

Aspectos penales de la protección del Patrimonio Histórico-Artístico

ANTONIO PLANAS ROSSELLÓ

Vocal de ARCA. Profesor ayudante de Historia del Derecho y de las Instituciones. Universitat de les Illes Balears.

Sumario. I Introducción, II Protección Penal y Constitución, III Disposiciones aplicables en la legislación penal vigente, IV El concepto de Patrimonio Histórico en la legislación, V La regla "Non bis in idem", VI Consideraciones críticas.

I. INTRODUCCIÓN

El Patrimonio Histórico-Artístico no se hallará convenientemente protegido mientras no exista una adecuada conciencia social. Los atentados que contra él se cometen son todavía graves y numerosos. En este sentido hay que convenir con Tomás-Ramón Fernández en que si las medidas de policía y las técnicas de intervención no van acompañadas de una adecuada acción de fomento, su protección no llegará a estar suficientemente garantizada; "Imponer el deber de conservar, que es pesada carga, sin ofrecer al mismo tiempo a los obligados a ello alicientes y compensaciones adecuadas es una actitud condenada de antemano al fracaso"¹. A pesar de las medidas previstas en el capítulo VIII de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, no es mucho lo que se ha avanzado en este terreno².

¹ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *La legislación española sobre el Patrimonio Histórico-Artístico. Balance de la situación de cara a su reforma*, en RDU nº 60 (1978), p. 32.

² Sobre el régimen del Patrimonio Histórico introducido por la Ley 16/1985 pueden consultarse las siguientes obras: BENITEZ DE LUGO y GUILLEN FÉLIX. *El Patrimonio Cultural Español*, Granada, 1988; GARCIA ESCUDERO y PENDÁS GARCIA. *El nuevo régimen jurídico del Patrimonio Histórico Español*, Madrid, 1986; BELADIEZ ROJO, Margarita. *Régimen especial de protección de los inmuebles del Patrimonio Histórico Español*. En "Tratado de Derecho Municipal", Madrid, 1988. t.II cap. XLVI.

Por otra parte, las sanciones administrativas no llegarán a ser un adecuado instrumento de prevención de las infracciones, en tanto no consigan eliminar la rentabilidad de las mismas, o como escribía vehemente Arribas Briones en 1978 “que los propietarios de los bienes, aunque sean un ente público, en ningún caso puedan salir beneficiados por su desidia y mucho menos por los hechos consumados”³, cosa que si era imposible conseguir mediante las multas del art. 86 del Reglamento de Disciplina Urbanística,⁴ la experiencia demuestra que tampoco acaba de lograrse a través de las sanciones previstas en el art. 76 de la vigente Ley de Patrimonio, pese a que el importe de las multas se eleva hasta el tanto al cuádruplo del valor del daño causado, y se establecen unas cantidades considerablemente altas para el caso de que éste no sea evaluable económicamente.

Más eficaz puede resultar para prevenir los daños a los bienes inmuebles, la obligación de reconstruir recogida en los arts. 20-4 y 23 de la Ley 16/1985 y en el art. 30-1 del RDU. Reconstruir lo indebidamente destruido rara vez será rentable para el propietario. No obstante la medida resulta paradójica puesto que entra en conflicto con los criterios del art. 39-2 de la propia Ley de Patrimonio, que viene a recoger, por la vía de la *carta del Restauero*, las teorías eclécticas de Camilo Boito en materia de restauración⁵. Señala el citado artículo que

“en el caso de bienes inmuebles, las actuaciones (...) irán encaminadas a su conservación, consolidación y rehabilitación, y *evitarán los intentos de reconstrucción*, salvo cuando se utilicen partes originales de los mismos y pueda probarse su autenticidad. Si se añadiesen materiales o partes indispensables para su estabilidad o mantenimiento, las adiciones deberán ser reconocibles y evitar las confusiones miméticas”.

Como puede observarse, la Ley 16/1985 es poco favorable a las reconstrucciones. En cualquier caso el mandato de utilizar partes originales, según demuestran las experiencias recientes, en contados casos podrá hacerse efectivo.

En conformidad con lo hasta aquí expuesto, la debida protección del Patrimonio Histórico exige que se tenga que acudir a la “ultima ratio legis”, a la vía penal. Sólo las soluciones de tipo penal, previstas por otra parte en la propia Constitución de 1978, pueden garantizar el cumplimiento de los fines de prevención general, y aun de ejemplaridad en el sentido que le da al término Antón Oneca⁶. La imposición de sanciones penales a ciertos contraventores de las

³ ARRIBAS BRIONES, Pedro. *Los catálogos del art. 25 de la Ley del Suelo*, en RDU nº 54 (1977), p. 60.

⁴ El art. 86 del reglamento de Disciplina Urbanística castiga con multa del doble del valor de lo destruido a quienes derriben o desmontaren edificaciones, construcciones o instalaciones que sean objeto de protección especial por su carácter monumental, histórico, artístico, arqueológico, cultural, típico o tradicional. Sobre la deficiente protección que comporta, vid. GARCIA BELLIDO, Javier. *El deber de conservación y la ruina urbanística*, en “Curso de rehabilitación”, C.O.A.M., Madrid, 1986, p. 250.

⁵ Sobre la influencia de la Carta de Restauero en la Ley de Patrimonio de 1933, de la que el actual art. 39-2 es heredero directo, vid. CAPITEL, Antón. *Metamorfosis de monumentos y teorías de la restauración*, Madrid, 1988, p. 37. Sobre las teorías de Boito, además de la obra citada, vid. MORATA SOCÍAS, José. *La teoría de los Centros Históricos*, en QUADERNS ARCA, nº 1, Palma de Mallorca, 1988.

⁶ ANTON ONECA. *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944.

normas protectoras del Patrimonio Histórico, puede desempeñar una importante labor incluso en la conformación de la conciencia social respecto a tal materia.

II. PROTECCIÓN PENAL Y CONSTITUCIÓN

La Constitución Española de 1978 dedica su art. 46, dentro del capítulo tercero ("de los Principios Rectores de la Política Social y Económica"), del título I ("de los Derechos y Deberes Fundamentales"), a la conservación del Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico. Lo más novedoso del mismo, ya que no presenta precedentes en el constitucionalismo español, ni equivalentes en el derecho comparado, es su último inciso: "La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio", que si bien se mantuvo intacto durante todo el proceso de elaboración de la norma constitucional, ha sido objeto de duras críticas por parte de los comentaristas, casi con la sola excepción de Tamames⁷, especialmente por los que proceden del ámbito de los estudiosos del Derecho Penal.

En este sentido, Oscar Alzaga⁸, señala en sus comentarios al art. 46, lo innecesario de la previsión de la sanción penal, crítica esta a la que califica de "formal". Sin embargo, en las críticas de los penalistas, se dejan entrever discrepancias de fondo. Así, Gimbernat⁹, comentando el mandato del art. 45-3, que referido al medio ambiente, presenta identidad de razón con el art. 46, afirma que "imponer constitucionalmente que esa protección deba ser una penal supone desconocer varias cosas. En primer lugar que la protección penal ni es la única que puede dispensar el Estado, ni es siempre la más eficaz, a veces se convierte en auténticamente contraproducente. En segundo lugar que un precepto así se opone a la tendencia absolutamente dominante en la ciencia y legislaciones penales actuales a la discriminización de conductas. Finalmente que no se debe atar demanos constitucionalmente al legislador penal en un muy discutido y discutible tema de política criminal". En sentido parecido se expresa Vaello¹⁰, que califica de auténtico dislate este último inciso del art. 46, considerando que denota una actitud precipitada y extravagante. A juicio de Vaello, el constituyente no ha tenido en cuenta que el Derecho Penal debe actuar siempre como "ultima ratio", limitando su aplicación a los ataques más graves contra los más básicos valores del orden social.

Sin duda el mandato del art. 46, que en palabras de Entrena Cuesta "constituye expresivo testimonio de la conciencia que tiene el legislador de la gravedad de tales atentados y de la necesidad de frenarlos"¹¹, adolece del grave defecto formal que se le imputa. Sin embargo, la inclusión de la obligación por parte de los poderes públicos de conservar y enriquecer el Patrimonio Histórico-Artístico, entre los principios básicos de la política social y económica, implica,

⁷ TAMARES, Ramón. *Introducción a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1980, p. 82.

⁸ ALZAGA, Oscar. *La Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978, p. 328.

⁹ GIMBERNAT, Enrique. Citado por Alzaga, op. cit., p. 326.

¹⁰ VAELO ESQUERDO, Esperanza. *La defensa del patrimonio histórico-artístico y el derecho penal en "Derecho y proceso. Estudios de homenaje al profesor A. Martínez Bernal"*. Murcia, 1980 pp. 697-698. Esta sigue siendo la más reciente monografía sobre la protección penal del Patrimonio Histórico-Artístico.

¹¹ ENTRENA CUESTA, Rafael. En *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigidos por Garrido Falla. Madrid, 1986, p. 828.

como apunta Pérez Luño¹² la configuración del derecho de los ciudadanos a participar en los bienes de la historia, el arte, y la cultura, como un derecho fundamental, conectado con todas aquellas normas constitucionales dirigidas a garantizar el pleno desarrollo de la personalidad.

Consecuentemente, la defensa del Patrimonio Histórico-Artístico supone la defensa de uno de los más básicos valores del orden social. Sólo los ataques más intolerables contra el mismo serán objeto de sanción penal, contra los restantes serán suficientes las sanciones previstas en la legislación de carácter administrativo y urbanístico. Esta debe ser y ha sido la interpretación que ha hecho el legislador del mandato del art. 46, por más que éste, a diferencia del art. 45-3, cuyo parentesco con el que nos ocupa ya hemos señalado, no recoja una alusión directa a las sanciones administrativas.

III. DISPOSICIONES APLICABLES EN LA LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE

El mandato del art. 46 de la Constitución no ha supuesto la tipificación de un delito autónomo contra el Patrimonio Histórico-Artístico. La protección penal del mismo sigue actuándose a través de diversos tipos preexistentes, en los que el bien jurídico tutelado es otro, y la circunstancia de que los bienes que constituyen el objeto material del delito pertenezcan al Patrimonio Histórico Español actúa como agravante o da lugar a un tipo cualificado.

Es cierto, como ha señalado Vaello¹³, que resultaría difícil reconducir a una fórmula general de incriminación las diferentes formas en que pueden cristalizar los ataques a los bienes del Patrimonio Histórico, "sin que se dejen de apreciar ciertas lagunas o se caiga en el gravísimo error de conminar con idéntica pena supuestos de entidad muy diversa". Pero, como veremos, la dispersión, insuficiencia y mala sistemática de la protección que dispensa la legislación penal, exigen una revisión.

Los preceptos vigentes que directa o indirectamente tratan de proteger el Patrimonio Histórico se hallan ubicados en el título XIII ("de los delitos contra la propiedad"), del libro II del Código Penal, así como en la Ley orgánica 7/1982, de 13 de julio, que modifica la legislación en materia de contrabando y regula los delitos e infracciones administrativas en la materia.

I. EL CÓDIGO PENAL

1.1. *Agravantes específicas*

Entre los delitos contra la propiedad, los arts 506-7 y 516-2 establecen sendas agravantes para el robo y el hurto, cuando recaen sobre cosas "de valor his-

¹² PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Comentarios al artículo 46. Patrimonio Histórico, Artístico y Cultural*. En "Comentarios a las leyes políticas", dirigidos por Oscar Alzaga. Revista de derecho público, Madrid, 1984. t.IV, pp. 283-309.

¹³ VAELO, op. cit., p. 704.

tórico, cultural o artístico". Ambas agravantes, introducidas por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, responden al mandato del art. 46 de la Constitución. A pesar de ello, el bien jurídico protegido en ambos delitos es el derecho de propiedad más que los intereses colectivos. En cualquier caso pensamos que no suponen una mejor protección del Patrimonio Histórico, puesto que se trata de delitos que, en la práctica, se persiguen por la lesión patrimonial que entrañan, de modo que la consideración del objeto material juega aquí con fines retributivos. El plus de pena no comporta un plus de prevención.

En cuanto al delito de estafa, algún autor, como Bajo¹⁴, considera que el Patrimonio Histórico-Artístico está comprendido entre los "bienes de reconocida utilidad social" que dan lugar a la agravante del art. 529-1. Más acertada nos parece, sin embargo, la interpretación de Vives Antón¹⁵, según la cual de la redacción del artículo se desprende que sólo puede ser equiparados a aquellos, los bienes análogos a los de primera necesidad. Consecuentemente, en el supuesto de que el delito de estafa recaiga sobre bienes del Patrimonio Histórico, será de aplicación la agravante genérica del art 563 bis a) (a la que nos referimos más adelante) y, en su caso, como apunta Fernández Albor¹⁶, podrá existir un concurso ideal con los delitos de daños o incendio.

1.2. Delito de daños

Las más importantes disposiciones penales a través de las cuales se puede ejercer la protección del Patrimonio Histórico se hallan recogidas en el capítulo IX, dedicado al delito de daños. A pesar de la tan criticada definición del art. 557, el propio articulado distingue dos principales modalidades, según que el objeto material pertenezca o no al sujeto activo: daños en cosa propia y daños en cosa ajena.

a) Daños en cosa ajena

Con respecto a los daños en cosa ajena, el art. 558-5^a establece un subtipo agravado en el caso de que el daño se produzca "en un archivo, registro, museo, biblioteca, gabinete científico, institución análoga o en el patrimonio histórico-artístico nacional", al que apareja una pena de prisión menor, para el caso de que su importe exceda de 250.000 p setas, correspondiendo arresto mayor, según el art. 559, cuando sea inferior a éste pero superior a 30.000.

La circunstancia fue introducida en la reforma de 1963 atendiendo a las demandas de la doctrina. Hasta la fecha, la protección de las obras pictóricas y otros bienes del Patrimonio Histórico debía ejercitarse a través del subsistente art. 561:

"A los que destruyeren o deterioraren pinturas, estatuas u otros monumentos públicos, de utilidad u ornato, se les aplicará la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas"¹⁷.

¹⁴ BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Manual de derecho penal. Parte especial*, t. II, Madrid, 1987, p. 192.

¹⁵ VIVES ANTON, T.S. en *Derecho penal. Parte especial*, coordinado por T.S. Vives Antón. Valencia, 1988, p. 878.

¹⁶ FERNANDEZ ALBOR, Agustín. *El Patrimonio Histórico y su protección penal*, en "Homenaje a Antón Oneca", Salamanca, 1982, p. 707.

¹⁷ El texto de art. 561 reproduce su versión actual con las cantidades actualizadas.

Contra tal situación, ya en 1944, alzaba su voz Quintano Ripollés¹⁸ con duras palabras: "La claridad de este precepto excusa todo comentario, a no ser el de la protesta por su inicua benignidad, delatora de un incomprensible menosprecio por los valores estéticos. Pensar que la destrucción de "Las Meninas" de Velázquez pudiera purgarse con dos meses y un día de arresto, es algo que raya con el más incalificable de los beocismos y que reclama una inmediata revisión ya que las mutilaciones en obras de arte por fanatismo, erostratismo o simplemente por capricho vandálico no son tan inverosímiles como pudiera parecer. No sería mucho pedir que, por lo menos, se incluyesen estos daños entre los privilegiados del artículo 558".

La inclusión de la circunstancia 5ª contribuyó, en buena medida, a paliar aquel defecto. En la actualidad, la Ley 16/1985 ha precisado el concepto de Patrimonio Histórico y ha establecido reglas que vienen a ampliar el juego del art. 558. Piénsese por ejemplo en los yacimientos arqueológicos. El carácter de dominio público que el art. 44-1 de la Ley atribuye a los objetos y restos materiales de los mismos, supone la aplicación de este artículo, aun en el caso de que se hallen en terrenos de propiedad privada y sean los titulares de la misma los responsables de su destrucción o menoscabo. Así, la pena que corresponde, agravantes aparte, es la de prisión menor y no la más benigna de arresto mayor que resultaría de la aplicación del art. 562.

La persistencia del art. 561, y su correlativa falta del art 579, plantean, sin embargo, algunos problemas concursales. A nuestro juicio, tras la aprobación de la Ley 16/1985 debe entenderse que los bienes del Patrimonio Histórico-Artístico se hallan protegidos por el art. 558, de forma que el art. 561 sólo puede considerarse referido a aquellas pinturas, estatuas y otros bienes semejantes que no reúnen los valores propios del Patrimonio Histórico, Artístico y Cultural, o a aquellas que reuniéndolos no alcanzan el importe de 30.000 pesetas del art. 559.

Por último, el art. 560, referido a los papeles y documentos, establece una extraña distinción con respecto a los restantes daños en cosa ajena. Así, el incendio o destrucción de bienes integrantes del patrimonio documental, cuyo valor no fuere estimable, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

b) *Daños en cosa propia*

Los daños en cosa propia se hallan tipificados en el art. 562:

"El que intencionadamente y por cualquier medio destruyere, inutilizare o dañare una cosa propia de utilidad social o de cualquier otro modo la sustrajere al cumplimiento de los deberes legales impuestos en servicio de la economía nacional, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de tanto al triple del valor de la cosa o del daño producidos, sin que pueda la multa bajar de 30.000 pesetas".

¹⁸ QUINTANO RIPOLLES, A. *Comentarios al Código penal*, t.I, Madrid, 1946. p. 493.

El precepto, a diferencia de los anteriores, excluye la comisión culposa y admite cualquier medio para llevar a cabo de acción delictiva, lo que incluye los incendios.

El aspecto del art. 562 que ha sido más criticado es el de su ubicación, puesto que resulta evidente que el bien jurídico protegido en el mismo no es el derecho de propiedad. Tampoco puede defenderse, como ha hecho Rodríguez Devesa¹⁹ que sea la economía nacional. Más bien se trata de la función social de la propiedad, en la que hay que entender incluidos los deberes legales de los propietarios respecto a los bienes histórico-artísticos de los que son titulares, fundamentalmente el deber de conservación.

El artículo, acaso sea el instrumento más idóneo de cuantos recoge el Código Penal en orden a la protección del Patrimonio Histórico, puesto que sanciona una conducta que constituye el más peligroso enemigo del mismo. La provocación de ruina con fines de especulación inmobiliaria. A pesar de que sobre el precepto se ha podido escribir, todavía en 1985, que ha sido "increíblemente olvidado en la práctica totalidad de la jurisprudencia sobre ruinas"²⁰, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1969, declaró aplicable el artículo a aquellas personas que artificialmente buscan el estado de ruina de las viviendas de las que son propietarios.

1.3. *Agravante genérica*

Para terminar el análisis de las disposiciones protectoras del Patrimonio Histórico recogidas en el Código Penal, debemos referirnos a la agravante genérica del art. 563 bis a).

"Los hechos punibles comprendidos en el presente título serán castigados con la pena respectivamente señalada a los mismos, impuesta en el grado máximo, o con la inmediatamente superior engrado, al arbitrio del tribunal, según las circunstancias y gravedad del hecho, las condiciones del culpable y el propósito que éste llevare, siempre que las cosas objeto del delito perseguido fueren de relevante interés histórico, artístico o cultural".

La agravante ha sido criticada por la doctrina debido a la extensión de las penas a la que puede dar lugar, y que según Rodríguez Devesa²¹ "permite llegar en muchos casos a penas de reclusión mayor y de reclusión menor". La desmedida extensión, efectivamente, puede producirse si se entiende literalmente que la agravante afecta a todo el título XIII. Sin embargo, esta amplitud ha sido puesta en entredicho por algunos autores. Así Bajo²², en virtud de una interpretación histórica considera que la aplicación de la misma debe contraerse a los delitos de daños según lo preceptuado por la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961, que fue transgredida en este punto por la reforma de 1963.

¹⁹ RODRIGUEZ DEVESEA, José M^a. *Derecho Penal español. Parte especial*. Madrid, 1986, p. 338.

²⁰ GARCIA-BELLIDO, Javier. *op. cit.* p. 249.

²¹ RODRIGUEZ DEVESEA, José M^a *op. cit.* p. 328.

²² BAJO FERNANDEZ, Miguel. *op. cit.* p. 26.

Es más, por el principio de especialidad, la introducción de las agravantes 7^a del art. 506 y 2^a del art. 516 supuso la exclusión de la agravante genérica respecto a los delitos de robo y hurto.

En cualquier caso, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1979, única jurisprudencia en la materia, aplicó el art. 563 bis a) a un delito de incendio del art. 549-1, castigado con la pena de prisión mayor.

Por otra parte, en contra de lo que parece opinar Muñoz Conde²³, lo que queda al arbitrio del tribunal es la aplicación del grado máximo o de la pena superior en grado, según las circunstancias que concurren, pero no la agravación misma.

La crítica de Rodríguez Devesa, basada en que el interés histórico, artístico o cultural se refleja en el valor económico que es computado para determinar la pena abstracta, nos parece así mismo inadecuada. Como apunta la citada sentencia de 18 de junio de 1979, es más criticable el sistema cerrado de cuantías de los delitos patrimoniales que el módulo cualitativo de valor que establece el artículo que comentamos.

Finalmente, coincidimos con Bajo²⁴ cuando afirma que el art. 563 bis a), pese a ser anterior a la Constitución, responde a la misma preocupación que el art. 46 de ésta. La protección que la Constitución dispensa al Patrimonio Histórico, Artístico y Cultural exige que se castiguen más gravemente los atentados contra el mismo que las lesiones contra bienes que no gozan de tal consideración.

2. LEGISLACIÓN EN MATERIA DE CONTRABANDO

La Ley orgánica 7/1982 de 13 de julio, tipifica en su art. 1-5 la exportación sin autorización de obras u objetos de interés histórico o artístico, siempre que su importe sea igual o superior a un millón de pesetas, como delito de contrabando al que aparece en el art. 2-1 las penas de prisión menor, en grado medio o máximo, y multa de tanto al duplo del valor de los géneros o efectos.

Según el art. 5-2 de la Ley 16/1985 se precisa autorización para exportar los bienes del Patrimonio Histórico Español que tengan más de cien años de antigüedad, y en todo caso, los incluidos en el Inventario General previsto en el art. 26 de la misma Ley.

Las exportaciones ilícitas cuyo importe no alcanza un millón de pesetas, ni siquiera mediante la consideración de delito continuado, constituyen una infracción administrativa de contrabando, a la que se remite el art. 75-1 de la Ley de Patrimonio, para cuyo conocimiento son competentes los órganos administrativos señalados por el R.D. 970/1983. En consecuencia, como señala Benítez de Lugo²⁵, la infracción del art. 76-1 de la Ley 16/1985, no podrá ser apreciada en ningún caso por la Administración Cultural.

²³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte especial*, Sevilla, 1988, p. 198.

²⁴ BAJO, op. cit. p. 48.

²⁵ BENITEZ DE LUGO, Félix, op. cit. p. 421.

IV. EL CONCEPTO DE PATRIMONIO HISTÓRICO EN LA LEGISLACIÓN PENAL

La doctrina discute el concepto de Patrimonio Histórico recogido en la legislación penal. Se trata de conocer cuáles son los concretos bienes de interés histórico, artístico o cultural a los que se extiende la protección de las normas penales.

En el asunto se pueden distinguir dos posturas enfrentadas. Por una parte, autores como Quintero Olivares y Huerta Tocildo sostienen que el concepto de Patrimonio Histórico es un elemento normativo pendiente de valoración. Por otra, Bajo Fernández considera que el carácter de bien de interés histórico, artístico o cultural debe determinarse a partir del concepto normativamente descrito en las disposiciones pertinentes, en definitiva en la Ley de Patrimonio Histórico de 25 de junio de 1985. Según Bajo, la protección penal se limita a los bienes inventariados o declarados de Interés Cultural, en los términos previstos en la Ley.

Por lo que se refiere a los delitos de robo y hurto, la posición de Bajo se fundamenta en que el bien jurídico tutelado es el derecho de propiedad: "El fundamento de la modalidad agravada de hurto del art. 516-2 estriba en la especial protección que el derecho penal ofrece al titular del bien, como contrapartida a los especiales deberes de carácter social que ese bien soporta. En ese sentido, solo aquellos bienes respecto de los cuales el titular tenga especiales deberes frente a la colectividad, constituyen el objeto material de la acción del 516-2"²⁶. Sin embargo no sólo los bienes inventariados o declarados de interés cultural están sometidos a especiales deberes legales. Así respecto a los bienes muebles, el art. 5-2 de la Ley 16/1985 establece la obligación de solicitar autorización previa y expresa a la Administración competente para exportar cualesquiera bienes del Patrimonio Histórico con más de cien años de antigüedad, y el art. 26 del R.D. 111/1986 de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, obliga a comunicar a la Administración, antes de proceder a su venta o transmisión, la existencia de determinados bienes del Patrimonio Histórico, a efectos de su inclusión en el Inventario General. En cualquier caso, el deber de conservación, mantenimiento y custodia del art. 36-1 de la Ley 16/1985 es común a todos los bienes del Patrimonio Histórico.

Si cabe hacer tal objeción con respecto a los delitos en los que el bien jurídico tutelado es, en efecto, el derecho de propiedad, más clara nos parece la extensión del objeto material en cuanto a aquellos tipos delictivos mediante los que se protegen los intereses colectivos. Creemos con Vives Antón²⁷ que la ley penal no debe ser interpretada exclusivamente a partir de las normas reguladoras del Patrimonio Histórico, puesto que el interés colectivo al que la norma penal trata de dar protección, ni aumenta ni disminuye por el hecho de que el bien de que se trate se halle o no inventariado. No parece que la protección penal deba quedar mediatizada por la mayor o menor eficiencia de la administración en la elaboración de inventarios.

²⁶ BAJO, op. cit. p. 48

²⁷ VIVES ANTÓN, T.S. op. cit. p. 756.

Pero aun considerando, como Bajo, que el concepto de Patrimonio Histórico debe ceñirse a lo preceptuado por la Ley 16/1985, no creemos que pueda circunscribirse a los bienes que son objeto de protección formal. El art. 1-2 de la Ley señala que

“Integran el patrimonio Histórico Español lo inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico”.

La definición del ámbito de actuación de la Ley, como ha señalado Alemany Pou,²⁸ consagra de forma clara un sistema de protección material que opera con conceptos jurídicamente indeterminados. El interés histórico, artístico o cultural es en la Ley un concepto abstracto que no puede contraerse a los bienes inscritos en un registro administrativo. En consecuencia, su determinación deberá llevarse a cabo por el intérprete.

A pesar de todo, conviene precisar que ni siquiera en el caso de que se considere que la tutela penal afecta únicamente a los bienes formalmente protegidos, se puede limitar su eficacia a los inventariados o declarados de Interés Cultural. A tenor de los artículos 11-1 de la Ley 16/1985 y 29 del R.D. 111/1986 los bienes que tienen incoado expediente para su declaración de Interés Cultural o su inclusión en el Inventario General, gozan de semejante tutela. Así mismo, en conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1983, la declaración de todo un conjunto como signo de protección por circunstancias histórico-artísticas, determina la asignación de tal calificación a cada uno de los inmuebles situados en el perímetro salvo exclusión. Por último, la protección penal debe hacerse extensiva a los edificios incluidos en los catálogos urbanísticos de bienes culturales, regulados en el art. 25 de la Ley del Suelo y que como señala Carceller Fernández²⁹ no pueden ser considerados independientes de los inventarios del Patrimonio Histórico.

Finalmente, acaso la agravante del art. 563 bis a) pueda ser interpretada en un sentido más restrictivo puesto que se refiere a “bienes de relevante interés histórico, artístico o cultural”. No obstante, tampoco en este caso es lícito circunscribir su objeto a los bienes declarados de Interés Cultural, a los que el art. 1-3 de la ley 16/1985 se refiere como a “los más revelantes del Patrimonio Histórico Español”.

V. LA REGLA “NON BIS IN IDEM”

La regla “Non bis in idem”, que prohíbe la duplicidad de sanciones a una misma persona, por un mismo hecho y con un mismo fundamento, constituye un Principio General del Derecho implícitamente recogido en el art. 25 de la

²⁸ ALEMANY POU, JOSÉ LUIS. *La protección del Patrimonio Histórico no catalogado*. en QUADERNS ARCA n° 4. Palma de Mallorca, 1988.

²⁹ CARCELLER FERNANDEZ, A. *Manual de Disciplina Urbanística*. Madrid, 1983. p. 66.

Constitución Española³⁰. Su incidencia con respecto al tema que nos ocupa viene determinada por las circunstancias de que la Ley 16/1985 en su art. 76 establece sanciones administrativas para determinadas acciones y omisiones, que a su vez pueden ser subsumidas en algunos de los tipos delictivos que hemos analizado.

Como consecuencia del principio, el sujeto a quien le haya sido impuesta una pena o una sanción administrativa por tales hechos, no podrá ser castigado doblemente. Como establece la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981, cualquiera que sea la autoridad que primero haya impuesto la sanción, será ésta la única que efectivamente se aplique. De este modo la existencia de una sanción administrativa firme supone la exclusión de la pena correspondiente.

Sin embargo, la mayor protección que a los bienes jurídicos dispensa el Código Penal, da lugar a que en el caso de colisión entre infracción administrativa y delito o falta, la preferencia corresponda al Derecho penal frente al Derecho administrativo sancionador. La importante sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983 ha venido a refrendar este principio de subordinación, en virtud del cual la Administración, en el caso de que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta, no puede actuar en tanto no lo hayan hecho los tribunales de justicia. La Administración viene obligada a abstenerse de todo procedimiento y a dar traslado a la jurisdicción ordinaria, a quien, a tenor del art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal corresponde el conocimiento de las causas y juicios criminales. La solución es la más congruente con lo establecido en el art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Si los tribunales de justicia deben suspender los procedimientos hasta que los tribunales del orden jurisdiccional penal se hayan pronunciado sobre las cuestiones prejudiciales penales que resultan imprescindibles para dictar el fallo, parece inexcusable que los órganos administrativos observen la misma regla³¹.

La propia legislación que establece sanciones administrativas, en previsión de conflictos de esta naturaleza, recoge el principio de subordinación. Ejemplo de ello lo constituye el art. 76 de la Ley General Tributaria, para el supuesto de colisión con un delito fiscal, y en este sentido hay que interpretar lo dispuesto por el art. 76-1 de la Ley 16/1985, cuando establece que "salvo que sean constitutivos de delito o falta, los hechos que a continuación se mencionan constituyen infracciones administrativas".

Cuando se produce un atentado contra el Patrimonio Histórico-Artístico, el órgano administrativo competente puede iniciar el expediente sancionador previsto en el art. 77-1 de la Ley 16/1985, pero en el caso de que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta deberá suspender el procedimiento y dar traslado a la jurisdicción ordinaria. En caso de reapertura posterior del expediente administrativo, la Administración queda obligada a respetar el planteamiento fáctico realizado por los tribunales.

³⁰ Vid. el más reciente estudio sobre la regla "Non bis in idem": GARCÍAS PLANAS, Gabriel. *Consecuencias del principio "non bis in idem"* en ACPDP vol. XLII (1989) pp. 109-123.

³¹ En el mismo sentido vid. el art. 4-1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956.

En este punto debemos señalar que son contados los casos en los que los tribunales del orden jurisdiccional penal han conocido de atentados contra el Patrimonio Histórico por traslado de la Administración. Salvo en aquellas ocasiones en las que la lesión ha supuesto así mismo un perjuicio a la propiedad privada, quienes se han visto obligados a interponer querrela criminal han tenido que ser asociaciones para la defensa del Patrimonio Histórico-Artístico, o particulares especialmente concienciados.

VI. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

La notoria escasez de jurisprudencia penal en materia de Patrimonio Histórico revela una grave contradicción. De poco sirven las disposiciones protectoras si las acciones que únicamente resultan lesivas para los bienes de interés histórico, artístico y cultural quedan casi siempre impunes, mientras que aquellas que comportan un atentado contra el derecho de propiedad son rigurosamente castigadas.

En la práctica, los daños en cosa propia pertenencia al Patrimonio Histórico Español no suele ser penalmente perseguidos, a pesar de su frecuencia, y sin embargo, los delitos que implican un cambio dominical de tales bienes son castigados con aplicación de agravantes. Esta situación genera una palmaria injusticia, puesto que, como apunta Vaello "si de lo que se trata es de evitar la destrucción o deterioro de obras de interés cultural, no se llega a comprender con facilidad de que modo les puede afectar determinado tipo de delincuencia patrimonial"³². Es más, en algún caso, aunque ello no deba ser contemplado por el legislador, el delito contra la propiedad puede llegar a ser objetivamente beneficioso para la conservación de tales bienes.

En consecuencia, la más importante objeción que se debe hacer a la actual protección penal del Patrimonio Histórico es su vinculación a los delitos contra la propiedad. El único precepto de la vigente regulación en el que esta confusión queda paliada es el art. 562, a pesar de que, por error de sistemática, se halla ubicado en el capítulo XIII del Código Penal. Sin embargo, su redacción ha sido causa de que la mayoría de los autores que se han ocupado de la protección del Patrimonio Histórico no lo hayan incluido entre las disposiciones aplicables³³.

A nuestro juicio, dejando de lado otros errores de sistemática que deben ser atendidos, la principal preocupación del legislador debe ser la de otorgar al Patrimonio Histórico, Artístico y Cultural la consideración de bien jurídico protegido. La Ley 16/1985 ha venido a superar algunos de los problemas que esta tarea planteaba, definiendo conceptos y estableciendo obligaciones claras y pre-

³² VAELLO, op. cit. pp. 702-703.

³³ Vid. por ejemplo BENITEZ DE LUGO, Félix. op. cit. y *Legislación sobre Patrimonio Histórico*, edición preparada por Javaier GARCIA FERNANDEZ. Ed. TECNOS, Madrid, 1987.

cisas. En este aspecto se han solucionado algunas de las trabas que para Fernández Albor³⁴ han dificultado una concreta tipificación que dedique al Patrimonio Histórico un título especial o un capítulo dentro de los ya existentes en el Código Penal. Nada obsta, por tanto, al cumplimiento de esta exigencia.

No creemos, sin embargo, que la sustitución de una tutela incompleta y fragmentaria por otra orgánica y unitaria vaya a solucionar el principal defecto de la misma, la escasa efectividad de sus prescripciones. No obstante, puede facilitar la labor de la Administración competente y de una sociedad cada vez más sensibilizada, en la persecución de los atentados contra este patrimonio colectivo.

³⁴ FERNANDEZ ALBOR, Agustín. *op. cit.* p. 715.