

ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL DELITO DE CONTRABANDO DE BIENES CULTURALES (I)

Felipe Renart García

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Penal

Universidad de Alicante

Diario La Ley (Madrid), Año XXII, N° 5427. Martes 27 de noviembre de 2001, p.

(p. 1) Señala ÁLVAREZ ÁLVAREZ que "las obras de arte existentes en una nación, sean muebles o inmuebles, interesan no sólo a su propietario sino también al país, son muestras de la cultura o el arte de un pueblo y son una fuente de enseñanza y cultura, y su examen y exhibición pueden considerarse un derecho de la colectividad" ⁽¹⁾. Interés del país que se concreta, asimismo, en la necesidad de evitar que las manifestaciones artísticas, objeto de frecuentes robos y expolios ⁽²⁾, perpetrados fundamentalmente con ocasión de guerras y genocidios culturales ⁽³⁾ y motivados, en su mayoría, por el desmedido afán de lucro de particulares ⁽⁴⁾ e, incluso, de organizaciones criminales, salgan ilegalmente de nuestras fronteras ⁽⁵⁾.

¹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L.: La transmisión de obras de arte, Madrid, 1975, pág. 25.

² Para una amplia ilustración, BOSSARD, A.: "Les vols de biens culturels", en Revue internationale de police criminelle, núm. 276, Paris, 1974, págs. 58 y ss. Fenómeno cuya preocupación ya se deja sentir, en la esfera internacional, en el proyecto de convención elaborado en 1933 por el Consejo Internacional de Museos. En el ámbito comunitario, el Parlamento europeo, en su Resolución de 13 de mayo de 1974 (D.O.C.E. nº C. 62, 30 de mayo de 1974, pág. 15) proclama la necesidad de adoptar "medidas que favorezcan la eficacia en la lucha contra los robos y el tráfico de obras de arte y de bienes arqueológicos". Para más detalle, GOY, R.: "Vers un régime communautaire de protection contre le vol d'objets d'art. Le rapport Chatelain", en Annuaire français de droit international, tomo XXIV, Paris, 1978, págs. 989 y ss.

³ Sobre el particular, STREIFF, S.: "Expériences de guerre. La protection et le sort des biens culturels pendant la Deuxième Guerre Mondiale", en Le 126ème Cours de L'Institut suisse des Cours administratifs à l'École des Hautes Etudes économiques et sociales de Saint-Gall, le 25 et 26 janvier 1968 à Montreux, Saint-Gall, 1968, págs. 55 y ss; FRAOUA, R.: Le trafic illicite des biens culturels et leur restitution. Analyse des réglementations nationales et internationales, Fribourg, 1985, págs. 48 y ss.

⁴ MUÑOZ CONDE ("El tráfico ilegal de obras de arte", en Estudios penales y criminológicos, XVI, Santiago de Compostela, 1993, pág. 339) se refiere al "famoso caso del hispanista Arthur Bynre quien, en los años veinte, sacó de España, piedra a piedra, transportándolas hasta Valencia en ferrocarril y desde allí en barco hasta California, los monasterios de Sacramenia y Ovilla; al parecer actuando por encargo del magnate periodístico y multimillonario Randolph Hearst, y con el consentimiento del Gobierno de Primo de Rivera, quien además le condecoró con la cruz al mérito civil por su labor de difusión de la cultura española". ÁLVAREZ ÁLVAREZ (Estudios sobre el Patrimonio Histórico español y la Ley de 25 de junio de 1985, Madrid, 1989, págs. 345 y ss.) atribuye, históricamente, la salida de bienes de nuestro país a cinco causas fundamentales: la expoliación que se produjo, por unas razones u otras, con motivo de la invasión napoleónica; las ventas de grandes colecciones de obras de arte españolas fuera de España; la dispersión que produjo la desamortización, tanto en el abandono y destrucción de inmuebles, como en la consiguiente transmisión de sus partes, saliendo muchas de ellas al extranjero; la venta desordenada de bienes del Patrimonio Histórico español en manos de instituciones eclesiásticas; y, por último, una enorme ignorancia y despreocupación por el Patrimonio Histórico en los comerciantes e intermediarios. Respecto de las ventas, conviene destacar que, tras la segunda guerra mundial, la utilización de los bienes culturales como objeto de inversión rentable y eficaz ha crecido espectacularmente. De este modo, paralelamente a la creación de un mercado internacional de bienes culturales, aparece un gran número de anticuarios y coleccionistas privados. La moda de los bienes culturales conlleva un aumento de la demanda, un descenso en la oferta y una alza, inevitable, de los precios. Sobre el

I) LA MOVILIDAD DE LOS BIENES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL Y LA NORMATIVA COMUNITARIA.

La integración de nuestro país en la Comunidad Económica Europea ha planteado, entre otras muchas cuestiones, la necesidad de compaginar los planteamientos liberalizadores del Derecho comunitario con las restricciones y cautelas de nuestra legislación sobre Patrimonio Histórico ⁽⁶⁾.

La experiencia histórica de expolios, la ingente riqueza del patrimonio cultural español y "la cada vez mayor conciencia del valor intrínseco que tienen las manifestaciones históricas y artísticas legadas por nuestros antepasados y de las que no somos sino meros depositarios... [con la misión de] conservarlos para legarlos, a su vez, a las generaciones futuras" ⁽⁷⁾, han fundamentado, durante largo tiempo, la existencia de una normativa tradicional y manifiestamente cautelosa ⁽⁸⁾, basada en criterios de defensa, de contenido nacionalista, o de exaltación de las virtudes y glorias patrias. Sólo

particular, DE GOUVION SAINT-CYR, L.: *Le marché des antiquités en Europe*, Paris, 1969, págs. 14 y ss.

⁵ Interés, por demás, de carácter supranacional. Así, en el ámbito de la UNESCO, la Convención de París de 17 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, proclama en su Preámbulo 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". En esa línea, el artículo 3 dispone 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". De entre las numerosas obligaciones que los Estados signatarios del presente Convenio asumen, destaca la contenida en el artículo 8 por la que se adquiere el compromiso de imponer sanciones penales o administrativas a toda persona responsable de haber infringido las prohibiciones contenidas en los artículos 6 b) y 7 b) (salida ilegal sin autorización e importación de bienes culturales robados en un museo, monumentos público civil o religioso, o institución similar, situados en territorio de otro Estado) de la Convención. La Convención fue ratificada por España por Instrumento de 13 de diciembre de 1985 (Boletín Oficial del Estado núm. 31, de 5 de febrero de 1986). Para un exhaustivo análisis de las circunstancias político - económicas determinantes en la adopción del sistema liberal o proteccionista en materia de obras de arte, de su reflejo en las distintas legislaciones nacionales, y de la Convención de 1970, el excelente trabajo de GOY, R.: "Le régime international de l'importation, l'exportation et du transfert de propriété des biens culturels", en *Annuaire français de droit international*, tomo XVI, Paris, 1970, págs. 605 y ss; TRINTIGNAN, H.: *La protection internationale des biens culturels en temps de paix*, Montpellier, 1974, págs. 375 y ss; FRAOUA, R.: *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels* (Paris, 1970). *Commentaire et aperçu de quelques mesures nationales d'exécution*, Paris, UNESCO, 1986; FRIER, P. L.: *Droit du patrimoine culturel*, Paris, 1997, págs. 488 y ss.; FATOUROS, A.: "La protection et le commerce des biens culturels dans le cadre du droit international et du droit communautaire: une perspective grecque", en *Revue internationale de droit comparé*, núm. 8, Paris, 1986, págs. 470 y ss. En la doctrina española, entre otros, ALEGRE ÁVILA, J. M.: *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, tomo I, Madrid, 1994, págs. 232 y ss; MARTÍN REBOLLO, L.: *El comercio del arte y la Unión Europea*, 1ª ed., Madrid, 1994, págs. 61 y ss.

⁶ Conviene, desde un principio, precisar que la LPHE no hace ninguna referencia a la legislación comunitaria debido, fundamentalmente, a su fecha de aprobación: el 25 de junio de 1985. En esa fecha aún no había entrado en vigor el Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Europea (firmado el 12 de junio de 1985, ratificado el 20 de septiembre de 1985 y publicado el 1 de enero de 1986).

⁷ MARTÍN REBOLLO, L.: "Bienes culturales y Comunidad Europea", en *Beni Culturali e Comunità Europea*, a cura di Mario P. Chiti, Milán, 1994, págs. 40-41.

⁸ OROZCO PARDO y PÉREZ ALONSO (*La tutela civil y penal del Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico*, Madrid, 1996, pág. 319) advierten que "a la vista de las prohibiciones y limitaciones establecidas en la normativa reguladora del Patrimonio histórico español, sobre todo, en lo concerniente al objeto exportable y exigencias para la concesión del permiso de exportación, puede concluirse que son muy escasas las posibilidades de exportar legalmente (con autorización) bienes de interés histórico o artístico".

desde este planteamiento inicial pueden comprenderse las dificultades, más de orden ideológico que técnico, para regular esta materia con un enfoque que no sea el estrictamente nacional. Si "el intercambio de bienes culturales entre las naciones - proclama la Convención de París de 1970 - con fines científicos, culturales y educativos aumenta los conocimientos sobre la (p. 2) civilización humana, enriquece la vida cultural de todos los pueblos e inspira el respeto mutuo y la estima entre las naciones", la necesidad de establecer prohibiciones y restricciones a la exportación de bienes integrantes del Patrimonio histórico - artístico parece incuestionable. Así, la libre circulación de mercancías proclamada en el Título I (arts. 9 y ss) del Tratado de Roma se ve sometida, por el controvertido artículo 36 del mismo texto legal ⁹, a "prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de... protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional".

La contraposición de intereses entre aquellos países con un importante patrimonio histórico - artístico (España, Portugal, Italia, Grecia) y aquellos otros de gran potencial económico y tradición en el comercio de arte y antigüedades (Gran Bretaña, Alemania), pero con un patrimonio cultural más limitado, conlleva la existencia de interpretaciones desiguales sobre lo que ha de entenderse por bien cultural en la formulación del artículo 36 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Así, mientras el primer grupo de países (celoso por proteger la riqueza de su patrimonio de posibles exportaciones ilícitas), aboga por una interpretación extensiva del citado artículo que permita sostener la competencia de cada Estado en la definición de los bienes culturales y, por ende, declarar su inexportabilidad, los países como Gran Bretaña o Alemania sostienen una interpretación más restrictiva por la que no se atribuiría a los Estados la citada facultad ¹⁰.

En este sentido, el conflicto apuntado adquiere relevancia con la promulgación, en 1986, del Acta Única Europea, por la que, mediante su artículo 13, se introduce el artículo 8A en el texto del Tratado de Roma. En función del mismo, la Comunidad debía adoptar las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que iba a terminar el 31 de diciembre de 1992. De este modo, y en atención al mandato expresado, si el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada, las mayores dificultades en orden a la protección del patrimonio histórico - artístico habrían de surgir a partir del 1 de enero de 1993.

Para ello, prescindiendo de las distintas iniciativas de la Comunidad ¹¹ anteriores al Acta Única en materia cultural, centradas fundamentalmente en la regulación de aspectos político - comerciales y tributarios de indirecta repercusión en el ámbito cultural ¹², se inició, a partir de 1989, un complejísimo proceso de consultas, debates y deliberaciones, ante la nueva realidad de la supresión de fronteras y aduanas interiores a la entrada en vigor del mercado interior previsto para 1993. La

⁹ Para un exhaustivo análisis del artículo 36 del Tratado de Roma, LOPEZ RAMÓN, F.: "La movilidad del Patrimonio Histórico español en la Comunidad Europea", en Revista española de Derecho Administrativo, núm. 75, Madrid, 1992, págs. 372 y ss; MATTERA, A.: "La libre circulation des oeuvres d'art à l'intérieur de la Communauté et la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique", en Revue du Marché Unique Européen, núm. 2, Paris, 1993, págs. 13 y ss.

¹⁰ Aspecto éste también puesto de manifiesto por CORTESE, W.: Lezioni di legislazione dei beni culturale, Padova, 1997, págs. 191 y ss. Nótese que ni Alemania, ni Gran Bretaña ni Suiza han ratificado la Convención de la Unesco de 1970.

¹¹ Sobre el particular, la Resolución del Parlamento de 13 de mayo de 1974, sobre la salvaguardia del patrimonio cultural europeo; la de 8 de marzo de 1976, sobre la acción comunitaria en el sector cultural; la de 14 de septiembre de 1982, sobre la protección del patrimonio arquitectónico y arqueológico; la de 17 de noviembre de 1983, sobre el refuerzo de la acción comunitaria en el sector; la de 28 de octubre de 1988, sobre la conservación del patrimonio arquitectónico y arqueológico de la Comunidad, y la importante resolución de 10 de septiembre de 1991, sobre las relaciones culturales de la Comunidad con los países de la Europa del Este. Ampliamente, DEROUT, A.: La protection des biens culturels en Droit Communautaire, Rennes, 1993, págs. 65 y ss.

¹² Para más detalle, MARTIN REBOLLO, L.: El comercio..., ob. cit., págs. 72 y ss.

ausencia de fronteras interiores ⁽¹³⁾ determina no sólo la ausencia de controles aduaneros entre países miembros, siendo así mucho más sencillo eludir las normas prohibitivas o de protección de las legislaciones nacionales, sino también la necesidad de impulsar el control de las exportaciones ilícitas en las fronteras exteriores de la Comunidad. En efecto, la falta de armonización sobre la materia podría conducir a que los Estados con una legislación en materia de exportación menos rigurosa ⁽¹⁴⁾ se convirtiesen en la puerta de salida idónea de bienes culturales con destino a países no comunitarios ⁽¹⁵⁾. En este sentido, pese a la facultad de cada Estado de definir lo que entiende por patrimonio cultural y de establecer las restricciones y prohibiciones que considere oportunas en materia de exportación de bienes culturales - siempre que no entren en contradicción con lo dispuesto en el art. 36 del Tratado de Roma - el núcleo del problema reside en la falta de cobertura comunitaria de la definición nacional. MARTÍN REBOLLO señala, acertadamente, que las facultades nacionales antes mentadas "sirven para muy poco si la definición nacional no está cubierta por la comunitaria porque, en ese caso, en ausencia de controles aduaneros en la frontera interior, será fácil la exportación por muy ilegal que sea conforme al Derecho nacional. Y esa exportación ilegal no tendrá otras consecuencias que las de tipo sancionatorio conforme, igualmente, al propio Derecho nacional. Pero lo que realmente importa, que es la devolución y el control en la frontera exterior, no se

¹³ DEROUT (La protection..., ob. cit., pág. 84) señala que "cada año, al menos sesenta mil obras de arte son robadas en Europa. Los robos de bienes culturales que Interpol tiene por misión clarificar son cometidos, en más del 90% de los casos, en los Estados miembros de la Comunidad, representando Italia una proporción del 40% al detentar un 60% de la herencia cultural del planeta. De ello puede deducirse que el pillaje cultural es un mal europeo. La agravación de ese mal debido a la apertura de las fronteras es un hecho inexorable, por cuanto que los tráficó ilícitos no encontrarán ningún obstáculo. El pillaje cultural, término empleado por las instituciones comunitarias, es, y así lo atestiguan las cifras antes citadas, una plaga específica a la Europa comunitaria". Para una visión global sobre la magnitud del fenómeno, Revista internacional de Policía Criminal, Interpol, núm. 448/449, Lyon, 1994, págs. 4 y ss; MONESTIER, M.: L'annuaire international des oeuvres et objets d'art volés, Paris, 1992; GUILLOTREAU, G.: Art et crime. La criminalité du monde artistique, sa répression, 1ª ed., Paris, 1999, págs. 50 y ss.

¹⁴ Para un análisis de las diversas legislaciones nacionales sobre exportación de bienes culturales de los, entonces, doce países miembros de la Comunidad, MARGUE, T. L.: "La protection des trésors nationaux dans le cadre de grand Marché: problèmes et perspectives", en Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne, núm. 363, Paris, 1992, págs. 907 y ss; DEROUT, A.: La protection..., ob. cit., págs. 117 y ss. Conviene destacar, sobre el particular, la excesiva "flexibilidad" de las legislaciones belga, holandesa y alemana. Fuera de la Comunidad, Suiza presenta una de las legislaciones de mayor laxitud y falta de concreción. Uno de los ejemplos más evidentes de la "permisividad" de este país es la existencia, en territorio apátrida, del Puerto Franco de Ginebra. Sin sujeción a tasa alguna o a derechos de aduana, nada impide que se puedan depositar obras de arte y realizar transacciones de todo tipo sin ser mínimamente inquietado. En ningún caso se exige la identificación del poseedor del objeto ni la cumplimentación de formularios. Sobre el potencial económico - financiero del país helvético y su tradicional timidez en la persecución y cooperación internacionales respecto de los delitos socio - económicos, RENART GARCÍA, F.: "El blanqueo de capitales en el Derecho suizo", en Poder Judicial, núm. 50, Madrid, 1998, págs. 119 y ss.

¹⁵ En ese sentido, CHITI, M. P.: "Circolazione e tutela dei beni culturali in ambito comunitario", en Beni Culturali e Comunità Europea, Milán, 1994, pág. 148; GAJA, G.: "Le rôle de la C.E.E. à l'égard de l'exportation des biens culturels", en Rivista di diritto internazionale privato e processuale, núm. 4, Padova, 1989, pág. 797. De la mencionada problemática se hace eco la Exposición de Motivos de la Ley de Contrabando de 1995 al señalar que "la configuración de la Unión Europea como un mercado interior establecida en el Acta Única Europea ha traído consigo la libertad de circulación de mercancías sin que queden sometidas éstas a controles como consecuencia del cruce de fronteras interiores... Con la consagración del mercado único, la aduana española ha dejado de actuar como frontera fiscal para el tráfico con otros Estados miembros de la Unión Europea (motivo por el que) el desafío fundamental del mercado único en este campo consiste en compatibilizar las facilidades dadas al libre movimiento de mercancías con la necesidad de mantener la efectividad del esfuerzo en la represión del contrabando".

producirá en esos casos. En esas circunstancias, ausente la protección comunitaria, la nacional puede subsistir, pero resulta parcialmente inútil e inoperante"⁽¹⁶⁾.

1. El Reglamento (CEE) Nº 3911/92, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales.

Si la supresión de las fronteras interiores de la Comunidad, como consecuencia de la implantación del mercado único, supone una facilitación en el tránsito ilegal de los bienes culturales entre los países miembros (aspecto éste que trata de mitigar la Directiva 93/7/CEE), la necesidad de incrementar y, fundamentalmente, armonizar los controles en las fronteras exteriores, llevó al Consejo de las Comunidades Europeas a adoptar el Reglamento Nº 3911/92 ⁽¹⁷⁾.

En efecto, el éxito en el objetivo consistente en garantizar un control uniforme, debido a la difícil aplicación de doce legislaciones diferentes por las aduanas de cada país, reside en el establecimiento de la "obligación de presentar una autorización expedida por el Estado miembro competente antes de iniciar las operaciones de exportación de bienes culturales que entren en el ámbito de aplicación del presente Reglamento". En esa línea, tras establecer su artículo 1 que por bienes culturales ha de entenderse los contemplados en el Anexo del Reglamento ⁽¹⁸⁾, el artículo 2 proclama que "la exportación de bienes culturales fuera del territorio aduanero de la Comunidad estará supeditada a la presentación de una autorización de exportación ⁽¹⁹⁾", siendo ésta última concedida por una autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre tras su expedición lícita y definitiva desde otro Estado miembro, o tras su importación de un país tercero, o reimportación de un país tercero al que haya sido, a su vez, exportado de forma regular desde un Estado miembro. La autorización, una vez concedida, es válida para toda la Comunidad (art. 2. 3) durante un período de doce meses ⁽²⁰⁾. Ahora bien, el Estado competente puede denegar la autorización "cuando los bienes

¹⁶ MARTIN REBOLLO, L.: El comercio..., ob. cit., pág. 88.

¹⁷ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de 31 de diciembre de 1992.

¹⁸ Constituye éste uno de los aspectos fundamentales del Reglamento. En efecto, "el Anexo - señala la Exposición de Motivos - está destinado a precisar las categorías de bienes culturales que deben contar con una protección especial en los intercambios comerciales con terceros países, sin prejuzgar la definición, por los Estados miembros, de los bienes que tienen rango de patrimonio nacional a tenor de lo dispuesto en el artículo 36 del Tratado". De este modo, como acertadamente destaca MARTIN REBOLLO (El comercio..., ob. cit., pág. 118) "al adoptar una norma como ésta la Comunidad está dando un paso importante: asume un criterio propio del patrimonio a proteger... la Comunidad asume así, por encima de los Estados, un papel de protección del patrimonio cultural europeo que conecta con las nuevas competencias comunitarias en materia de cultura del Tratado de la Unión (firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, constituyendo el alumbramiento de la Unión Europea en tanto estadio jurídico último y actual de la Comunidad de naciones europeas. Unión Europea, en vigor desde el 1 de noviembre de 1993 y que engloba en la actualidad a 15 países tras la incorporación a la misma, el 1 de enero de 1995, de sus tres últimos miembros: Suecia, Finlandia y Austria) donde se dice que la acción de la Comunidad se dirigirá, entre otros fines, a apoyar y completar la acción de los Estados miembros en la "conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea". La confección de la lista de bienes incluida en el Anexo supone el establecimiento de un criterio común mínimo de protección. Se corrigen, así, los desequilibrios existentes entre las distintas legislaciones nacionales protectoras del patrimonio histórico - artístico. Anexo, cuyas rúbricas A y B se ven ligeramente modificadas a tenor de lo previsto en el Reglamento (CE) nº 2469/96, del Consejo, de 16 de diciembre de 1996 (Diario Oficial nº L 335 de 24 de diciembre de 1996, pág. 9).

¹⁹ Con el objetivo de garantizar la uniformidad del formulario en el que figura la autorización de exportación y sentida la necesidad de determinar las condiciones de establecimiento, expedición y utilización que debe cumplir, se aprueba el Reglamento (CEE) nº 752/93, de la Comisión, de 30 de marzo de 1993 (Diario Oficial nº L 077 de 31 de marzo de 1993, págs. 24 - 32).

²⁰ De acuerdo con lo previsto en el artículo 9. 1 del Reglamento (CEE) Nº 752/93, de la Comisión, de 30 de marzo de 1993, relativo a las disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) Nº 3911/92. El artículo 9. 2 prevé que "en el caso de una solicitud de exportación temporal, las autoridades competentes podrán determinar el plazo en el que el bien o los bienes culturales deberán reimportarse en el Estado miembro de expedición".

culturales de que se trate estén amparados por una legislación protectora del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico en dicho Estado miembro" (art. 2. 2, párrafo tercero). Con ello, y en el caso español, la autorización habría de denegarse si se pretendiese exportar bienes declarados de interés cultural, así como la de aquellos otros que, por su pertenencia al Patrimonio Histórico Español, la Administración del Estado declare expresamente inexportables, como medida cautelar hasta que se incoe expediente para incluir el bien en alguna de las categorías de protección especial previstas en la Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985 (en adelante, LPHE).

En el supuesto de bienes exportados lícitamente a otro Estado miembro, es decir, sometidos a una previa autorización para salir concedida por el Estado de origen, no cabe duda que "en ese caso, el Estado competente para otorgar el permiso de exportación a terceros países será el Estado miembro al que se importó el bien, que podrá asimismo denegar dicho permiso de acuerdo con su propia legislación" ⁽²¹⁾, salvo que se trate de bienes "en tránsito", en cuyo caso no cabe denegar lo ya autorizado por otro país.

La necesidad de prever un régimen sancionador viene proclamada en el artículo 9 por el que "cada Estado miembro establecerá las sanciones aplicables en caso de infracción del presente Reglamento"; "las sanciones - añade el citado precepto - deberán ser suficientes para incitar al cumplimiento de tales disposiciones".

2. La Directiva 93/7/CEE, del Consejo, de 15 de Marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro ⁽²²⁾.

La escasez de acuerdos bilaterales ⁽²³⁾ y la ausencia de medidas de presión concretadas bajo la forma de sanciones penales dirigidas a obtener el retorno del bien ilícitamente exportado

²¹ MARTIN REBOLLO, L.: El comercio..., ob. cit., pág. 122.

²² Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 27 de marzo de 1993. Para un amplio análisis de la Directiva, POLI, J. F.: La protection des biens culturels meubles, Paris, 1996, págs. 423 y ss. Su incorporación al ordenamiento jurídico español se produce mediante la Ley 36/1994, de 23 de diciembre (BOE 24-12-1994, núm. 307, pág. 38672). Para una análisis comparativo de la Directiva y de la Ley antes citada, FUENTES CAMACHO, V.: "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, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea", en Revista española de Derecho internacional, vol. XLVII, núm. 2, Madrid, 1995, págs. 488 y ss.

²³ Los Tratados bilaterales firmados por España, previendo la protección de bienes culturales, han sido suscritos, fundamentalmente, con países extracomunitarios, pertenecientes al antiguo bloque socialista. En este sentido, entre otros, el Tratado de 7 de marzo de 1979 (BOE 7-11-1979, núm. 267, pág. 25838) suscrito con Checoslovaquia, disponiendo su artículo 13 que "las partes contratantes colaborarán con el fin de imposibilitar la exportación, la importación y la venta ilegales de bienes culturales"; el Tratado de 11 de noviembre de 1991 (BOE 3-12-1992, núm. 290, pág. 41019) ratificado por Instrumento de 27 de octubre de 1992, concluido con la República Federativa Checa y Eslovaca, proclamando su artículo 19 que "las partes contratantes... se comprometen a cooperar en la lucha contra... el contrabando, incluida la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales"; Tratado de 4 de febrero de 1992, ratificado por Instrumento de 23 de abril de 1993 (BOE 97-1993, núm. 163, pág. 20773), suscrito con Rumania, disponiendo su artículo 14 que "las Partes se comprometen a cooperar en la lucha contra... el contrabando, incluida la exportación ilegal de bienes culturales"; Tratado bilateral con Hungría, de 6 de febrero de 1992, ratificado por Instrumento de 1 de enero de 1994 (BOE 15-3-1994, núm. 63, pág. 8254), por el que se establece, en su artículo 16, que "las Partes se comprometen a cooperar en la lucha contra el... contrabando, incluida la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales"; en idénticos términos, el artículo 17 de Tratado de amistad y cooperación con Polonia, de 26 de octubre de 1992, ratificado por Instrumento de 25 de octubre de 1994 (BOE 30-11-1994, núm. 286, pág. 36616); Acuerdo de cooperación cultural y educativa con Rusia, de 11 de abril de 1994 (BOE 11 de enero de 1995, núm. 9, pág. 999), proclamando, su artículo 5, que "las Partes... tomarán las medidas necesarias para impedir la importación y exportación ilegales de los bienes culturales de cada una de las Partes, de acuerdo con sus respectivas legislaciones internas y compromisos internacionales"; Tratado con Ucrania, de 8 de octubre de 1996 (BOE 21-10-1997, núm. 252, pág. 30361), disponiendo

determinaron que el Consejo de las Comunidades Europeas adoptara la presente Directiva, estableciendo un sistema que permitiera a los Estados miembros conseguir la restitución a su territorio de los bienes culturales que estuviesen clasificados dentro del patrimonio nacional con arreglo al artículo 36 del Tratado de Roma y que hubiesen salido de su territorio en infracción de sus disposiciones nacionales o del Reglamento nº 3911/92.

La definición o concepto de bienes culturales ⁽²⁴⁾, prevista en su artículo 1, constituye el punto neurálgico del contenido de la Directiva. Respetuosa con el derecho de cada Estado miembro, dentro de los límites del artículo 36 del Tratado, de definir su patrimonio nacional y de adoptar las disposiciones necesarias para garantizar la protección del mismo, la presente Directiva pretende únicamente acotar la protección comunitaria, esto es, definir su ámbito de aplicación, siendo el objetivo perseguido "el reconocimiento mutuo de las legislaciones nacionales en la materia" (sexto Considerando del Preámbulo). Ambito de aplicación que, en el caso español, se extiende a los bienes de interés cultural y a los bienes incluidos en el Inventario General que, además, estén contemplados en la lista del Anexo de la Directiva ⁽²⁵⁾, quedando excluidos de esta última exigencia, los bienes de las colecciones públicas y los incluidos en los inventarios de instituciones eclesiásticas.

Sin embargo, la identificación del bien en la lista vendrá determinada por la exigencia de dos criterios: la antigüedad y el valor económico del mismo. Así, con la única excepción de los objetos arqueológicos y de los elementos procedentes de desmembración de monumentos, en los que se requiere únicamente que superen los cien años de edad, en el caso de mosaicos, dibujos y fotografías (valor mínimo: 15.000 ecus), estatuas y demás objetos (50.000 ecus) y cuadros (150.000 ecus), al valor económico mínimo expresado se añade la exigencia de tener al menos 50 años de antigüedad. Los libros han de ser de más de cien años y un mínimo de 50.000 ecus, los mapas de doscientos años y 15.000 ecus, y los vehículos, de setenta y cinco años y 50.000 ecus ⁽²⁶⁾.

Al entender como salida ilegal, la salida del territorio de un Estado miembro infringiendo su legislación en materia de protección del patrimonio nacional o infringiendo las disposiciones del Reglamento nº 3911/92, o 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, no cabe duda que, en el caso español, ésta se produce en los supuestos de bienes cuya exportación está

su artículo 16 que "las Partes se comprometen a cooperar en la lucha contra... el contrabando, incluida la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales".

²⁴ Establece el artículo 1 que "a efectos de la presente Directiva, se entenderá por "Bien cultural": - un bien que esté clasificado, antes o después de haber salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, como "patrimonio artístico, histórico o arqueológico, con arreglo a la legislación o a procedimientos administrativos nacionales en el marco del artículo 36 del Tratado, y - pertenezca a una de las categorías que figuran en el Anexo o, aunque no pertenezcan a una de esas categorías, forme parte de: - colecciones públicas que figuren en los inventarios de museos, archivos y fondos de conservación de bibliotecas. A efectos de la aplicación de la presente Directiva, se entenderá por "colecciones públicas" aquellas colecciones 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 o esté financiado de forma significativa por dicho Estado miembro o por una autoridad local o regional, - inventarios de instituciones eclesiásticas". Establece el artículo 1. 2 de la Ley 32/1994, de 23 de diciembre, que "se considerarán colecciones públicas las que figuren en los inventarios de museos, archivos y fondos de conservación de bibliotecas, propiedad del Estado miembro, de sus entidades territoriales, o de organismos que tengan carácter público conforme a sus normas fundacionales".

²⁵ Anexo que, en sus rúbricas A y B, se ve modificado por lo dispuesto en la Directiva 96/100/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de febrero de 1997 (Diario Oficial nº L 060 de 1 de marzo de 1997, págs. 59-60). Sobre la problemática planteada respecto de los bienes clasificados conforme a una legislación autonómica que prevea categorías de protección diferenciadas de las de la ley estatal, MARTIN REBOLLO, L.: El comercio..., ob. cit., pág. 95.

²⁶ Establece el artículo 1. 1 de la Ley 36/94, de 23 de diciembre, que "el cumplimiento de las condiciones relativas al valor económico deberá juzgarse en el momento de presentarse la demanda de restitución. El valor financiero será el del bien en España. La fecha para la conversión en pesetas de los valores anteriormente expresados en ecus será el 1 de enero de 1993".

prohibida o de aquellos cuya (p. 3) salida se ha producido sin la pertinente autorización ⁽²⁷⁾. Basta, pues, la salida ilegal y que el bien se halle en un país comunitario. Asimismo, el ámbito de aplicación de la Directiva se extiende al caso en que el bien en cuestión haya salido del ámbito de la Comunidad y luego haya sido reimportado a cualquiera de sus Estados miembros.

2.1. El procedimiento de restitución.

La interposición de la demanda de restitución del bien sacado ilegalmente corresponde al Estado miembro requirente contra el poseedor o, en su caso, el tenedor del mismo. Su presentación ante los Tribunales competentes del Estado miembro requerido, debe ir acompañada por un documento en el que se describa el bien reclamado (certificándose asimismo que se trata de un bien cultural) y una declaración de las autoridades competentes del Estado miembro requirente de que el bien cultural ha salido de su territorio de forma ilegal. Respecto de este último requisito, el artículo 7. 1. de la Ley 36/1994 añade que en el caso de una salida ilegal desde su inicio, la declaración deberá precisar si la salida del bien cultural de su territorio es ilegal por infracción de la legislación en materia de Patrimonio Histórico Español, o de las disposiciones del Reglamento de la CEE 3911/1992. En el caso de una expedición temporal realizada legalmente que haya devenido en una situación ilegal, deberá precisar si se trata del incumplimiento de la obligación de devolución, una vez transcurrido el plazo o de la infracción de alguna de las demás condiciones de dicha expedición temporal ⁽²⁸⁾.

La presentación de la demanda, una vez verificada que la acción no ha prescrito, determina que los Tribunales competentes ⁽²⁹⁾ ordenen la restitución del bien, siempre y cuando, conforme a la legislación del país donde el objeto se encuentre, quede probado que pertenece al "patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional", en el sentido del artículo 36 del Tratado de Roma, pertenezca a la lista del Anexo de la Directiva, reúna las exigencias de valor y antigüedad allí establecidas y, además, haya salido ilegalmente del país después del 1 de enero de 1993 ⁽³⁰⁾. En la misma sentencia, el Juez concederá al poseedor una indemnización que considere equitativa a tenor de las circunstancias que queden acreditadas en el proceso, siempre que tenga el convencimiento de que aquél ha actuado con la diligencia y buena fe debidas en el momento de la adquisición. Conforme al artículo 9 de la Directiva y de la Ley 36/1994, la indemnización deberá satisfacerse por el Estado

²⁷ Si la regla especial contenida en el artículo 29 de la LPHE, por la cual "pertenecen al Estado los bienes muebles integrantes del patrimonio histórico español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5 de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles", impide, como norma internacionalmente imperativa, que la adquisición del bien cultural llevada a cabo en país extranjero comporte una transferencia de propiedad a favor del tercero de buena fe, no es menos cierto que su eficacia depende del Derecho internacional privado extranjero. En este sentido, apunta CARRASCOSA GONZALEZ (en CALVO CARAVACA, A. L. y otros: Derecho internacional privado, vol. II, Granada, 1998, pág. 524) que "una protección eficaz del Patrimonio Histórico español y también del Patrimonio Histórico de otros países sólo puede venir de la mano de Convenios internacionales u otros instrumentos de génesis supranacional que obliguen a los tribunales de los distintos Estados a proteger el Patrimonio de los demás países. Una perspectiva unilateral, - como la que adopta la LPH española -, presenta el riesgo de ser inefectiva. Si cada país se empeña, exclusivamente, en la protección de su Patrimonio Histórico, y visto que el aparato coactivo del Estado, - incluido el jurisdiccional -, sólo opera en el territorio de cada Estado, una vez que el bien cultural de un país se halla, - previa exportación ilegal -, en otro país, no habrá manera de proteger la riqueza cultural y artística de cada nación". Sólo desde esta perspectiva puede comprenderse la magnitud y transcendencia de la Directiva objeto de análisis.

²⁸ La no aportación de los citados documentos determina que el Juez, de oficio y sin audiencia de las partes, dicte auto de inadmisión de la demanda.

²⁹ En el caso español, el artículo 2 de la Ley 36/1994 atribuye la competencia a los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo tramitados los procesos derivados del ejercicio de la acción, en virtud de lo prevenido en el artículo 3, conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales.

³⁰ Sobre este último requisito, señala FRIER (Droit..., ob. cit., págs. 495-496) que "si esta disposición es lógica, puede, empero, paralizar numerosas acciones de restitución: ¿cómo probar, en muchos casos, la fecha del robo y, sobre todo, la de la salida ilícita cuando ya no existe el paso por la aduana?".

requirente en el momento en que sea firme la sentencia de restitución, consignando su importe ante el Tribunal que la haya dictado junto con los gastos ocasionados por la conservación del bien reclamado, como requisito previo para que se proceda a la ejecución de la sentencia.

2.2. La prescripción de la acción de restitución.

Si la concreción de la indemnización constituye un aspecto potencialmente conflictivo, la fijación del plazo de prescripción de la acción pone al descubierto la disparidad de intereses entre países proteccionistas y liberalizadores. Las divergencias entre los partidarios de criterios más conservacionistas basados en la imprescriptibilidad de la acción como mecanismo de defensa de su patrimonio histórico, y los defensores de criterios liberales tendentes a la no fijación de un plazo de prescripción, determinaron el establecimiento de un criterio pragmático del que se inspira la norma. En efecto, el artículo 7 de la Directiva prevé un doble plazo de prescripción: un año a partir de la fecha en que el Estado miembro requirente tiene conocimiento del lugar en el que se encuentra el bien cultural y de la identidad del poseedor o tenedor del mismo y, 30 años, a partir de la fecha en que el bien cultural haya salido de forma ilegal de su territorio. Elemento, este último, que, por plantear inevitables problemas probatorios y, fundamentalmente, por contradecir el principio de imprescriptibilidad de bienes demaniales consagrado en nuestra legislación y en la de gran parte de los países de nuestro entorno cultural³¹), determinó, tras arduos debates, la previsión de un plazo de setenta y cinco años en el caso de bienes pertenecientes a colecciones públicas y bienes eclesiásticos, salvo en aquellos Estados miembros donde la acción fuese imprescriptible o que hubiesen establecido, en el marco de convenios bilaterales, un plazo superior³²).

En todo caso, el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de restitución no afecta a las acciones penales o civiles de que dispongan tanto el Estado de cuyo territorio salió el bien, como el propietario del bien cultural robado, conforme a su legislación nacional (art. 15). Con esta declaración resulta evidente que la prescripción de la acción de restitución no obsta la condena penal del autor de un delito de contrabando, salvo, naturalmente, que hubiera prescrito el delito conforme al Código penal español.

3. La Convención de UNIDROIT de 1995.

La necesidad de complementar la Convención de 1970 mediante la elaboración de unas reglas de derecho privado aplicables al tráfico ilícito de bienes culturales condujo a que, en 1984, la Unesco encomendara a Unidroit la concreción de su aspiración³³). Aplicable a las situaciones que requieren de una demanda de carácter internacional para lograr la restitución de un bien cultural robado o la devolución del mismo en el supuesto de haber sido ilícitamente exportado (art. 1), la Convención de Roma, amén de proporcionar una definición de bienes culturales³⁴) claramente inspirada en el artículo 1 de la Convención de 1970, pretende resolver el problema, suscitado por las diferencias

³¹ En este sentido, FRIER (Droit..., ob. cit., pág. 496) al referirse, entre otras, a las legislaciones española, francesa, belga e italiana. Sobre la oposición de Alemania y los Países Bajos a que la imprescriptibilidad se convirtiese en regla general, DEROUT, A.: La protection..., ob. cit., pág. 105.

³² En idéntico sentido, el artículo 6 de la Ley 36/1994.

³³ Para una amplia visión sobre las estrechas relaciones entre ambas instituciones en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, PROTT, L. V.: "UNESCO and UNIDROIT: a Partnership against Trafficking in Cultural Objects", en Uniform Law Review, vol. I, Roma, 1996-1, págs. 59 y ss. Acerca de los trabajos preparatorios, SÁNCHEZ FELIPE, J. M.: "El convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995", en Revista española de Derecho internacional, vol. XLVIII, núm. 1, Madrid, 1996, págs. 435 y ss.

³⁴ Establece el artículo 2 que "a los efectos del presente Convenio, por bienes culturales se entiende los bienes que, por razones religiosas o profanas, revisten importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia, y que pertenecen a alguna de las categorías enumeradas en el anexo al presente Convenio". En opinión de LALIVE ("Une avancée du droit international: la Convention de Rome d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés", en Uniform Law Review, vol. I, Roma, 1996-1, pág. 50) la reglamentación comunitaria se inspiró de los trabajos y proyectos de Unidroit. En este sentido, conviene destacar que el recurso a una lista de bienes culturales prevista en el Anexo, tanto de la Directiva como del Reglamento (CEE) N° 3911/92, obedece, efectivamente, a la sistemática adoptada en el proyecto de Unidroit.

existentes en los diversos sistemas jurídicos, relativo al adquirente de buena fé en posesión del bien del que se reclama su restitución o devolución ⁽³⁵⁾.

Conviene, no obstante, destacar que, como apunta la doctrina mayoritaria ⁽³⁶⁾, la normativa comunitaria podría llegar a ser menos protectora que el presente Convenio al establecer, entre otras disposiciones, menores plazos de prescripción. En efecto, mientras la Directiva CEE/7/93 prevé un plazo de prescripción de un año con un límite de treinta años, la Convención de Unidroit establece un plazo de tres años a contar desde el momento en que el demandante haya tenido conocimiento del lugar donde se encuentra el bien y la identidad de su poseedor, con un límite de cincuenta años desde que se produjo el robo o la exportación ilícita. Es más, la no previsión de límites mínimos de valoración del bien, a diferencia de la Directiva, amplía notablemente el ámbito de protección de la Convención ⁽³⁷⁾.

II) EL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES: ANTECEDENTES NORMATIVOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Sin entrar en un pormenorizado análisis de las primeras manifestaciones legislativas tendentes a evitar la salida ilegal de las obras artísticas ⁽³⁸⁾, la preocupación del legislador español por esta materia se hace ya patente en 1779, cuando la Real Orden Circular de 16 de octubre prohíbe la exportación de pinturas, libros o manuscritos antiguos de autores españoles sin expresa Real Orden de Autorización. Idéntico propósito proteccionista se encuentra en el Real Decreto de Fernando VII de 1827 - por el que se prohíbe, asimismo, la exportación de obras de arte -, en la Real Cédula de 28 de abril de 1837 por la que se castiga la salida de la Península de pinturas, libros y manuscritos antiguos ⁽³⁹⁾, y en la Ley de 4 de marzo de 1915 que, en su artículo 3, impide la exportación al extranjero de

³⁵ Ampliamente, DROZ, G.: "La convention d'UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995)", en *Revue critique de droit international privé*, núm. 2, tomo 86, Paris, 1997, págs. 217 y ss.

³⁶ SÁNCHEZ FELIPE ("El convenio...", ob. cit., pág. 439) afirma que "en el caso de que la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea se adhiriesen al Convenio de Unidroit (y ya ha sido firmado por cinco Estados comunitarios) sería conveniente, por no decir necesario, la adaptación de la normativa comunitaria a las normas del Convenio de Unidroit, si se quieren evitar situaciones paradójicas"; POLI, J. F.: "Droit communautaire, compétences culturelles des états membres en matière de protection du patrimoine national, et convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés", en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 415, Paris, 1998, pág. 91; FRIGO, M.: "La Convenzione dell'Unidroit sui beni culturali rubati o illecitamente esportati", en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 3, Padova, 1996, pág. 462. El mayor alcance aplicativo de la Convención se evidencia, respecto de la misma, en la "amplia campaña de desinformación y por las manifestaciones de hostilidad, en particular, en importantes países del mercado del arte como el Reino Unido, Suiza y los Estados Unidos", puesto de manifiesto por FRANCIONI, F.: "Le commerce illicite d'objets d'art et son contrôle: la convention d'UNIDROIT de 1995", en *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 2, Paris, 1998, pág. 88.

³⁷ Un estudio comparativo de la Directiva y de la Convención de Unidroit en SIEHR ("The protection of Cultural Property: the 1995 UNIDROIT Convention and the EEC Instruments of 1992/93 Compared", en *Uniform Law Review*, vol. III, Roma, 1998-2/3, págs. 671 y ss.) quien, tras hacer hincapié en que sólo la Convención otorga protección a los objetos robados, proclama que, una vez ratificados ambos instrumentos, deberá prevalecer el más favorable a la restitución del bien.

³⁸ Para un estudio detallado sobre la evolución legislativa de la materia, NOREÑA SALTO, J. R.: "La represión del contrabando (L. O. 7/1982)", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 19, Madrid, 1983, págs. 94 y ss; GONZÁLEZ-UBEDA RICO, G.: Aspectos jurídicos de la protección del patrimonio histórico - artístico y cultural, Madrid, 1981, págs. 164 y ss. Fuera de España, los orígenes se remontan a una bula de Pío II (Enea Silvio Piccolomini) de 28 de abril de 1462. Para más detalle, GRISOLIA, M.: *La tutela delle cose d'arte*, Roma, 1952, pág. 24; CANTUCCI, M.: *La tutela giuridica delle cose d'interesse artistico*, Padova, 1953, pág. 9.

³⁹ ALEGRE ÁVILA (*Evolución...*, ob. cit. pág. 45) señala respecto de esta Real Cédula que "consagra el modelo tradicional en materia de exportación de objetos artísticos, cual la sujeción a previa licencia o autorización a fin de poder sacar los mismos del país, sistema intermedio entre la absoluta libertad de exportación y... la prohibición radical de sacar dichos bienes del territorio nacional". Para

“todo ó parte de ningún monumento que no haya sido expresamente excluido del catálogo de monumentos artísticos”.

En años posteriores, las medidas de carácter fiscal adquieren relevancia al promulgarse el Real Decreto de 16 de febrero de 1922 por el que se obliga a los exportadores a presentar en aduana documento acreditativo del valor oficial del objeto artístico, a efectos de liquidación del derecho. En ese mismo año, la Real Orden de 12 de mayo prohíbe toda exportación de objetos anteriores a la mitad del siglo XIX que formen parte del Tesoro Artístico.

Sin embargo, será el Real Decreto - ley, penal y procesal, en materia de contrabando y defraudación, de 14 de enero de 1929, la norma que, en relación con el Decreto - ley de 9 de agosto de 1926 ⁽⁴⁰⁾, incluya el tráfico exterior de obras artísticas en el Contrabando ⁽⁴¹⁾. En efecto, tras apuntarse que “los actos ú omisiones constitutivos de contrabando se reputarán delitos, siempre que el valor de los efectos estancados ó prohibidos de que se trate excedan de 5.000 pesetas”, el artículo 3. 2. 9º. proclama que “se incurrirá en delito de contrabando por la exportación de las obras y objetos de antigüedad y de arte á que se refiere el R. D. de 9 de agosto 1926 cuando no sean presentados en la Aduana respectiva, ó cuando se presenten sin la correspondiente guía de origen, con declaración falsa ó alterada. En igual infracción incurrirán los viajeros por los objetos de tal especie que se encuentren en el reconocimiento de sus equipajes careciendo de la documentación debida para que puedan salir del Reino”, previéndose como penas principales, en el artículo 27, la prisión de dos meses y un día a tres años y la multa, y como accesorias, el comiso y la inhabilitación absoluta o especial para desempeñar cargos públicos.

BARRERO RODRÍGUEZ (La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico, 1ª ed., Madrid, 1990, pág. 48), “constituye ésta una disposición... que parece surgir... como una reacción de la propia Administración ante el estado de devastación y deterioro al que se había llegado en nuestro país”. Destaca CASTILLO RUIZ (El entorno de los bienes inmuebles de interés cultural, Granada, 1997, pág. 121) la suma trascendencia de la norma “ya que significa que en la medida en que se asienta la idea nacional, se va tomando conciencia de que los bienes artísticos no se pueden perder exportándolos a otros Estados”.

⁴⁰ El Decreto - ley de 9 de agosto de 1926, por el que se establecen nuevas normas para la conservación de la riqueza histórico - artística nacional, proclamaba en su artículo 26 que “los objetos que presenten interés nacional por razones de arte ó de historia no podrán ser exportados sin las autorizaciones correspondientes que dará el Ministerio de I. P. y B. A., de acuerdo con las disposiciones de este Decreto - ley y su Reglamento. Estas disposiciones se aplicarán á todos los objetos y obras de pintura, decoración, dibujo, grabado, etc., etc., de autores anteriores á 1830”. Mientras el artículo 28 prohibía la exportación de las obras cuya salida del Reino constituyese grave daño y notorio perjuicio para la historia, la arqueología y el arte por el interés y valor histórico, arqueológico, artístico o documental que tuvieren, autorizando únicamente la exportación de réplicas, imitaciones y copias, así como las de objetos u obras de cualquier clase que fuesen cuya exportación no pudiese causar el menor daño al Tesoro Artístico - histórico, Arqueológico y Documental de España, el artículo 29 atribuía a las Comisiones de Valoración la calificación de los objetos que se pretendiesen exportar. En el ámbito fiscal, el artículo 31 establecía la sujeción a una tasa de derechos, gradual y progresiva, a la exportación de obras de valor e interés histórico, arqueológico o artístico y las imitaciones no prohibidas. Será, sin embargo, el artículo 35 el que mayor interés ofrezca, por cuanto que a tenor del mismo “se considerará contrabando (la ley entonces vigente era la de 25 de abril - 23 de mayo de 1924), y como tal será perseguido y castigado, la exportación de las obras y objetos de antigüedad y de arte motivo de este D.- ley, cuando no sean presentados en la Aduana respectiva ó cuando se presenten sin la correspondiente guía de origen, con declaración falsa ó alterada, de tal suerte, que haga sospechar la intención de eludir el pago de los derechos á la Hacienda ó á la autorización necesaria”. Empieza a germinar la idea de la necesaria restitución o repatriación de los objetos artísticos y documentales que hayan sido vendidos en el extranjero sin la correspondiente autorización (artículo 36). Para más detalle, ALEGRE ÁVILA, J. M.: Evolución..., ob. cit., págs. 90 y ss.

⁴¹ Se definía como contrabando, en el artículo 1 de la Ley de 14 de enero de 1929, “la ilícita producción, circulación, comercio o tenencia de géneros o efectos estancados o prohibidos”. Para una amplio estudio de esta Ley, RODRÍGUEZ DEVESA, J. Mª: “Contrabando y defraudación”, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tomo V, Barcelona, 1953, págs. 283 y ss.

La guerra civil española propicia, como en toda contienda bélica, la proliferación de depredaciones, saqueos, expolios y tráficos ilícitos de bienes de valor artístico e histórico ⁽⁴²⁾; por ello, “los constantes asaltos y despojos que por elementos extremistas se están llevando a cabo contra el Tesoro Nacional - reza la Exposición de Motivos del Decreto de 6 de diciembre de 1936 - requieren medidas urgentes que en lo posible eviten la compraventa de objetos que tengan un valor artístico e histórico, de forma que los autores de los robos no encuentren facilidades para la venta de aquéllos dentro de España o exportación al extranjero”⁽⁴³⁾.

La urgente necesidad de que las normas legales relativas al comercio y exportación de obras de arte tuviesen un efectivo cumplimiento determina la aprobación del Decreto de 12 de junio de 1953 por el que se prioriza “la salvaguarda de 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”. Tras reiterarse la prohibición de exportar materiales integrantes de inmuebles que cuenten con más de 100 años de antigüedad y objetos muebles cuya salida del territorio español pueda constituir notorio perjuicio a la integridad del Patrimonio arqueológico, artístico, histórico, documental y etnológico o folklórico de la nación, se mantienen las facultades estatales (p. 4) de ejercitar el derecho de tanteo y la incautación de los objetos ilícitamente exportados ⁽⁴⁴⁾. Sin embargo, la citada normativa habría de colisionar con la reciente regulación de las infracciones de contrabando. En efecto, la ineficacia de la Ley de Contrabando y Defraudación de 1929 determinó la promulgación de la Ley de 20 de diciembre de 1952, por la que se convertían en infracciones administrativas lo que hasta entonces habían sido delitos y faltas penales, y se atribuía la competencia para el enjuiciamiento y sanción de estos hechos a órganos administrativos. Disponía asimismo la refundición de las normas relativas al contrabando, exigencia que se lleva a efecto por Decreto de 11 de septiembre de 1953 ⁽⁴⁵⁾. De este modo, se produce una duplicidad en la sanción de exportaciones fraudulentas: por un lado, las susceptibles de ser impuestas por el Ministerio de Educación Nacional (de acuerdo con el D.L. de junio del 53), por

⁴² Con anterioridad a la misma, la Ley de 10 de diciembre de 1931 disponía, en su artículo 19, la radical prohibición de la exportación mientras la riqueza artística de España estuviera sin catalogar. Posteriormente, el Decreto de 13 de mayo de 1933 proclamó, en su artículo 43, la prohibición de exportar ningún objeto histórico – artístico sin el permiso de la Sección de Exportaciones y de la Junta Superior del Tesoro Artístico. “Cuando el valor del objeto a exportar sea superior a 50.000 pesetas oro - señalaba el citado precepto - será necesaria la autorización de la Junta en pleno acordada por mayoría absoluta. En el permiso se hará constar... según los casos, que la salida no causa detrimento al Patrimonio histórico - artístico nacional”. Merece ser destacada la posición de privilegio del Estado por cuanto le asiste no sólo el derecho de tanteo (art. 43, 2º párrafo) sino el de adquisición, por el valor declarado o justipreciado, de todo objeto del que no se consienta la exportación (art. 45), con independencia de su facultad de incautar los objetos que se trate de exportar fraudulentamente (art. 46).

⁴³ Señala el artículo sexto del citado Decreto que “queda totalmente prohibida la salida de España de los objetos comprendidos en esta disposición (es decir, cuantos objetos muebles puedan tener un interés o valor artístico, arqueológico, paleontológico o histórico). Las Aduanas no permitirán la salida de ninguno de ellos y procederá a la incautación de los que se pretenda exportar”.

⁴⁴ El Decreto de 27 de enero de 1956 modifica los artículos 10 y 11 del de 12 de junio de 1953. Establece la nueva regulación la potestad del Estado para “ejercitar el derecho de tanteo sobre todo objeto de interés artístico o histórico cuya exportación sea solicitada para adquirirlo con destino a los Museos Nacionales. Cuando el Estado estime que el valor declarado no corresponde al verdadero del objeto, se procederá al justiprecio del mismo por la Comisión de Valorizaciones y Exportaciones. Si el vendedor no se conforma con el justiprecio de la Comisión o el que fije la Orden que resuelva el recurso, quedará sin efecto el tanteo, y también prohibida la exportación del objeto, sin perjuicio del derecho del Estado a la expropiación forzosa por causa de interés público”.

⁴⁵ Dispone su artículo 7. 9º que “se incurrirá en infracción de contrabando... por la exportación de las obras y objetos antiguos o de arte cuya exportación esté prohibida o sometida a previa autorización por disposición legal, cuando no sean presentados en la Aduana respectiva, o cuando se presenten sin la correspondiente guía de origen, con declaración falsa o alterada. En igual infracción incurrirán los viajeros cuando tales objetos sean encontrados en el reconocimiento de sus equipajes y carezcan de la documentación necesaria para que puedan ser extraídos del territorio nacional”.

otro, las impuestas por el Tribunal de Contrabando y Defraudación (art. 49 de la Ley de septiembre de 1953).

Situación de extrema confusión que resuelve el artículo 1 de la Ley de 21 de julio de 1960 al proclamar que “corresponde a los Tribunales a que se refiere el título 7º de la Ley vigente de Contrabando y Defraudación la competencia para conocer los casos de exportación ilegal de objetos integrantes del Tesoro Histórico - Artístico Nacional, y para imponer y ejecutar las sanciones establecidas en Leyes y Reglamentos defensores del Patrimonio Histórico - Artístico Nacional”.

“La continuación y aun proliferación - en palabras de QUINTANO ⁴⁶ - de los abusos del tráfico, y algunos casos de suma gravedad que conmovieron la opinión”, originan un nuevo ordenamiento mediante la aprobación del Decreto 1.116, de 2 de junio de 1960, que si bien vino a ratificar la existencia de un régimen dual ⁴⁷ caracterizado, por una parte, por la inexportabilidad de los bienes muebles integrantes del Tesoro Artístico Nacional (art. 2) y, por otra, por la necesidad de propuesta favorable, acordada por mayoría absoluta de los miembros de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación, para el resto de objetos de más de cien años de antigüedad (art. 3) ⁴⁸, determinó, en última instancia, una farragosa superposición de ordenamientos.

En efecto, el evidente espíritu proteccionista del legislador le lleva [con deficiente técnica jurídica y “por miedo a que pudieran quedar excluidos objetos de valor artístico”⁴⁹], a no derogar las disposiciones anteriores sino a declararlas vigentes, considerando derogados únicamente los preceptos contrarios a los consignados en la disposición que se dicta. Se produce así la mentada superposición entre lo establecido en el Decreto de 1960 y la Ley de Contrabando vigente. No obstante, las incertidumbres de coordinación surgidas trata de corregirlas, una vez más y con discutible éxito, la Ley de 21 de julio de 1960. En efecto, como ya tuvimos ocasión de puntualizar, el reenvío que efectúa a la legislación de contrabando parece más bien limitado a los aspectos estrictamente procesales, lo que obliga a concluir que los aspectos sustantivos se siguen regulando en el Decreto de 1960.

La promulgación de la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963, supuso, acorde con lo previsto en su disposición transitoria 4ª, la adaptación de las normas sancionadoras del contrabando a sus preceptos, circunstancia que se llevó a cabo por Decreto de 16 de julio de 1964, aprobándose el Texto refundido de la Ley de Contrabando. Del mismo, no sólo interesa destacar que se sigue entendiendo por contrabando la exportación no autorizada de obras y objetos antiguos o de arte (art. 3. 4º), sino también la introducción de un eficaz aunque justamente criticado ⁵⁰ sistema que pone en manos de la Administración un instrumento muy contundente: la sanción subsidiaria de prisión por

⁴⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado..., ob. cit., pág. 952.

⁴⁷ GÓMEZ ANTÓN (“Tres disposiciones sobre exportación de bienes de interés artístico o histórico: los Decretos de 2 de junio y la Ley de 21 de julio de 1960”, en Revista de Administración Pública, núm. 33, Madrid, 1960, pág. 251) señala que “se pretende con el juego conjunto de estas medidas impedir la salida de España, no sólo de los bienes integrados en el Tesoro, sino también de cuantos – en razón de su objetivo interés – puedan en su día agregarse a aquéllos”.

⁴⁸ Distinción que supondrá una desigual respuesta punitiva. Así, el artículo 9, tras castigar el intento fraudulento de exportación de bienes muebles o inmuebles de más de cien años de antigüedad de valor histórico o artístico con una multa equivalente al triple de la tasa de exportación, prevé la multa del triple del valor del objeto para el autor, cómplice o encubridor de la exportación fraudulenta. Si el objeto cuya exportación se intenta o se realiza fraudulentamente hubiese sido declarado integrante del Tesoro Artístico Nacional, la multa será del quintuplo de su valor. Para un exhaustivo análisis de los problemas que tan “peculiar” criterio sancionador plantea, GÓMEZ ANTÓN, F.: “Tres disposiciones..., ob. cit., págs. 269 y ss.

⁴⁹ MUÑOZ MERINO, A.: El delito de contrabando, Pamplona, 1992, pág. 192.

⁵⁰ BOIX REIG, J.: “Algunos aspectos de la responsabilidad penal subsidiaria”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 3, Madrid, 1977, págs. 44 y ss; VIVES ANTÓN, T. S.: “Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas y estupefacientes”, en Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas o estupefacientes, Valencia, 1977, pág. 556.

insolvencia del culpable ⁽⁵¹⁾). En efecto, el artículo 24. 4 establece que “sanción subsidiaria es la prisión, por insolvencia del culpable que se calculará teniendo en cuenta que cada día de privación de libertad equivale al importe del salario laboral mínimo vigente en el momento en que se practique la liquidación de condena, con la duración máxima de uno, dos o cuatro años según se trate, respectivamente, de infracciones de mínima, de menor o de mayor cuantía”⁽⁵²⁾.

La entrada en vigor de la Constitución de 1978 evidencia la necesidad de reformar la legislación sobre contrabando; lo dispuesto en el artículo 25. 3 de nuestra norma fundamental, prohibiendo a la Administración civil imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad, supone dejar sin contenido lo prevenido en el artículo 24 de la Ley de contrabando ⁽⁵³⁾, lo que provoca un auge, sin precedentes, del tráfico ilícito ⁽⁵⁴⁾.

⁵¹ ARRIOLA GARROTE (“Algunas consideraciones acerca de la Ley Orgánica de Contrabando”, en La Ley, vol. 4, Madrid, 1982, pág. 1137) señala que “el legislador tuvo en cuenta que la inmensa mayoría de estos infractores son insolventes. Es frecuente que posean muchos bienes, pero siempre se cuidan de que el dominio de los mismos no les pertenezca. Y así, cualquier intento de hacer efectiva una sanción pecuniaria por vía de apremio contra su patrimonio está abocado al fracaso. De ahí que sólo la prisión subsidiaria por insolvencia fuera instrumento idóneo para lograr el pago de las sanciones pecuniarias: el contrabandista, ante la perspectiva de verse en prisión por un plazo que podía llegar a los cuatro años, encontraba el modo de pagar las multas”.

⁵² Por su particular interés, reproducimos lo previsto en la Circular de 19 de abril de 1963 (B. O. Hacienda, núm. 51 del 5 de julio). “En aquellos casos en que por un solo acto se declarasen cometidas por la misma persona dos o más infracciones, deberá tenerse presente, en cuanto a la imposición de la sanción subsidiaria de privación de libertad para caso de insolvencia, que el artículo 22 de la vigente Ley de Contrabando y Defraudación debe interpretarse en el sentido de que el límite máximo de la sanción subsidiaria de privación de libertad que se imponga por infracciones de contrabando y defraudación será el de cuatro años, no siendo posible sobrepasar tal límite que a la sanción de privación de libertad fija el precepto examinado, cualquiera que sea el número y naturaleza de las infracciones cometidas por una persona en el mismo acto”. La interpretación del mencionado precepto ha de relacionarse asimismo con lo dispuesto en el Código penal, que preceptúa en su artículo 71, para cuando se declara culpable de dos o más delitos al autor de unos mismos hechos: “Se impondrá la pena correspondiente al delito más grave, en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse”. Precepto cuyo fundamento no está en el número ni en la especie de los delitos, sino en una consideración hacia el reo que mueve al legislador a establecer un límite en la sanción, que es en cierto modo, absoluto e independiente de aquellos número o especie, con lo que aparece claro el deseo de la Ley fundamental de nuestro ordenamiento jurídico penal de beneficiar al reo. En consecuencia, los Tribunales provinciales de Contrabando y Defraudación deberán tener presente que, en los casos en que por un mismo acto una persona resultase responsable de dos o más infracciones de contrabando y defraudación, solamente se aplicará la sanción subsidiaria de privación de libertad correspondiente a la infracción por la que sea aplicable mayor límite de duración, o a la de una sola de ellas, en caso de que a todas corresponda igual límite.

⁵³ Véase sobre el particular la Circular de 12 de diciembre de 1978 del Tribunal Económico - Administrativo Central (B. O. Ministerio de Hacienda, 25 de enero de 1979), por el que se dirige a los Tribunales de Contrabando para instruirles de que, a partir de la publicación en el Boletín Oficial del Estado, deberán abstenerse de imponer la sanción subsidiaria de prisión establecida en el artículo 24.4) de la Ley de Contrabando y acordar la inmediata puesta en libertad de los sancionados que la estuvieren cumpliendo.

⁵⁴ ARRIOLA GARROTE (“Algunas...”, ob. cit., pág. 1138) apunta que “los infractores, siempre insolventes, no corrían más riesgo que el comiso de los efectos intervenidos y como mucho el medio de transporte de los mismos”; MUÑOZ MERINO, A.: El delito..., ob. cit., pág. 96; PARADA VÁZQUEZ (“Infracciones administrativas de contrabando”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): Comentarios a la legislación penal, tomo III, Madrid, 1984, pág. 499) señala que “la represión del contrabando no podía encontrar en la sanción pecuniaria... un remedio eficaz, debido a que el contrabando organizado – no en el individual y esporádico - , podía ser fácilmente evitada toda represión a través de testaferreros insolventes, fenómeno que se hizo patente con la entrada en vigor de la Constitución de 1978”; NOREÑA SALTO, J. R.: “La represión...”, ob. cit., pág. 90; ALBIÑANA GARCÍA - QUINTANA, C.: “La

Esta insostenible situación es la que la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, reguladora de los delitos e infracciones administrativas de contrabando, se propuso remediar. Retornando al antiguo sistema utilizado en las leyes de contrabando de 1830, 1852, 1904 y 1929, por las que se establecía una tajante separación entre delitos e infracciones administrativas en función de la mayor o menor gravedad del ataque al bien jurídico protegido, la ley de 1982 fija la línea divisora atendiendo a un único criterio de contenido económico ⁽⁵⁵⁾: "son reos del delito de contrabando, siempre que el valor de los géneros o efectos sea igual o superior a un millón de pesetas" (art. 1. 1º). Con ello, señala MUÑOZ MERINO, "ya no es la naturaleza de los géneros, ni la actividad realizada, las que establecen la distinción entre infracción y delito, como ocurría anteriormente, ya fuera entre delito y falta, o entre infracciones de contrabando y de defraudación. Así, las conductas tipificadas para los delitos y para las infracciones administrativas son las mismas"⁽⁵⁶⁾.

III) LA REGULACIÓN DE LA EXPORTACIÓN DE BIENES CULTURALES EN LA LEY DE PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL DE 1985 Y SU INCIDENCIA EN LA VIGENTE LEY DE CONTRABANDO.

La voluntad de armonizar y unificar una normativa tradicionalmente dispersa como es la relativa a la protección de los bienes culturales se concreta en la aprobación de la vigente Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985, objeto de desarrollo en sendos Reales Decretos de 1986 y 1994.

De su articulado, y de la materia que nos ocupa, debe destacarse el art. 5, conforme al cual ha de entenderse por exportación la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español; es decir, de aquellos que, según proclama su art. 2, presentan un "interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico...[así como] el patrimonio documental y bibliográfico".

No obstante, su art. 75. 1, con un criterio más restrictivo, establece que constituye delito o, en su caso, infracción de contrabando, de conformidad con la legislación en esta materia, la "exportación de un bien mueble integrante del Patrimonio Histórico Español que se realice sin la autorización prevista en el artículo 5 de esta Ley".

Con ello, entendemos que el objeto material del delito o infracción de contrabando de la Ley de 1995 sólo puede venir constituido por los bienes muebles que presenten alguno de los valores antes enunciados. Siendo esto así, puede ya afirmarse que no constituye contrabando la salida ilegal de cualquier bien integrante del Patrimonio Histórico Español: el ámbito de protección, al menos en materia de contrabando, se ciñe exclusivamente a los bienes muebles. La consiguiente e incomprensible exclusión de los bienes inmuebles de la esfera de protección de la legislación de contrabando produce, cuando menos, cierta perplejidad ⁽⁵⁷⁾. En este sentido, puede difícilmente aceptarse que la exportación ilícita de un bien mueble integrante del PHE pueda constituir delito o infracción de contrabando y que la salida ilegal de un bien inmueble, también integrante de ese mismo PHE, constituya, únicamente, una infracción administrativa sancionada conforme a lo

próxima ley mixta de contrabando", en La Ley, vol. 4, Madrid, 1982, pág. 1067; VILA MAYO, J. E.: "Cuestiones sobre el delito de contrabando", en La Ley, vol. 4, Madrid, 1983, pág. 1166; LORENZO SALGADO, J. M.: Las drogas en el ordenamiento penal español, 2ª. ed., Barcelona, 1983, pág. 196; MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, 10ª ed., Valencia, 1995, pág. 885.

⁵⁵ Afirmación que merece ser puntualizada por cuanto el artículo 1. 3 señala que "no obstante lo dispuesto en el número 1 de este artículo, serán también reos del delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en el mismo, cualquiera que sea la cuantía, si concurre alguna de las circunstancias siguientes: Primera. Cuando el objeto del contrabando sean drogas, estupefacientes, armas, explosivos o cualesquiera otros cuya tenencia constituya delito. Segunda. Cuando el contrabando se realice a través de una organización."

⁵⁶ MUÑOZ MERINO, A.: El delito..., ob. cit., pág. 100.

⁵⁷ Conviene recordar que, a tenor del artículo 14 de la LPHE, y para los efectos de esta Ley, "tienen la consideración de bienes inmuebles, además de los enumerados en el artículo 334 del Código Civil, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su entorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser reparados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos".

dispuesto en el artículo 76 de la mencionada ley. En efecto, este precepto señala que "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: h) La exportación ilegal de los bienes a que hacen referencia los artículos 5 y 56.1 de la presente Ley". Ahora bien, ya hemos visto que aunque el artículo 5 considere exportación la salida del territorio español de cualquier bien integrante del PHE, el artículo 75.1 impide, injustificadamente, la consideración de objeto material del delito de contrabando a los bienes inmuebles⁵⁸.

El establecimiento, en la Ley de contrabando, de un límite objetivo para delimitar el ámbito de lo punible a título de infracción penal (delito) o infracción administrativa si el valor de los bienes es igual o superior a tres millones de pesetas, propicia que la valoración del bien que se pretende exportar adquiera extraordinaria relevancia. En efecto, la adopción de este sistema, considerado por parte de la doctrina como "aconsejable desde la perspectiva político - criminal, por mor del respeto y plena satisfacción del principio de mínima intervención del Derecho Penal"⁵⁹, supone que la seguridad jurídica se vea notablemente reforzada, si bien es necesario insistir en que la peculiaridad de los bienes integrantes del Patrimonio histórico dejará en evidencia la disfuncionalidad del criterio cuantitativo como elemento delimitador. Es más, desde una perspectiva general, sin atender de modo particular a los bienes (p. 5) objeto de nuestro análisis, el establecimiento de un límite fijo e inamovible presente un inconveniente de indeseables consecuencias; la creciente inflación con el correlativo aumento de valor económico de los bienes obliga a una constante actualización de la cuantía establecida si no se quiere quebrar el principio de intervención mínima en materia penal. En efecto, la consecuencia de un límite cuantitativo fijo no revisado y adaptado a la realidad económica conlleva una mayor injerencia del Derecho penal por cuanto que, con el transcurso del tiempo, mayores serán los bienes que superen ese límite⁶⁰.

⁵⁸ No podemos compartir los argumentos esgrimidos por MUÑOZ MERINO (El delito..., ob. cit, pág. 203) para justificar la exclusión de los bienes inmuebles, cuando señala que "ha sido un olvido justificado porque las normas sobre exportación más cercanas en el tiempo no contemplaban las prohibiciones de exportación de bienes inmuebles, por su escasa importancia, o, por último... por considerar que [estos bienes] no son susceptibles de ser exportados". En idéntico sentido se manifiesta GÓMEZ ANTÓN ("Tres disposiciones...", ob. cit., pág. 252) aunque refiriéndose a los Decretos de 1960, al apuntar que "en la práctica ni siquiera se plantea el problema, pues nadie tiene interés en exportar semejantes bienes... Aparte de la razón apuntada, ha de tenerse en cuenta que los bienes de interés artístico o histórico en que se centra la atención de los exportadores son, con contadas excepciones, precisamente muebles. Y viniendo, como viene, el D. 1116/1960, a enfrentarse con problemas de hecho, y no a regular de modo general la protección de los bienes del Tesoro, es, hasta cierto punto, lógico que prescindiera de los inmuebles". Entendemos que los argumentos esgrimidos por MUÑOZ son de escasa consistencia. Hablar de escasa importancia sin más, sin precisar si se refiere al ámbito cualitativo o cuantitativo, constituye una defensa peregrina de la no inclusión de los inmuebles. Es más, los dos argumentos utilizados se contradicen. Casa mal la escasa importancia de la exportación de los bienes inmuebles con el no ser susceptibles de exportación. Convendría recordar que el artículo 8 del Decreto-Ley de 9 de agosto de 1926 era terminante: "Queda absoluta y terminantemente prohibida la exportación de edificios desmontados en su totalidad o de sus partes componentes y de todo aquello que, aun constituyendo un conjunto perfecto en sí y de fácil aplicación a otros edificios o adaptación a otros usos, su forma y nombre determinen su original destino como parte principal o accesoria de edificaciones o de su adorno". En idéntico sentido, el artículo 35 de la Ley de 13 de mayo de 1933 prohibía la exportación total o parcial de inmuebles de más de cien años de antigüedad.

⁵⁹ OROZCO PARDO, G. y PÉREZ ALONSO, E. J.: La tutela..., ob. cit., pág. 296.

⁶⁰ ARRIOLA GARROTE ("Algunas consideraciones...", ob. cit., pág. 1139) subraya lo desacertado de este criterio de fijar cifras inamovibles al señalar que "de seguir la inflación como hasta ahora, ese millón de pesetas (en alusión a la ley de contrabando de 1982), que hoy parece cantidad respetable, a la vuelta de unos años reflejará un valor muy inferior al actual. A medida que suba la vida, será más fácil cometer delito de contrabando, porque la cifra del millón seguirá ahí. Ciertamente es que podría actualizarse, pero ello requiere una nueva ley orgánica, con mayoría absoluta en el Congreso, no siempre fácil de obtener. Hubiera sido más previsor y más justo fijar, para el deslinde entre delito e infracción, no una cantidad fija de pesetas, sino algún índice variable; por ejemplo, un número determinado de meses de salario mínimo, u otro semejante". En opinión de BREZMES MARTÍNEZ

La adopción de este criterio supone, a su vez, la necesidad de valorar el objeto. Para tal cometido, el artículo 75. 2 LPHE atribuye "la fijación del valor de los bienes exportados ilegalmente" a la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español (⁶¹), órgano especializado al que debería referirse de modo expreso el artículo 10. 4 de la vigente ley de Contrabando en lugar de la lacónica mención que realiza a los "servicios competentes". En efecto, el citado artículo proclama que "para la valoración de los bienes, géneros y efectos comprendidos... en la letra e) del apartado 1 del artículo 2 de la presente Ley..., el Juez recabará de los servicios competentes los asesoramientos e informes que estime necesarios" (⁶²). En aras de la seguridad jurídica, cuando de la valoración depende principalmente que la conducta constituya delito o infracción administrativa, es de lamentar que la reciente ley de contrabando no atribuya, de modo claro y expreso, la competencia de ese cometido a la Junta de Calificación, Valoración y Exportaciones de Bienes del Patrimonio Histórico Español. En materia de tan alta especialización y complejidad como la presente, habrá de reconocerse la necesidad de valoraciones emitidas con criterios preordenados, sistematizados y, fundamentalmente, unificados. Ya advierten, en todo caso, OROZCO y PÉREZ que "será muy difícil que, incluso, un perito en la materia pueda apreciar el valor

DE VILLAREAL ("La necesidad y el azar en la nueva Ley de Contrabando", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 230, Elcano, 1996, pág. 2) "la esperada elevación de la cuantía diferenciadora entre el delito y la falta...no ha sido todo lo generosa que debería haber sido". Sin embargo, la Exposición de Motivos de la vigente L.O. 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, justifica el incremento de la cuantía del valor de las mercancías para la tipificación del delito hasta 3.000.000 de pesetas, con el fin de actualizar la equivalencia real del valor de la peseta y también para aliviar la carga que pesa sobre el orden jurisdiccional penal".

⁶¹ Los antecedentes de la misma se encuentran en el artículo 9 del Decreto de 2 de junio de 1960 por el cual se disponía que "las valoraciones a que se refiere este artículo (exportaciones fraudulentas) se harán por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de obras de Importancia Histórica y Artística", y en el artículo 1, párrafo segundo, de la Ley de 21 de julio de 1960, que señalaba que "a estos efectos, el informe pericial para la determinación de la antigüedad, carácter histórico o artístico y valor del objeto, será emitido por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Obras de Importancia Histórica o Artística del Ministerio de Educación Nacional". En la actualidad, el artículo 7 del RD. 111/1986, de 10 de enero, adscribe la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, a la Dirección General de Bellas Artes y Archivos del Ministerio de Cultura. De entre sus competencias, el artículo 8 d) del citado Real Decreto le atribuye la relativa a "fijar el valor de los bienes exportados ilegalmente a los efectos de determinar la correspondiente sanción". Respecto de sus orígenes, MARTÍN MATEO, R.: "La propiedad monumental", en *Revista de Administración Pública*, núm. 49, Madrid, 1966, pág. 60. Para una amplia ilustración sobre Composición, competencias y funcionamiento de la misma, BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, F.: *El patrimonio cultural español. Aspectos jurídicos, administrativos y fiscales*, 2ª ed., Granada, 1995, págs. 75 y ss.

⁶² Se corrigen de esta manera los peculiares criterios de valoración que el artículo 11 de la Ley de contrabando de 1982 establecía. En efecto, tratándose de obras y objetos de interés artístico o histórico, cabía la posibilidad de valorarlos según lo dispuesto en los números 3º o 4º del citado artículo. En el primero de ellos se señalaba que "respecto a los géneros y efectos de origen nacional, se estará a los precios oficiales, si los hubiere, o en su defecto, a los precios medios del mercado señalados en ambos casos para mayoristas", mientras que el número 4º proclamaba que "en cuanto a los géneros y efectos de ilícito comercio, el Juez recabará de los servicios competentes los asesoramientos e informes que estime necesarios para su valoración". Es decir, que en el caso de obras u objetos de interés histórico o artístico sometidos a restricciones o prohibiciones de exportación, la valoración debía efectuarse según lo prescrito en el número 4º, mientras que para los de origen nacional (la mayoría), sin ser de ilícito comercio o prohibido, debía de atenderse al precio oficial o, en su defecto, al precio medio de mercado. Como acertadamente señalan OROZCO PARDO y PÉREZ ALONSO (*La tutela...*, ob. cit., pág. 298) "resulta evidente que el legislador no estaba pensando en las obras u objetos de valor histórico o artístico al dictar esta regla de valoración, puesto que por la propia naturaleza socio-cultural de estos bienes es impensable que exista un precio oficial de los mismos". Crítica, también, con los criterios de valoración de la ley de contrabando de 1982, MUÑOZ MERINO, A.: *El delito...*, ob. cit., págs. 336 y ss.

económico de estos bienes" ⁶³); es más, la propia naturaleza socio - cultural de los bienes histórico - artísticos les confiere un valor eminentemente ideal en detrimento del crematístico.

La exigencia de autorización para que el bien pueda salir lícitamente de nuestras fronteras constituye uno de los elementos nucleares de la modalidad comisiva de contrabando que analizamos. Como se pondrá de manifiesto en lugar más oportuno, no constituye contrabando la mera salida del bien de nuestro espacio geográfico; el injusto típico requiere que la conducta sea realizada sin la preceptiva autorización.

La LPHE de 1985, tras definir la exportación, en su artículo 5, como "la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español", somete estos bienes a un régimen distinto en función de sus peculiares características y del grado de protección de que son objeto. Así, requieren una autorización expresa y previa de la Administración del Estado, "en la forma y condiciones que se establezcan por vía reglamentaria", los bienes pertenecientes al Patrimonio Histórico con más de cien años de antigüedad ⁶⁴ y los inscritos en el Inventario General. Por el contrario, queda prohibida la exportación de los bienes declarados de interés cultural, así como la de aquellos otros que, por su pertenencia al Patrimonio Histórico Español, la Administración del Estado declare expresamente inexportables, como medida cautelar hasta que se incoe expediente para incluir el bien en alguna de las categorías de protección especial previstas en la LPHE.

En este sentido, la redacción del artículo 75. 1 de la LPHE no puede ser más desafortunada por cuanto que supedita la calificación de delito o infracción de contrabando a la falta de autorización prevista en el artículo 5 para la exportación de bienes muebles integrantes del PHE. Es decir, interpretada la norma en un sentido literal, sólo constituiría delito o infracción de contrabando la salida ilegal del territorio nacional de los bienes cuya exportación, sometida a autorización expresa y previa de la Administración del Estado, está permitida por el art. 5. 2: la de los propietarios o poseedores de bienes que integran el PHE con más de cien años de antigüedad y, en todo caso, de los inscritos en el Inventario General. Con ello, se estaría dejando fuera a todos los bienes a que se refiere el artículo 5. 3, es decir, a los declarados de interés cultural o que tengan incoado expediente para la inclusión del bien en alguna de las categorías legales de protección, cuya exportación está prohibida, "pues precisamente en relación con los mismos no ha lugar a obtener la oportuna autorización por inviabilidad radical de extraerlos del territorio nacional" ⁶⁵).

Sin embargo, y pese a subsistir, el reproche se ve atemperado por la aprobación del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, ya que su artículo 45. 3 prevé la necesidad de permiso expreso y previo del Ministerio de Cultura para la exportación temporal de los bienes declarados de Interés Cultural o de los que tengan incoado expediente para esta declaración, así como la de aquellos otros que, por su pertenencia al PHE, el Ministerio de Cultura declare expresamente inexportables. En este sentido, conviene recordar que constituirá, asimismo, delito o infracción de contrabando, no sólo la salida definitiva del bien sino también la temporal, ya que "el incumplimiento de las condiciones de retorno a España de los bienes cuya exportación temporal ha sido permitida tendrá la consideración de exportación ilícita" (art. 55 del RD 111/1986). En todo caso, habrá que entender que la salida ilegal y definitiva de los bienes declarados de Interés Cultural así como la de los declarados expresamente inexportables por la Administración constituirá materia sancionable por la legislación de contrabando. Lo contrario, no sólo vulneraría los principios más elementales de la lógica sino que supondría la desprotección de los bienes histórico - artísticos de mayor relevancia.

Hechas las puntualizaciones que anteceden, de lo establecido en los artículos 5 y 53 de la LPHE y 45. 2º y 3º del RD. 111/1986 se desprende que requieren autorización para ser exportados:

⁶³ Ibidem, pág. 299.

⁶⁴ Para un exhaustivo análisis de la totalidad de legislaciones que adoptan la antigüedad como criterio delimitador, FRAOJA, R.: *Le trafic...*, ob. cit., págs. 14 y ss.

⁶⁵ MILANS DEL BOSCH Y JORDAN DE URIES, S.: "Delitos sobre el Patrimonio Histórico", en LESMES SERRANO, C.; ROMÁN GARCÍA, F. y ORTEGA MARTÍN, E.: *Derecho penal administrativo (Ordenación del territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*, Granada, 1997, pág. 280. Idéntica crítica cabría formular al antiguo artículo 1.1.5º de la Ley de contrabando de 1982 cuando señalaba como reos de este delito a quienes "exportaren sin autorización obras u objetos de interés histórico o artístico".

- los bienes, con más de cien años de antigüedad, que integran el Patrimonio Histórico Español;
- los bienes, también integrantes del Patrimonio Histórico Español, incluidos en el Inventario General;
- los bienes que, sin estar incluidos en el Inventario General, tengan incoado el expediente de inclusión, hasta que éste se resuelva.
- Los bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico, definidos conforme al art. 49 y 50, en tanto no sean singularmente declarados "de interés cultural" pero estén incluidos en el Inventario General.

A los que habría que añadir, para el supuesto de exportación temporal,

- Los bienes declarados de Interés Cultural o de los que tengan incoado expediente para esta declaración, así como los bienes que, por su pertenencia al PHE, el Ministerio de Cultura declare expresamente inexportables, como medida cautelar hasta que se incoe expediente para incluir el bien en alguna de las categorías de protección especial previstas en la Ley 16/1985.

El requisito de la autorización, si prescindimos de la categoría de los bienes inexportables que por su propia esencia no requiere de la misma, constituye el elemento objetivo determinante de la antijuridicidad de la conducta. En efecto, la salida de bienes integrantes del Patrimonio Histórico sólo deviene ilícita - si exceptuamos los inexportables - cuando concurre la falta de autorización prevista en el artículo 2 de la ley de contrabando de 1995. "Se trata de un elemento especificado en el tipo - apuntan OROZCO y PÉREZ - que afecta a la antijuridicidad del hecho, porque sólo con el incumplimiento de los requisitos exigidos para la exportación de tales bienes se encuentran los elementos suficientes para valorar la total antijuridicidad del hecho, que aparece desvalorado penalmente por su carácter lesivo para el Patrimonio histórico español" ⁽⁶⁶⁾.

No obstante, la configuración del tipo como una auténtica norma penal en blanco que remite a disposiciones administrativas para complementar el presupuesto de hecho típico, requiere un análisis de los requisitos del permiso de exportación y del procedimiento para su concesión.

Los datos exigidos en la solicitud de exportación varían, fundamentalmente en función de la pertenencia o no del bien al Inventario General. Así, para los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español con cien o más años de antigüedad, o incluidos en el Inventario General o que tengan incoado expediente para su inclusión, se requiere:

- a) Respecto al solicitante, título jurídico del mismo y compromiso de permitir el examen o depósito del bien.
- b) Respecto al bien, el código de identificación, si lo tuviera, y, en su defecto, declaración acerca de si existe expediente incoado para la inclusión en el Inventario General y lugar donde el bien se encuentra.
- c) Declaración del valor del bien, hecha por el solicitante, salvo que se trate de bienes importados en los términos previstos en el artículo 32 de la Ley 16/1985 ⁽⁶⁷⁾.

⁶⁶ OROZCO PARDO/PÉREZ ALONSO: La tutela..., ob. cit., pág. 317. En idéntico sentido, PÉREZ ALONSO, E. J.: "Los delitos...", ob. cit., pág. 641.

⁶⁷ Requisito de máxima relevancia por cuanto los artículos 33 de la LPHE y 50 del RD 1111986 proclaman que la declaración del valor del bien objeto de la solicitud de salida definitiva hecha por el solicitante será considerada oferta de venta irrevocable a favor de la Administración General del Estado, siendo su precio el valor señalado. Sobre el particular, señala, muy acertadamente, ALONSO IBÁÑEZ (El patrimonio, ob. cit., págs. 340-341) que "conforme al artículo 50 del R.P.H.E., el precio de la adquisición será el valor señalado por el exportador cuando formule solicitud de permiso de exportación. Pero resulta que el valor declarado, mientras que a los fines de aplicación de la tasa es un valor sujeto a revisión por la Administración, a los fines del juego del derecho de adquisición es un valor incontestable. El valor declarado por el exportador tiene así un juego combinado, a efectos impositivos y a efectos del poder de adquisición estatal. Ahora bien, aunque el régimen del derecho de adquisición con ocasión de la exportación es el mismo, en el plano teórico, cualquiera que sea el país al que se pretende exportar, desde el punto de vista práctico, al suprimirse la exigibilidad de una tasa con relación a las exportaciones a países de la C.E.E., la declaración de valor que haga el

En el supuesto de bienes no incluidos en el Inventario General, deberá unirse a la solicitud:

- a) Cuatro fotografías del objeto en tamaño mínimo de 8 por 12 centímetros, o reproducciones en el soporte adecuado a la naturaleza del bien, tanto de conjunto como de detalle si el objeto lo requiere para su identificación o, en su caso, del anverso y reverso.
- b) Descripción técnica del objeto especificando materia, procedimiento y dimensiones, así como época, escuela o autor, si se conociera. Descripción bibliográfica. En el caso de objetos de piedra o metales preciosos se especificará también el peso.
- c) Fotocopia de la declaración a que se refiere el apartado siguiente, cuando se trate de bienes importados en los términos señalados en el artículo 32 de la Ley 16/1985.

La competencia para otorgar la autorización aparece dissociada entre el Estado y las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias en la tramitación de estas solicitudes (⁶⁸),

exportador en estos casos queda desguarnecida de ese aspecto fiscal y de ese papel que tiene como freno a los intentos de fraude. Ahora todo queda en manos de lo que declare el exportador sobre el valor del objeto a exportar, el derecho de adquisición se ha convertido, pues, en un derecho a la ganga".

⁶⁸ Dispone el artículo 47 del RD 111/1986 que "1. La solicitud del permiso de exportación se remitirá al Ministerio de Cultura, salvo en las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias de tramitación de estas solicitudes. 2. En las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias en materia de exportación de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, la solicitud relativa a los bienes ubicados en el ámbito territorial de esa Comunidad Autónoma deberá tramitarse ante los órganos competentes de la misma...". En este sentido el Real Decreto 1010/1981, de 27 de febrero, sobre traspaso de servicios del Estado en materia de libro y bibliotecas, cinematografía, música y teatro, patrimonio histórico - artístico, promoción sociocultural, difusión cultural y fundaciones y asociaciones culturales a la Generalidad de Cataluña (ampliado por el Real Decreto 1554/1994, de 8 de julio, y desarrollado por el Real Decreto 1556/1994, asimismo de 8 de julio), dispone en su Anexo B. 4. que "las exportaciones de bienes muebles de valor histórico, artístico, arqueológico, etnológico y paleontológico habrán de tramitarse por los órganos competentes de la Generalidad. La denegación de la solicitud pondrá fin al expediente. En caso contrario se dará traslado de la misma al Ministerio de Cultura y al de Economía y Comercio para su resolución definitiva. La Generalidad comunicará a la Administración del Estado todas las actuaciones administrativas que realice en materia de protección y defensa del patrimonio histórico, artístico, monumental y arqueológico". Respecto del País Vasco, el artículo 10. 19º del Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica de 22 de diciembre de 1979, atribuye a la Comunidad Autónoma del País Vasco la competencia exclusiva en materia de Patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, asumiendo ésta el cumplimiento de las normas y obligaciones que establezca el Estado para la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación. Por su parte, el Real Decreto 3069/1980, de 26 de septiembre, sobre traspaso de servicios del Estado en materia de Fundaciones y Asociaciones Culturales, Libro y Bibliotecas, Cinematografía, Música y Teatro, Juventud y Promoción Sociocultural, Patrimonio Histórico - Artístico y Deportes, proclama que las exportaciones de bienes muebles de valor histórico - artístico, arqueológico, etnológico y paleontológico y el Tesoro documental y bibliográfico, habrán de tramitarse por los órganos competentes de la Comunidad Autónoma (Vasca). La denegación de la solicitud pondrá fin al expediente. En caso contrario, se dará traslado de la misma al Ministerio de Cultura y al de Economía y Comercio para su resolución definitiva. Asimismo, la Ley 7/1990, de 3 de julio, reguladora del Patrimonio Cultural Vasco, establece, en su artículo 9, que "el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco asumirá, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.19º del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, el cumplimiento de las normas y obligaciones establecidas por el Estado para la defensa del patrimonio cultural contra la exportación y la expoliación". En parecidos términos, el Real Decreto 864/1984, de 29 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad de Andalucía en materia de cultura, al señalar que la citada Comunidad Autónoma asume "el ejercicio de la potestad expropiatoria y el derecho de adquisición preferente en los supuestos en que se prevean en la legislación sobre protección del Patrimonio histórico - artístico y del Tesoro Documental y Bibliográfico. Las solicitudes de exportación de bienes muebles de valor histórico - artístico del Tesoro Documental y Bibliográfico habrán de tramitarse por los órganos competentes de la Junta de Andalucía. La denegación de la solicitud pondrá fin al expediente. En caso contrario, se dará traslado de la misma al Ministerio de Cultura, para su resolución definitiva". El Real Decreto

generándose consecuencias dispares en función del órgano llamado a resolver (p. 6). En este sentido, mientras la denegación de la solicitud por parte de los órganos autonómicos competentes determina la finalización del expediente (art. 47.2 del RD 111/1986) y deja la vía abierta a la Administración del Estado para ejercer su derecho de adquisición preferente (⁶⁹), entendemos que la aprobación de la misma por la administración autonómica deja expedita la facultad estatal de negar el permiso, en consideración a su competencia, constitucionalmente prevista (art. 149.1.28ª), para la defensa del patrimonio cultural frente a la exportación.

La resolución favorable (⁷⁰) de la solicitud de exportación por parte de la Dirección General de Bellas Artes y Archivos, visto el dictamen de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación, determina la obligación de este órgano de extender un certificado de la misma, sin que se origine derecho de adquisición preferente por parte del Estado (⁷¹).

2434/1982, de 24 de julio, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a Galicia en materia de cultura no se refiere de forma expresa a esta tramitación. Establece únicamente que se transfiere a la Comunidad Autónoma de Galicia "el ejercicio de la potestad expropiatoria y del derecho de adquisición preferente, salvo en el caso de solicitudes de exportación, en los supuestos que se prevean en la legislación y protección del Patrimonio Histórico - Artístico y del Tesoro Documental y Bibliográfico". El Real Decreto 1383/1997, de 29 de agosto (BOE 24-9-1997, núm. 229, pág. 27956) sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado, en materia de cultura, a Melilla, señala que "las solicitudes de exportación de bienes muebles de valor histórico-artístico y de bienes del patrimonio documental y bibliográfico habrán de tramitarse por los órganos competentes de la ciudad de Melilla. La denegación de la solicitud pondrá fin al expediente. En caso contrario se dará traslado de la misma al Ministerio de Educación y Cultura para su resolución definitiva".

⁶⁹ Dispone el artículo 50.2 del RD 111/1986 que "cuando no se conceda el permiso para la exportación, la Administración del Estado, a través del Ministerio de Cultura, dispondrá de seis meses, a partir de la resolución, para aceptar la oferta de venta, y de un año, desde la aceptación, para efectuar el pago que proceda". Facultad de adquisición preferente que ha propiciado comentarios negativos por parte de la doctrina. Así, GÓMEZ ANTÓN ("La movilidad...", ob. cit., pág. 367) sostiene que "se trata de una expropiación especial, determinante de la privación singular en favor de la Administración, conforme a una causa de utilidad pública implícitamente valorada en la misma Ley y de acuerdo con un sistema específico de fijación del justiprecio. Potestad expropiatoria cuya configuración no deja de producir alguna sorpresa, dado que deriva de un acto administrativo de ejercicio en buena medida discrecional (la denegación del permiso de exportación"; ALONSO IBÁÑEZ (El Patrimonio..., ob. cit., pág. 339) entiende que se trata de una adquisición coactiva porque se da un efecto traslativo de la propiedad en orden a la cual resulta del todo irrelevante la voluntad del titular de desprenderse de su derecho; MARTÍN REBOLLO (El comercio..., ob. cit., pág. 141) argumenta la incompatibilidad de esta norma con el Derecho Comunitario por cuanto que la oferta de venta irrevocable "puede entenderse que supone una traba disuasoria a la exportación no basada en razones estrictamente vinculadas a la protección del patrimonio histórico". Para una amplia ilustración sobre esta problemática, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L.: Estudios..., ob. cit., págs. 377 y ss.

⁷⁰ Establece el artículo 49 del RD 111/1986 que "la resolución de la solicitud de permiso de exportación deberá dictarse en el plazo de tres meses, a partir de la fecha en que dicha solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente. Transcurrido este plazo sin que haya recaído resolución expresa podrá entenderse que aquélla es estimatoria de la solicitud".

⁷¹ Señala, acertadamente, ÁLVAREZ ÁLVAREZ (Estudios..., ob. cit., pág. 377) que "al autorizar la exportación, se entiende, y siempre ha sido así, que la Administración no está interesada en adquirirlo".

ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL DELITO DE CONTRABANDO DE BIENES CULTURALES (II)

Diario La Ley, Año XXII, N° 5428. Martes 28 de noviembre de 2001, p. 1-6)

(p. 1) IV) ANÁLISIS DEL TIPO DE INJUSTO EN EL DELITO DE CONTRABANDO DE BIENES CULTURALES.

1. Consideraciones previas.

La aprobación de la vigente L. O. 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, surge de la necesidad, entre otros aspectos, de acomodar nuestra normativa a la libertad de circulación de mercancías que la configuración de la Unión Europea ha traído consigo sin que queden éstas sometidas a controles como consecuencia del cruce de las fronteras interiores, y de incrementar, a su vez, hasta tres millones de pesetas la cuantía del valor de las mercancías para la consideración del hecho como delictivo con el fin de actualizar la equivalencia real del valor de la peseta y aliviar la carga que pesa sobre el orden jurisdiccional penal.

En la materia que nos ocupa, la vigente Ley consagra la tradicional protección de la que nuestro Patrimonio Cultural es objeto al tipificar como contrabando, en su art. 2 e), la salida del territorio español de bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, sin la autorización de la Administración del Estado cuando ésta sea necesaria, incluso si su destino es otro Estado de la Unión Europea, en virtud de lo prevenido en la Directiva 93/7/CEE relativa a la restitución de bienes culturales ⁽⁷²⁾.

(p. 2) 2. Bien jurídico protegido.

La existencia de un interés aduanero por parte del Estado dirigido a controlar el tráfico de mercancías ha constituido una realidad incuestionable. Ahora bien, esa fiscalización en el tránsito de fronteras ha respondido - y responde -, en realidad, a la confluencia de intereses estatales muy diversos: desde el recaudatorio, para evitar el fraude fiscal, hasta el sanitario, para preservar la salud pública, pasando por el cultural, para proteger nuestro Patrimonio Histórico - Artístico.

En efecto, cuando en el artículo 1. 1. 5º de la ley de 1982 se penalizaba a quienes "exportaren sin autorización obras u objetos de interés histórico o artístico", la mayoría de la doctrina ya sostenía que se estaba protegiendo nuestro acervo cultural de aquellos desaprensivos que propiciaban su salida clandestina al extranjero ⁽⁷³⁾, tutelándose, en definitiva, el interés del Estado por ejercer un control

⁷² Acerca de la influencia del Derecho Comunitario sobre las normas nacionales de represión del contrabando, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A.: "Los delitos de contrabando", en *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*, núm. VI, edición especial del Diario Expansión, Madrid, 1999, págs. 623 y ss.

⁷³ En ese sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1990, pág. 470; PÉREZ ALONSO, E. J.: "Los delitos contra el patrimonio histórico en el Código penal de 1995", en *Actualidad Penal*, núm. 33, Madrid, 1998, pág. 640. Respecto de la Ley de 1964, IGLESIAS PUJOL (La Hacienda Pública como bien jurídico protegido, Barcelona, 1982, págs. 70 y ss) afirmaba el carácter pluriofensivo del contrabando, señalando como bienes jurídicos protegidos, la Hacienda Pública, los monopolios, intereses de empresas privadas y el patrimonio Artístico Nacional; QUINTANO RIPOLLÉS (Tratado..., ob. cit., pág. 949) al sostener que "el bien o interés jurídico que se trata de salvaguardar mediante la conservación de los objetos artísticos en el territorio nacional nada tiene que ver ni remotamente con las rentas de Aduanas ni con el Fisco, que ni gana ni pierde con semejantes tráficos. Trátase, más bien, de un valor ideal de patrimonio colectivo de la Nación que en ningún caso debe ser dilapidado, al constituir insustituible legado"; HERRERO HERRERO, C.: *Los delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminológica*, Madrid, 1992, pág. 330. En la doctrina extranjera, entre otros, AZZALI, G.: "Profili in tema di esportazione di opere d'arte", en *La tutela penale del patrimonio artistico*, Milán, 1977, pág. 121. Copiosa es la jurisprudencia del Tribunal Supremo que atribuye al delito de contrabando un carácter pluriofensivo, destacando el Patrimonio Artístico como uno de los bienes jurídicos protegidos. En este sentido, STS 11-12-1992 (RJ 1992\10175), STS 10-12-1991 (RJ 1991\9627), STS 18-11-

aduanero de unos bienes que pertenecen al legado cultural de nuestro pueblo, porque cumplen una función social digna de consideración y protección, por su utilidad y destino común ⁽⁷⁴⁾.

Sin embargo, pese a que el Estado tenga también un interés fiscal y recaudatorio - como lo evidencia el artículo 30 de la LPHE al proclamar que "la autorización para la exportación de cualquier bien mueble integrante del Patrimonio Histórico Español estará sujeta a una tasa" ⁽⁷⁵⁾ -, lo cierto es que, como ya advirtiera VILA MAYO respecto de la ley de 1982, la Hacienda pública ha dejado de constituir el único bien jurídico protegido en el delito de contrabando ⁽⁷⁶⁾. Esto es, la inexistencia de un bien jurídico común a todas las modalidades delictivas supone que el objeto formal deba determinarse en función de cada una de las conductas que se tipifican. La vulneración de la actividad de control desarrollada por las autoridades aduaneras que la conducta de contrabando supone no determina que en todos los casos se produzca una identificación de la misma con los delitos de naturaleza tributaria. Antes bien, los intereses que la Ley protege se caracterizan por su diversidad sin que pueda por ello hablarse de tipos pluriofensivos; "cada figura delictiva de contrabando - afirma MARTÍNEZ - BUJÁN - vulnera un bien jurídico distinto en sentido técnico, sin que quepa afirmar por

1991 (RJ 1991\8596), STS 30-9-1991 (RJ 1991\6659), STS 9-7-1991 (RJ 1991\5715), STS 25-2-1991 (RJ 1991\1439), STS 2-12-1989 (RJ 1989\9380), STS 3-10-1989 (RJ 1989\8445).

⁷⁴ OROZCO PARDO, G. y PÉREZ ALONSO, E. J.: La tutela..., ob. cit., pág. 291.

⁷⁵ Sin embargo, la Disposición Adicional 2ª, punto 4 del Real Decreto 111/1986, de desarrollo parcial de la L.P.H.E., establece que "por aplicación directa del artículo 9 del Tratado constitutivo de la C.E.E. firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, a partir de la entrada en vigor del Acta de Adhesión de España, esta tasa dejará de aplicarse respecto a las exportaciones con destino a los Estados miembros de dicha comunidad". Con independencia de su posterior tratamiento en el epígrafe correspondiente, hay que señalar que la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros, como regla general en el ámbito del Derecho Comunitario, puede, excepcionalmente, verse sometida a prohibiciones o restricciones a las importaciones o exportaciones. Sin embargo, la exigibilidad de una tasa entra en colisión con el ordenamiento comunitario, por cuanto supone una medida de efecto equivalente a los derechos de aduana en el sentido del artículo 13.2 del Tratado CEE. Sobre el particular, BASSOLS COMA, M.: "El Patrimonio Histórico Español: aspectos de su régimen jurídico", en Revista de Administración Pública, núm. 114, Madrid, 1987, pág. 111. Asimismo, la Ley italiana de 1 de junio de 1939, reguladora de su Patrimonio Histórico, contenía una tasa que gravaba la exportación; tasa que tuvo que suprimir en el ámbito europeo en virtud de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de diciembre de 1968 (asunto 7/68 Comisión v. Italia). Para más detalle, BASSOLS COMA, M.: "Patrimonio histórico y artístico", en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tomo XIX, Barcelona, 1989, pág. 219; ALIBRANDI, T. y FERRI, P.: I beni culturali e ambientali, Milán, 1985, págs. 547 y ss.

⁷⁶ VILA MAYO, J. E.: "Cuestiones...", ob. cit., pág. 1167. Respecto de la Ley de Contrabando de 1964, ya apuntaba QUINTANO RIPOLLÉS (Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, tomo III, Madrid, 1978, pág. 949) que "el bien o interés jurídico que se trata de salvaguardar mediante la conservación de los objetos artísticos en el territorio nacional nada tiene que ver ni remotamente con las rentas de Aduanas ni con el Fisco, que ni gana ni pierde con semejantes tráficos". Respecto de la vigente Ley de Contrabando, PÉREZ VALERO, I.: "Contrabando y tráfico de drogas", en Poder Judicial, núm. 51, Madrid, 1998, pág. 546. En la actualidad, así lo viene a reconocer la Consulta núm. 2/1999, de 1 de febrero (RCL 2000/879), de la Fiscalía General del Estado al señalar que "se produce una notable diversificación de los campos de protección que tiene encomendados el Servicio de Vigilancia Aduanera porque su actuación va a incidir en la defensa de bienes jurídicos distintos de los meros intereses fiscales del Estado, como son, v. gr., las especies de flora y fauna amenazadas, los bienes culturales integrados en el Patrimonio Histórico Nacional, la salud pública e incluso la seguridad colectiva en relación con el tráfico incontrolado de armas, explosivos, o material de defensa". Sin embargo, en opinión de ROMERO ESCABIAS DE CARBAJAL ("Problemática jurídico - penal de la Ley de Contrabando de 1995", en SORIANO SORIANO, J. R. (Dir.): Delitos contra la salud pública y Contrabando, en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2000, pág. 296) "no existe otro bien jurídico que el puramente económico".

ello que estamos ante figuras pluriofensivas en su sentido riguroso, o sea, en el sentido de indicar que cada una de ellas lesione al mismo tiempo varios bienes jurídicos” (77).

Sentada la anterior premisa, la mayoría de la doctrina sostiene que, en la materia objeto de este estudio, el bien jurídico protegido lo constituye el “Patrimonio artístico e histórico del país”, el “Tesoro histórico - artístico de la nación”, el “Patrimonio Histórico - Artístico” o el “Patrimonio cultural o acervo cultural de un país” (78), realizando, de este modo, afirmaciones que nos parecen excesivamente imprecisas y carentes de la necesaria concreción para que el objeto formal pueda cumplir su función garantista.

A diferencia, por ejemplo, de los daños contra el Patrimonio Histórico tipificados en el art. 323 del C.P, en los que la conducta criminalizada atenta contra el valor y la función socio - cultural de los bienes que ampara, en el caso que nos ocupa, la salida del bien del territorio nacional no afecta al valor de los mismos, que permanece incólume, sino a la integridad y utilidad cultural de nuestro Patrimonio Histórico que se ve, de este modo, gravemente mermado, privándose, además, al conjunto de la sociedad del acceso a estos bienes en cuanto objetivo último que la LPHE persigue. Consecuencia de lo anterior es la consideración delictiva de la conducta incluso si el destino de los bienes es otro país de la Unión Europea, lo que nos impide compartir la tesis de DOLZ LAGO en función de la cual “a partir de la implantación del mercado único en el área de las Comunidades Europeas, el contrabando lesionará un interés comunitario y no meramente estatal” (79).

Por su íntima relación con el objeto formal de esta modalidad delictiva, debe insistirse en el carácter distorsionador que produce la exigencia de que el valor de los bienes supere los tres millones de pesetas para que la conducta sea reputada delictiva y no simple infracción de contrabando (excepto si el delito es “continuado” o se realiza la exportación a través de una “organización”). En efecto, una vez más, siguiendo la nefasta tradición de nuestros Códigos penales anteriores e, incluso, de determinados tipos penales del vigente texto de 1995, la tutela del patrimonio cultural se configura atendiendo a un criterio patrimonial o económico en detrimento del estrictamente cultural o ideal (80). En este sentido, es de lamentar que, en parte, el legislador español no se haya inspirado en el modelo establecido en el art. 23 de la Ley italiana de 30 de marzo de 1998, por el que se castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de 500.000 a 10 millones de liras a quien transfiera a un Estado miembro de la Unión Europea o exporte hacia terceros países cosas de interés artístico, histórico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico, documental o archivístico sin haber obtenido la preceptiva autorización de libre circulación o la licencia de exportación (81).

3. Sujetos activo y pasivo.

En la formulación del art. 2 de la vigente Ley de contrabando el sujeto activo del delito viene designado con la expresión “los que” lo que determina que nos hallemos, en principio, ante un sujeto

⁷⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal económico. Parte Especial, Valencia, 1999, pág. 554. En idéntico sentido, BAJO, M. y BACIGALUPO, S.: Derecho Penal económico, Madrid, 2001, págs. 332 y ss.

⁷⁸ Respectivamente, ORTS BERENQUER, E.: “Exportación sin autorización de obras u objetos de interés histórico o artístico”, en COBO DEL ROSAL (dir.): Comentarios a la legislación penal, tomo II, Madrid, 1984, pág. 88; NOREÑA SALTO, J. R.: “La represión...”, ob. cit., pág. 128; NIETO MARTÍN, A.: Fraudes Comunitarios. Derecho penal económico europeo, Barcelona, 1996, pág. 395; BAJO, M. y BACIGALUPO, S.: Derecho..., ob. cit., pág. 344.

⁷⁹ DOLZ LAGO, M. J.: “Incidencia de la Unión Europea sobre el contrabando en España”, en Actualidad Penal, tomo 1, Madrid, 1994, pág. 382.

⁸⁰ Asimismo, crítico con esta exigencia de contenido económico, MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URIÉS, S.: “Delitos..., ob. cit., pág. 281.

⁸¹ Para más detalle, CORTESE, W.: I beni culturali e ambientali. Profili normativi, Milán, 1999, págs. 251 y ss. Entre otras numerosas legislaciones que obvian, acertadamente, el requisito de la valoración económica del bien cultural para deslindar el delito de la simple infracción de contrabando, cabe citar el Decreto Ley portugués núm. 28/84, de 20 de enero, sobre infracciones antieconómicas y contra la salud pública (art. 33); el Código penal peruano de 1991 (arts. 228 y 230); el Código penal cubano, tras la reforma de marzo de 1999, (art. 244); la Ley Federal Mexicana sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas o Históricas de 1972 (art. 53) o la Ley hondureña para la protección del patrimonio cultural de la nación (art. 39).

activo genérico e indiscriminado y que, en consecuencia, la realización del tipo pueda ser llevada a cabo por cualquiera.

Sin embargo, cabría negar prima facie la posibilidad de que el propietario del bien cultural pudiera constituirse en sujeto activo del delito tras la novedosa introducción del término "cultural" ⁽⁸²⁾ - junto a los tradicionalmente tutelados objetos de utilidad social - en el delito de sustracción de cosa propia regulado en el art. 289 del vigente Código penal ⁽⁸³⁾; a tenor de este precepto se impone la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de cuatro a dieciséis meses al que "por cualquier medio destruyere, inutilizare o dañare una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier otro modo la sustrajere al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad", lo que propicia, en última instancia, que nos hallemos ante un concurso de leyes. En efecto, no son escasos los autores que entienden que, de entre las diversas modalidades por las que el propietario puede sustraer la cosa a su utilidad cultural, cabe incluir al contrabando ⁽⁸⁴⁾.

Con independencia del problema concursal que, a nuestro entender, se produce, la cuestión a resolver en este momento consiste en determinar si el propietario puede ser sujeto activo del delito objeto de este estudio. Desde el punto de vista del bien jurídico protegido, nada obsta para poder incluir al titular dominical dentro del círculo de posibles sujetos por cuanto que la protección del patrimonio histórico que se deriva del mandato constitucional previsto en el art. 46 se extiende a cualquiera que entre en relación material con el objeto, sea persona física o jurídica, pública o privada. Nos hallamos ante una tutela penal fundamentada en la especificidad del objeto material que pretende garantizar la integridad y utilidad del patrimonio cultural cuyo centro de gravedad no se coloca en el régimen pertenencial, ni en su calificación como bienes demaniales o no demaniales, sino en su condición de bienes que incorporan "valores espirituales" de interés para la colectividad y que sus detentadores deben posibilitar ⁽⁸⁵⁾. En consecuencia, la tutela de la propia función socio - cultural que el bien está llamado a desempeñar debe llevarse a cabo con independencia de su titularidad; de otro modo, la exclusión del propietario como sujeto activo de este delito nos llevaría a una sobrevaloración de la propiedad privada anclada en concepciones pertenecientes al siglo pasado, muy distantes de las que informan la actual política criminal.

A nuestro parecer, el bien jurídico protegido en esta modalidad delictiva se vincula con la noción de interés general, es decir, con aquél que representa a la globalidad de los ciudadanos. Siendo esto así, sujeto pasivo del delito, en cuanto titular del bien jurídico protegido, puede contundentemente afirmarse que lo constituye la sociedad en su conjunto en cuanto beneficiaria de la función socio - cultural que los bienes culturales están llamados a desempeñar en un Estado Social y Democrático como el nuestro.

4. Conducta típica.

Al proclamar el art. 2 e) que la conducta típica consiste simplemente en "sacar del territorio español sin autorización", podríamos infundir en el lector una vana y fugaz esperanza acerca de la sencillez y claridad de los conceptos utilizados por el legislador. Nada más lejos de la realidad; tras la aparente diafanidad del verbo "sacar", definido como "poner una cosa fuera del lugar donde estaba encerrada o

⁸² Lo que ha sido considerado desacertado y conducente a equívocos por PÉREZ ALONSO, E. J.: "Los delitos contra el Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995, Actualidad Penal, núm. 33, Madrid, 1998, págs. 637 y ss.

⁸³ De esa opinión, MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, duodécima edición, Valencia, 1999, pág. 546; MORENO VERDEJO, J.: "De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural", en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.): Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia), Granada, 1998, pág. 387; SALINERO ALONSO, C.: La protección del Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995, Barcelona, 1997, pág. 313.

⁸⁴ Entre otros, MORENO CÁNOVES, A. y RUÍZ MARCO, F.: Delitos socioeconómicos, Zaragoza, 1996, pág. 237; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: Derecho penal español. Parte Especial, 3ª ed., Barcelona, 1996, pág. 664; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico., ob. cit., pág. 166; LUZÓN CUESTA, J. Mª.: Compendio de Derecho Penal. Parte Especial, 8ª ed., Madrid, 2000, pág. 171.

⁸⁵ Nos adherimos, así, a la opinión manifestada por LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: La Ley Valenciana de Patrimonio Cultural. Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Histórico - Artístico, Valencia, 1999, pág. 27.

contenida”⁸⁶), se esconde una problemática, a nuestro parecer, insuficientemente debatida por la doctrina y susceptible de lesionar el principio de legalidad, centrada en la interpretación del verbo típico y, fundamentalmente, en la determinación del momento y lugar en que habrá de entenderse el delito como consumado. Aspecto este último cuya complejidad descansa en la distinta relevancia que se otorgue a la formalización de los requisitos aduaneros o al mero traspaso de la línea fronteriza. Ha de destacarse en este punto que, a diferencia de otras mercancías, en el caso de bienes pertenecientes al Patrimonio Histórico español la consumación del delito no se produce sólo cuando el objeto sale del territorio aduanero de la Unión Europea, entendido en sentido geográfico, sino que, en atención a lo acertadamente recogido en la Ley, se considera cometido el delito incluso si su destino es otro Estado miembro de la Unión Europea⁸⁷). Del análisis de esta opción legislativa se desprende, sin mayor dificultad, la singularidad del objeto material en esta modalidad delictiva respecto de otro tipo de bienes que presentan un contenido y una naturaleza jurídica de muy distinto signo, lo que, en última instancia, afecta a la propia configuración de la conducta típica y en particular a las formas imperfectas de ejecución del delito.

Entendido en un sentido físico, naturalista, sin valoraciones económicas o jurídicas, como “enviar géneros del propio país a otro”, el concepto de exportación no reviste - en opinión de BAJO FERNÁNDEZ - mayores dificultades desde el punto de vista dinámico. La cuestión “se hace más vidriosa cuando se trata de precisar... el momento y lugar de la consumación”⁸⁸), produciéndose ésta, en su opinión, cuando el objeto sale del territorio del Estado, entendido en sentido geográfico⁸⁹), justificando su posición con lo prevenido en el artículo 33 de las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas de 17 de diciembre de 1947 (modificado por Decreto de 26 de diciembre de 1968), por el que “la acción fiscal, a efectos aduaneros y en orden a la represión del contrabando, se ejerce

⁸⁶ Voz “Sacar”, en Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima primera edición, Madrid, 1992, pág. 1293.

⁸⁷ Así lo proclama también el art. 2 e) del RD 1649/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el Título II de la Ley de Contrabando de 1995.

⁸⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Importación o exportación de géneros de lícito comercio”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): Comentarios a la legislación penal, tomo III, Madrid, 1984, pág. 44.

⁸⁹ Ibidem, págs. 45 y ss. Asimismo, en Manual..., ob. cit., págs. 466-467. Alude este autor a los distintos conceptos de territorio existentes: 1) Espacio comprendido en el interior de las fronteras del Estado (concepto geográfico); 2) Lugar donde la soberanía del Estado ejerce su autoridad y jurisdicción (concepto jurídico); 3) Espacio donde el Estado ejerce su acción fiscal (concepto aduanero). Rechaza el concepto jurídico de territorio por conducir a resultados insostenibles: Si a tenor de este concepto “forman parte integrante del territorio el mar territorial, el espacio aéreo y los buques y aeronaves que circulan bajo bandera y pabellón nacional”, mantiene que no podría hablarse de exportación consumada en el caso de la persona que habiendo burlado el control aduanero de salida y traspasadas las fronteras geográficas nacionales se mantuviera aún de pasajero de un buque o aeronave nacionales. Niega asimismo la eficacia del concepto aduanero de territorio al considerar “absurdo en todo caso que quien traspasa el control aduanero con el género cometa, desde ya, un delito de exportación... La letra de la Ley no permite afirmar aquí la consumación del hecho, pues quien se mantiene dentro del territorio español no ha “exportado” nada fuera del mismo territorio, es decir, no ha enviado, trasladado o extraído nada del territorio español a territorio extranjero”. En idéntico sentido, la STS de 8-3-1989 (RJ 1989\2551) al proclamar que “el criterio del territorio geográfico es el más satisfactorio por cuanto no sólo responde al sentido gramatical del verbo típico según el D.R.A.L.E., sino al propio precepto del artículo 33 de las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas conforme al Decreto de 26 de diciembre de 1968”. La STS de 4-11-1988 (RJ 1988\8972) declara que “es el traspaso del territorio geográfico español con una cierta o mínima disponibilidad de la mercancía introducida el que determina la consumación y no la entrada en territorio aduanero a que hace referencia el artículo 3 del Decreto 511/1977, de 18 de febrero, puesto que ambos territorios no siempre coinciden, aparte de que puede eludirse el control aduanero si se realiza el paso de los géneros por territorio al que no alcanza tal vigilancia estatal y es esta distinción entre uno y otro ámbito el que da la clave para encontrar la cierta disponibilidad de los efectos y con ella la consumación”. Entiende, asimismo, ORTS BERENGUER, E.: “Exportación..., ob. cit., pág. 96, que de todas las teorías existentes sobre el particular, la más conforme con el sentido de la disposición estudiada (art. 1. 1. 5º) es “la que vincula la exportación con la salida efectiva del territorio español”.

en todo el territorio nacional y en las aguas jurisdiccionales que, a efectos fiscales, comprende una zona de mar adyacente a las costas españolas de doce millas de anchura". Es más, el citado artículo, antes de la reforma de 1968, señalaba que la **(p. 3)** acción fiscal comenzaba, respecto de las fronteras, "cuando las mercancías se encuentran en aquéllas". Con ello, y a efectos de la represión del contrabando, el hecho se consuma en la propia frontera terrestre, lo que no impide a BAJO reconocer que "cifrar la consumación de la conducta de exportar e importar en el momento y lugar en que se traspasan las fronteras geográficas del país puede producir perplejidad en algunos supuestos"⁽⁹⁰⁾. Desde este planteamiento, parece obvio que la interceptación de la obra u objeto de interés histórico o artístico en la Aduana, sin la preceptiva autorización, determina que el delito de contrabando se comete en grado de tentativa, viéndose únicamente consumado si logra traspasar la línea fronteriza⁽⁹¹⁾.

No es esa, sin embargo, la postura mantenida por MUÑOZ MERINO al identificar el término exportación con la salida de bienes o mercancías del territorio aduanero ⁽⁹²⁾. Para ello, argumenta que si el delito de contrabando tipifica "aquellas conductas contrarias al control que la Administración ejerce sobre las mercancías y productos que entran en nuestro país, este control se lleva a cabo, precisamente, en las Aduanas y no en los límites geográficos del país, aunque en muchos casos coinciden"⁽⁹³⁾. Es más, "sucede que parte de territorio, geográficamente no español, esté sometido a las normas aduaneras españolas, y que la introducción fraudulenta de mercancías en dicho enclave constituya delito de contrabando, aquí en España. En estos casos, el territorio aduanero es más extenso que el geográfico, y coincidente con el territorio de soberanía nacional"⁽⁹⁴⁾.

Será, no obstante, uno de los argumentos esgrimidos por esta autora el que nos permita inclinarnos por defender la teoría del espacio terrestre geográfico. Si partimos de la existencia de un particular régimen fiscal en Ceuta, Melilla e Islas Canarias parece obligado, como así ocurre, hablar de importaciones y exportaciones entre los mencionados territorios y la península. Evidentemente, esa realidad fiscal impide una pacífica aceptación del criterio aduanero, por cuanto que esos territorios forman parte del territorio nacional. Como señala MUÑOZ MERINO, "se producen importaciones y exportaciones entre la Península y las Islas Canarias, lo que quiere decir que el territorio a considerar a efectos de importación o exportación de géneros no es el geográfico, sino el aduanero. La razón de esta diferenciación se halla en la propia configuración de la Renta de Aduanas y en las características especiales que reúnen estos territorios" ⁽⁹⁵⁾. Partiendo, precisamente, de esta premisa y centrando

⁹⁰ Ibidem, pág. 48.

⁹¹ En idéntico sentido, ORTS BERENGUER ("Exportación...", ob. cit., págs. 99-100) al resaltar que "sería un contrasentido inaceptable admitir que se sancionasen por igual la salida material de un objeto de aquella especie, más allá de la frontera nacional, y el intento de trasponerla que se impide al ser descubierto". Así, la STS de 11 de febrero de 1992 (RJA, núm. 1879/1992) establece que "es evidente que tanto para la importación como para la exportación, ha de partirse del espacio geográfico español en su proyección terrestre, marítima o aérea (fuera o no Aduana del Estado). En tal sentido se viene estableciendo que el significado gramatical del verbo exportar (enviar géneros del propio país a otro) se completa con el significado jurídico cuando tal envío se realiza con infracción aduanera, entendido ello, no obstante, si se rebasan los límites geográficos del Estado o Nación... Si el agente es sorprendido antes de traspasar las fronteras... la infracción quedará, como imperfecta, en grado de frustración o tentativa según los casos". En idéntico sentido, la STS de 30 de noviembre de 1993 (RJA, núm. 2737/1993).

⁹² MUÑOZ MERINO (El delito..., ob. cit., pág. 244) entiende que la posición defendida por Bajo Fernández parte de una interpretación errónea del artículo 33 de las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas por cuanto el citado precepto no define cuál es el territorio que deba ser tenido en cuenta para que se consume el delito o no, sino que establece el ámbito territorial en el que el Servicio de Vigilancia Aduanera es competente para ejercer la Acción fiscal.

⁹³ Ibidem, pág. 254.

⁹⁴ Ibidem, pág. 256.

⁹⁵ Ibidem, págs. 264-265. RODRÍGUEZ RAMOS ("Contrabando de géneros estancados y prohibidos", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): Comentarios a la legislación penal, tomo III, Madrid, 1984, pág. 76) entiende que la importación es "la entrada en territorio geográfico español", debiendo excepcionarse

nuestro análisis desde la óptica del interés tutelado por el artículo 2 e) de la ley de contrabando, que no es otro que la integridad del Patrimonio Histórico español, habrá que concluir que en ningún caso ese interés puede verse lesionado por la exportación sin autorización de una obra u objeto de interés histórico o artístico de la Península a las Islas Canarias. Y ello por cuanto que, con la mencionada exportación, no se menoscaba un patrimonio cultural que, por ser precisamente español, se ve unitariamente protegido sin atender para ello a especificidades fiscales o aduaneras ⁽⁹⁶⁾.

Es más, entendemos que el artículo 2 e) de la vigente Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, refuerza la tesis que sustentamos al haber procedido el legislador a sustituir el verbo típico "exportar" por el más ilustrativo de "sacar", huyendo así de todo tecnicismo ⁽⁹⁷⁾ que pudiera enturbiar la claridad descriptiva de la conducta y lesionar los principios de taxatividad y seguridad jurídica.

5. Objeto material.

5.1. Consideraciones preliminares

Emprender el estudio del objeto material del delito de contrabando requiere establecer, desde un principio, una tajante separación entre dos períodos claramente definidos: el anterior a la promulgación de la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985, marcado por una profusión de disposiciones administrativas de muy diverso rango y de no siempre eficaz complementariedad ⁽⁹⁸⁾, y el subsiguiente, caracterizado por el esfuerzo legislativo realizado en aras de unificar normativamente esta materia.

de esta configuración geográfica del territorio "las importaciones procedentes de Ceuta, Melilla y las Islas Canarias, porque en tales supuestos el territorio geográfico no será el español, sino el peninsular y el insular balear".

⁹⁶ En opinión de SOTO NIETO ("Delito de contrabando. Territorio aduanero. Formas perfectas e imperfectas de dicha infracción", en *La Ley*, tomo 6, Madrid, 1997, pág. 1502) de no mantenerse, en general, el criterio del territorio aduanero y optarse por la consideración geográfica del territorio se producirían consecuencias inaceptables como no considerar delictivo el transporte de droga de Ceuta o Melilla a la península. Postura que ya sostuvo en "La consumación en el delito de contrabando. Normativa impuesta por la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre", en *La Ley*, tomo V, Madrid, 1996, págs. 1481 y ss. Sin embargo, a nuestro parecer, olvida este autor que en el caso de los bienes culturales la cuestión es muy distinta en atención al bien jurídico protegido. Por ello, entendemos que la generalización del criterio del territorio aduanero debe matizarse en el caso de los bienes que nos ocupan.

⁹⁷ Conviene destacar que el artículo 1 de la citada Ley Orgánica viene íntegramente dedicado a definir los distintos conceptos utilizados por el legislador, entre los que se encuentre el relativo a "exportación", por el que debe entenderse "la salida de mercancías del territorio español. No se considerará exportación la salida de mercancías comunitarias del territorio español comprendido en el territorio aduanero de la Unión Europea, con destino al resto de dicho territorio aduanero". Crítico con la utilización del verbo "sacar", PÉREZ ALONSO ("Los delitos...", ob. cit., págs. 640 y ss) entiende que "hubiera sido más adecuado mantener el término exportación, puesto que también se pueden sacar bienes fuera del territorio aduanero comunitario. Y, por otra parte, también hubiera sido más correcto hablar de tránsito de bienes (intracomunitario), que el término más coloquial empleado. Por tanto, habrá que entender que dentro del vulgar verbo de sacar se engloban tanto las exportaciones a terceros países como el tránsito de los mismos entre los Estados miembros de la Unión Europea". En opinión de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (*Derecho...*, ob. cit., pág. 563) el cambio de terminología operado en la descripción de la conducta típica viene a corroborar la interpretación amplia y naturalística que la doctrina especializada sustentaba en relación con el verbo "exportar", según la cual dentro de ese vocablo se cobijaban todos los envíos de bienes fuera del territorio aduanero, sin tener en cuenta ni el título a que se realiza ni si la operación ha tenido lugar legalmente.

⁹⁸ En idéntico sentido, MARTÍN MATEO, R.: "La propiedad...", ob. cit., pág. 54; DE MENDIZABAL ALLENDE, R.: "Tesoro Artístico y Patrimonio Histórico: una introducción al concepto", en *Actualidad Administrativa*, núm. 22, Madrid, 1986, pág. 1242. Sin embargo, y pese a la aprobación de la LPHE, FERNÁNDEZ-ESPINAR ("La nueva iuspositivación del contrabando al amparo de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre", en *La Ley*, tomo IV, Madrid, 1996, pág. 1567) señala que determinar cuales son los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español "constituye una materia confusa y oscura dado el entreveramiento que se produce entre numerosas disposiciones administrativas".

De hecho, cuando el artículo 1. 1. 5º de la Ley de contrabando de 1982 se refería a las “obras u objetos de interés histórico o artístico”, estaba condenando al intérprete, y en última instancia al juzgador, a una ardua tarea de recopilación y ensamblaje normativo. En efecto, la falta de voluntad sistematizadora o, tal vez, la propia impotencia del legislador en desarrollar esa labor, había dado como resultado una “dispersión normativa que, a lo largo del medio siglo transcurrido desde la entrada en vigor de la venerable Ley (de 1933), había producido en nuestro ordenamiento jurídico multitud de fórmulas con que quisieron afrontarse situaciones concretas en aquel momento no previstas o inexistentes”⁽⁹⁹⁾.

Determinar el objeto material del delito o infracción de contrabando constituía, en numerosas ocasiones, un cometido de dudoso éxito, siendo necesario recurrir a una prolija normativa administrativa integrada por los artículos 1 y 2 de la Ley de 7 de julio de 1911, sobre excavaciones arqueológicas, conservación de ruinas y antigüedades⁽¹⁰⁰⁾; el artículo 1 de la Ley de 13 de mayo de 1933, reguladora del Patrimonio histórico - artístico⁽¹⁰¹⁾, completado por la Ley de 21 de junio de 1972 y el artículo 1 del Real Decreto 782/1980, de 7 de marzo, sobre protección de instrumentos musicales de carácter histórico - artístico; el artículo 1 del Decreto 57/1963, de 14 de marzo, sobre protección de escudos, emblemas, piedras heráldicas, rollos de justicia, cruces de término y similares, y, finalmente, el artículo 2 del Decreto de 12 de junio de 1953, relativo al Inventario General del Tesoro Artístico.

Sin embargo, desde la aprobación de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico español - en adelante LPHE - se constata la existencia de un tratamiento homogéneo de la materia y una más precisa delimitación del objeto sobre el que recae el tráfico ilícito.

5. 2. La determinación del objeto material.

En la tipificación de la salida ilegal de bienes culturales, el legislador español ha recurrido a la técnica de las leyes penales en blanco, lo que viene apareciendo como una constante en esta materia. Así lo viene a corroborar - aunque su previsión resulte en cierto sentido superflua - el art. 2 e) del RD 1649/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el Título II de la vigente Ley de Contrabando, al señalar, en su inciso final, que “son bienes que integran el Patrimonio Histórico Español los así definidos en su normativa específica”.

Normativa específica que, pese al importante esfuerzo de homogeneización que supone la aprobación de la LPHE, no deja de resultar extremadamente prolija a la vista de la distribución competencial entre el Estado y las CCAA en materia de legislación cultural y, fundamentalmente, de la extensa regulación sectorial de la que determinados bienes del Patrimonio Histórico son objeto.

Si bien un trabajo de esta naturaleza impide un análisis exhaustivo de este elemento del tipo de injusto, puede apuntarse que integran el Patrimonio Histórico Español “los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico...[asimismo] 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” (art. 1. 2. LPHE).

Sin embargo, la exigencia de la previa y expresa autorización por parte de la Administración y el restringido círculo de bienes sometidos a este formalismo administrativo genera, en nuestra opinión,

⁹⁹ Exposición de Motivos de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

¹⁰⁰ A tenor del primero de estos preceptos, se entiende por excavaciones las remociones deliberadas y metódicas de terrenos, respecto a los cuales existan indicios de yacimientos arqueológicos, ya sean restos de construcciones, o ya antigüedades. Por su parte, el artículo 2 considera como antigüedades todas las obras de arte y productos industriales pertenecientes a las edades prehistóricas, antigua y media. Dichos preceptos se aplicarán de igual modo a las ruinas de edificios antiguos que se descubran; a las hoy existentes que entrañen importancia arqueológica, y a los edificios de interés artístico abandonados a los estragos del tiempo.

¹⁰¹ Por el que se declaraban sujetos a esa ley “cuantos inmuebles y objetos muebles de interés artístico, arqueológico, paleontológico o histórico haya en España de antigüedad no menor de un siglo; también aquellos que sin esta antigüedad tengan un valor artístico o histórico indiscutible, exceptuando, naturalmente, las obras de autores contemporáneos; los inmuebles y muebles así definidos constituyen el Patrimonio histórico - artístico nacional”.

una protección bienintencionada aunque simbólica de nuestro acervo cultural. Esto es, la introducción de un trasnochado y arbitrario criterio temporal, de demostrada ineficacia, por el que se presume la existencia de un valor cultural a aquellos bienes que cuentan con más de cien años de edad, o el persistente requerimiento de anterior inscripción en el Inventario General, demuestran la reticencia del legislador en proceder a una protección "real" del Patrimonio Histórico. En efecto, no deja de resultar alarmante y paradójico que la salida "legal" de un bien de importante valor cultural no formalizado constituya una conducta atípica. Evidentemente, la problemática es clara; cabe la posibilidad de que la Administración declare el bien inexportable una vez que el bien haya traspasado nuestra frontera lo que supone una notable, y posiblemente irreparable, mengua de nuestro Patrimonio Cultural al salir de España sin ningún tipo de control. La afirmación de GARCÍA CALDERÓN constituye la prueba evidente que refuerza nuestra posición: "he tenido la oportunidad de escuchar - señala este autor - a responsables culturales mostrar una patente indignación ante la catalogación, probablemente merecida, como patrimonio etnográfico de una mesa tocinera, mientras aseguraban conocer lienzos no inventariados de un extraordinario pintor aragonés de la Ilustración" (¹⁰²). Nos hallamos ante una importante laguna legal que debe ser urgentemente subsanada mediante la introducción de una nueva disposición que extienda el requisito de la autorización a cualquier bien susceptible de presentar un interés cultural (¹⁰³).

5. 3. Los valores e intereses culturales protegidos como elementos normativos de desigual consideración.

La instauración por parte de la LPHE de diversos niveles de protección y la exigencia de declaración formal por parte de los órganos administrativos competentes respecto de los bienes más significativos determina que la doctrina penal se divida entre quienes sostienen que los bienes que conforman el objeto material requieren de ese previo reconocimiento formal para integrar el tipo y quienes afirman que, en base al contenido del art. 46 de la CE, la tutela debe extenderse a todos aquellos bienes que presentan alguno de los valores que la LPHE ampara.

Nuestra posición se enmarca en la línea doctrinal y jurisprudencial mayoritariamente defendida, esto es, la que considera que los bienes a los que se refiere el art. 2 e) de la Ley de Contrabando son conceptos normativos pendientes de valoración judicial, atendiendo a las cualidades del objeto y a las valoraciones sociales imperantes en el momento de la aplicación de precepto, desempeñando la LPHE y la normativa internacional sobre el particular una importante función indiciaria y aclaratoria.

El Derecho penal debe ser eminentemente realista; no debe, por lo tanto, pretenderse que la indeseable "huida hacia el Derecho penal" se convierta en la "huida del Derecho penal"; por ello, si el legislador persigue una protección eficaz, alejada de cualquier simbolismo punitivo en la tutela de nuestro Patrimonio Cultural, es necesario admitir que la declaración (p. 4) administrativa de interés cultural o su inclusión en el Inventario General no sólo no añade nada al bien en sí sino que entorpece el amparo del patrimonio "real" pretendido por la norma constitucional. El carácter cultural es inherente al bien y no viene dado por un simple formalismo administrativo sino que lo ostenta por la valoración que del mismo realiza la sociedad; así, el acto administrativo, lejos de ser constitutivo, se convierte en meramente declarativo de un valor inmaterial de cultura ínsito en el bien (¹⁰⁴). Por ello,

¹⁰² GARCÍA CALDERÓN, J.: "La protección penal del Patrimonio Histórico", en Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, núm. IV, Madrid, 1997, pág. 407.

¹⁰³ Como apuntan OROZCO PARDO y PÉREZ ALONSO (La tutela..., ob. cit., pág. 305) mientras no se lleve a cabo de lege ferenda esta modificación, se ha de abogar de lege data por la impunidad, por la atipicidad de tales hechos, pese a reconocer la importante merma que puede producirse en el PHE, para respetar la legalidad vigente y no conculcar el principio de legalidad y la seguridad jurídica, haciendo uso de la analogía in malam partem.

¹⁰⁴ Así viene a reconocerlo la mayoría de la doctrina administrativista; por todos, ALONSO IBÁÑEZ, M^a. R.: El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural, 1^a ed., Madrid, 1992, págs. 210 y ss. En la doctrina civil comparte esta opinión en su excelente tesis doctoral, ANGUIA VILLANUEVA, L. A.: El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural, Madrid, 2001, págs. 61 y ss. En parecidos términos, en la doctrina penal, ROCA AGAPITO, L.: El delito de malversación de caudales públicos, Barcelona, 1999, pág. 219. En opinión de MUÑOZ CONDE ("El tráfico...", ob. cit., pág. 405) el criterio mayoritariamente defendido por la doctrina ofrece la ventaja de superar el carácter "formalista y fosilizado del concepto de patrimonio histórico, artístico o cultural, que se refleja siempre en la legislación vigente y queda abierto a modernas corrientes, hoy discutibles, pero que con el

quienes defienden la exigencia de la previa declaración administrativa como instrumento garantizador de seguridad jurídica no suelen mencionar que el RD 111/1986 regula, asimismo, el procedimiento de exclusión de los bienes inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural (arts. 16 a 20) o en el Inventario General (arts. 31 y 32). Esta previsión normativa supone el reconocimiento y la respuesta a una situación desgraciadamente frecuente en la realidad: la permanencia en el Patrimonio Histórico y la consiguiente aplicación de su especial régimen jurídico a bienes que carecen de todo interés desde tal punto de vista; circunstancia que se traduce, en última instancia, en la aplicación de unas potestades administrativas a las que falta su propio presupuesto de hecho. Partiendo de esta realidad, es aventurado hablar de seguridad jurídica cuando los bienes inscritos son susceptibles de haber dejado de ostentar el valor cultural que se les presumía.

En último término, el interés general al que la norma otorga especial protección ni aumenta ni disminuye por el hecho de que el bien se halle o no inventariado, siendo irrelevante su régimen jurídico y titularidad.

La crítica fundamental, centrada en la inseguridad jurídica que el concepto material genera y en la posible arbitrariedad judicial en la determinación del contenido histórico, cultural o artístico, parte de una premisa errónea según la cual el concepto jurídico indeterminado conduce inevitablemente a la arbitrariedad. Sin embargo, un planteamiento de esta naturaleza ignora que el reconocimiento del valor cultural del bien se cimenta en criterios objetivos - como el sentir de la colectividad -, en el pertinente asesoramiento de peritos en la materia y en la importante función indiciaria que las legislaciones internacional, estatal y autonómica están llamadas a desempeñar. Consecuentemente con lo anterior, la apreciación del valor tutelado se ampara en criterios materiales, en las cualidades objetivas e innatas de los bienes, así como en sus beneficiarios directos, por la utilidad y disfrute que reportan y por su destino común ⁽¹⁰⁵⁾. Es más, si - como apunta SALINERO ALONSO - este problema de la inseguridad jurídica no es exclusivo de este tipo de bienes pues encontramos en nuestro ordenamiento penal ejemplos de conceptos normativos pendientes de valoración sin que hayan determinado consecuencias insatisfactorias en orden a su calificación y punición ⁽¹⁰⁶⁾; en el presente caso la importancia cualitativa y cuantitativa de instrumentos legales que permiten al Juez una correcta exégesis de los valores tutelados no es precisamente desdeñable.

Del análisis del Código penal de 1995 se deriva la voluntad del legislador de exigir expresamente, y con mayor o menor fortuna, la declaración previa en supuestos típicos perfectamente delimitados. Así, y aunque su previsión no deje de sorprendernos, el art. 432. 2 castiga la malversación de cosas que "hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico" ⁽¹⁰⁷⁾, mientras que en el ámbito de los bienes inmuebles, el art. 321 se refiere al derribo o grave alteración de "edificios singularmente protegidos" y el art. 319, dentro del capítulo relativo a los delitos sobre la ordenación del territorio, a la

transcurso del tiempo formarán parte del arte o la cultura representativa de nuestra época aún antes de que sean inventariadas como patrimonio histórico, artístico o cultural".

¹⁰⁵ PÉREZ ALONSO, E. J.: "Delitos...", ob. cit., pág. 621.

¹⁰⁶ SALINERO ALONSO, C.: La protección..., ob. cit., pág. 194.

¹⁰⁷ En el Anteproyecto de 1980, el art. 475 no exigía la actual declaración previa al decir lo siguiente: "si las cosas malversadas por su valor histórico, artístico o cultural formasen parte del patrimonio de la Nación". Particularmente críticos con este novedoso requisito, ORTS BERENQUER ("Art. 432", en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.): Comentarios al Código penal, Valencia, 1996, pág. 1856) al proclamar que "no resulta azonable privar de la especial protección del número 2 del último artículo citado, a concretas cosas de innegable valor histórico o artístico por faltar una declaración administrativa" y concluir que "no parece muy afortunada la redacción del precepto en orden a la tutela del patrimonio histórico y artístico", siendo "preferible dejar en manos del intérprete la apreciación de si el objeto distraído tiene un valor de aquel signo"; ROCA AGAPITO, L.: El delito..., ob. cit., pág. 220; POLAINO NAVARRETE ("Delitos contra la Administración pública (VII). Malversación de caudales públicos", en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): Curso de Derecho penal español. Parte Especial, tomo II, Madrid, 1997, pág. 409) considera que la declaración administrativa es "foránea al sentido sustancial que es propio de las valoraciones penales". No obstante, y a favor, MORALES PRATS y MORALES GARCÍA ("De la malversación", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): Comentarios..., ob. cit., pág. 1287) consideran que la exigencia de declaración "cobra sentido en el seno de la Administración Pública cuyos deberes de diligencia en la confección de inventarios se elevan por encima de las exigencias particulares".

construcción no autorizada "en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor... artístico, histórico o cultural".

Pretendemos con ello poner de manifiesto que cuando el legislador ha querido exigir la previa declaración lo ha hecho de forma expresa, lo que permite colegir a sensu contrario que si en el resto de figuras delictivas en las que integra el elemento cultural se abstiene de preverla explícitamente es porque en estos casos no la requiere. En efecto, en sintonía con numerosos preceptos penales pertenecientes al Derecho comparado ⁽¹⁰⁸⁾, el legislador introduce expresamente la exigencia declarativa en aquellos supuestos que - acertada o erróneamente - considera pertinentes, debiendo, por lo tanto, entenderse que la ausencia de previsión comporta, necesariamente, la atribución al Juez de facultades valorativas. Por ello, a diferencia de la anterior regulación en la que no existía declaración en ese sentido, entendemos que del análisis del Código penal de 1995 y de la vigente Ley de Contrabando no puede seguir manteniéndose una posición genéricamente restrictiva.

Desde otra perspectiva, de la redacción del art. 1. 3 de la LPHE - por el que se establece la obligación de inventariar o declarar de interés cultural los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español - se deduce la existencia de bienes menos relevantes que, pese a su menor importancia, no dejan por ello de gozar de la protección que la Ley les depara con carácter general. En efecto, la concurrencia de alguno de los valores proclamados en el art. 1. 2 es suficiente para que el bien se integre en el Patrimonio Histórico sin necesidad de ningún acto administrativo en ese sentido; si sólo los bienes declarados más relevantes se hacen acreedores de una mayor tutela y protección de la Ley, ello no implica desprotección para el resto de supuestos.

La legislación administrativa - de ámbito estatal y autonómico, e internacional - constituye un referente de inapreciable valor indiciario para el juzgador; las valoraciones sociales imperantes y las singulares circunstancias del supuesto enjuiciado son elementos que coadyuvan, junto al normativo, a una correcta delimitación de la eventual presencia en el bien de los valores tutelados por la norma penal. Nuestra posición debe ser contraria a la exigencia de declaración administrativa al considerarla distorsionadora y cercenadora de una protección real y efectiva de nuestro Patrimonio Cultural en sintonía con la finalidad del constituyente. La mera existencia de un importante patrimonio oculto o desconocido - piénsese que la mayoría de los expolios verificados en yacimientos arqueológicos son inmediatamente subsiguientes a su descubrimiento - se vería gravemente afectada por exigencias formales no requeridas por el texto constitucional, fundamentalmente en un país en el que "la catalogación de bienes es uno de los grandes fracasos, si no el mayor, desde que el Estado interviene en esta materia" ⁽¹⁰⁹⁾. Una dependencia registral y administrativa puede abrir espacios de

¹⁰⁸ Así, la Ley luxemburguesa de 18 de julio de 1983, relativa a la protección de monumentos nacionales, tutela únicamente aquellos bienes previamente declarados y clasificados por la autoridad administrativa competente. Por ello, advierte BIEVER ("Rapport Luxembourgeois", en La protection des biens culturels (Journées polonaises), Travaux de l'Association Henri Capitant, tomo XL, Paris, 1989, pág. 557) que "esta ley no confiere al juez penal ningún poder de apreciación autónomo del valor cultural del bien en cuestión". En Francia, el art. 257-1 del Código penal derogado castigaba los daños en bienes "jurídicamente culturales" (para más detalle, MICHAUD, J.: "Rapport français", en La protection des biens culturels, Travaux..., ob. cit., pág. 509), es decir, en inmuebles u objetos clasificados o inscritos; exigencia que el art. 322-2. del vigente Código Penal francés de 1994 sigue contemplando. El art. 165 del Código penal brasileño exige la inscripción (tombada) del bien por parte de la autoridad competente; circunstancia, por demás, ampliamente criticada por la doctrina. Así, por todos, DA COSTA, P. J.: Comentarios ao Código penal, 4ª ed. revisada y actualizada, Sao Paulo, 1996, pág. 505.

¹⁰⁹ ALONSO IBÁÑEZ, M^a. R.: El patrimonio..., ob. cit., pág. 358. En esa línea, GONZÁLEZ GONZÁLEZ ("Protección penal del Patrimonio Histórico Español: aproximación a la situación actual y proyecto de reforma, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 53, Madrid, 1994, pág. 506) nos invita a reflexionar sobre la aparición de determinados lienzos de los grandes maestros de la pintura española, de existencia o localización ignorados por la Administración y cuya aparición resulta efecto de una actuación policial. "Tal logro - señala este autor - conduciría necesariamente - o debería conducir - al oportuno expediente de comprobación y catalogación que llevaría con toda seguridad a su inclusión en el Registro general. El hecho de que en el momento de la sustracción no existiera su anotación oficial no es impedimento - y debe continuar así - para que el objeto deba ser considerado a efectos penales como bien integrante del Patrimonio histórico". Sin embargo, ROMERO ESCABIAS

impunidad no autorizados por el tipo penal y dudosamente admisibles desde una perspectiva político criminal. El penalista debe tener presente, en suma, un concepto "real" de bien histórico, normativamente vinculado a la legislación específica pero no dependiente o por completo tributario de las decisiones administrativas o del alcance de los registros oficiales ⁽¹⁰⁾. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse la inseguridad jurídica que los conceptos valorativos encierran y la dificultad inicial del intérprete - huérfano, por lo general, de amplios conocimientos en la materia - para valorar el carácter cultural de un bien. Junto a la importancia instrumental de los informes elaborados por los peritos, la legislación administrativa aporta criterios indicativos de extraordinaria utilidad para determinar el alcance y contenido de los bienes culturales en el ámbito penal.

V) LA PENALIDAD: ASPECTOS CONFLICTIVOS.

Advierte, acertadamente, MUÑOZ CONDE que "no deja de ser absurdo que aprobada la Ley de Contrabando (12 diciembre 1995) después de haberse aprobado el Código penal (23 noviembre 1995), no se haya adaptado su sistema de penas y de determinación de la pena al del nuevo Código" ⁽¹¹⁾. En efecto, la loable adaptación, emprendida por el legislador de 1995 en materia de contrabando, consistente en compatibilizar las facilidades dadas al libre movimiento de mercancías (auspiciadas por la consagración del mercado único), con la necesidad de mantener la efectividad del esfuerzo en la represión del contrabando, se ve empañada por la precipitación con que aborda la regulación del régimen sancionador. En este sentido, ni el sistema de equivalencias punitivas, previsto en la Disposición Transitoria Undécima del Código penal para la aplicación de Leyes penales especiales o procesales por la jurisdicción ordinaria, consigue enmendar un imperdonable olvido del legislador, de consecuencias insuficientemente calibradas. Y ello por cuanto, las sustituciones reguladas en la mencionada disposición transitoria no comprenden los supuestos en los que la pena viene prevista en un determinado grado. Así, la vigente Ley de contrabando castiga, en su artículo 3, con la pena de prisión menor y multa del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos, a los que cometieren el delito de contrabando. Sustituida la pena de prisión menor por la de prisión de seis meses a tres años, en virtud de lo prevenido en la letra d) de la citada Disposición, la imprevisión se evidencia en lo dispuesto en el párrafo segundo del mencionado artículo. Si el delito de contrabando, consistente en sacar del territorio español bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, sin la autorización de la Administración del Estado cuando ésta sea necesaria, lleva aparejada la pena de prisión menor en grado medio o máximo, la configuración del sistema de sanciones del nuevo Código penal no prevé la división de la pena en grados. Es decir, que la pena prevista en la ley de contrabando no encuentra equivalente en el vigente texto punitivo. El actual sistema de determinación de la pena establece un procedimiento de división de la duración de ésta en dos mitades, llamadas mitad superior y mitad inferior. "Con el nuevo procedimiento de estructuración del marco interno de la pena - señala BOLDOVA PASAMAR - es decir, la división de la misma en mitades, se ha pretendido simplificar el criterio anterior que distribuía la pena en tres grados (mínimo, medio y máximo), aumentando de este modo el arbitrio judicial" ⁽¹²⁾. Empero, la falta de previsión legislativa sobre la conversión de un sistema u otro plantea una problemática interpretativa de difícil solución. La consistente en entender que la mitad inferior englobaría el grado mínimo y medio, reservándose la aplicación de la mitad superior cuando la ley especial previese la pena en grado máximo, redundaría ciertamente a favor del reo, aunque conduce a resultados absurdos. En este sentido, si el delito de contrabando de bienes integrantes del Patrimonio Histórico lleva aparejada una pena de prisión menor en grado medio o máximo, parece obvio que con la interpretación antes apuntada, el juez podría aplicar la pena de seis meses a tres años de prisión en toda su extensión. No es, precisamente, esa la voluntad del legislador de contrabando. Por su parte, la solución consistente en dividir en tres períodos iguales la pena de tres meses a tres años

DE CARBAJAL ("Problemática....", ob. cit., pág. 314) señala que constituye un requisito del tipo que "estos bienes estén catalogados como patrimonio artístico, histórico o arqueológico".

¹¹⁰ En ese sentido, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J.: "Protección...", ob. cit., págs. 506 y ss. En la doctrina italiana, RICCIO, L. A.: "L'interesse alla individualizzazione delle cose d'arte e il patrimonio artistico non individuato", en Atti del sesto simposio di Diritto e Procedura Penali, Milán, 1977, pág. 265.

¹¹¹ MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, Decimotercera edición, Valencia, 2001, pág. 1019. Poniendo, asimismo, de manifiesto esta circunstancia, MAGÁN PERALES, J. M^a.: La circulación ilícita de bienes culturales, 1^a ed., Valladolid, 2001, pág. 264.

¹¹² BOLDOVA PASAMAR, M. A., en GRACIA MARTÍN, L. (coord.): Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español, 2^a ed., Valencia, 2000, pág. 185.

supondría una distorsión del actual sistema punitivo y una flagrante violación del principio de legalidad de las penas. Tampoco parece aceptable admitir que la solución consiste en atribuir al juez una discrecionalidad absoluta en la determinación de la pena cuando el legislador de contrabando limita el arbitrio judicial en todos los casos al considerar que "en los casos previstos en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 2º, las penas se impondrán en su grado mínimo y en las restantes en grado medio o máximo" (¹¹³).

El sistema adoptado en la ley de contrabando es el de pena compuesta o cumulativa, privación de libertad y multa (¹¹⁴). Respecto de ésta última, consiste en la **(p. 5)** imposición de una pena pecuniaria que oscila del duplo al cuádruplo del valor de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, cobrando de este modo extraordinaria relevancia la valoración efectuada por los "servicios competentes" (art. 10. 4º) que el Juez recabe. Importancia, pues, en la determinación de dicho valor, no sólo porque en la cifra de tres millones de pesetas se delimita el ilícito penal del administrativo, sino también porque constituye punto de partida para la determinación de la pena de multa a imponer (¹¹⁵). En base a las consideraciones expuestas, la reforma del artículo 3 de la ley de contrabando constituye una exigencia no sólo ineludible sino, fundamentalmente, urgente (¹¹⁶).

"Sumamente criticable", "absolutamente criticable" o "índice de confusión" (¹¹⁷), es la valoración que la mayoría de la doctrina emite respecto de la agravación de la pena prevista en el número 2 del artículo 3 de la ley objeto de análisis. En efecto, al establecerse que "los Jueces o Tribunales impondrán la pena correspondiente en su grado máximo cuando el delito se cometa por medio o en beneficio de personas, entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una facilidad especial para la comisión del mismo" (¹¹⁸), parece obvio que estamos ante una

¹¹³ Crítica que BOIX REIG ("La medición de la pena", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): Comentarios a la legislación penal, tomo III, Madrid, 1984, págs. 331 y ss) realiza respecto de la ley de contrabando de 1982 y perfectamente extrapolable a la vigente. Señala el citado autor que "el arbitrio judicial en la concreción de esta pena se encuentra un tanto limitado, dado que conforme a lo previsto en el último inciso de este apartado (refiriéndose al apartado 1º del artículo 2) buen número de supuestos, cuando no todos ellos, se encontrarán sancionados directamente con una pena fraccionada". En idéntico sentido, NOREÑA SALTO, J. R.: "La represión...", ob. cit., pág. 109.

¹¹⁴ Idéntico sistema al previsto en el languidecido Proyecto de Código penal de 1980 y en la Ley de contrabando de 1982. Respecto de la multa, la Disposición Transitoria Décima 1. h) del Código penal establece que "la pena de multa impuesta para hechos delictivos en cuantía proporcional al lucro obtenido o al perjuicio causado seguirá aplicándose proporcionalmente".

¹¹⁵ En base al carácter supletorio del Código penal en lo no previsto en el Título I de la ley de contrabando (Disposición Final Primera), si el condenado no satisface, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 53. 2º respecto de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la misma. Así, "en los supuestos de multa proporcional, los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad".

¹¹⁶ Asimismo, FERNÁNDEZ-ESPINAR ("La nueva...", ob. cit., pág. 1572), al afirmar que "la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre... ocasiona una auténtica revolución en la naturaleza y duración de las penas en sus arts. 32 a 60, desapareciendo la tradicional clasificación del art. 27 del derogado Código penal, motivo por el que, es de suponer, será obligada, respecto de este particular, una reforma del art. 3 de la Ley Orgánica 12/1995.

¹¹⁷ Respectivamente, BOIX REIG, J.: "La medición...", ob. cit., pág. 335; NOREÑA SALTO, J. R.: "La represión...", ob. cit., pág. 109; BAJO FERNÁNDEZ, M.: Manual..., ob. cit., pág. 465.

¹¹⁸ Esta agravación procede del artículo 7. 2 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, de régimen jurídico de control de cambios, por el que se dispone que "los Tribunales impondrán las penas en su grado máximo cuando los delitos se cometan por medio o en beneficio de entidades u organizaciones en las que de su propia naturaleza o actividad, pudiera derivarse una especial facilidad para la comisión del delito". La modificación del artículo 7, operada por L.O. 10/1983, de 16 de agosto, no afectó, sin embargo, al contenido de la referida agravación.

agravación que, en una de sus modalidades, coincide con el presupuesto contenido en el artículo 2. 3º a) por el que se considera delito de contrabando la realización del mismo "a través de una organización". Es decir, en nuestro caso, el valor del bien perteneciente al Patrimonio Histórico constituye un elemento irrelevante en la calificación de la conducta como delito o infracción administrativa, lo que nos permite afirmar que estamos en presencia de la agravación de un supuesto ya agravado. Con ello, entendemos que no sólo se vulnera lo establecido en el artículo 67 del Código penal (¹¹⁹) sino, fundamentalmente, el principio de "ne bis in idem" en su vertiente material. En consecuencia, la agravación del artículo 3. 2 sólo sería de aplicación en los supuestos en los que el valor de los bienes fuese igual o superior a tres millones de pesetas. Y ello por cuanto que, si el valor fuese inferior a la cantidad reseñada y la salida del bien del territorio español realizada por una organización, la conducta constituiría delito por lo prevenido en el artículo 2. 3. a), sin que pudiese ser de aplicación la agravación del artículo 3. 2., por los motivos antes apuntados.

¹¹⁹ Conforme al mismo, "las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse".