extrae la pieza, en caso de ser sorprendido por las fuerzas de seguridad del Estado, tratará de invocar que se acababa de producir el hallazgo casual. Pero, con todo, el tipo penal en cuestión se revela como de extraordinario valor en este estado de cosas.

Las normas autonómicas siguen una doble vía para rellenar los huecos que presenta la normativa estatal. De una parte están aquellas que en cierta forma profundizan en el camino marcado por la LPHE. Mediante la ampliación del concepto de prospección arqueológica, dan cabida a prácticas materialmente similares pero que carecen de finalidad y metodología arqueológica, y al considerar infracción la práctica de éstas sin autorización se posibilita entonces su sanción. De otra parte están aquellas Comunidades Autónomas que optan por el sometimiento a autorización de la utilización de aparatos destinados a la detección de restos arqueológicos²⁴³.

La Ley 1/1991, de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía se adscribe a esta última técnica al establecer en su artículo 113.5 como infracción menos grave *“la utilización de aparatos destinados a la detección de restos arqueológicos sin contar con la autorización de la Administración de Cultura o sin cumplir los condicionamientos impuestos en la misma”*. Se trata de una autorización distinta de la necesaria para actividades arqueológicas.

El problema que se suscita es el de que el mero empleo de estos aparatos no es prueba suficiente de la conducta infractora. Como se ha visto, la norma habla de *aparatos destinados a la detección de restos arqueológicos* y los infractores suelen invocar que no

²⁴³ Para una detallada relación de estas normas vid. RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *Op. Cit.*, pag. 244 y ss.

era ese el destino del aparato detector de metales que estaban utilizando. De manera que aunque se trate de una infracción de mera actividad será preciso demostrar que la persona sorprendida estaba buscando restos arqueológicos y no otra cosa (minerales, por ejemplo), elemento subjetivo del tipo sin cuyo curso no se acreditará el ilícito. Para ello, si no media confesión del inculpado, deberá recurrirse a pruebas indiciarias²⁴⁴.

De manera que desde muy diferentes ámbitos se viene reclamando la necesidad de regular más precisamente el uso de detectores de metales, llegándose a postular que sería conveniente la exigencia de una licencia para la mera tenencia de estos instrumentos²⁴⁵.

Pues bien, la principal problemática que se suscita en la esfera penal en este punto, y donde especialmente se pone de manifiesto la insuficiencia de la vigente regulación legal, es la de la tipificación de los supuestos en los que los expoliadores se hacen con objetos arqueológicos. La discusión, como veremos, se labra en torno a la posibilidad o no de configurar tales conductas como formas de hurto o apropiación indebida, existiendo dos tesis opuestas, que delinean su enfrentamiento a partir del problema de base acerca de cuándo surge la demanialidad de los bienes arqueológicos ocultos a tenor del artículo 44.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español.

Como ya anticipamos, tras castigar el artículo 234 del Código Penal como reo de hurto al que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, el artículo 235 establece una agravación para el caso de que se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. Por su parte, el

²⁴⁴ Dentro del proceso de reforma emprendido de la ley 1/1991, de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía, se trata de ofrecer solución a tales problemas. Así, el número primero del artículo 60 del borrador de Anteproyecto de ley de Patrimonio Histórico de Andalucía, de 10 de julio de 2006, establece que *“el uso de detectores de metales u otras herramientas o técnicas que permitan localizar restos arqueológicos, aun sin ser ésta su finalidad, deberá ser autorizada por la Consejería competente. Esta autorización deberá ser resuelta y notificada en el plazo de tres meses, debiendo entenderse desestimada si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído resolución expresa”*. A continuación, el texto precisa que la autorización, de la que podrán eximirse los usos que se establezcan reglamentariamente, se otorgará con carácter personal e intransferible, debiendo indicarse el ámbito territorial y el plazo para su ejercicio. En relación con las Asociaciones entre cuyos fines se encuentre la detección de objetos, metálicos o de cualquier otra naturaleza, que se encuentren en el subsuelo, se dispone que sus estatutos deberán recoger, de forma expresa, la obligatoriedad de la autorización de la Consejería para la localización de restos arqueológicos. El artículo 108.t) tipifica como infracción menos grave *“El uso no autorizado de aparatos detectores en lugares susceptibles de contener restos arqueológicos, hayan sido o no reconocidos expresamente por la Administración cultural”* y en tales casos se prevé expresamente como sanción, además de la pecuniaria, el decomiso definitivo de los aparatos detectores (se prevé igualmente la intervención cautelar de los aparatos).

²⁴⁵ Vgr. CORTÉS RUIZ, A., *Op. Cit.*, pag.71.

artículo 253 sanciona a los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de 400 euros, estableciéndose una análoga agravación si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años. Pareciera entonces que con esta normas, junto con la consagración en el artículo 44.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español de que son bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar, se cuenta ya con cuantos elementos resultan necesarios para la incriminación penal de tales conductas. Sin embargo, la cuestión es bastante más compleja.

No cabe ninguna duda, como sostiene GARCÍA CALDERÓN²⁴⁶, de que para los casos de yacimientos que cuenten con una previa declaración administrativa de protección conforme a las previsiones de la legislación de Patrimonio Histórico, ya sea la estatal o las autonómicas, ningún problema plantea la tipificación como delito agravado de hurto de la extracción y apoderamiento de piezas arqueológicas. En tal sentido afirma que *“no es cierto, por tanto, que los bienes arqueológicos ocultos en cualquier yacimiento, cuando haya sido declarado como tal y formalmente protegido, no tengan la consideración de cosas muebles y ajenas. Lo son y son, además, previamente poseídas por la Administración que documenta y declara a través de un válido instrumento administrativo que la riqueza arqueológica contenida en el yacimiento le pertenece”*. Y considero que idéntica solución resulta de aplicación, sin necesidad de expresa figura de protección, también para todos aquellos casos en los que el yacimiento esté suficientemente identificado (piénsese, por ejemplo, en ARQUEOS, el Sistema de Información del Patrimonio Arqueológico de Andalucía).

Es precisamente en torno al concepto de ajenidad donde se ventilan las grandes cuestiones referentes a la tipicidad de los comportamientos que venimos tratando. En principio no parece haber dificultad en cuanto a que la consideración de dominio público de estos bienes suponga obstáculo alguno a dicha calificación. Sin embargo, parte de la doctrina encuentra dificultades insalvables para la aplicación de las figuras de hurto y apropiación indebida. Para algunos en cualquier caso, para otros respecto de, al menos, los casos de patrimonio oculto.

Por lo que respecta a la apropiación indebida del artículo 253 del Código Penal, ROMA VALDÉS²⁴⁷ pos-

tula que resulta imposible encuadrar en el tipo los objetos que tienen las características de patrimonio histórico. La razón principal que esgrime es que, tanto en el caso de cosa perdida, como en el de dueño desconocido, se excluyen los supuestos de *rei nullius* y *rei derelictae* porque lo que se protege es el patrimonio público o privado, es decir, casos de propiedad *actual* para los que únicamente el delito está pensado. A partir de aquí, interpretando el artículo 44.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, entiende que la titularidad de la Administración en concepto de dominio público comienza sólo una vez que se ha producido el hallazgo, de suerte que antes de éste, al no existir titularidad alguna, no estaríamos ante un bien perdido. Paralelamente, por lo expuesto, después del hallazgo tampoco cabría hablar de dueño desconocido, porque entonces la titularidad administrativa es innegable, y tampoco resultaría el tipo de aplicación.

La exclusión de la aplicación de las figuras de hurto de los artículos 234, 235.1 y 623.2 del Código Penal la basa este autor, partiendo de que el interés jurídico protegido por el delito en cuestión sería la posesión de hecho de las cosas muebles, lo que no es unánime en la doctrina, en el hecho de que, con anterioridad al hallazgo no pueden configurarse como activos patrimoniales los bienes arqueológicos y con posterioridad al mismo, mediante la configuración demanial *ope legis* de los bienes, la Administración tiene el dominio pero no la posesión de éstos. Mantiene que no cabe hablar siquiera de posesión mediata de manera que el necesario elemento de la ajenidad quebraría. ROMA VALDÉS únicamente admite que cabrá hablar de delito de hurto de bienes arqueológicos en la hipótesis de sustracciones de objetos realizadas en excavaciones llevadas a cabo por la Administración o con su autorización pues solo en tales casos se podrá hablar de titularidad y posesión directa de la cosa aunque la efectiva extracción de las piezas del terreno no se haya llevado a cabo²⁴⁸.

Estos planteamientos son recogidos con absoluta fidelidad, hasta el punto de extensas citas textuales, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm. 650/2000 (Sección 1ª), de 31 octubre. Esta resolución excluye además la posibilidad de aplicación a los casos que venimos estudiando del delito básico de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal. Argumenta que *“en la dinámica de este delito hay que distinguir dos momentos: uno consistente en la transmisión legítima de la posesión de la cosa con título que produzca la obligación de devolver y otro de apropiación antijurídica por parte del poseedor legítimo, acaeciendo la infracción penal en este segundo momento de disposición de la cosa ajena (ya hemos analizado la dificultad de configurar la ajeni-*

²⁴⁶ GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, Op. Cit., pag.114.

²⁴⁷ ROMA VALDÉS, A., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, Op. Cit., pag.15 y ss.

²⁴⁸ En sentido similar SALINERO ALONSO, *Op. Cit.*, pag. 226.

dad de los objetos). Los títulos de posesión con obligación de devolver, están expuestos por el tipo en régimen de numerus apertus: «depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos», en todo caso la base de la titularidad ha de ser firme y evidente (también hemos expuesto la realidad de su desconocimiento por la Admón.). Y si tales hechos no tienen encaje en el tipo especial de apropiación indebida del artículo 253, mayores dificultades se encuentran para encajarlas en esta «apropiación propia» en tanto que el título por el que se recibe, es una ficción legal de «depósito». De esta forma concluye que «sólo sería punible en todo caso la conducta realizada por quien tras descubrir la cosa y comunicar su hallazgo a la Administración, se apodera de ella con ánimo de lucro y no de devolución, pudiendo fundamentarse la punición en la distracción del bien, cuando la Administración ya tenga conocimiento del mismo, pues adquiere con ello el dominio efectivo, pero delega en el particular la obligación de entregarlo».

Frente a estos planteamientos, GARCÍA CALDERÓN²⁴⁹ mantiene la aplicabilidad –aunque la tilda de residual– de la figura de la apropiación indebida del artículo 253 para el caso de apoderamiento de objetos arqueológicos en lugares que no cuentan con previa declaración administrativa de protección. En su opinión, acudiendo al sentido gramatical del término, que alude tanto a *dejar de tener* como a *no hallar*, sí cabe considerar a estos bienes como *cosas perdidas*, porque no es exigible necesariamente que la pérdida de la posesión tenga un carácter material. El punto fundamental de su discrepancia se centra en que, según su interpretación, el artículo 44.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español “*otorga a la Administración una forma de posesión diferida que no comienza con el hallazgo sino con anterioridad al mismo, durante el periodo de ocultación del bien y que estaría justificada por la obligación constitucional que obliga a los poderes públicos una preservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico Español el cual aparece genéricamente depositado en manos de las autoridades culturales competentes*”. Hace suya la tesis de ALEGRE ÁVILA en cuanto a que *no podemos vincular la intervención administrativa a la previa existencia de una titularidad dominical, cuando es más que evidente que el ejercicio de las actividades administrativas, tal y como resultan configuradas por la Ley (y la potestad autorizatoria, al menos en sus perfiles clásicos, es un típico ejemplo de ejercicio de policía administrativa), dimanar de la posición institucional de supremacía de la Administración, que no precisa fundarse en otro título habilitante sino en una previa norma jurídica*²⁵⁰. De modo que concluye que pueden tipificarse como formas de apropiación inde-

bida del artículo 253 la sustracción de piezas arqueológicas en lugares que no cuenten con previa declaración administrativa de tutela siempre que sea posible acreditar, primero, el ánimo de apoderamiento definitivo del sujeto y, segundo, la conciencia siquiera sea aproximada por parte de éste de la relevancia histórica de los bienes sustraídos.

En similar sentido CONDE-PUMPIDO FERREIRO²⁵¹, para el que cuando se trate de cosas que por su interés y valor son propias del Patrimonio Histórico Español, puesto que *ex lege* están declaradas de dominio público, la ocupación de la cosa solo genera una posesión en nombre de otro, el Estado, posesión que además es a título de depósito legal desde que comunique el descubrimiento hasta que los objetos sean entregados a la Administración competente (artículo 44.2 de la Ley de Patrimonio Histórico Español). Así pues, a su juicio es claro que en este supuesto la apropiación del tesoro arqueológico o histórico hallado da lugar a un delito de apropiación indebida propio, esto es, del previsto en el artículo 252 del Código Penal, ya que el agente tiene la cosa por un título –el depósito– que le obliga a entregarla a su titular real –el Estado–.

Con todo, las evidentes discrepancias doctrinales que hemos puesto de manifiesto, en tanto que trasunto de las dificultades técnicas de subsunción en las normas penales que provocan estas conductas, junto a las sentencias absolutorias que se acogen a tales inconvenientes, son el principal argumento a favor de postular una reforma legal que recoja expresamente un tipo de expolio de yacimientos arqueológicos y una depuración técnica en la redacción de las figuras de sustracción y apropiación.

6. El tráfico ilícito de objetos arqueológicos

También en este punto la normativa penal es susceptible de mejora. En primer lugar, como reclama GARCÍA CALDERÓN²⁵², parece conveniente reclamar la oportunidad de tipificar alguna forma específica de receptación de este tipo de bienes, lo que redundaría tanto en el incremento de la prevención de las agresiones al patrimonio Histórico, como del blanqueo de capitales. Entretanto, las dificultades ya puestas de manifiesto en cuanto a la tipificación como hurto o apropiación indebida de las conductas de sustracción y apoderamiento de objetos arqueológicos se reflejará paralelamente en la dificultad de aplicación de los tipos genéricos de la receptación de los artículos 298 y siguientes del Código Penal.

²⁴⁹ GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, Op. Cit., pag.114.

²⁵⁰ ALEGRE ÁVILA, *Evolución y Régimen Jurídico del Patrimonio Histórico*, cit. en GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, Op. Cit., pag.114.

²⁵¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *La Apropiación de Cosa Perdida*, en *TOL (Tirant on Line)*, ref. 117134, 2002.

²⁵² GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, Op. Cit., pag.119.

Por otra parte, la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de Diciembre, de represión del Contrabando en su artículo 2.1.e) tipifica como delito de contrabando, “*siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 18.000 euros*”, el sacar del territorio español bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, sin la autorización de la Administración del Estado cuando ésta sea necesaria. Si el contrabando se realiza a través de una organización, la conducta será típica aunque el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea inferior a dicho valor (artículo 2.3.a). Igualmente, el artículo 75 de la ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, tras establecer que la exportación de un bien mueble integrante del Patrimonio Histórico Español que se realice sin la autorización prevista en el artículo 5 constituirá delito, o en su caso, infracción de contrabando, de conformidad con la legislación en esta materia, señala que “*serán responsables solidarios de la infracción o delito cometido cuantas personas hayan intervenido en la exportación del bien y aquellas otras que por su actuación u omisión, dolosa o negligente, la hubieren facilitado o hecho posible*”. Sobre el alcance de este precepto se ha discutido abundantemente pues al aludir a responsables solidarios de la infracción o delito cometido parece exceder la dimensión puramente civil²⁵³. Pero siendo así que una norma de estas características no puede determinar *ope legis* quienes sean los autores de un delito, parece más lógico pensar en una técnicamente defectuosa redacción²⁵⁴.

7. Apuntes para una reforma penal contra el expolio de yacimientos arqueológicos

Llegados a este punto se habrá podido comprobar que la normativa penal no acaba de ofrecer una regulación lo suficientemente eficaz como para responder a los perfiles que revisten las conductas más gravemente atentatorias contra el Patrimonio Histórico. De ahí que desde distintos sectores hayan surgido voces que reclaman reformas globales en esta materia. En las líneas que siguen nos limitaremos a recoger algunas de tales aportaciones en lo que exclusivamente se refiere al que ha sido el objeto de este trabajo. No se tratará entonces de reconsiderar integralmente la

²⁵³ En tal sentido GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, Op. Cit., pag.120.

²⁵⁴ MILANS DEL BOSCH, S., *Delitos Sobre el Patrimonio Histórico*, en obra colectiva LESMES SERRANO, C., ROMÁN GARCÍA, F., MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRIES, S., ORTEGA MARTÍN, E., *Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente*, Granada, 1997, pag. 284, entiende que dicha mención legal no supone apartarse de las reglas generales del Código Penal y recuerda que la ley de Patrimonio Histórico no tiene carácter de Ley Orgánica.

ordenación de los Delitos Sobre el Patrimonio Histórico sino únicamente plantear en qué aspectos se vería mejorada la tutela del patrimonio arqueológico por medio de ciertas reformas y modificaciones en los tipos penales.

Dos aportaciones doctrinales, de entre las que han abordado estos problemas, aparecen como especialmente interesantes. Ambas emprenden, de manera omnicompreensiva, la tarea de proponer líneas de reforma de la regulación sustantiva de los delitos tocantes al patrimonio cultural. Hay que mencionar entonces el trabajo del muy citado ROMA VALDÉS, “*Por Una Reforma de la Protección Penal del Patrimonio Cultural*”²⁵⁵, en la medida en que no se limita a analizar los fundamentos que avalan las necesarias reformas, sino a ofrecer una propuesta positiva de regulación a través de un texto articulado. Por otra parte, en el marco de las anteriormente mencionadas reuniones de trabajo entre la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz y la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en las que se analizaron en profundidad los delitos sobre el Patrimonio Histórico, surgió –del mismo modo que en materia de Delitos Contra la Ordenación del Territorio– la oportunidad de creación de una comisión de estudio formada por miembros de ambas instituciones con el objeto de abordar *Propuestas de Modificación de la Regulación Penal de los Delitos Sobre el Patrimonio Histórico*²⁵⁶.

Como punto de partida, conviene señalar que no hay acuerdo entre los que consideran la conveniencia de la concentración en el Capítulo II del Título XVI del Libro II del Código Penal de la totalidad de los delitos referentes al Patrimonio Cultural, trasladando al mismo todas las figuras agravatorias previstas en otros preceptos (es el caso, por ejemplo, de ROMA VALDÉS, GARCÍA CALDERÓN, SALINERO ALONSO, GUIASOLA LERMA, entre otros) y aquellos que se inclinan por mantener el sistema mixto actual con las oportunas correcciones sistemáticas (vgr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ²⁵⁷). Veamos entonces algunos aspectos más concretos.

²⁵⁵ ROMA VALDÉS, A., “*Por Una Reforma de la Protección Penal del Patrimonio Cultural*”, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 9-2005, pags.251-259.

²⁵⁶ De ello se trató en las III Jornadas, celebradas en Granada, en el Palacio de la Real Chancillería, sede de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el 2 de marzo de 2006, donde se concluyó la oportunidad de que se llevara a efecto una mejora técnica en los delitos propios de esta materia. Los trabajos de la comisión, cuyos resultados serían presentados por el Defensor del Pueblo Andaluz ante el Parlamento de Andalucía, aun no han concluido. Debo el conocimiento sobre el estado de las deliberaciones y el acceso a los borradores de trabajo a la aportación del Fiscal Ignacio Rodríguez Fernández, miembro de dicho grupo de estudio y autor de buena parte de las consideraciones doctrinales que serán citadas en este epígrafe.

²⁵⁷ Los argumentos para mantener esta postura, minoritaria en la Doctrina, serían que con la tesis contraria, por los resultados que ofrecen experiencias legislativas precedentes, se puede acabar debilitan-

La dificultad, que ya hemos mencionado, de llevar a cabo la cuantificación de daños que en muchas ocasiones carecen de dimensión material aconsejaría que la tipificación de los ataques al patrimonio cultural se realizara al margen de la cuantía en que consistan éstos, sin perjuicio de introducir –como señala ROMA VALDÉS– una posibilidad de atenuación de la pena en los casos en que resulte escasa la entidad del daño (y una agravación específica para casos de extraordinaria gravedad).

Por otra parte, la tipificación de un *delito de expolio de yacimientos* aparece como conveniente a la vista de los problemas a los que anteriormente hemos aludido en lo referente a la tipificación de conductas en los preceptos relativos al hurto y apropiación indebida. Además, en ocasiones estos expolios, más que por el valor patrimonial intrínseco del bien atacado, provocan un daño mayor por el perjuicio que causan en el valor histórico-patrimonial del yacimiento y en el conocimiento científico, al impedir una correcta interpretación arqueológica. Sentada la práctica unanimidad de la doctrina en cuanto a la necesidad de cerrar el círculo punitivo para evitar indeseables resquicios de impunidad, ROMA VALDÉS se pronuncia a favor de la introducción de un tipo de expolio cuya dicción

castigaría “a quien, sin la debida autorización, realizare cualquier clase de excavación o remoción de tierras con la intención de obtener los restos arqueológicos que contuvieren los terrenos, así como a quien portare equipamiento adecuado con el mismo fin”²⁵⁸.

En cuanto a la receptación, ya mencionábamos que GARCÍA CALDERÓN postuló desde fechas muy tempranas la necesidad de establecer un subtipo agravado de receptación de bienes culturales²⁵⁹. Por su parte, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ sostiene que con su propuesta de introducir una agravación genérica por vía del artículo 22 del Código Penal que sustituiría a las concretas agravaciones específicas actualmente vigentes el tráfico ilícito de los bienes sustraídos quedaría cubierto por la receptación y dicha agravación genérica sin necesidad de introducir un tipo especial de aquélla. En su opinión, si el expolio se incluyera entre los delitos sobre el patrimonio histórico, la receptación dejaría de ser aplicable, pues el artículo 298 del Código Penal se circunscribe a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, por lo que considera que quizá, para evitar disfunciones interpretativas, fuera aconsejable un tipo específico de tráfico ilícito de bienes culturales, al margen de la receptación y el blanqueo.

do el fin agravatorio perseguido. Así, cuando se procedió en el Código de 1995 a la tipificación expresa de ciertos delitos societarios, se establecieron penas que suponían de facto un tratamiento más beneficioso que las figuras que venían aplicándose con anterioridad para las mismas conductas –precisamente formas agravadas de delitos patrimoniales comunes como la estafa o la apropiación indebida-. De forma que, al entender de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, no se debería emprender un proceso de reforma análogo en la materia que nos ocupa sin garantizar que el resultado no será contraproducente, y es difícil que alguien pueda ofrecer garantías al respecto atendiendo a la técnica legislativa actual –o a la falta de ésta-. Por otra parte, considera que la actual regulación –sólo en lo que se refiere a las formas agravadas de infracciones patrimoniales y con la excepción del controvertido expolio de bienes arqueológicos- garantiza la armonía de las conductas punibles. Lo cierto, es su razonamiento, es que la esencia del injusto de las figuras agravadas de delitos patrimoniales por razón de naturaleza cultural de su objeto –singularmente en lo que se refiere a los muebles- sigue siendo –especialmente en cuanto al desvalor de acción, a la forma de ejecución de la conducta- la misma que en los delitos de apoderamiento y defraudatorios –esto es, en los casos de hurto agravado, robo agravado, apropiación indebida agravada, estafa agravada, malversación agravada y daños agravados-. En estos supuestos, el sustrato del injusto sigue siendo la conducta predatoria o astuta, el apoderamiento y el engaño. La peculiaridad viene, por tanto, marcada en exclusividad por el objeto, pues aparecen una serie de bienes colectivos adicionales –no siempre los mismos ni en igual intensidad- que ofrecen un mayor desvalor de resultado. La naturaleza del objeto aporta un resultado más grave, pero la esencia del compor-

tamiento típico sigue siendo la misma: el apoderamiento y la defraudación. De ahí que parezca razonable y prudente mantener el sistema de agravación por referencia a la naturaleza de los bienes lesionados, pues no se aprecian razones de peso para establecer nuevas redacciones para las conductas. Si bien considera que técnicamente resultaría aconsejable una agravación genérica por vía del artículo 22 del Código Penal que sustituyera a las concretas agravaciones específicas actualmente vigentes pues de este modo, se evitarían las excepciones injustificadas al sistema de agravaciones (vgr. en el caso de robo con violencia o receptación) y también que la ampliación futura de delitos de la parte especial se haga con olvido de la singularidad de los bienes culturales que puedan verse afectados.

²⁵⁸ A propósito de esta idea, GARCÍA CALDERÓN, J.M., *Los Daños Por Imprudencia al Patrimonio Histórico*, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, Madrid, 1998, pag.111, consideraba “muy discutible que sea aconsejable llevar a cabo una tipificación específica respecto a una parte integrante o categoría del patrimonio histórico”. Cinco años más tarde, el mismo autor, en *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, Op. Cit., pag.107, reconoce que a pesar de sus dudas iniciales “la realidad criminal española ha terminado por darle la razón- a ROMA- ante la insuficiente respuesta normativa española para perseguir los frecuentes expolios de yacimientos arqueológicos”.

²⁵⁹ GARCÍA CALDERÓN, J.M., *Los Daños Por Imprudencia al Patrimonio Histórico*, Op. Cit., pag.111. También en *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, Op. Cit., pag. 119.

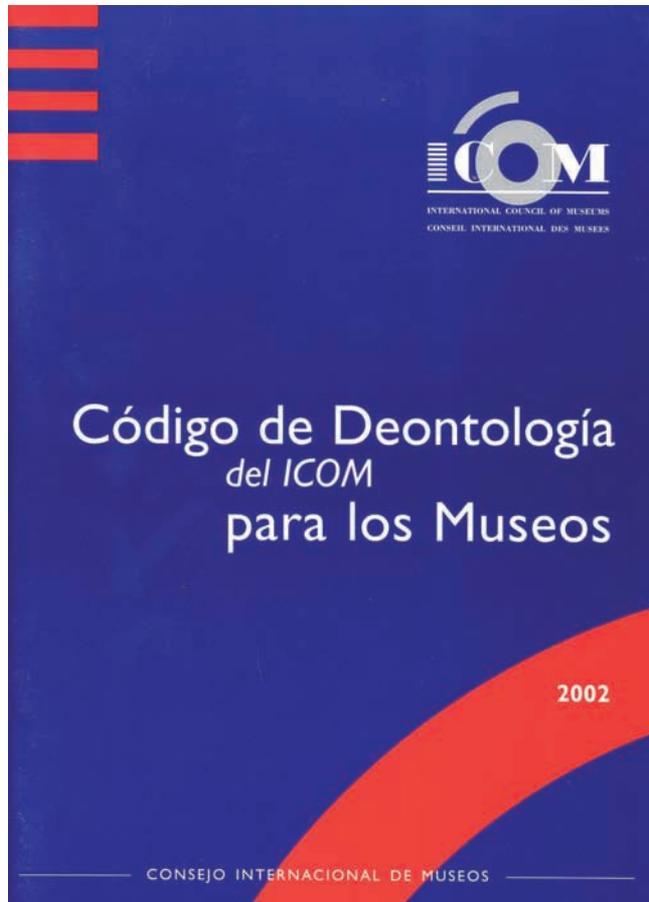
International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property

Code international de déontologie pour les négociants en biens culturels

Paul Klee "The Moon"
Stolen in 1936 from the Museum
of Fine Arts in Bern, Switzerland
and returned to the Museum
in 2001 with the help
of the German Police and Interpol.



Paul Klee "The Moon",
volé en 1936 au Musée
des Beaux-Arts à Berne, Suisse
et restitué au Musée en 2001
avec l'aide de la police
allemande et d'Interpol.



Los códigos deontológicos

Manuel Casamar Pérez
Conservador de Museos.
Vicepresidente de la Junta de
Calificación, Valoración y Exportación de
Bienes del PHE

Deontología es la ciencia de los deberes a que están obligados todos los que ejercitan su actividad en la práctica de una profesión. Es palabra compuesta por los elementos tomados del genitivo “déontos” del griego “deos”, deber y “logía”, tratado.

Estos deberes profesionales tienen su expresión en unas normas que se recogen en los diversos “códigos deontológicos”, porque cada profesión tiene su propio código que explicita los propios deberes profesionales. En nuestro caso tenemos un código deontológico de Museos para los profesionales que desarrollan su actividad con los bienes culturales muebles que se custodian en los museos.

El código deontológico profesional de la actividad de los museos está definido por el que la 15ª Asamblea General del ICOM aprobó por unanimidad en su reunión celebrada en Buenos Aires el 14 de noviembre de 1986 y modificó en la 20ª Asamblea General de Barcelona de 6 de julio de 2001.

Tal código se resume en la propia definición de museo que se da en los Estatutos del ICOM, artículo 2-1: “El museo es una institución permanente, sin fines de lucro, al servicio “de la sociedad y de su desarrollo, abierta al público, que adquiere, conserva, investiga, “difunde y expone los testimonios materiales del hombre y su entorno para la educación y “el deleite del público que lo visita”.

La conducta profesional de los museólogos se expresa con todo detalle en los artículos 5, 6, 7 y 8 del dicho “Código de deontología del ICOM para los museos”:

En el artículo 5 relativo a la conducta profesional, se dan los principios generales: 1) obligaciones deontológicas de los profesionales de museo tales como actuar con integridad, responsabilidad pública, fidelidad profesional y académica; 2) conducta personal de lealtad hacia los compañeros y 3) no mezclar los intereses privados con los del museo.

El artículo 6 analiza las responsabilidades respecto de las colecciones, su aumento, custodia, conservación, documentación y la posesión privada de piezas

en cuanto no vayan contra los intereses del museo y sirvan al desarrollo profesional.

El artículo 7 de responsabilidades profesionales respecto del público trata del respeto de las normas profesionales para educarle respecto de la profesión y de la contribución de los museos a la sociedad; de compartir la información que se solicite “incluso cuando sea “objeto de una investigación personal”; del carácter confidencial de la información sobre el origen de los objetos y su seguridad.

El artículo 8 recoge las responsabilidades respecto a los colegas y la profesión acatando las normas de la institución, compartiendo conocimientos, experiencias y resultados de la propia investigación con los colegas y con el público; evitando todo conflicto de intereses y el participar en el comercio con ánimo de lucro.

En cuanto al comercio ilícito, objeto de este simposio, se expresa así en el artículo 3.2 : “Los profesionales de museo deben prestar suma atención al hecho de que apoyar el tráfico “ilícito directa o indirectamente, es contrario a la deontología de un museo”.

Los códigos deontológicos como vemos se atienen a unos principios que desarrollan el recto ejercicio profesional y que se basan en una ética, muchas veces, elemental, de conjugar la recta confrontación con otros deberes y también con otros derechos, que no traspase los límites de lo lícito, el cual está siempre en la defensa del bien común. Se desarrollan estos códigos dando normas de lo que debe hacerse o no debe hacerse, descendiendo, a veces, para su mejor inteligencia a casuísticas muy concretas, como se puede comprobar en el Código de marchantes, en todos sus artículos.

Pero yo querría en esta charla insistir en algo que es muy de actualidad por su trascendencia y que hoy más que nunca es preciso subrayar y, sobre todo, cumplir por ser muy necesario y por estar bastante olvidado y que expresamente muchas veces no se dice:

Si deontología es la ciencia de los deberes a que está obligado todo profesional en el ejercicio de su actividad, uno de los principios básicos de toda deon-

tología es el llamado secreto profesional o “secreto de oficio”. De tal manera obliga a los profesionales de cualquier actividad en el desarrollo de la misma que él es quien rige y da la norma a que deben atenerse en todo momento. Él les dirá lo que debe o no debe hacerse, lo que debe decirse o no decirse, lo que en ciertos casos se debe tener como no conocido, lo que en otros momentos se debe callar, omitir, ignorar e incluso olvidar como si no hubiese existido. Obligaciones que pueden ser transitorias, aunque puede haber casos en que deban ser permanentes y definitivas.

En el apéndice se dan las Instrucciones que el rey Felipe II dio como normas para regirse los componentes del Consejo de Italia, uno de los Consejos en que estaba organizada la administración de la Monarquía española de los Austrias.

En ellas vemos que, además de los procedimientos de orden para su mejor función o la integridad, se exige el secreto de lo que se delibera como deber esencial. Algo a veces muy duro de cumplir por nosotros en estos tiempos en que todo se quiere saber, en los que la noticia está por encima de todo, es el valor supremo de lo que llamamos información y a la que todo se subordina, porque todos creemos tener derecho a conocerlo todo, olvidando que ese mismo derecho asiste a los demás y que puede chocar con otros derechos y de su colisión pueden surgir otros deberes.

Esta supremacía que hemos concedido a la información hace que ella argumente a su favor unos pretendidos derechos, elevados a códigos supremos, que pretenden arrollar hasta las conciencias, olvidando los deberes que obligan a no traspasar los límites sagrados de la libertad y de la intimidad individual o las de las colectividades. Información que dispone de unos medios potentísimos como son la extensísima gama de toda clase de publicaciones escritas, habladas o expresadas con la poderosa ayuda de la imagen o la música, que han convertido a la información, a las informaciones en una de las mayores industrias de nuestro tiempo. Industria que mueve capitales insospechables que la hacen capaz ya, no de informar sino también de desinformar, torciendo los hechos y llevándolos como noticia al campo que convenga a los intereses del que paga o manda. Si a esto se añaden las técnicas de estudios de psicología de masas o grupos y los intentos de subvertir las conciencias con medios ilícitos de escuchas, propagandas subliminales y aun de coerciones físicas, mentales y políticas en determinadas circunstancias, todo ello nos hacen ser cada día más escépticos sobre los alcances de las llamadas ciencias de la información y, sobre todo de algunas de sus prácticas traspasando los límites del derecho natural y aun atropellándolo.

Es necesario tener las ideas muy claras a lo que nos obliga cada profesión y ello se concreta en estos códigos en los que se explicitan con toda evidencia los deberes cuyos límites no podemos traspasar para cumplir con ella; códigos que, si es necesario, y

muchas veces lo es que descendan a la casuística más detallada, para percibir con claridad el alcance de tales deberes.

Y volviendo a lo que ya he dicho desde el primer momento y volveré siempre y machaconamente a decirlo: tenemos derechos, pero también deberes que se resumen en el “secreto de oficio”; secreto que se olvida muy fácilmente que, muchas veces y más de lo que debiera hacerse, no se cumple por parte de los que más obligados están a cumplirlo. Por ignorancia culpable o no culpable, por vanagloria de hacer sentir que se está bien informado, por amistad que trasgrede los límites hasta donde ésta obliga, por responder a quien pregunta lo que no debe y que por tanto no hay por qué escuchar ni responder. Hay que pasar incluso por negar lo que se afirma y se pretende indebidamente conocer, y, sobre todo, hacer ver, cuando es necesario que hay un deber y un derecho a no informar de lo que no hay que informar, más que al que hay que informar.

Nuestra ética de profesión es un bien heredado de nuestra cultura occidental, pero cuyas fuentes están en el mismo derecho natural (Códigos Religiosos. Los Diez Mandamientos) que nos dice muy claro cómo debemos comportarnos y que muchas veces olvidamos, envueltos como estamos en la maraña de intereses en que nos desenvolvemos. Los valores éticos del derecho natural en una conciencia recta se resumen en los dichos populares: “no hagas lo que no quieras que te hagan”, “no quieras para el otro, lo que no quieras para tí”, siempre dan la pauta para cumplir con nuestros deberes. Deberes que se explicitan en los “Códigos Deontológicos” y que en el fondo no son más que una casuística en la que se analizan y desganan mediante hechos concretos, la práctica recta del ejercicio de una profesión, cualquiera que ésta sea. Y vuelvo a repetirlo, deberes que tienen que respetar los derechos inalienables de la libertad individual que no pueden ser trasgredidos por ningún otro derecho.

Todo ello nos obliga: a la confidencialidad de nuestras palabras, acciones o informes, a no ceder a presiones políticas, sociales, individuales o de grupo, económicas, de conveniencia propia, a informar a quien se debe y nada más que a quien se debe y por ello nos obliga al secreto, siempre al secreto profesional del deber de oficio.

Es pues el secreto profesional o “de oficio” el que resume también la deontología profesional en relación con el patrimonio y la defensa de los bienes culturales.

Esto es lo que he querido subrayar en este comentario a los códigos deontológicos: la confidencialidad de nuestras actividades en la defensa del patrimonio.

Apéndice

Instrucciones del Consejo Supremo de Italia: El Pardo 20 de octubre de 1579. [La numeración de párrafos no existe en el original]

EL REY

1. *La orden que quiero que guarden las personas que mando juntar para entender en los negocios de Italia, (caso de los Reynos de Napoles y Sicilia, como del Estado de Milan), es la siguiente, reservando en mi solo el poderlos mudar, añadir, quitar, o, declarar como viere que mas conviene,*
2. *Primeramente que se junten en Palacio en la cámara que se les señalare tres días de cada semana, y en el Consejo esten a lo menos dos horas, y que no se dexen de hazer esto assi, aunque haya pocos negocios. Pero quando los negocios fuessen tantos que no bastassen en los tres días, se juntaran los que fueren menester para que sean despachados sin fatiga, ni costa de las partes.*
3. *El muy Reverendo in Christo Padre Cardenal de Granvela, a quien he nombrado por Presidente, señalara en los despachos de Napoles por Protonotario y Gran Camarlengo y estando el ausente o impedido presidira el que yo nombrare entonces. Y el Presidente no siendo letrado se absterna de votar en las cosas de Justicia.*
4. *Las que fuere menester votarse las votara primero el Relator, y tras el por la orden que pareciere al Presidente teniendo cuydado que voten primero los Regentes dela Provincia que fuere el negocio, como más informados, y esto mismo se guardara en el remitirselos y encomendarlos.*
5. *Los negocios que en el mismo Consejo se pudieren resolver, se han de despachar con gran brevedad.*
6. *Que guarden secreto (asi el Presidente y los del Consejo como el Secretario) de lo que se tratare con todo rigor, pues lo juran, y las partes no entiendan directe, ni indirecte, quien les ayuda ni desayuda, y que los unos y los otros no les den a entender lo que se ha de hazer en sus negocios hasta que visto en Consejo se decrete, o yo haya respondido a lo que se me consultare, y quando se les denegare lo que piden, no han de saver lo que se me consulto porque no conviene que mis subditos vayan quejosos y descontentos de mi.*
7. *Que no tomen de ningun Ministro ni negociante ni otra persona alguna dineros ni cosa que los valga, dada ni prestada, aunque liberalmente les sea offrescida, y se observara enteramente la Pragmatica Nueva de Napoles hecha por su Magestad Casarea.*
8. *Que se lean por el Secretario todos los memoriales enteros y no por relación.*
9. *Que donde fuere menester consultar que se remitan los negocios a ella sin que las partes lo entiendan por quitarles ocasión de que no me impidan de mis justas y grandes ocupaciones y quando yo tardare en responder tendra cuydado el Presidente de acordarmelo.*
10. *No me envien consulta que no venga rubricada de todos los del Consejo que se hallaren presentes y los paresceres escriptos de mano propia del Secretario sin fiarlo de otra alguna, aunque todo lo demas de la dicha consulta podra ser del official que al dicho Secretario paresciere.*
11. *Remitirsean a ella todas las provisiones de officios y beneficios y qualquiera gracia y merced y donde se buviere de dispensar contra ley o constitucion alguna.*
12. *A la Consulta de tales dispensaciones y de provision de officios de justicia se hallen todos presentes y tengan gran cuydado de que se acierte en la dicha provision.*
13. *Todo lo que se acordare en Consejo que se ponga en consulta se le ordene al Secretario que lo haga con brevedad por excusar la molestia y gasto de las partes.*
14. *Quando yo mandare responder a las dichas Consultas, yran a manos del Presidente el qual antes de publicarlas las llevara al Consejo para que allí se lean, y si tocaren a personas que esten sirviendo a personas cerca de nuestros Ministros de Italia encargara mucho el secreto en Consejo asta que aya partido Correo avisando a los dichos Ministros para que ellos lo digan a las personas que estan debaxo de su gobierno, y quando las partes estuvieren en la Corte se lo podra avisar el Presidente el qual despues de leydas las consultas que hablaren con el Consejo las entregara al secretario para que haga hazer un Registro de todas ellas juntamente con lo que yo buviere respondido, y de esta manera no se perderan y con facilidad se podra ballar lo que se buscare.*
15. *Los officios y beneficios minimos de hasta veinteycinco o treinta ducados los podra proveer el Consejo.*
16. *Los despachos se han de llevar a señalar primero de los Regentes de cuya Provincia fueren porque passandolos ellos sera de mucha satisfacion y descanso para los demas del Consejo.*
17. *El Conde de Chinchon señale de aquí adelante en lo de Milan como señala en lo de Napoles y Sicilia debaxo de la señal del Presidente, y quando estuviere ocupado cerca de nuestra persona se le dexara su lugar vazio donde señale.*
18. *Que los negocios se boten con silencio y sin ruydo ni confusion sin alargarlos mas de lo necesario y se este a lo que la mayor parte determinare y quando los paresceres fueren yguales, se me haga saber para que mande lo que se buviere de hazer.*
19. *El Presidente este muy advertido para no propalar su voto antes que llegue a el porque los demas puedan dar el suyo con el orden y libertad que conviene y no se quede ningun consejero sin votar, pero no se entienda esto en los expedientes faciles pues los podra decretar el*

Presidente por ganar para cosas de mas substancia el tiempo que se gastaria en votarlos mayormente que a qualquiera del Consejo le ha de quedar libertad de aducir allí lo que le ocurriere y el Presidente les dira que lo hagan significandoles algunas vezes que no recibe disgusto dello.

20. *Lo que alguna vez se determinare en Consejo, no se ha de revocar sin traer algo de nuevo y sin intervencion de los que se ballaren a lo primero.*
21. *Quando proveyeren algun officio o beneficio de aquellos Reynos en persona que se halle en esta Corte o fuera dellos se le ordene que luego y sin dilacion alguna se vaya a servillo, con apercebimiento que se proveera en otra, y no obedesciendo se me consulte para que assi se haga.*
22. *Con los Abbades y Presbiteros se ha de tener grande y especial cuydado de que vayan a hazer su residencia como es obligado*
23. *Todas las nominas que vinieren de Italia de officios y beneficios se ordene a los Virreyes que las embien dirigidas a nuestras manos propias o de*

nuestro Presidente el qual las haga leer en Consejo y que con brevedad se me consulte lo que sobre ellas parecera porque no se de lugar a negociaciones y ruegos que fuesen causa de turbar la buena election.

24. *Y a los dichos Virreyes se les avise que las embien scriptas de su propia letra, sin fiar de sus Secretarios ni de otra persona con que se atajaran grandes inconvenientes*
25. *Y porque se tenga mas cuydado de guardar lo que aqui se dize quiero que el Presidente haga leer en el Consejo esta orden algunas vezes y que por lo menos sea una cada mes y que entonces tambien trayga el Secretario su instruccion para que se lea y vean los del Consejo, si la ha guardado o no para avisarme dello si no lo huviere hecho. Fecha en la casa del Pardo a veynte dias de Octubre de mill y quinientos y setenta y nueve años*

*Yo el Rey
Mattheus Vazquez Secretarius*



EXPOSITION DES CHEFS D'ŒUVRE
DU MUSÉE DU PRADO

SOUS LE HAUT PATRONAGE DE GOUVERNEMENT ESPAGNOL, DU CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE
ET DES AUTORITÉS CANTONALES ET MUNICIPALES DE GENÈVE

MUSÉE D'ART
ET D'HISTOIRE

GENÈVE

DU 1^{er} JUIN A
FIN AOÛT 1939

Mesa redonda

Ponencias de participantes americanos

En la sesión del día 24 de octubre de 2006 tuvieron lugar las ponencias de varios participantes del curso. Debido a su extensión no han sido transcritas íntegramente en esta publicación y se ha optado por ofrecer una síntesis de las mismas.

Las intervenciones de los representantes de diversas instituciones y organismos de países latinoamericanos, en concreto Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua y Perú, dejaron patente la diversidad de situaciones del patrimonio cultural en cada una de estas naciones; no obstante, también quedaron reflejados numerosos problemas comunes y la adopción de estrategias similares que se están llevando a cabo para su solución.

En estas ponencias se abordó la situación actual del patrimonio en Latinoamérica y en su transcurso quedó claramente reflejado que los bienes más afectados por el expolio y el tráfico ilícito se engloban principalmente en dos categorías: piezas arqueológicas pertenecientes a las diversas culturas precolombinas y objetos religiosos de época colonial depositados en las iglesias, conventos y monasterios. Su salvaguarda es una obligación, puesto que constituyen la herencia del pasado histórico y son una base para la formación de una identidad nacional.

La protección del patrimonio arqueológico es un tema recurrente en las diversas legislaciones latinoamericanas, que coinciden en declararlo como propiedad del Estado, es decir, perteneciente a toda la sociedad. Es un patrimonio especialmente sensible, que se ve sometido a la acción de los “huaqueros” o expoliadores de yacimientos, y su salvaguarda es particularmente difícil, debido a la dispersión, cantidad e incluso el desconocimiento de la existencia de muchos yacimientos arqueológicos. Precisamente por ser un patrimonio tan numeroso, resulta complicado cuantificar las pérdidas reales que se producen anualmente.

El patrimonio mueble de la Iglesia está constituido por imágenes religiosas, pinturas devocionales, platería, elementos arquitectónicos de retablos, etc. Estos bienes culturales religiosos, en la mayoría de los casos

permanecen expuestos en los templos, carentes de sistemas de seguridad, por lo que son fácilmente objeto de robo.

En lo relativo a la protección jurídica del patrimonio cultural, se señaló la existencia de varios niveles legislativos; por una parte, las diversas leyes nacionales relativas a la protección del patrimonio, por otro, los tratados internacionales que han sido ratificados por la mayoría de estos países.

Las distintas constituciones de los países latinoamericanos coinciden en considerar el patrimonio como un derecho al que toda la población debe tener acceso, así como la obligación del Estado y de los particulares de protegerlo. El patrimonio pertenece a toda la nación, y recibirá especial atención por parte de las instituciones públicas. Las leyes específicas sobre patrimonio histórico, artístico y cultural también poseen bastantes similitudes, tanto entre sí como con la Ley de Patrimonio Histórico Español.

Muchos países han ratificado los principales tratados y convenios internacionales relativos a la protección del patrimonio y la lucha contra el tráfico ilícito, como la *Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales* (París 1970); la *Convención sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado* (La Haya 1954), la *Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático* (París 2001), la *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial* (París 2003), Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente (Roma 1995),...

También se mencionaron diversas convenciones de ámbito internacional regional, como la *Convención de la OEA* (Organización de los Estados Americanos) *sobre defensa del patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las naciones americanas*, conocida como la Convención de San Salvador (San Salvador, 1976); la *Convención centroamericana para la restitución y el retorno de objeto arqueológicos, históricos y artísti-*

cos (1995); la *Convención centroamericana para la realización de exposiciones de objetos arqueológicos, históricos y artísticos* (1995).

A pesar de la abundante normativa al respecto, en varias ocasiones se abordó el problema de la falta de tipificación de los delitos en las leyes y códigos penales de América latina. Por citar un ejemplo, en países como Colombia, no existe como tal el delito de excavación ilícita (o *huaquería*), ni tampoco el de exportación ilícita o el de hurto o robo de bienes culturales, entre otros. A ello se une el desconocimiento generalizado por parte de las Fiscalías de la legislación sobre patrimonio, así como el hecho de que se realizan muy pocas denuncias de expolio del patrimonio, todo lo cual dificulta la detención, proceso y penalización de aquellas personas que cometen delitos contra los bienes culturales.

Por su parte, el representante de Guatemala explicó el sistema procesal de su país, mediante el cual se permite que el propio Ministerio de Cultura se presente como acusación particular en los juicios sobre delitos contra el patrimonio. En este país también se ha implantado recientemente la figura de los consultores técnicos, presentes en los departamentos jurídicos del Ministerio de Cultura. Son especialistas en la materia, en este caso los delitos contra el patrimonio, cuyo papel es asesorar al Abogado del Estado.

Junta a la normativa vigente, los participantes coincidieron en el hecho de que la acción policial resulta imprescindible en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. A tal efecto, el representante de INTERPOL Perú explicó su sistema de trabajo y la importancia de la colaboración policial a nivel internacional, por medio de la cual se han conseguido recuperar durante los últimos importantes piezas arqueológicas de las civilizaciones precolombinas como el altar de Chayapampa o piezas de oro de la cultura Moche.

También se mencionó el relevante papel que corresponde en este ámbito a los Ministerios de Cultura como entes rectores de la política pública en materia cultural, garantes de la conservación del patrimonio y de su transmisión a las generaciones futuras. En este sentido se recalcó la importancia de establecer una sólida colaboración con otras instituciones, con las que deben mantener un contacto fluido, constante y estructurado para llevar a cabo sus actuaciones de una manera más eficaz. Entre otras, se citaron entidades como las policías nacionales, INTERPOL, Ministerios de Exteriores, Fiscalías, Departamentos de Aduanas, Universidades, etc. Los Ministerios son asimismo los

encargados de elaborar inventarios y registros de bienes muebles, medio básico para el conocimiento y protección del patrimonio, así como instrumento fundamental para la identificación y recuperación de bienes robados.

Las principales líneas de actuación en la lucha contra el tráfico ilícito y el expolio, pasan, en primera instancia por la información, la formación y la educación, que constituyen el principal medio de prevención. En este sentido, se mencionó que en muchos países latinoamericanos se están llevando a cabo diversos programas de sensibilización en escuelas y universidades, en ocasiones con el apoyo de UNESCO e ICOM, para difundir el conocimiento del patrimonio cultural de cada país, que redundan en un sentimiento de identidad nacional y fomenta la concienciación entre la población acerca de la salvaguarda de unos bienes que se consideran como propios.

Esta difusión se ha realizado también por medio de publicidad en periódicos, televisión y cine, carteles, manuales y publicaciones, entre las que destaca la *Lista Roja de bienes culturales latinoamericanos en peligro* (2002), un trabajo conjunto de todos los países de América latina con ayuda de países norteamericanos y países europeos, donde se definieron las principales categorías de bienes. Se destacaron asimismo los cursos de capacitación, especialmente destinados a agentes de policía y de aduanas, para los que se han elaborado herramientas pedagógicas orientadas al conocimiento del patrimonio.

Como conclusión, el día 26 de octubre tuvo lugar una mesa redonda en la que se expusieron las reflexiones finales acerca de estas jornadas. En primer lugar, se estableció que, a pesar de la diversidad de situaciones del patrimonio en los distintos países, tanto de América latina como de España, es posible una cooperación entre todos ellos y un enriquecimiento mutuo. Se señaló la necesidad de unir esfuerzos a nivel latinoamericano, puesto que las instituciones comprometidas con el patrimonio no tienen actualmente la suficiente comunicación. También es necesaria la colaboración con organismos internacionales como ICOM, que en ocasiones no son lo suficientemente conocidos por parte de las administraciones públicas.

La representante española recalcó que, paralelamente a la cooperación internacional, también es imprescindible la cooperación a nivel interno en cada país de sus diferentes instituciones, puesto que supone un instrumento fundamental para luchas contra el tráfico ilícito de una manera más eficaz.

Lista de participantes

Armando Edgar Arbide Maldonado. Museo Nacional de Antropología.
Subdirector de Protección de Bienes Culturales. México

Fabián Rodrigo Bedón Samaniego.
Secretario General de la Comisión de Conmemoraciones. Presidencia de la República del Ecuador

Luis Alexis Calderon Maldonado.
Magistrado Presidente Corte de Apelaciones. Organismo Judicial. Guatemala

Hernaldo José Chamorro Díaz.
Procurador Auxiliar Penal. Procuraduría General de la República, Managua, Nicaragua

Adelaida del Tránsito Espinoza Mella.
Directora Museo Colsubsidio. Presidente ICOM. Colombia

José Manuel Franco Farfan.
OCN INTERPOL. Adjunto al Jefe del Dpto. de Patrimonio Cultural. Perú.

George Anthony Gamarra Romero.
INTERPOL. Jefe de la División Internacional de Patrimonio Cultural. Perú.

María Isabel Gomez de Chaves.
Grupo Bienes Culturales Muebles. Coordinadora. Dirección de Patrimonio. Colombia

Elisabeth Carolina José Sequeira.
Inspectora. Policía Nacional de Nicaragua.

Oscar Eduardo Mora Gomez.
Unidad de Prevención del Tráfico Ilícito del Patrimonio Cultural y Natural. Ministerio de Cultura y Deporte.
Guatemala

Leonela del Rocio Murillo Macay.
Arqueóloga. Instituto Nacional de Patrimonio Cultural. Ecuador

Manuel Antonio Obando Borjorge.,
Instituto Nicaragüense de Cultura. Director de asuntos legales. Nicaragua

Janeth del Carmen Osta Lefranc.
Fiscalía Seccional de Cartagena. Abogada. Colombia

Norma Quenta Barrantes.
Policía. INTERPOL. Perú.

Marco Silva Vilema.
Instituto Nacional de Patrimonio Cultural. Ecuador

Omar Alexis Talavera Sevilla.
Dpto. de Protección del Instituto Hondureño de Antropología e Historia. Registrador de Bienes Culturales

Maria Eugenia Velasco Perez.
Escuela Taller Popayán. Coordinadora de Obras. Colombia

