

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Universidad de Sevilla

El tráfico ilegal de obras de arte(*)

(*) Texto de la conferencia pronunciada en las Jornadas que sobre "la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural" se celebraron en Córdoba en junio de 1990. Al prof. Dr. Manuel Pelaez del Rosal, Catedrático de Derecho procesal, organizador de dichas jornadas con mi más profundo agradecimiento.

1. La Ley Orgánica 7/1982, de 13 de Julio, en su art. 1 considera "reos del delito de contrabando siempre que el valor de los géneros o efectos sea igual o superior a un millón de pesetas, a los que:

5º.- "Exportaren sin autorización obras u objetos de interés histórico o artístico".

El Real Decreto 971/1983, de 16 de febrero, por el que se desarrolla el título segundo de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, relativo a las infracciones administrativas de contrabando, considera en su art. 1, 5º como infracción administrativa ese mismo hecho, cuando el valor de los géneros o efectos sea inferior a un millón de pesetas.

No son éstos, sin embargo, los únicos preceptos del Ordenamiento jurídico penal vigente directamente destinados a la protección penal del patrimonio histórico (cultural) y artístico, a la que imperativamente obliga el art. 46 de la Constitución de 1978. Existen otros preceptos en el Código penal, que datan de antes de la aprobación de la Constitución, que igualmente sancionan penalmente diversas conductas que recaen sobre objetos históricos, artísticos o culturales. Ya de un modo general para todos los delitos contra la propiedad tipificados en el Título XIII del Código penal, prevee el art. 563 bis a), la imposición de la pena en su grado máximo o la superior en grado, al arbitrio del Tribunal, según las circunstancias y gravedad del hecho, las condiciones del culpable y el propósito que éste llevase, "siempre que las cosas objeto del delito perseguido fueren de relevante interés histórico, artístico o cultural".

Junto a esta agravación general introducida en la reforma de 1963, existen además las agravaciones específicas del hurto (art. 516, 2ª) y robo con fuerza en las cosas (art. 506, 7ª) introducidas, un tanto redundante y contradictoriamente, en la reforma de 1983, cuando estos delitos recaen sobre cosas de valor histórico, cultural o artístico.

Y de un modo más genérico, en diversos preceptos relativos al delito de daños, tipifica o agrava el legislador los daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, gabinete científico, institución análoga o en el patrimonio histórico-artístico nacional (art. 558, 5ª), y los de pinturas, estatuas u otros monumentos públicos de utilidad u ornato (art. 561 y 579).

A estos delitos habría que añadir otros, como la falsedad, la estafa, defraudación de la propiedad intelectual, delito fiscal, receptación, etc., que, aunque en su regulación legal no aluden directamente al patrimonio histórico, artístico o cultural, igualmente pueden incidir en el mismo, formando un complejo jurídico penal de rica y vasta problemática, a la que, posteriormente, también me referiré a lo largo de mi exposición.

Como se ve, no son artículos ni preceptos los que faltan en el Ordenamiento jurídico penal vigente en España para reprimir el tráfico ilegal de obras de arte y los comportamientos delictivos relacionados con esta grave e importante forma de menoscabo del patrimonio histórico, artístico y cultural y de enriquecimiento antijurídico.

Sin embargo, y las cifras cantan, el tráfico ilegal, en todas sus formas y variantes, es todavía un lucrativo negocio ilegal que, autónoma o derivadamente, causa un daño inmenso a uno de los legados más preciosos de cuantos tenemos, por tradición, historia, arte y cultura, los españoles.

2. Raro es el español que visitando algún museo de Nueva York, París o Londres, no observa con sorpresa y, a

veces, con estupor e indignación, cuadros del Greco o de Velázquez, algunos de ellos de grandes dimensiones, que algún día salieron ilegalmente por nuestras fronteras, sin que hasta hoy se haya sabido cómo y quién o quiénes fueron los responsables. Pero no sólo cuadros y esculturas, sino iglesias románicas enteras, claustros góticos de catedrales castellanas ocupan un lugar de honor en el Metropolitan Museum de Nueva York, o en los "cloisters" o monasterios al Norte de Manhattan.

Famoso es el 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.

El caso recuerda mucho al del altar de Pérgamo, que se encuentra en el famoso Museo que lleva su nombre en Berlín, y que llegó hasta allí porque "graciosamente" el Gobernador de una provincia turca regaló sus piedras al embajador alemán en Turquía.

Otras veces estos expolios han sido consecuencia de guerras y genocidios culturales y de los otros, y como parte del botín han enriquecido las arcas y la cultura de los vencedores, que a través de los siglos han saqueado el patrimonio artístico, histórico y cultural de los pueblos vencidos. El hecho es conocido ya desde la antigüedad. Los romanos lo practicaron con especial éxito y embellecieron la ciudad imperial con todo tipo de obras de arte expoliadas a los pueblos griegos mucho más avanzados cultural y artísticamente que ellos. Luego, con la invasión de los bárbaros hubo sobre todo destrucción y daño de las obras de arte.

Pero todavía en la Edad Media es famoso el saqueo de Constantinopla y Jerusalen por los Cruzados y las "razzias" devastadoras que éstos hicieron del patrimonio artístico de los pueblos que habían recibido la rica herencia de la cultura y el arte griego y prehelénico.

Más modernamente son famosos los saqueos que las tropas suecas llevaron a cabo en Centroeuropa durante la Guerra de los Treinta Años, a los que debe, por ej., su riqueza bibliográfica la Biblioteca de la Universidad de Upsala.

Tampoco se pueden olvidar los despojos que los ingleses hicieron del patrimonio artístico de los pueblos orientales, y el saqueo sistemático que tanto en nuestro país, como en Egipto, como en otros muchos pueblos, llevaron a cabo las tropas napoleónicas; saqueos que dieron lugar, por cierto, a las ricas colecciones del British Museum y del Museo del Louvre, orgullo de sus respectivos países, aunque muchos ingleses y franceses aún se sonrojan cuando recuerdan el origen de tanta riqueza acumulada.

Pero no vamos a ocuparnos de estos atentados al patrimonio artístico, cultural o histórico, vinculados a conflictos bélicos, que sólo la historia o el Derecho internacional puede valorar en toda su dimensión, y que, en todo caso, deben ser asumidos como herencias del pasado, difícilmente reparables ya, salvo por su inclusión en el patrimonio de todos los tiempos y pueblos y como testimonio del mismo y de los horrores de las guerras.

En todo caso, nos debe preocupar ahora y mucho, el expolio individual, incluso organizado; el ataque sistemático al patrimonio artístico como forma de enriquecimiento torticero, como explotación de la riqueza cultural de los pueblos más débiles económicamente, a los que se priva muchas veces de la única riqueza que les queda, su grandioso pasado histórico, artístico y cultural; y el daño que, a veces también por incultura, se comete por los propios nacionales contra su patrimonio artístico.

En este último caso, España es uno de los países donde más daños de este tipo se producen. Desde destruir un puente romano, hasta escribir pintadas en las paredes de una iglesia románica o mozárabe, aquí se ha hecho de todo, por no decir nada de los desastres urbanísticos, de las construcciones de torres de pisos al lado de catedrales o del Acueducto de Segovia. Conocidos son también los expolios que han sufrido nuestras iglesias, a veces por sus propios párrocos, quienes, a no dudar movidos por sentimientos humanitarios muy loables, pero también por una insensibilidad cultural no tan loable, han malvendido verdaderas obras de arte, para, con el dinero recibido a cambio, hacer obras sociales y de caridad. Muchas de estas obras de arte terminan en casas particulares de ricos industriales y comerciantes holandeses, norteamericanos o alemanes. Hasta hace unos años se cometían el 60% más de robos de objetos artísticos en centros religiosos que en civiles. España ha sido, durante muchos años, el almacén de muchas obras de arte que luego han ido a parar a los museos y colecciones particulares de otros países más ricos, donde por cierto no parece preocupar mucho el dudoso origen o la forma en que esas obras han llegado allí.

3. Contrabando, hurtos, robos, daños, estafas y falsificaciones, amén de otros delitos concomitantes; diversas y variadas son las formas delictivas en las que el patrimonio artístico, cultural e histórico puede ser conculcado. Sin tiempo para hacer una exposición de cada una de ellas, lo que, por lo demás, sólo es necesario en la medida en que presenten alguna particularidad en relación con esta materia, sí me parece, sin embargo, necesario analizar previamente el objeto material, el concepto de patrimonio artístico, histórico y cultural, que sirve de base, de punto de referencia y, en algunos casos, de bien jurídico común a todas estas figuras delictivas.

Acostumbra la doctrina española a invocar el art. 46 de la Constitución de 1978, o su precedente más inmediato, el art. 45 de la Constitución de 1931, cuando se trata de justificar

la protección específica que se debe dispensar al patrimonio histórico, cultural y artístico. Dice, en efecto, el art. 46:

“Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”.

La situación sistemática del precepto en el capítulo tercero, del Título I, entre los principios rectores de la política social y económica, claramente indica que el legislador constituyente ha concebido esta protección como un principio informador de su política social y económica, y no como un derecho subjetivo del individuo. No obstante lo cual, dicha declaración supone que el patrimonio histórico, cultural y artístico tiene un valor *per se* que se superpone a otros valores de carácter material que sobre el mismo objeto puede recaer.

Igual que otros muchos derechos de carácter social no referidos a persona concreta, la titularidad corresponde a la colectividad (los pueblos de España), cualquiera que sea la relación que una el objeto con una persona individualizada. Este carácter social o transpersonal del patrimonio artístico tiene especial importancia como límite a la disponibilidad del mismo por parte del individuo que en el caso concreto sea su titular. Precisamente toda la regulación jurídica de esta materia se caracteriza por limitar los derechos individuales sobre este patrimonio. El propietario de la Mezquita, si fuera particular, jamás podría invocar su derecho de propiedad para derribarla y construir un hotel en su solar. Pero lo mismo se puede decir del propietario de un Velázquez que quiera venderlo y sacarlo de España. Se trata, como decía Quintano (p. 950), “de propiedades privadas que permanecen en los respectivos patrimonios, aunque en una especialísima mancomunidad comunitaria, de parcial expropiación en suma, dado que el dueño goza de la mayor parte de las facultades dominicales,

incluso de la de enajenación, pero no de la que se verifique para extraer la obra del territorio nacional”.

Ello naturalmente vale para todo objeto del patrimonio histórico, cultural y artístico, sobre el que recaigan titularidades de carácter privado. Pero también debe regir para los casos en que el patrimonio es directamente de titularidad pública. En este sentido, el inciso del art. 46 “cualquiera que sea su régimen jurídico o titularidad”, parece una precaución loable que despeja cualquier duda sobre si el Estado o los poderes públicos puede hacer con su patrimonio histórico, cultural o artístico lo que le venga en gana. Al Estado, a las Comunidades Autónomas corresponde, como dicen los arts. 148,15ª y 16ª y 149, 28ª de la Constitución, la defensa de este patrimonio, pero no están legitimados para disponer de él.

Ello demuestra, a mi juicio, una ulterior característica de este bien jurídico, su valor cultural o ideal antes que patrimonial o económico, por más que éste sea muy elevado e incluso incalculable.

Esta doble naturaleza, ideal-cultural y patrimonial-económica, del patrimonio histórico, cultural y artístico, es precisamente lo que produce su especial fragilidad, pues mientras mayor sea su valor cultural, mayor será también su valor económico, con lo que el riesgo del tráfico ilegal se acrecentará.

El problema se complica aún más porque las nociones de “histórico, cultural y artístico” distan mucho de ser claras y precisas. Tomemos por ej., el concepto de “obra de arte”. Nadie sabría muy bien decir cuál es el elemento definidor de este concepto. Pocos discutirán que lo es “Las Meninas” de Velázquez o “La Pietá” de Miguel Angel, pero ¿lo es también la última “genialidad” del pintor vanguardista que ha estrellado contra un lienzo un bote de pintura roja, o el concierto de cencerros de un músico minimalista aficionado a la vida bucólica contemplativa?

La regulación jurídica de la materia, aún después del ingente esfuerzo unificador realizado por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio histórico español, no soluciona, desde luego, el problema. En su Exposición de Motivos se considera que el Patrimonio Histórico Español, en sentido genérico, está constituido "por todos aquellos bienes de valor histórico, artístico, científico o técnico que conforman la aportación de España a la cultura universal". Una definición tan genérica que prácticamente no ayuda en nada a la clasificación como tal de un objeto determinado.

Se trata, pues, de un problema de interpretación a resolver caso por caso, con lo que conlleva de peligro para la certeza y seguridad jurídica. La doctrina penal italiana ha puesto ya de relieve la inseguridad jurídica que produce la indeterminación de estos conceptos, sobre todo si se tienen en cuenta como factor fundamentador o agravatorio de la pena (así Palazzo y Nuvolone, en Atti, p. 23 a 231). También la doctrina alemana se queja de que se utilicen estos conceptos indeterminados en la agravación del delito de hurto.

Pero parece que la indeterminación radica en la propia "naturaleza de las cosas" y que poco se puede hacer por evitarla, si es que se quiere cumplir el mandato previsto en el art. 46 de la Constitución.

En la doctrina española se ha planteado, en relación con la agravación específica del hurto y el robo con fuerza en las cosas, si el valor histórico, cultural o artístico del objeto sobre el que recaigan estos delitos, es un concepto normativo pendiente de valoración (así Quintero, p. 1152, y Vives, p. 796), o un concepto normativo ya valorado con arreglo a lo dispuesto en la Ley del Patrimonio histórico (así Bajo, p. 983), reduciéndolo a los bienes ya declarados oficialmente de interés cultural y, por ello, inventariados.

En mi opinión, si las cualificaciones que ahora analizamos tienen su origen o fundamento en el art. 46 de la Consti-

tución, no hay por qué restringirlas a los bienes ya inventariados o declarados de interés histórico, artístico o cultural, ya que el propio precepto establece que se refiere al patrimonio histórico, artístico o cultural, "cualquiera que sea su régimen jurídico y titularidad". No creo, por tanto, que haya que restringir esta agravación que, por lo demás deja abierta la posibilidad de que se vayan integrando en el mismo otros en el futuro (véase Muñoz Conde, p. 226; Díaz Maroto, p. 1050). Ciertamente, este criterio deja un amplio margen a la discrecionalidad del Juez, pero no creemos que éste se aleje mucho en su valoración del carácter histórico, artístico o cultural de un objeto, de los patrones culturales dominantes socialmente, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de una agravación y como tal debe interpretarse restrictivamente.

Por otra parte, el criterio 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 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.

4. Veamos ahora cuáles son las tipologías delictivas que en relación con el patrimonio histórico, artístico y cultural más frecuentemente pueden cometerse. Advirtiendo, desde un principio, que sólo nos ocuparemos de aquellas tipologías en relación con esta materia presentan algunas particularidades dignas de mención, dando por supuesta la aplicación de las reglas y principios generales del Derecho penal que, por lo demás, son de recibo en todo delito sea cual sea su ámbito o el círculo de sus posibles autores.

La Ley del Patrimonio histórico utiliza en su art. 4 la expresión "expoliación" para definir toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores que lo integran, o perturbe el cumplimiento de

su función social. Este concepto, aunque gramaticalmente es correcto, es impreciso desde el punto de vista penal, pues se pueden abarcar en él la más diversas conductas delictivas, pero también otro tipo de hechos no necesariamente constitutivos de delito.

Siguiendo el criterio de Cornelia Weber (p. 34 ss.), se pueden clasificar los delitos más frecuentes en tres grupos diferentes: delitos relacionados con la adquisición ilegal de la obra perteneciente al patrimonio histórico, cultural o artístico; delitos relacionados con el tráfico ilegal de estos objetos y delitos concomitantes o concurrentes con los anteriores.

A) Dentro el primer grupo tenemos, en primer lugar, el hurto y el robo.

El hurto es el tipo básico de todos los delitos patrimoniales de apoderamiento. Precisamente se diferencia de las distintas modalidades de robo de una forma negativa, es decir, como recuerda el art. 514 del Código penal, en el apoderamiento constitutivo de hurto no concurre ni fuerza en las cosas, ni violencia, ni intimidación en las personas. Es, pues, la forma más simple de apoderamiento, y como tal, de relativa poca importancia en esta materia. La causa es fácilmente comprensible: un objeto de valor, como suelen ser los pertenecientes al patrimonio histórico, cultural y artístico, está normalmente bien custodiado, rodeado de dispositivos de seguridad, alarmas, etc., cuya eliminación constituye generalmente robo con fuerza en las cosas con escalamiento, fractura exterior o interior, utilización de llaves falsas, etc.

No obstante, en los casos en que el objeto generalmente por negligencia o descuido de sus custodios o propietarios, no está bien vigilado, puede darse el simple apoderamiento constitutivo de hurto. Así, por ej., sucede cuando alguien descuelga de la pared un cuadro pequeño o coge una pequeña escultura y los guarda bajo el abrigo o en el bolso. El hecho suele darse en museos pequeños poco vigilados, en iglesias, casas particulares, etc.

Mayor importancia tiene el robo con fuerza en las cosas, que en los Códigos penales de otros países no es más que una modalidad agravada del hurto. Normalmente, el objeto valioso está bien guardado. Su apoderamiento requiere, por tanto, de una cierta habilidad, de una técnica criminal que es lo que el art. 504 del Código penal español define como fuerza en las cosas: escalamiento; rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana; fractura de armarios, arcas u otras clases de muebles u objetos cerrados o sellados, o de sus cerraduras o su sustracción para fracturarlos o violentarlos fuera del lugar del robo; uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes.

Casos de este tipo son frecuentes en la práctica: desde introducirse en un museo escalando sus paredes o descolgándose desde una azotea o tejado, hasta las formas más sofisticadas de aperturas de cajas fuertes, desconexión de alarmas, "rififis", "butrón", etc.

Los autores de este tipo de hechos suelen ser profesionales y tener un conocimiento bastante aproximado del valor de los objetos de los que se apoderan, características del lugar donde se encuentran, condiciones de custodia, etc., por lo que suelen actuar en grupo u organizadamente, dando ello lugar a los conocidos problemas de delimitación entre autoría y complicidad. También suelen darse formas imperfectas de ejecución cuando los autores son sorprendidos antes de poder disponer de los objetos, o mientras ejecutan el delito, etc.

Tanto el hurto, como el robo con fuerza en las cosas se convierten en tipos cualificados cuando, como ya hemos dicho, recaigan sobre "cosas de valor histórico, cultural o artístico" (cfr. arts. 504, 7ª y 516, 2ª). En el hurto si el valor de la cosa hurtada excede de 30.000 pts. y tiene este carácter, se impondrá la pena de arresto mayor (un mes y un día a 6 meses) en su grado máximo (cuatro meses y un día a seis meses), pero si revistiese especial valor, provocase un perjuicio de especial consideración, coloque a la víctima o a su

familia en grave situación económica, o se haya realizado con abuso de superioridad, o cuando se trata de cosas destinadas al servicio público, si se produjera una perturbación del mismo, o por el valor del objeto histórico, cultural o artístico se puede apreciar la agravación como muy cualificada, se impondrá la pena superior en grado, es decir, prisión menor en toda su extensión (de seis meses y un día a seis años) (cfr. art. 515 en relación con el art. 516).

Un régimen similar se establece para la punición del robo con fuerza en las cosas, aunque en este delito las penas son siempre superiores al hurto, hasta el punto de que si además de alguna de las circunstancias cualificadoras de éste, el culpable llevase armas u otros objetos peligrosos y el robo se comete en casa habitada, asaltando un medio de transporte o en oficina bancaria, se puede llegar a imponer la pena de prisión mayor (seis años y un día a doce años) (cfr. arts. 505 y 506).

Ni que decir tiene que si el porte de armas da lugar al empleo de violencia o intimidación, estaremos entonces en el robo con violencia o intimidación en las personas, con un régimen punitivo, generalmente más severo, en función de los resultados lesivos para la integridad física o la vida de las personas y no del perjuicio material económico (cfr. art. 501).

Obviamente, este tipo de delitos sólo pueden recaer en cosas muebles, objetos susceptibles de ser trasladados de un lugar a otro, cuadros, estatuas, joyas, material documental y bibliográfico, material arqueológico de diversa índole, colecciones numismáticas y filatélicas, etc. El patrimonio inmobiliario sólo puede verse afectado indirectamente, o por otros delitos que, en parte, veremos más adelante.

Dentro de este grupo de delitos relacionados con la adquisición ilegal habría que citar todavía el delito de apropiación indebida, más emparentado, por lo menos en su forma de punición, con la estafa que con los delitos de apoderamiento (cfr. art. 535 en relación con los arts. 528 y 259). En la apro-

piación indebida el sujeto posee legítimamente el objeto, pero dispone de él como si fuera propietario. En relación con objetos pertenecientes al patrimonio histórico, cultural o artístico, tal delito puede ser cometido por administradores o marchantes, propietarios de galerías de exposiciones, restauradores, transportistas, depositarios, etc.

Algunos problemas de delimitación con el hurto se plantean en los casos de los llamados "servidores de la posesión", meros tenedores del objeto sin poder posesorio alguno sobre él. Así, por ej., el vigilante o la limpiadora del museo es posible que cometa sólo hurto si se apodera de un cuadro o escultura; el director del mismo que lo oculta en un inventario o de algún otro modo se apodera de objeto, comete, en cambio, apropiación indebida. Igualmente habrá que distinguir entre el restaurador dentro del propio museo y el que se lleva el cuadro para la restauración a su propio taller. La distinción entre mero tenedor, servidor de la posesión y poseedor es sutil y difícil siempre en el ámbito del Derecho. La distinta trascendencia punitiva de una u otra situación obliga a su delimitación, cosa nada fácil de hacer en algunos casos.

También plantea problemas de delimitación con el hurto la apropiación de un bien perdido, que ahora se encuentra regulado como un supuesto de apropiación indebida (art. 535), pero que hasta 1983 se tipificaba como hurto. El delito es aplicable en los hallazgos casuales de tesoros cuando se infringen las normas previstas en el art. 44 de la Ley del Patrimonio histórico y no se pone el hallazgo en conocimiento de la Administración que, por lo demás, debe dar, a partes iguales, la mitad del valor de tasación del objeto hallado al descubridor y al propietario del lugar.

B) Vayamos ahora al otro grupo de delitos relativos al tráfico ilegal de obras del patrimonio histórico, cultural o artístico.

Hasta ahora los delitos relativos a la adquisición ilegal justifican por sí mismos la intervención del Derecho penal y

convierten a sus autores directamente en delincuentes. Es probable que, además, estos delitos den lugar a otros que perfeccionen o agoten el anterior para, precisamente, procurar a sus autores el lucro ilícito perseguido. No voy a entrar ahora en si estos otros delitos entran en concurso de delitos con los anteriores o vienen ya castigados (copenados) en el delito anterior. Esta es una cuestión que no puede ser resuelta globalmente, sino caso por caso, lo que nos llevaría más tiempo del que disponemos.

En todo caso, estos delitos de tráfico ilegal también pueden surgir autónomamente de los de adquisición ilegal. Tomemos el ejemplo del contrabando de obras de arte. Esta figura delictiva puede tener su origen en un hecho delictivo como los ya vistos. Un hurto, un robo o una apropiación indebida. El sujeto quiere desprenderse del objeto sustraído y lucrarse con su venta. Sacándolo al extranjero es probable que obtenga más dinero y sea más fácil su venta.

Más frecuente es, sin embargo, la exportación clandestina de objetos de propiedad legal. Como ya antes decíamos, el art. 1.5ª de la Ley de Contrabando, considera reos de contrabando a los que "exportaren sin autorización obras u objetos de interés histórico o artístico". Luego el art. 2 de la misma ley castiga, en principio, este hecho con las penas de prisión menor (seis meses y un día a seis años) y multa del tanto al duplo del valor de los géneros o efectos, sin perjuicio de otras posibilidades agravatorias o atenuatorias que se contienen en el mismo precepto.

La clave que permite considerar delictivo tanto un hecho, como otro, es la falta de autorización administrativa ("sin autorización"). Parece obvio que la Administración sea la que, en última instancia, decida si un objeto de posible valor histórico, cultural o artístico puede salir o no y en qué circunstancias del territorio aduanero español.

La propia Ley del Patrimonio histórico define en su art.

5 la exportación como "la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el patrimonio histórico español", rodeando esa exportación de todo tipo de garantías y cautelas jurídicas. El Real Decreto 111/1986, de desarrollo parcial de la Ley dedica todo el capítulo II al desarrollo de este tema. Y en su art. 45 se dice que requiere permiso previo y expreso del Ministerio de Cultura la exportación, incluso de carácter temporal, de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español con cien o más años de antigüedad, o que estén incluidos en el Inventario General o tengan incoado expediente para su inclusión. Igual permiso requiere la exportación temporal de los bienes declarados de Interés Cultural o de los que tengan incoado expediente para esta declaración, así como los que el Ministerio de Cultura declare expresamente inexportables. Por otra parte, el art. 26 de dicho Real Decreto es tan amplio respecto a los bienes cuyos propietarios deben comunicar a la Administración su existencia antes de proceder a su enajenación, que prácticamente ninguno que tenga un mínimo valor queda exento de ser declarado.

Con ello se plantean a veces verdaderos conflictos entre los derechos del propietario de enajenar o transmitir tales objetos y los de la Administración de conservarlos y mantenerlos en territorio español, que no deben ser resueltos radicalmente en beneficio de la Administración sin algún tipo de compensación para el propietario. Desgravaciones o exenciones fiscales, ejercicio del derecho de tanteo y retracto, así como otras tantas medidas de parecida índole, pueden ser mucho más eficaces en la preservación del Patrimonio histórico español, que todas las medidas penales juntas.

Por lo demás, rigen aquí también los principios generales del Derecho penal y siempre cabe invocar la posibilidad de error por parte del propietario e incluso el estado de necesidad en aquellos casos en los que el propietario enajena el objeto para resolver algún problema económico angustioso, salvarlo en caso de inseguridad o guerra, etc.

Otro delito que se encuentra a caballo entre la adquisición y el tráfico ilegal, constituyendo muchas veces el puente entre uno y otro grupo es la *receptación* (arts. 546 bis a) y ss. del Código penal).

Consiste en aprovecharse de los efectos de un delito contra los bienes, con conocimiento de su ilícita procedencia. Nos encontramos aquí, por un lado, con una especie de prolongación del perjuicio ya producido por el delito anterior; pero, por otro, con un delito autónomo de adquisición o tráfico ilegal de objeto receptado. El receptor de dicho objeto paga, en efecto, una cantidad, normalmente muy inferior a la del mercado, al autor del delito que previamente lo ha adquirido ilegalmente a través, por ej., de un delito de hurto o robo. Es más, la existencia del receptor es incluso un estímulo para los delitos de apoderamiento, pues normalmente es el receptor el que facilita a los autores de estos delitos el que se lucren con los objetos sustraídos. Muchas de las obras de arte, patrimonio documental y bibliográfico, joyas, etc., producto de un hurto o robo terminan en manos del receptor que es quien les da salida.

El problema principal de este delito consiste, sin embargo, en demostrar el elemento subjetivo, es decir, el conocimiento de la ilícita procedencia del objeto adquirido. Hay en esta materia una cierta tolerancia o adecuación social en la adquisición por particulares de objetos artísticos, joyas, etc., de, por lo menos, dudosa procedencia. ¿Quién es el que alguna vez paseando por algún mercado de viejo, "Rastro", "Jueves", etc., no ha comprado algún objeto artístico o, por lo menos decorativo, a precio de "ganga" a algún chamarilero, ropavejero, etc., con toda la pinta de ser un habitual contra la propiedad? ¿Y quién no se ufana ante los amigos de haber conseguido así un objeto verdaderamente valioso?

Junto a ellos tenemos también el anticuario, comerciante honrado, que normalmente se cerciora, por la cuenta que le trae, de la procedencia legal del objeto en cuestión, pero al

que se le van literalmente los ojos detrás de una pieza única que puede adquirir a precio de ganga, sin preocuparse mucho en si es o no de ilícita procedencia.

Después está el intermediario que tampoco se preocupa ni poco ni mucho de la procedencia de los objetos, porque su misión consiste sólo en poner en contacto al vendedor y al comprador, cobrando una comisión porcentual del valor del objeto vendido.

Y así tenemos una larga lista, hasta llegar al efectivo y auténtico receptor o "perista", que conoce perfectamente la procedencia ilícita del objeto, sabe incluso quién es el autor del delito y de algún modo lo explota ofreciéndole una cantidad muy inferior a la del valor del objeto. Normalmente, este tipo de receptadores suelen dedicarse habitualmente a la receptación, lo que constituye un tipo autónomo dentro de la receptación que se castiga con prisión mayor y multa, aparte de la agravación a que puede dar lugar la aplicación del art. 563 bis a) (cfr. art. 546 bis a) 3ª), pena que es extensiva en el art. 546 bis b) a los dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público que realizaren el delito de receptación y a cuyo servicio pusieran los referidos establecimientos. La verdad es que no es fácil demostrar siempre el conocimiento de la procedencia ilegal del objeto adquirido. La jurisprudencia suele actuar en este, como en tantos otros casos en los que se exigen elementos subjetivos semejantes, en base a presunciones deducidas de indicadores objetivos tales como el bajo precio pagado por el objeto, la profesión e incluso la raza del presunto receptor. Hay una cierta tendencia a imputar estos hechos a chamarileros, chatarreros, ropavejeros, gitanos, mecheros, etc., sin que obviamente la pertenencia a uno de estos grupos profesionales o étnicos tenga que llevar obligatoriamente a calificarlos a todos como receptadores. De todos modos, se produce una cierta tendencia en esta materia al recusable Derecho penal de autor, a pesar de que, tras la STS 25 de abril y 23 de noviem-

bre de 1985, se ha eliminado la antigua presunción de habitualidad que atribuía a los dueños de establecimientos el art. 546 bis b) en su redacción anterior a la reforma de 1989 (cfr. Muñoz Conde, p. 359).

Algunas veces, a efecto de prueba, se aprecia la receptación de forma alternativa con el delito de referencia, es decir, si al sujeto se le encuentran objetos robados, el delito por el que se le condena es por la receptación, si no se le puede probar el robo (o hurto) (cfr. STS 29 marzo 1988).

Con la receptación prácticamente se cierra el círculo de los delitos de tráfico ilegal de obras de arte. Pero no puede olvidarse el importante delito de estafa que, tanto autónomamente, como en relación con otros delitos puede igualmente cometerse en esta materia.

En la estafa, en las relacionadas con esta materia, y en cualquier hecho que merezca este nombre, siempre se trata de lo mismo: de un perjuicio patrimonial producido por un engaño. A partir de esta definición, que es comúnmente admitida por la doctrina y la jurisprudencia y que recoge abreviadamente la misma que se da en el art. 528 del Código penal, se pueden tipificar las más refinadas estafas con perjuicios de miles de millones, hasta el más modesto timo de la estampita, aunque naturalmente después la distinta gravedad de los hechos se traduzca en distintas magnitudes penales (cfr. art. 528 en relación con el 529).

En relación con el patrimonio histórico, cultural y artístico, se pueden cometer, por tanto, las más diversas estafas, no en vano la doctrina clásica denominó a este delito como el "delito de las mil caras". Desde la venta a un comprador de buena fe de un objeto robado o de cualquier otra procedencia ilegal, naturalmente ocultándole este dato, hasta la de un objeto de escaso valor simulando más del que realmente tiene.

En este último caso, casi siempre nos encontramos ante una falsificación del objeto, que, para mayor credibilidad,

suele estar avalada por el dictamen o informe de un experto. Respecto a la responsabilidad penal de éste, hay que distinguir entre el peritaje subjetivo y el objetivo. En el primero, una persona a la que se supone unos conocimientos técnicos o especiales sobre la materia, emite su opinión sobre el objeto que perita, atribuye su autoría, etc. En la medida en que se trata de una opinión personal, ésta tiene el valor que se concede a su prestigio como tal experto, y, equivocada o no, no puede dar ningún tipo de responsabilidad penal, por más que nos conste que, algunas veces, alguno de estos "expertos" pueda hallarse involucrado en verdaderos negocios fraudulentos de obras de arte.

Pero el peritaje subjetivo, equivocado o no, también puede y suele ir acompañado de métodos de expertización objetiva tales como los microscópicos o espectrográficos, los rayos X, caligráficos, etc. Si los resultados de estos métodos o el método mismo han sido manipulados para apoyar la opinión del experto, entonces esté éste o no involucrado en el fraude, sí existe el engaño que requiere el delito de estafa. Sin embargo, esta falsificación de la expertización, difícilmente puede constituir a su vez una falsedad documental o de otra índole, salvo que el documento en el que se materialice tenga la categoría de documento público u oficial. La falsedad de los documentos privados, que es la categoría en la que tales expertizaciones podrían incluirse, no admiten, por lo menos en nuestro Derecho penal, la llamada "falsedad ideológica", es decir, la simple declaración mendaz.

Tampoco, la manipulación del documento mismo, borrando algunos datos, añadiendo otros (por ej., cifras, fechas, etc.), tendría autonomía típica al margen de la estafa, ya que la falsedad de documentos privados sólo es punible en nuestro Código penal cuando se realizare "con perjuicio a tercero o con ánimo de causárselo" (art. 306), es decir, en los casos en que se comete o se intente cometer una estafa, con lo que generalmente será este delito de preferente aplicación.

Lo mismo cabe decir respecto a la falsificación de monedas antiguas, ya que la falsificación de moneda se refiere sólo a la moneda vigente. Respecto a la de colecciones filatélicas, sólo podrían constituir el delito de falsificación de sellos de correos en la medida en que éstos estén vigentes.

Nos queda, por último, la falsificación de la propia obra u objeto, convirtiéndolo en más antiguo de lo que es, sustituyendo o borrando la firma de su verdadero autor y poniendo en su lugar otra de un autor famoso, etc. En estos casos, no hay ninguna dificultad, aparte de las probatorias claro está, en calificar el hecho como estafa, perdiendo entonces generalmente su autonomía la falsedad sobre el documento privado, que es, en definitiva, la obra presuntamente artística. Todo esto dejando a salvo la posibilidad de que en algunos casos de falsificación de documentos, éstos por su propia categoría tengan la calidad de documentos públicos u oficiales, recobrando entonces su autonomía típica que entraría en concurso con la posible estafa.

Aunque en esta materia suelen cometerse muchos abusos, no soy partidario de crear tipologías especiales, como las previstas en la Ley italiana de 20 de noviembre de 1971, cuyos arts. 3 y 4 sancionan la falsificación, alteración o reproducción de una obra de pintura, escultura o gráfica, o un objeto antiguo o de interés histórico o arqueológico, la introducción de estos objetos en el territorio del Estado, y el acreditamiento o autenticación de estos objetos, a sabiendas de su falsedad (véase *Coco*, *passim*). Prácticamente, todos estos comportamientos pueden incluirse en las diversas tipologías delictivas ya existentes en nuestro Derecho penal.

C) Queda, por último, para terminar esta extensa relación, y no agotarles inútilmente con más datos prolijos o irrelevantes, que nos ocupemos de un tipo de delito que desgraciadamente se dan con cierta frecuencia en relación con el patrimonio histórico, cultural y artístico. Y digo desgraciadamente, porque supone el deterioro, la pérdida y la destrucción

irreversible del mismo. Me refiero naturalmente a los llamados "delitos patrimoniales sin enriquecimiento", daños, incendios y estragos.

La destrucción directa es casi siempre obra de fanáticos o enfermos mentales: Incendios de edificios monumentales, apuñalamiento de obras pictóricas, rotura a martillazos de obras escultóricas.

Pero otras veces son simplemente actos de vandalismo, de gente insensible culturalmente, que actúa en grupos que van bebidos y causan destrozos y rompen todo lo que les llama la atención a su paso. Junto a estas formas eminentemente dañinas e incluso vandálicas de destrucción del patrimonio artístico, están también lo que antes llamamos delitos concomitantes a los de adquisición o tráfico ilegal. Suele, en efecto, ocurrir que tanto en el apoderamiento constitutivo de robo, como en el ocultamiento, como en el transporte para la exportación clandestina, el objeto histórico, cultural o artístico sufra daños irreversibles. Sucede ésto frecuentemente en las obras pictóricas y escultóricas, y, en general, con todos los objetos relacionados con el patrimonio documental, libros, etc. Sólo ya el corte del lienzo, su enrollamiento, su ocultamiento en lugares poco acondicionados, su transporte en condiciones inadecuadas, lo dañan irreversiblemente. Pero también la manipulación del mismo para que no pueda ser identificado, su división en varias partes, etc.

Todos estos hechos están incluidos obviamente dentro del delito de daños, que además contiene agravaciones específicas para estos casos (cfr. art. 558,5ª), además de la genérica que para los atentados contra el patrimonio artístico e histórico prevee el art. 563 bis c), que según algunos es incluso aplicable sólo al delito de daños.

Pero no son éstos los únicos atentados que pueden incluirse en él. No olvidemos que tanto respecto al patrimonio mobiliario como al inmobiliario, existen unas actitudes negli-

gentes e imprudentes basadas en la desidia y en la indiferencia cultural que diariamente producen más daño que todos los daños intencionales juntos. Y no olvidemos tampoco que, a pesar de las restricciones que tras la reforma de 1989, imponen los arts. 563, 2º y 600 del Código penal, los daños por imprudencia son todavía punibles. Quizás este dato pueda servir de advertencia a más de uno, que, incluso desde altos cargos, ve impasible cómo se destruye nuestro patrimonio histórico, cultural y artístico.

5. Con ello, llego al final de mi exposición. Son muchos los delitos que todavía podía mencionar en relación con el patrimonio histórico, cultural y artístico. En realidad, ni siquiera los más importantes han sido tratados con el rigor y la exhanstividad requeridas; pero una conferencia es siempre una conferencia y ésta empieza a ser ya demasiado larga y prolija, con lo cual, más que una conferencia está siendo ya lo que nunca debe ser una conferencia: un "tostón", difícilmente dirijible.

Quedan fuera, pues, de nuestra consideración otros delitos, como el delito fiscal, muy importante en esta materia porque la obra de arte se está convirtiendo en refugio de "dinero negro" y porque su adquisición es una inteligente forma de evadir impuestos. También puede ser una forma de "lavado" del dinero negro procedente de otras actividades más lucrativas y poco honestas, como el tráfico de drogas. Quedan fuera también de nuestra exposición las interesantes cuestiones que plantea en esta materia la personalidad del delincuente: desde el apasionado coleccionista capaz de pagar cualquier precio o hacer cualquier cosa por el objeto anhelado, hasta la del desaprensivo "perista" absolutamente insensible al valor ideal del objeto receptado y sólo preocupado por el valor económico del mismo, pasando por el falsificador-estafador, el loco pirómano o destructor, el terrorista fanático o el delincuente político. Y no olvidar tampoco otras cuestiones como el "modus operandi" de los delincuentes y las especiales

medidas policiales que hay que adoptar (vigilancia de museos, seguridad en el transporte, control de aduanas, etc.), para evitar descubrir estos delitos.

Pero no quisiera terminar sin advertir que el Derecho penal no es la panacea para una protección eficaz del patrimonio histórico, cultural o artístico. Como en tantas otras ocasiones el Derecho penal suele llegar tarde y mal para prevenir los atentados contra este patrimonio, sobre todo cuando ese atentado tiene su origen muchas veces en la desidia, la incultura o la negligencia incluso de los propios órganos que más deberían velar por su conservación. Al lucro inmoderado y al egoísmo de algunos hay que oponer la cultura y el goce espiritual que el arte proporciona. Al escándalo y al sensacionalismo que un atentado artístico, paisajístico o urbanístico representa hay que oponer las medidas administrativas que puedan evitarlo. Sólo cuando todos estos medios educativos, culturales y administrativos hayan fracasado habrá que recurrir al Derecho penal, para que con toda su contundencia repare en la medida de lo posible el daño causado y restablezca la confianza en las normas jurídicas y el respeto por la cultura, el arte y el pasado histórico en la opinión pública. ¡Ojalá aún no sea demasiado tarde para conseguirlo!

Bibliografía

-Alvarez Alvarez, J.L.: *La transmisión de obras de arte*, Madrid, 1973.

-Atti del VI Simposio di Studi di Diritto e procedura penale: La tutela penale del patrimonio artistico. Milan, 1977.

-Bajo Fernández, M., en *Código penal comentado* (Comentario al art. 516, 2º), AKAL, Madrid, 1990.

-Coco, P.: *Teoria del falso d'arte*, Padova, 1990.

-Diaz Maroto, J., en *Código penal comentado* (Comentario al art. 563 bis a/), AKAL, Madrid, 1990.

-Fernández Albor, A.: *El patrimonio artístico y su protección penal*, en Homenaje al Prof. Antón Oneca, Salamanca, 1982.

-Mantovani, F.: *Linamenti della tutela penale del patrimonio artistico*, en Rivista italiana di Diritto e procedura penale, Milan, 1976, fasc. 1, p. 55 ss.

-Muñoz Conde, F.: *Derecho penal, Parte Especial*, 8ª ed., Valencia, 1990.

-Orts, E., en *Delitos e infracciones de contrabando*, Tomo III de los Comentarios a la Legislación penal, Madrid 1984.

-Quintero Ripollés, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, Tomo III, 2ª ed. puesta al día por García Valdés, Madrid 1978.

-Quintano Olivares, G., en *La reforma del Código penal de 1983*, Tomo V, vol. II, de los Comentarios a la Legislación penal, Madrid 1985.

-Roca Roca, E.: *El patrimonio artístico y cultural*, Madrid 1976.

-Ruiz Antón, L.F., en *La reforma penal de 1983*, Tomo V, vol. II, de los Comentarios a la Legislación penal, Madrid 1985.

-Vaello Esquerdo, E.: *La defensa del patrimonio histórico-artístico y el Derecho penal*, en *Derecho y Proceso*, Estudios jurídicos en honor al Prof. Martínez Bernal, Murcia 1980.

-Vives Antón, T., en *Derecho penal*, Parte Especial, 3ª ed., Valencia 1990.

-Weber, C.: *Illegaler Erwerb, Besitz und Handeln von Kunstwerken*, Lübeck 1978.

-Württemberg, T.: *Kunstwerkfälschung*, en *Handwörterbuch der Kriminologie*, 2ª ed., Tomo III, 3ª entrega, Berlin 1968.