

Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Córdoba

I. TESIS QUE SE MANTIENEN

El art. 46 CE (1), además de comprometer a los poderes públicos en el fomento y protección del patrimonio *histórico, cultural o artístico*, dispone explícita y tajantemente que «La ley penal sancionará los atentados contra ese patrimonio» (2). En correspondencia con ese mandato,

(1) «Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, artístico y cultural 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 ese patrimonio». El precepto está directamente relacionado con el art. 44.1 CE: «Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho». Ambos deben inscribirse dentro de la preocupación general que la cultura y el acceso a ella recibe en la Constitución, apreciable ya en el propio Preámbulo y en los numerosos preceptos que directa o indirectamente aluden a la misma; vid. ALVAREZ ALVAREZ, *Estudios sobre el patrimonio Histórico Español*, Madrid, 1989, pp. 50-53.

(2) Salvo en este final, la previsión es semejante a la de otras Constituciones de nuestro entorno. Así, como ejemplos más explícitos, art. 9 de la Constitución italiana de 1947 («La república promoverá el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica. Tutelaré el paisaje y el patrimonio histórico y artístico; vid. PIOLETTI, «Patrimonio artístico e storico nazionale (reati contro i)», en *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, 1982, pp. 386-387), y artículos 66 y 78 de la Constitución griega, de 1975 («Quedan bajo la protección del Estado los monumentos, así como los lugares históricos y sus elementos. La ley fijará las medidas restrictivas de la propiedad que sean necesarias para la realización de esa protección, así como las modalidades y la naturaleza de las indemnizaciones a los propietarios»), y artículos 66 y 78 de la portuguesa, de 1976 («El Estado tiene la obligación de preservar, defender y aprovechar el patrimonio cultural del pueblo portugués»); cfr. ALVAREZ ALVAREZ, *Estudios*, cit., pp. 59-62, con ulteriores referencias. Tampoco puede considerarse una novedad en el derecho español, sino que

aunque este sea posterior en el tiempo, en el Código penal se contienen determinadas previsiones que supuestamente dan respuesta a la previsión constitucional, una veces de forma directa, otras indirecta, ya sea mediante agravaciones ya a través de figuras delictivas específicas (3). Por lo común, esa correspondencia se da por supuesta, sin que se proceda previamente a un análisis detenido del sentido y alcance del art. 46 CE; lo que resulta, a mi juicio, imprescindible para fundamentar adecuadamente la protección penal. Entre otras razones, porque ese es el único proceder metodológicamente correcto: deducir del análisis del art. 46 CE los caracteres sobre los que debe configurarse la protección penal; porque es la ley penal la que debe desarrollar la previsión constitucional y no ésta la que debe acomodarse a los términos de aquélla. Ello, que constituye un principio no cuestionable en general, está aquí, que hay un pronunciamiento constitucional tan explícito y tajante, aún más justificado.

responde a una línea evolutiva que se remonta a las leyes de 1911 y 1915 de protección de monumentos; sobre la evolución, vid., ampliamente, BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Madrid, 1990, pp. 34-122 y con una exhaustiva enumeración de disposiciones, BENÍTEZ DE LUGO, *El patrimonio cultural español (Aspectos jurídicos, administrativos y fiscales)*, Granada, 1988, pp. 12-23.

(3) Así, por lo que se refiere al Código Penal, texto refundido de 1973, de forma directa: en el hurto (art. 516, 2.^a) y en el robo (art. 506, 7.^a) se agrava la pena «Cuando (el delito) recaiga sobre cosas de valor histórico, cultural o artístico» (agravación aplicable también al robo con violencia o intimidación en las personas, por mor del art. 501, 5.^o, que se remite a las circunstancias del art. 506; a la extorsión (art. 503), en cuanto que son aplicables las penas del robo; y, por la misma razón, a la utilización ilegítima de vehículos de motor (art. 516 bis); cfr. por todos, GONZÁLEZ RUS, en CARMONA SALGADO/GONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/POLAINO NAVARRETE, *Manual de Derecho Penal, PE, II: Delitos contra la propiedad*, dirigida por COBO DEL ROSAL, Madrid, 1992, p. 94); en los daños (art. 558, 5.^a y 559, según la cuantía), los que se produjeren «En un archivo, registro, museo, biblioteca, gabinete científico, institución análoga o en el *Patrimonio Histórico-Artístico Nacional*»; y con carácter general, la agravación 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 en grado, al arbitrio del Tribunal ... siempre que las cosas objeto del delito perseguido fueren del relevante interés histórico, artístico o cultural»). También expresamente a ellos se refiere el art. 1.1.5.^o de la LO 7/1982, de 13 de julio, de Contrabando (LC), considerando «reos del delito de contrabando, siempre que el valor de los géneros o efectos sea igual o superior a un millón de pesetas, los que: ... 5.^o Exportaren sin autorización obras u objetos de *interés histórico o artístico*». Además, otros preceptos, sin aludir directamente a la condición histórica, artística o cultural del objeto, utilizan referencias sobre las que se discute si comprenden también estos bienes y guardan relación directa con la protección del patrimonio histórico, artístico o cultural. En este sentido, en la estafa, la mención a las cosas «de reconocida utilidad social» (art. 529, 1.^a); en los incendios, si se trata de un «*archivo o museo general del Estado*» (art. 547, 1.^a); en los daños, el art. 560, al referirse al «incendio o destrucción de papeles o documentos»; el art. 561, al castigar «A los que destruyeren o deterioraren pinturas, estatuas u otros monumentos públicos de utilidad u ornato», y el art. 562, penando a «El que intencionadamente o por cualquier medio destruyere, inutilizare o dañare una cosa propia de utilidad social...»; y, en fin, en la falta del art. 579: «Los que apredearan o mancharen estatuas o pinturas o causaren un daño cualquiera en las calles, parques, jardines o paseos, en el alumbrado o en objetos de ornato o pública utilidad o recreo».

El Código de 1955, mantiene las tradicionales agravaciones del hurto (art. 235) y robo (art. 241), añadiendo al valor artístico, histórico y cultural el *valor científico*. Igualmente, continúan las referencias a «reconocida utilidad social» en la estafa (art. 250) y, por remisión, en la apropiación indebida (art. 252). Permanece también el delito de

Procediendo de esta forma, en el presente trabajo se proponen las siguientes tesis, que a continuación desarrollo y trato de fundamentar:

1. El art. 46 CE tiene poder vinculante para el legislador penal, que deberá respetar los aspectos básicos que del mismo se derivan en relación a la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural. Aún considerando inoportuno el mandato de tutela penal que contiene, su trascendencia es menos perturbadora de lo que a menudo se pretende, pues, aún sin tal proclamación, la conclusión a la que debería llegarse después de analizar los presupuestos sobre los que debe asentarse la tutela penal de un bien jurídico, es, efectivamente, la de que la ley penal debe sancionar los atentados al patrimonio histórico, cultural o artístico.

2. El art. 46 CE no resulta incompatible con los dictados del principio de intervención mínima. Ello debe tenerse en cuenta en la definición de las conductas punibles, que únicamente deben comprender los atentados más graves, y en la propia delimitación de los objetos protegibles, haciendo que el concepto de patrimonio histórico, artístico y cultural penalmente tutelado no tenga por qué coincidir con el administrativo. Y ello porque la formulación incondicionada del inciso final del art. 46 CE de ningún modo puede interpretarse en el sentido de que *todos* los atentados al patrimonio histórico, cultural o artístico han de ser sancionados por la ley penal ni tampoco permite concluir que *todos* los elementos integrantes del patrimonio histórico han de ser objeto de protección penal.

3. La mención al «patrimonio» histórico, artístico y cultural que utiliza el art. 46 CE no se emplea en sentido técnico, sino como referencia genérica con la que se alude al conjunto de bienes que tienen en común poseer valor cultural objetivo. La mención, por consiguiente, no condiciona ni el sentido último ni el tratamiento sistemático de las figuras penales que se dediquen a la protección del mismo. Su contenido está integrado por bienes que pueden ser de titularidad pública o privada, de naturaleza mueble o inmueble, y cuya protección debe efectuarse con independencia de su régimen jurídico. En todo caso, el tratamiento penal debe considerar más relevante el valor cultural de la cosa que el económico.

4. El contenido material de la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural viene dado por un bien jurídico cuyo contenido mate-

daños en cosa propia de utilidad social o *cultural*, calificación que se incorpora como novedad (art. 289). Además, dentro de los delitos sobre la ordenación del territorio, se prevé «la construcción no autorizada en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido declarados de especial protección.» (art. 319). Lo más significativo, sin embargo, es que a la materia se dedica un Capítulo propio (el II, del Tít. XVI), en el que se castigan comportamientos como derribar o alterar gravemente edificios singularmente protegidos por su valor histórico, artístico, cultural o monumental (art. 321); a los funcionarios que informaren favorablemente dichos proyectos de derribo, y las Autoridades que los resolvieren o votaren a favor (art. 322); y los daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en los yacimientos arqueológicos (art. 323), incluso si se producen por imprudencia (art. 324).

rial se concreta en un interés general y no individual. El fundamento de la tutela no se encuentra, pues, en el deseo de establecer una sobreprotección del propietario, sino en el compromiso de posibilitar y permitir el acceso y la participación cultural de los ciudadanos. Se trata, por tanto, de un bien jurídico cuya titularidad corresponde a la sociedad en su conjunto, y no a los propietarios de los bienes de valor histórico, artístico y cultural.

5. El sentido participativo que tiene el bien jurídico obliga a considerar los términos concretos de la regulación penal desde la perspectiva de la *función o utilidad cultural o social* que cumplen determinados bienes, entre los que se inscriben los que integran el patrimonio histórico, artístico y cultural. Sin embargo, no puede identificarse de forma automática, como a menudo se hace, *función cultural o social* del bien y protección penal del patrimonio histórico, cultural o artístico, pues no en todos los casos en que se afecte la utilidad cultural o social de un objeto se está lesionando el interés que sustenta la protección penal del patrimonio histórico, artístico o cultural.

6. La explicación de la simultánea coexistencia sobre una misma cosa de un interés general y de un derecho real limitado por aquél, se encuentra en la *función social de la propiedad*, más que en la teoría de los *bienes culturales*. Desde esta perspectiva deben ser interpretadas la figuras delictivas que tutelan el patrimonio histórico, artístico y cultural; en particular en los casos en que el tipo básico puede estar tomando en cuenta la situación del titular dominical y la agravación el interés general.

7. El interés que da contenido a la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural es un bien jurídico *general* y no *difuso*. En todo caso, es indisponible por el propietario de la cosa, cuyo consentimiento no tiene relevancia penal alguna.

Sobre estas bases, que condicionan sustancialmente los términos de la protección, debe abordarse la tutela penal del patrimonio histórico, artístico y cultural y la interpretación de las previsiones penales vigentes (4).

II. EL PATRIMONIO HISTÓRICO, CULTURAL O ARTÍSTICO COMO BIEN JURÍDICO DE RELEVANCIA PENAL

1. Operatividad y eficacia del art. 46 CE

El análisis del art. 46 CE se limita normalmente a resaltar la inconveniencia de hacer imperativa la actuación penal. Con ello, sin embargo, se olvida un aspecto fundamental: que en el mismo se obliga a la ley pe-

(4) No me ocuparé aquí del estudio de las modalidades delictivas que directa o indirectamente se ocupan en el Código de articular esa protección, ni en qué medida sus presupuestos coinciden con los constitucionales; como se señala en el título sólo se tratan los presupuestos, los *puntos de partida* de la protección penal.

nal a sancionar «los atentados contra *este* patrimonio»; es decir: contra el patrimonio histórico, cultural o artístico que define el precepto constitucional. Como consecuencia, la protección penal tiene que tomar como punto de partida el contenido, la naturaleza y el carácter que el art. 46 CE otorga al patrimonio histórico, cultural o artístico, puesto que *ese* patrimonio es el que viene considerado como bien jurídico penalmente protegible(5). En otras palabras: no se advierte que el art. 46 condiciona no sólo el *sí*, sino que también *prefija* básicamente el *cuánto* y el *cómo* de la tutela.

La trascendencia que en este sentido tiene el artículo 46 CE únicamente puede ser puesta en entredicho si se recuerda la polémica en torno a la operatividad de los «Principios rectores de la política social y económica» recogidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución y entre los que se encuentra el art. 46 CE. El régimen de aplicabilidad de los mismos, sin duda distinto al de los derechos y libertades fundamentales, depende de la eficacia que se reconozca a esas normas, que, como es sabido, declaran derechos o fijan principios o directrices de actuación. Tales «principios rectores» se viene considerando por un sector de constitucionalistas como una suerte de postulados que, aún más concretos que los llamados *valores superiores del ordenamiento jurídico* («la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político», del art. 1 —de los que son en buena medida desarrollo—), no tendrían más virtualidad que la de establecer directivas generales sobre la política social, económica y jurídica del Estado (6). No sin razón, por eso, tales normas son conocidas en la doctrina alemana como «determinación de fines del Estado» (7), siendo su presencia obligada desde el momento en que se ha definido el Estado como social y democrático de Derecho, con el compromiso de intervención que de ello se deriva. Aunque se formulan como derechos, se considera que son sólo principios que tienen como fin orientar al legislador(8). Como consecuencia, se relativiza la trascendencia y significación de los mismos, considerándolos declaraciones más próximas a la retórica constitucional que a las disposiciones con verdadera estructura formal y lógica de normas jurídicas, por no responder al

(5) Lo común, sin embargo, y no sólo en este tema, es que, sin mayor explicación, o se de por supuesta la correspondencia entre los preceptos penales y el constitucional o se trasladan a la identificación del bien jurídico constitucional las conclusiones ya extraídas de la interpretación de las normas penales.

(6) Vid. PASTOR RIDRUEJO, «Sistema jurídico y Constitución», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, III, Madrid, 1979, pp. 65 y ss.

(7) Cfr. RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente del derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, cit., p. 71.

(8) Vid. SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española de 1978 (Ensayo de un sistema)*, Madrid, 1981, pp. 176-177 y RUBIO LLORENTE, op. cit., p. 70.

(9) Vid. GARRIDO FALLA, «Las fuentes del derecho en la Constitución Española», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, cit., p. 590; más escéptico aún SÁNCHEZ AGESTA, op. cit., p. 186, que no les reconoce más valor que el de compromisos de naturaleza «moral», cuyas posibilidades de exigencia efectiva ante el legislador, los jueces y tribunales y los mismos poderes públicos son bastante dudosas.

carácter de orden, mandato, prohibición o delimitar esferas de correlativos derechos y deberes entre sujetos (9).

Sin entrar en una polémica en la que no me corresponde terciar, sí debe advertirse, empero, que el art. 46 CE y su tajante declaración de intervención desmiente alguno de los criterios expuestos. En todo caso, no puede desconocerse que los «principios rectores» son preceptos que, en cuanto incluidos dentro de la Constitución, *son* también Constitución. Bien visto, como se ha señalado (10), por su estructura, las normas programáticas son similares a las disposiciones alojadas en la parte orgánica de la Constitución: en ambos casos existe un mandato, en ambos casos los destinatarios del mismo son los poderes públicos y en ambos se dispone una determinada conducta. Su única diferencia con los derechos tradicionales se encuentra en que prescriben conductas en vez de proscribirlas, y con las normas de organización, en que prevén no el titular de una facultad, sino un determinado ejercicio de las mismas: «En pocas palabras, son normas que mandan mandar, prohibir o permitir» (11).

Los «principios rectores», y en concreto el art. 46, son, pues, vinculantes para el legislador, aunque no prejuzguen un plazo dentro del que deba actuar la protección que impone. Precisamente esta falta de sanción en caso de incumplimiento (no desarrollo legislativo), se corresponde con su estructura de fines que precisan la intervención estatal, a desarrollar posteriormente, y con su formulación como directrices generales que dejan margen a la libertad del legislador para que elija los modos y términos concretos para materializarlas, sin someterlo a controles demasiado rigurosos (12). En todo caso, a los efectos que ahora interesan de resaltar su eficacia sobre la legislación penal ordinaria, tales mandatos, podrán ser ignorados por el legislador, pero nunca podrán ser contradiados por la legislación ordinaria que los desarrolle (13). La apreciación discrecional del legislador encuentra, por tanto, el límite que suponen las formulaciones constitucionales y el espíritu general de los principios que la informan, por lo que podrá ser inconstitucional cualquier disposición de desarrollo que no respete los términos sancionados en los mismos (14).

(10) Vid., MARTÍNEZ SOSPEDRA-AGUILO LUCÍA, *Lecciones de Derecho Constitucional, I: La Constitución*, Valencia, 1981, p. 80.

(11) Considerando, en cambio, que del art. 46 CE se deriva un derecho fundamental de los ciudadanos PÉREZ ALONSO, *La protección*, cit., pp. 17 y ss.; expresamente en contra, MUÑOZ CONDE, «El tráfico ilegal de obras de arte», en *Estudios Penales y Criminológicos*, VI, Santiago, 1993, p. 402.

(12) Vid. BASILE, «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en PEDRIERI-GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1981, p. 289.

(13) SÁNCHEZ AGESTA, op. cit., p. 178; PÉREZ-LUÑO, «Comentarios al art. 46 CE», en *Comentarios a las leyes políticas IV*, Madrid, 1984, pp. 283 y ss.

(14) GARRIDO FALLA, op. cit., p. 134; PÉREZ-LUÑO, op. cit., p. 285.

El art. 46 CE tiene, pues, poder vinculante para el legislador penal, que deberá respetar los aspectos básicos que del mismo se derivan en relación a la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural.

2. El art. 46 CE y la necesidad de la intervención penal

A pesar de insistir siempre en la necesidad de respetar las consecuencias del principio de mínima intervención, los penalistas tenemos la tendencia a dar por supuesto que la misma es siempre necesaria, sin verificar realmente si en el caso concreto concurren o no las condiciones que desde M.E. Mayer se vienen reclamando a un bien jurídico para que esté justificada su protección penal: que sea —por su importancia social— capaz de protección; que sea —por sus condiciones y contenido material—, susceptible de protección; y que esté necesitado de protección —porque la intervención penal resulte necesaria no obstante la existencia de otros mecanismos de tutela social o jurídica— (15).

En el caso del patrimonio histórico, cultural o artístico, la discusión sobre la pertinencia de la tutela penal parece bastante ociosa desde el momento en que, más allá de lo habitual, el art. 46 CE, ya se ha dicho, prevé que «La ley penal sancionará los atentados contra ese patrimonio». En virtud de esta especie de lo que la doctrina italiana denominara *obligaciones constitucionales de tutela*, la actuación penal resulta imperativa, anulando la capacidad del legislador ordinario para valorar y decidir sobre la oportunidad de la misma. Ello resulta dudosamente compatible con el principio de intervención mínima, lo que explica que la previsión haya merecido, por lo general, severos juicios por parte de la doctrina (16). Personalmente, me parece una inoportuna manifestación de celo protector, que no se corresponde con el silencio que guarda la Constitución en relación a bienes jurídicos de superior relevancia, y

(15) Postulados que en el fondo coinciden con lo que ahora se acostumbra a denominar *carácter fragmentario y subsidiario* del Derecho penal; en definitiva, que el Derecho penal sólo debe tutelar los bienes jurídicos más importantes y ante los ataques más intolerables (o lo que es lo mismo: que sólo algunos bienes jurídicos son *capaces y susceptibles* de protección penal) y que sólo debe hacerlo cuando el bien no esté suficientemente protegido por otros medios (o lo que es lo mismo: que esté *necesitado* de protección); deternidamente, GARCÍA-PABLOS, *Derecho Penal, Introducción*, Madrid, 1995, pp. 272-282, por todos.

(16) VAELO ESQUERDO, «La defensa del patrimonio histórico-artístico y el derecho penal», en *Derecho y Proceso*, Murcia, 1980, pp. 697-498, la considera «innecesaria» (porque el Código recoge delitos y faltas sin necesidad de que la Constitución haga un pronunciamiento semejante) y reveladora de una «actitud precipitada y extravagante» (porque desconoce los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario y porque resulta inusual, incluso en Constituciones expresamente partidarias de la defensa del patrimonio histórico, cultural o artístico). ALVAREZ ALVAREZ, *Estudios*, cit., p. 70, considera que es una «norma innecesaria y sin duda excesiva». PÉREZ ALONSO, en OROZCO PARDO/PÉREZ ALONSO, *La protección civil y penal de patrimonio histórico, cultural o artístico*, Granada 1994 (original mecanografiado de lo que será una espléndida obra sobre el tema), p. 15, en cambio, se muestra más benévolo con el entusiasmo constitucional, hasta el punto de que, aún reconociendo el fondo de verdad de las críticas de Vaello Esquerdo, la considera aceptable y acertada.

cuya incondicionada formulación complica innecesariamente el intento de coonestarla con el principio de intervención mínima.

Dicho esto, si se añalizan las razones que fundamentan el mandato constitucional, éste no es, sin embargo, ni tan arbitrario ni tan perturbador como en principio puede parecer. En realidad, la previsión constitucional, impregnada de una fuerte vocación pedagógica, no pretende sino resaltar ante la sociedad la importancia del bien y zanjar de manera contundente las dudas que eventualmente pudieran surgir sobre ello; evidentemente porque el constituyente conocía que la *afectividad* social puede ser, en estos bienes jurídicos, menor que la que reciben otros más tradicionales y consolidados.

El mandato no resulta arbitrario, porque la importancia social del patrimonio histórico, cultural o artístico resulta indudable. Baste recordar que en él se materializan las señas de identidad de culturas y civilizaciones en las que los pueblos se reconocen, y que la protección y atenciones que recibe muestran la cultura, educación y grado de desarrollo de una sociedad. Los elementos que lo integran constituyen un extraordinario legado de la historia que tenemos el derecho de disfrutar y la obligación de preservar y transmitir, cuidado y enriquecido, a generaciones futuras. El reconocimiento que, en este sentido, hace el art. 46 CE es, pues, evidencia de una preocupación que hoy, sensatamente, nadie puede discutir. Como consecuencia, la *capacidad* del patrimonio histórico, cultural o artístico para ser protegido penalmente no puede ser cuestionada. Ni tampoco, por la misma razón, la *dañosidad* social de las conductas lesivas del mismo.

Se trata, además, de un bien jurídico *susceptible* de tutela penal: con independencia del contenido ideal de valor que es consustancial al concepto de bien jurídico, el patrimonio histórico, cultural o artístico se concreta en bienes materiales directamente lesionables (lesión también materialmente constatable y perceptible directamente por los sentidos) y que no son una pura creación formal del derecho, sino que tienen existencia previa a la intervención penal.

Mayor margen para la opinión hay, en cambio, en lo relativo a la *necesidad* de tutela penal, que tan decididamente resuelve en sentido afirmativo el art. 46 CE. Es cierto que el valor económico intrínseco de los bienes que integran el patrimonio histórico, cultural o artístico, y el desarrollo de actividades para las que su respeto y conservación constituye un obstáculo, hacen que los atentados que se dirigen al mismo sean muy

(17) Las agresiones fundamentales se concretan básicamente en tres grupos de conductas: adquisición ilegal, destrucción, deterioro o inutilización y tráfico ilegal de bienes de valor histórico, artístico o cultural; para una visión general de las diversas formas de ataque, vid., por todos MUÑOZ CONDE, «El tráfico ilegal de obras de arte», cit., pp. 399 y ss. y HERNÁNDEZ ALBOR, «El patrimonio artístico y su protección penal», en *Libro Homenaje al prof. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 701 y ss.; y, para una visión más general, MANTOVANI, «Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico», en *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, pp. 57-58.

diversos y numerosos (17). Sin embargo, la necesidad de la tutela penal no puede plantearse sin considerar las intervenciones preventivas y sancionadoras anteriores a la vía penal para determinar en qué grado se mantienen necesidades de prevención que hagan precisa y puedan satisfacerse con el recurso a la pena criminal. Y es que la decisión político-criminal respecto a si un bien jurídico capaz y susceptible de protección está necesitado de ella ha de hacerse teniendo en cuenta preferentemente la importancia intrínseca del mismo, la gravedad del ataque y la conveniencia y necesidad de pena, en la que deberá valorarse el grado de protección previa que reciba el bien jurídico en otros sectores del ordenamiento.

Para fundamentar la conveniencia y necesidad de acudir a la pena, me parece especialmente revelador el hecho de que si no se discute la necesidad de tipificar los atentados al patrimonio individual, recogidos siempre en el Código penal, por la misma razón, incluso más evidente, tampoco puede cuestionarse esa necesidad en relación al patrimonio histórico, cultural o artístico, en el que, como veremos, concurre una dimensión social que está ausente en el primero. En estos casos, además, al desvalor propio del atentado al derecho patrimonial afectado se unirá por lo común la lesión de la dimensión general del bien, lo que otorga al hecho un mayor contenido de injusto que de por sí es razón suficiente para justificar la intervención penal. Lo que puede afirmarse sin perjuicio de reconocer que la protección previa a la penal es más intensa y eficaz respecto al patrimonio histórico, cultural o artístico que en relación al patrimonio privado (18).

A la luz de las anteriores consideraciones, y aún manteniendo la inoportunidad del mandato de tutela penal contenido en el art. 46 CE (19), se confirma que su trascendencia es menos perturbadora de lo que a menudo se pretende, pues, aún sin ella, la conclusión a la que debería llegarse después de analizar los presupuestos sobre los que debe asentarse la tutela penal de un bien jurídico, es, efectivamente, la de que la ley penal debe sancionar los atentados al patrimonio histórico, cultural o artístico. Innecesario es insistir, en cambio, en que la formulación incondicionada del inciso final del art. 46 de ningún modo puede interpretarse

(18) Vid. Ley 16/1985, de 25 de junio de Patrimonio Histórico (LPH) y Real Decreto 111/1986, de 10 de enero de 1986 (RLPH), por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Patrimonio; especialmente el Tít. IX de a Ley, en la que se definen infracciones y sanciones que pueden llegar hasta los 100.000.000 pesetas; vid. ALVAREZ ALVAREZ, *Estudios*, cit., pp. 230-256; BENÍTEZ DE LUGO, *El patrimonio cultural español*, cit., pp. 395 y ss.; BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 719 y ss.

(19) Hubiera sido preferible, sin duda, una formulación semejante a la del artículo 45, que para la protección del medio ambiente prevé «sanciones penales o, en su caso, administrativas» para quienes atenten contra el mismo. Sin olvidar, sin embargo, que este último también debería haber invertido el orden de las referencias (administrativa y, en su caso, penal).-

en el sentido de que *todos* los atentados al patrimonio histórico, cultural o artístico han de ser sancionados por la ley penal, excluyendo, en todo caso, la capacidad sancionadora de la Administración. Del mismo modo, tampoco puede concluirse que *todos* los elementos integrantes del patrimonio histórico han de ser objeto de protección penal.

Debe descartarse, por tanto, la idea latente en determinadas aproximaciones al problema (20), partidarias de que el mandato del art. 46 CE sólo se cumple cuando la ley penal tutela *todos* los elementos integrantes del patrimonio histórico, artístico o cultural e incluso, a veces, ante todo tipo de ataques. Con ello se olvida que el mandato constitucional, al imponer la tutela penal, lo hace conforme a los principios que son propios de esta, entre los que se cuenta el de mínima intervención. Y es que sería absurdo pretender que del art. 46 CE se deriva la obligación de una actuación penal desvinculada de los principios básicos que le son consustanciales. Por el contrario, incluso el art. 46 CE deja abierta una vía de compatibilidad con el respeto al carácter subsidiario y fragmentario del Derecho penal y al reconocimiento de la capacidad del legislador ordinario para decidir qué elementos integrantes del patrimonio histórico deben ser penalmente protegidos y que atentados pueden ser penalmente sancionados, sobre la base de que sólo los bienes de mayor relevancia y los comportamientos más graves han de integrar un ilícito penal.

La consecuencia más inmediata que para la protección penal y la interpretación del derecho vigente se deriva de esta posición es que el concepto administrativo de patrimonio histórico no tiene por qué coincidir con el penal, como sin embargo se acepta directa o indirectamente por la doctrina al analizar las previsiones que en el Código penal, texto refun-

(20) Por ejemplo, PÉREZ ALONSO, *La protección*, cit., pp. 51 y 52, y en general en el fondo de sus reflexiones sobre la tutela penal del patrimonio histórico, artístico o cultural.

(21) Así, en relación a la expresión «cosas de valor histórico, artístico y cultural» utilizada por el Código Penal, texto refundido de 1971, que es la que usualmente se comenta: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, PE, Valencia, 1993, p. 226, en relación concreta al art. 563 bis a), a cuyo comentario se remite al aludir a las agravaciones del robo y el hurto; no obstante, en «El tráfico ilegal de obras de arte», cit., p. 404, considera que estamos ante un elemento normativo de valoración cultural. De la misma opinión en relación al art. 1.1.5.º de la Ley de Contrabando, que comentamos después: VILA MAYO, «Cuestiones sobre el delito de contrabando», en *La Ley*, 1983, IV, p. 1169; NOREÑA SALTO, «La represión del contrabando», *CPC*, n.º 19, p. 120 (elemento normativo del tipo a integrar con la normativa vigente). Limitando a los bienes catalogados, BAJO FERNÁNDEZ, en *Código penal comentado*, AKAL, Madrid, 1990, p. 983 y BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal PE (Delitos patrimoniales y económicos)*, 2.ª ed. Madrid, 1993, p. 91. La posición mayoritaria, sin embargo, considera que estamos ante elementos normativos de valoración cultural; así, por todos QUINTERO OLIVARES, «El hurto», en COBO/BAJO, *Comentarios a la legislación penal*, V; vol. 2.º, Madrid, 1985, p. 1152; VIVES ANTÓN en COBO/VIVES/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal*, PE, cit., p. 75696; GONZÁLEZ RUS, *Manual*, PE, II, cit., pp. 18-19 y 52; RUIZ ANTÓN, «Los robos con fuerza en las cosas: nuevos módulos para determinar la pena», en COBO/BAJO, *Comentarios a la legislación penal*, V, vol. 2.º, Madrid, 1985, p. 1111; RUIZ VADILLO, «La punición

dido de 1971 se dedican a la tutela de lo que se denominan genéricamente «cosas de valor histórico, artístico y cultural» [art. 506, 7.^a, 516, 2.^a y 563 bis a)], «obras u objetos de interés histórico o artístico» (art. 11.5.^o Ley 7/1982, de Contrabando), o «Patrimonio Histórico-Artístico Nacional» (art. 558, 5.^a y 559) (21).

3. El «patrimonio» histórico, artístico y cultural

Dentro de del análisis material del art. 46 CE, lo primero que llama la atención es que se utilice el término «patrimonio» en relación a bienes que se tutelan «*cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad*» (22). Y ello porque jurídicamente el concepto de patrimonio se aplica al conjunto de derechos y obligaciones económicamente evaluables que pertenecen a una persona, y en el que la vinculación a un mismo titular constituye un componente esencial de la noción (23). En este

de los delitos robo con fuerza en las cosas, hurto y estafa en la reforma del Código penal de 25 de junio de 1983. Las circunstancias agravación específicas», en *Estudios Penales y Criminológicos* VII, Santiago, 1984, p. 362; VAELLO ESQUERDO, «Las cualificaciones del hurto», en *Libro homenaje al prof. Fernández Albor*, Santiago 1989, p. 733; SORIANO, *Las agravaciones específicas somunes al robo y al hurto*, Valencia, 1993, p. 181. El criterio de PÉREZ ALONSO, *La protección*, cit., p. 48, a pesar de declarar expresamente que se trata de un elemento normativo de valoración cultural y rechazar la necesidad de la previa catalogación administrativa, sustancialmente podría ser incluido dentro del primer grupo de opiniones, puesto que al detallar el concepto acaba dando a la fórmula legal un contenido equivalente al del patrimonio histórico, tal como lo concibe la LPH. Otro tanto podría decirse en relación con los términos «utilidad social» (art. 529, 1.^a y 562) y las expresiones de algunos preceptos («archivo o museo general del Estado» —art. 547, 1.^o—; «papeles o documentos» —art. 560—; «pinturas, estatuas u otros monumentos públicos de utilidad u ornato» —art. 561 y, en términos muy parecidos, art. 579—), para quienes entienden que también estas referencias convierten en las figuras respectivas en disposiciones dirigidas a la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural. Aunque, como es natural, todavía no hay criterios doctrinales, la interpretación de los términos similares utilizados en el Código de 1995 será semejante.

(22) En particular, esta circunstancia sirve a cierta doctrina para rechazar la necesidad de previa catalogación administrativa del bien; así, RUIZ ANTÓN, «Los robos con fuerza en las cosas ...», cit., p. 1120; PÉREZ ALONSO, *La protección*, cit., pp. 53-55; SORIANO SORIANO, *Las agravantes específicas comunes al robo y al hurto*, cit., p. 182. Por mi parte, no creo, sin embargo, que ello sea tan significativo como se pretende.

(23) Concebido en estos términos, por lo demás generalmente compartidos, la noción resulta aceptable tanto en el ámbito civil como en el derecho público, en el que también con la referencia al «patrimonio» se designa el conjunto de bienes no afectados a un uso o servicio público, que pertenecen a la Administración pública, y que aparecen adscritos directamente a la satisfacción de fines de interés general; vid. ampliamente, BARRERO RODRIGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 127-134. En el campo penal el concepto adquiere connotaciones propias, derivadas de la naturaleza específica de la intervención penal; vid., por todos, GONZÁLEZ RUS, *Manual de Derecho Penal*, PE, II, cit., pp. 3-7.

(24) Sin embargo, en la LHP y legislación de desarrollo hay diferencias de régimen administrativo y tratamiento legal entre las cosas de valor histórico, artístico y cultural de propiedad privada y pública.

sentido, es evidente que el entendimiento técnico del patrimonio contrasta con la voluntad constitucional de acoger a todos los bienes de valor histórico, artístico y cultural, pertenecientes a múltiples propietarios («de todos los pueblos de España»), ya sean públicos o privados (24). Si, a pesar de ello, el precepto alude al «patrimonio», prescindiendo del elemento subjetivo (pertenencia a un mismo titular), es porque se está hablando del mismo en sentido genérico, como simple conjunto de bienes, y no en su acepción técnica. En el concepto constitucional, por tanto, prima el aspecto objetivo: el patrimonio histórico, artístico y cultural se entiende como el conjunto de bienes que tienen en común poseer valor cultural objetivo, lo que los dota de una característica común capaz de aglutinarlos bajo una referencia única (25).

Se trata, además, de un valor independiente del económico, pues aunque lo usual es que el carácter histórico, artístico y cultural del objeto determine un valor económico superior al que por su mera entidad material le correspondería, no cabe descartar la posibilidad contraria; esto es, que una cosa de gran valor histórico, artístico y cultural tenga un reducido valor económico (26). En todo caso, y a los efectos de protección del patrimonio histórico, el valor cultural resulta más relevante que el propiamente económico (27). De hecho, el concepto constitucional de «patrimonio histórico, artístico y cultural» se construye, ya se ha visto, no sobre el interés de los propietarios, más proclive a tomar en cuenta el interés económico, sino sobre el valor cultural, lo que evidencia la preferencia al valor que estos bienes tienen para la colectividad en general, en cuanto manifestación de sus señas de identidad últimas.

(25) Así, BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 153-156.

(26) Así, GIANNI, «I beni culturali», en *Rivista Trimetrale di Diritto Pubblico*, 1, 1976, p. 26, entre otros ejemplos: «un castillo casi destruido, de un alto valor como exponente de la arquitectura militar y, por tanto, con un gran valor cultural, puede tener, sin embargo, un valor de mercado *cerca* si se encuentra en un área que ni siquiera es utilizable como terreno agrícola».

(27) Así también, aún sin detallar las razones, MUÑOZ CONDE, «El tráfico ilegal de obras de arte», cit., p. 403; ORTS, «Exportación sin autorización de obras u objetos de interés histórico o artístico», en COBO DEL ROSAL/BAJO FERNÁNDEZ, *Comentarios a la legislación penal III*, Madrid, p. 88. Así lo resalta la propia Exposición de Motivos de la LPH: «El Patrimonio Histórico Español, es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos. Porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando».

(28) Sobre la conveniencia de que la tutela se establezca directamente en el Código penal o mediante leyes especiales, vid. detalladamente, PÉREZ ALONSO, *La protección*, cit., pp. 6-10, que se muestra partidario de la tipificación en el Código, dados los peligros de inflación penal y negación de los principios de proporcionalidad, intervención mínima y legalidad que conlleva el recurso a las leyes especiales. A favor de su contemplación en una ley especial, por lo menos en un momento inicial, FERNÁNDEZ ALBOR, «El patrimonio artístico y su protección penal», cit., p. 715.

La referencia constitucional al «patrimonio», no condiciona en modo alguno, por tanto, los términos concretos de la protección penal, en el sentido de sugerir que ésta debe producirse precisamente entre los delitos de esa naturaleza y no dentro de los de carácter socioeconómico o en un título específico. Por el contrario, la naturaleza *social* del bien, que comentamos a continuación, parece que se corresponde más con esta segunda opción que con la primera (28). El mismo hecho de que en los elementos que lo integran predomine el valor cultural sobre el estrictamente económico, vendría, del mismo modo, a avalar una solución de este tipo. En todo caso, está integrado por bienes que pueden ser de titularidad pública o privada, de naturaleza mueble o inmueble, y cuya protección debe efectuarse con independencia de su régimen jurídico; aspecto que tendrá gran trascendencia, por ejemplo, a la hora de interpretar el contenido de expresiones como cosas de valor histórico, artístico, cultural y científico que utilizan los tipos penales.

Por lo demás, debe advertirse ya que el hecho de que en el Código penal, texto refundido de 1971, las previsiones relativas a la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural se contengan dentro de los delitos contra la propiedad, no significa necesariamente que se desconozca la naturaleza *general* del bien jurídico protegido en estos casos. La imprecisión de esa rúbrica, y la heterogenidad de las figuras incluidas, no permiten afirmar sólo por ello que las previsiones que en el mismo se contienen relativas a la protección del patrimonio histórico, cultural o artístico no respondan a ese carácter, pues sólo la indagación del bien jurídico protegido en cada caso permitirían afirmar o rechazar su correspondencia con el mandato constitucional.

4. Naturaleza social del bien

El valor objetivo común que permite comprender dentro de la referencia al «patrimonio» a los bienes de valor histórico, artístico y cultural es conceptualmente distinto del interés de cada uno de los múltiples y diversos propietarios de cada bien, puesto que, al prescindir del elemento subjetivo, el art. 46 CE manifiesta su propósito de tutelarlos con independencia del criterio del titular dominical. Se trata, por el contrario, de una componente valorativa que sitúa al patrimonio histórico, artístico y

(29) BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 157-159: el término Patrimonio designa «a un conjunto de bienes cuya unidad deriva de sus propias cualidades, al ser portadores de un valor cultural, circunstancia que hace a estos bienes de interés general determinado (sic) el nacimiento de un derecho de toda la colectividad sobre ellos, derecho que se traduce, desde el punto de vista del ordenamiento positivo, en la necesidad de un régimen o regulación normativa que preserve su integridad haciendo realmente eficaz el mismo, con independencia de quienes sean, en cada caso, sus concretos titulares» (p. 158; en cursiva en el original).

cultural en la dimensión social, haciendo que los bienes que lo integran sean objeto de un derecho de la sociedad, en relación con su conservación y disfrute (29).

Así lo confirma, de una parte, la ubicación sistemática del precepto (ya se ha visto, dentro «De los principios rectores de la política social y económica») lo que hace que desde el punto de vista sustancial el art. 46 CE deba ser examinado en el marco y como una manifestación más del carácter social del Estado previsto en nuestra norma fundamental. Su sentido es, pues, *social* y no *individual*, lo que descarta que el fundamento de la tutela del patrimonio histórico, cultural o artístico se encuentre en el deseo de establecer una sobreprotección del propietario de los mismos (30). Por el contrario, estamos ante un bien jurídico cuyo contenido material viene dado por un interés general y no particular y cuyo sentido último se corresponde con el propósito sentado en el art. 9.2 CE, al comprometer a los poderes públicos en la promoción de las condiciones que aseguren la participación cultural de los ciudadanos (31). Vía por la que viene a corroborarse el criterio de que en las figuras dedicadas a la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural, antes que el valor económico del objeto, debe resultar preferente la significación cultural del mismo.

A la misma conclusión se llega si se atiende a la naturaleza y al origen del interés en que el patrimonio histórico, artístico y cultural sea objeto de protección. En su origen, porque un bien o conjunto de bienes se considera digno de una tutela especial de esta naturaleza cuando la generalidad de los ciudadanos, y no alguno o algunos de ellos, le reconoce el valor histórico, cultural o artístico, que resulta, pues, el resultado de una valoración colectiva, a veces mantenida a lo largo de generaciones.

Por la misma razón, en cuanto manifestación de sensibilidad y aprecio social (en definitiva: de la cultura de un pueblo), el interés en conservar y enriquecer el patrimonio histórico, cultural o artístico es también de naturaleza social y no individual, puesto que constituye una aspiración colectiva. En sentido propio, por eso, puede hablarse de la sociedad en su conjunto como titular único del patrimonio histórico, artístico y

(30) En el sentido que se critica, en cambio, BAJO FERNÁNDEZ, en *Código penal comentado AKAL*, Madrid, 1990, p. 983.

(31) Art. 9.2 CE: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (Cfr. BASILE, «Los valores superiores, ...», cit., p. 289 y RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente del Derecho», op. cit., p. 72).

(32) Así, la EM de la LPH: «En consecuencia, y como objetivo último, la Ley no busca sino el acceso a los bienes que constituyen nuestro Patrimonio Histórico. Todas las medidas de protección y fomento que la Ley establece sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar de obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo. Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad, en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos».

cultural, en la medida en que esta aparece como el sujeto de un derecho a la tutela, conservación y enriquecimiento de ese patrimonio. Su función es, pues, también de naturaleza social, en la medida en que con la protección se trata de posibilitar la conservación y el disfrute común de lo que la generalidad de los ciudadanos considera valioso, dentro del desarrollo de sus inquietudes y aspiraciones culturales (32). En definitiva, de la participación cultural de los ciudadanos.

Ese carácter participativo se deriva, no sólo del sentido sustancial del art. 46, sino, aún más expresamente, del art. 44 CE, al declarar que «Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho» (33), y del art. 9.2 CE, al establecer un compromiso semejante para «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social». Estamos, pues, ante un bien jurídico cuya titularidad corresponde a la sociedad en su conjunto, y no a los propietarios de los bienes de valor histórico, artístico y cultural.

El sentido participativo que tiene el bien jurídico obligará a considerar los términos concretos de la regulación penal desde la perspectiva de la *función o utilidad cultural o social* que cumplen determinados bienes, entre los que se inscriben los que integran el patrimonio histórico, artístico y cultural. Por mi parte, no creo, sin embargo, que pueda identificarse de forma automática, como a menudo se hace, *función cultural o social* del bien y protección penal del patrimonio histórico, cultural o artístico (34). Es decir: no puede afirmarse que en todos los casos en que se afecte la utilidad cultural o social de un objeto se está lesionando el interés que sustenta la protección penal del patrimonio histórico, artístico o cultural. Ello tiene particular interés para la identificación de cuáles son las figuras delictivas que sirven efectivamente a la tutela del patrimonio histórico, cultural o artístico. Es decir: mientras que puede sostenerse sin excepciones que los bienes de valor histórico, artístico y

(33) ALVAREZ ALVAREZ, *Estudios*, cit., p. 56, estima que el art. 44 se deriva el derecho de todos los ciudadanos a participar en la creación cultural, al conocimiento cultural y al disfrute de los bienes culturales, lo que en relación concreta al patrimonio histórico, artístico y cultural se traduce en la posibilidad de recibir la formación artística, cultural o histórica necesaria para comprender ese mundo, y en la de poder acceder al mismo y disfrutarlo.

(34) Así, mientras que, por ejemplo, no puede negarse la función cultural o social que cumplen determinados elementos como las iglesias, los gabinetes científicos, los registros o los archivos, a que se refieren algunos preceptos del Código penal, texto refundido de 1971 (art. 547, l.o. 558, 5.a, 559) o la dimensión pública de otros, como pinturas, estatuas u otros objetos de utilidad pública u ornato (561, 579), sí se puede cuestionar que con ellos se aluda en todo caso a elementos integrantes del patrimonio histórico, artístico o cultural y que los preceptos que los contemplan estén dirigidos específicamente a la protección del mismo. Otro tanto puede decirse respecto de los preceptos correlativos del Código de 1995.

(35) Con consideraciones en cierto modo semejantes, SUAY, *Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños*, Barcelona, 1991, pp. 141-142, diferencia entre *utilidad pública y utilidad social*. La primera corresponde a los bienes de titularidad pública o privada que están al servicio de la comunidad en general (por ejemplo: «puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público o comunal» —art. 558, 6.º, para el texto refundido de 1971:—; «pinturas, estatuas u otros monumentos públicos de utilidad u ornato» —art. 561—;

cultural cumplen una función cultural y que el fundamento de las previsiones penales es el de preservar el interés general en que tales bienes puedan ser usados y disfrutados culturalmente por todos los ciudadanos, no puede sostenerse, inversamente, que todo elemento que cumpla una función cultural es susceptible de ser considerado sólo por ello posible objeto material de las agravaciones o de los tipos específicamente dirigidos a la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural (35).

5. Naturaleza jurídica

La principal consecuencia que se deriva de la naturaleza social del bien es una limitación sustancial de las facultades del propietario. Aparte las obligaciones específicas, así lo dispone con carácter general la LPH al establecer que «Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes» (art. 36.1 LPH) y que «La utilización de los bienes declarados de interés cultural, así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario General, quedarán subordinados a que no se pongan en peligro los valores que aconsejan su conservación. Cualquier cambio de uso deberá ser autorizado por los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley.» (art. 36.2 LPH).

¿Pero cómo se explica jurídicamente que sobre un mismo bien coexistan un derecho real y un interés general que corresponde a la sociedad y que limita las posibilidades de actuación del titular dominical? A esta cuestión, que obliga a plantearse la naturaleza jurídica de este tipo de intereses, se han dado diversas respuestas (36), entre las que destacan dos: la teoría de los *bienes culturales*, formulada básicamente por Giannini (37), y la que apela a la *función social* de la propiedad, hoy probablemente mayoritaria en la doctrina española.

«estatuas o pinturas ... calles, parques, jardines o paseos, en el alumbrado o en objetos de ornato o pública utilidad o recreo» —art. 579—). «Utilidad social» es la de aquellos bienes de titularidad pública o privada que están puestos al servicio de procesos socioeconómicos organizados por órganos estatales para satisfacer intereses o necesidades sociales; es decir: «de colectivos sociales constitucionalmente protegidos, que tienen un ámbito menor que el conjunto de la comunidad» (art. 562: cosas de utilidad social, vinculadas a la satisfacción de intereses sociales). Los bienes culturales —considera— no resultan fácilmente adscribibles a una categoría u otra, porque aunque formalmente interesan a todos, la intervención estatal favorece más a los colectivos que por sus carencias de partida tienen más dificultades para acceder a este tipo de bienes (p. 142).

(36) Vid., ALIBRANDI/FERRI, *I beni culturall e ambientali*, Milano, 1978, pp. 16 y ss. y BARRERO, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 320-323.

(37) GIANNINI, «I beni culturali», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, I, 1976, pp. 20 y ss., y que tuvo una importante acogida entre los administrativistas españoles; vid. referencia de partidarios en BARRERO, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 327-328.

(38) GIANNINI, «I beni culturali», cit., p. 19.

A. *El patrimonio histórico, artístico y cultural como bien cultural*

Conforme a esta tesis, los bienes de valor histórico, artístico y cultural son *bienes culturales*, siendo las peculiares características de estos las que explican la convivencia en ellos del derecho de propiedad y el interés general. Giannini (38), objeta a las teorías más tradicionales sobre el tema que, al insistir en la perspectiva del titular del bien, no consiguen explicar adecuadamente el tratamiento de los bienes culturales, puesto que tal perspectiva sirve sólo para los bienes de propiedad privada, pero no para aquellos de los que es propietario el Estado, que son, por añadidura, los casos más numerosos. Por el contrario, estima, debe ser la naturaleza específica del bien, y no el titular, la que se tome como referencia. De lo que se trata, pues, es de precisar cuáles son las características particulares de este tipo de bienes.

Bien cultural es, de acuerdo con la propuesta de la *Comisión Franceschini* (39), el «bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà», concepto que, aún de naturaleza prejurídica, considera Giannini que puede ser asumido como noción jurídicamente válida y capaz de acoger no sólo los elementos del pasado lejano, sino también los del pasado inmediato e incluso presentes (40). Para su delimitación, el autor italiano parte de la constatación de que mientras que el propietario de los bienes de valor histórico, artístico y cultural puede variar, la función cultural que el bien desempeña es, sin embargo, siempre la misma; del mismo modo que con el cambio de titularidad dominical tampoco se ve alterada la potestad estatal de tutela y de valoración de tales bienes (41). En definitiva: que cualquiera que sea el propietario de la cosa, permanece en idénticos términos el interés cultural y la potestad del Estado para tutelarlos. Ello se debe a que en casos como estos debe distinguirse entre «cosa», como soporte físico, y «bien jurídico», entendido como utilidad o utilidades que la misma proporciona, de manera que una misma entidad material puede servir de soporte a varios bienes jurídicos capaces de ser tutelados diferenciada y autónomamente por la ley: el *bien*

(39) Vid. «Relazione della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1966, pp. 119 y ss.

(40) GIANNINI, «I beni culturali», cit., pp. 5-10.

(41) GIANNINI, *op. cit.*, p. 20.

(42) Un cuadro, por ejemplo, puede ser obieto del derecho de propiedad y de otros derechos reales (usufructo, prenda, etc.) y, al mismo tiempo, como *bien cultural* es objeto de tutela del Estado, GIANNINI, *op. cit.*, pp. 24-25.

(43) ALIBRANDI/FERRI, *I beni culturali e ambientali*, cit., pp. 23-24, advierten, sin embargo, que la consideración de los bienes culturales como *bienes inmateriales* es aceptable a condición de que se resalten sus diferencias respecto de los derechos de propiedad intelectual o industrial, a los que se asigna también la misma naturaleza. Y ello porque mientras en estos últimos la creación intelectual (*corpus mysticum*) está claramente diferenciada del soporte material a través del que se expresa (*corpus mechanicum*), y puede manifestarse a través de muchos y diversos elementos materiales, en los

cultural, por tanto, aunque tiene como soporte la cosa material, no se identifica con ella (42). En particular, una cosa de valor histórico, artístico y cultural puede ser a la vez objeto de un derecho patrimonial y de un *bien cultural*, cuya tutela corresponde al Estado.

De esta forma, puede distinguirse entre el *bien cultural*, entendido como bien inmaterial (43), como testimonio material de civilización susceptible de disfrute «universal» y del que es titular el Estado, y el *bien patrimonial*, referido a la pertenencia económica de la cosa, que puede corresponder a uno o varios titulares y cuya situación jurídica concreta no interfiere sobre el régimen de tutela pública de la función cultural (44). El bien cultural y el bien patrimonial, coinciden, pues, en el mismo objeto, pero hacen referencia a realidades jurídicas y titulares distintos: propiedad colectiva y titularidad pública, el primero, y propiedad privada y titularidad del propietario, el segundo. Por eso que sea perfectamente factible la convivencia simultánea de los intereses del propietario o de los titulares de derechos reales y los generales sobre la misma cosa.

B. *El patrimonio histórico, artístico y cultural y la función social de la propiedad*

La segunda explicación encuentra la fundamentación jurídica de la protección del patrimonio histórico, cultural o artístico en la *función social* de la propiedad, reconocida constitucionalmente en nuestro derecho en el art. 33 CE (45), y que supuso una superación del concepto liberal

bienes culturales el valor ideal está profundamente relacionado con el elemento material, de forma que uno y otro resultan inseparables, porque el componente ideal que es objeto de protección está absolutamente «prisionero» de la materia a través de la que se manifiesta. La consecuencia que se deriva de esta especial naturaleza es clara: mientras que en los bienes inmateriales en sentido propio puede haber dos disciplinas jurídicas que actúen diferenciadamente, una relacionada con el aspecto de creación intelectual, la otra con el aspecto material, en los bienes culturales la especial regulación se deriva de las «diversas utilidades», cultural y económica, inherentes a la misma cosa, que son jurídicamente garantizadas, y que pueden entrar en conflicto.

(44) La relación entre el bien inmaterial y la cosa, varía, sin embargo, según que se trate de interés arqueológico, paleontológico, prehistórico, etc.; vid., GIANNINI, «I beni culturali», cit., pp. 26-27.

(45) «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.), «2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.» Criterio reforzado por el art. 128.1 CE: «Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.» La cuestión de si se trata de un derecho fundamental o no es debatida entre constitucionalistas y administrativistas, aunque parece mayoritario el grupo de quienes consideran que la propiedad no es un derecho fundamental; así, BARNES VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, 1988, p. 118; MONTES, *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980, pp. 170-171.

de propiedad, entendida como derecho personalista, libre y absoluto, que otorga al titular dominical un poder de señorío pleno e incondicionado sobre la cosa. Por el contrario, en un Estado social el reconocimiento de la propiedad como derecho se hace tanto en beneficio del titular como en el de la comunidad, pues se parte de la idea de que la propiedad puede y debe satisfacer tanto intereses individuales como sociales (46). Así, expresamente se ha manifestado la STC de 26 de marzo de 1987, al declarar que «la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege ciertamente como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas de acuerdo con las leyes en atención a los valores o intereses de la colectividad»; «utilidad individual y función social, definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

La propiedad, resulta, así, un derecho esencialmente limitado, que incorpora en sí mismo derechos y deberes, facultades y obligaciones: «El dominio se configura como un poder funcionalizado, en cuanto otorga a su titular una facultad de actuación que no es libre, sino predefinida por el poder público en garantía de la satisfacción de los inte-

(46) Vid., por todos, BARRERO, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 334 y ss.; SUAY, *Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños*, cit., pp. 136-137; PÉREZ ALONSO, *La protección*, cit., pp. 19-29. Frente al concepto liberal, que concibe la propiedad conforme a los criterios de «unidad, perpetuidad, exclusividad, ilimitación de facultades o abstracción, e ilimitación en la cantidad», estos *conceptos superadores de carácter social* la definen por el «pluralismo, conexión social, desconexión entre propiedad y libertad, actividad o ejercicio como centro de regulación» (SUAY, op. cit., pp. 137-138). Para mayor detalle, vid., BARNES VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional*, cit., pp. 41 y ss., 56 y ss. y 107 y ss.; MONTES, *La propiedad privada en el sistema de derecho civil contemporáneo*, cit., pp. 170 y ss., 187 y ss y 204 y ss; ALVAREZ ALVAREZ, *Estudios*, cit., pp. 64-69.

(47) BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 342.

(48) Cfr. BARRERO, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., p. 845. En el mismo sentido, PÉREZ ALONSO, *La protección*, cit., pp. 19-29, considera también que la función social aparece como un elemento intrínseco al concepto de propiedad: «Podría decirse que la propiedad constitucional *per se* comporta una función social, es un condicionamiento interno que redimensiona el significado mismo de la propiedad y el derecho subjetivo del titular» (p. 22). De esta forma, el contenido esencial del derecho de propiedad queda integrado por dos aspectos fundamentales: el de libertad (individual) y la función social (colectivo), que aparecen perfectamente fundidos en el concepto constitucional de propiedad. Por el contrario, SUAY, *Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños*, cit., p. 138, tratando del texto refundido de 1971, considera que en nuestro ordenamiento jurídico coexisten el concepto liberal y el social de la propiedad, de forma que cada uno de ellos explica diversas situaciones jurídicas de apropiación y gestión privada de bienes: unas conectadas con intereses públicos o sociales; otras, con bienes a los que no se concede relevancia pública o social, sino que aparecen puestos únicamente al servicio de los intereses del particular. «En las primeras lo que resulta protegido son las facultades del propietario para obrar con sus cosas. En las segundas la protección se dirige a la satisfacción de ciertos intereses públicos o sociales, mediante la utilidad que proporcionan cosas que pueden estar en propiedad particular». Con el sentido liberal se corresponderían los delitos de poderamiento del Tít. XIII, caracterizados por un concepto de pro-

reses generales» (47). En definitiva, la propiedad resulta conformada por un conjunto de facultades o poderes otorgados al titular para que sean ejercidos en aquel sentido que sirva a la satisfacción del interés general; interés que habrá de ser concretado, en cada caso, por el legislador en atención a cada categoría de bienes, conforme a un *estatuto* propio que tenga en cuenta la naturaleza y función de los mismos (48).

Concebido así el concepto de propiedad, dejan de tener sentido las teorías que tratan de conciliar interés social e interés individual, buscando un punto de equilibrio entre ambos, como si de realidades recíprocamente excluyentes se tratara, puesto que las dos, de consuno, forman parte del contenido esencial del derecho. La *función social*, pues, es un elemento configurador del concepto y no una limitación que opera desde fuera (49). Por la misma razón, ya no es preciso explicar cómo y por qué puede intervenir el Estado limitando el ejercicio del derecho de propiedad, ni cómo ni por qué pueden imponerse determinadas obligaciones al propietario, puesto que ésta se encuentra ya limitada en su origen por la necesidad de dar satisfacción a los intereses generales (50).

C. Conclusión

La tesis de los *bienes culturales* tiene el mérito de situar la discusión sobre la naturaleza jurídica del interés que representa la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural en el valor objetivo del objeto y no en los titulares de los mismos; lo que, por otra parte, se corresponde adecuadamente con los términos constitucionales, que utilizan la referencia al «patrimonio» en ese mismo sentido. Muy sugerente y clarificadora resulta, igualmente, la separación entre el aspecto cultural y el patrimonial del bien, sobre la base de la distinción entre «cosa» y «bien jurídico». Penalmente, como es sabido, es esta una aproximación frecuente —aunque no siempre explicada con la claridad que lo hace Giannini— y que permite considerar que una misma entidad material sea soporte de varios intereses protegidos de distinta naturaleza y pertenecien-

propiedad presidido por las notas de perpetuidad y exclusividad; con el de caracterización social guarda relación, en cambio, el art. 562, relativo a una situación de propiedad presidida por la idea de conexión social. Ello es lo que le permite diferenciar entre daños de carácter *microsocial*, referidos a la protección de las facultades dominicales, y los daños de sentido *macrosocial*, que atienden a la protección de intereses públicos o sociales. La clasificación atiende a los beneficiarios de los bienes y no en razón de los titulares de la propiedad (pp. 139 y 141).

(49) Así, por todos, MONTES, *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil*, cit., p. 188.

(50) En todo caso, el contenido esencial del derecho viene dado por el *ius disponendi*, ejercido siempre dentro del marco delimitado en cada caso por el poder público, según la naturaleza del bien y con vistas a satisfacer la *función social* de los mismos; vid. detenidamente, BARRERO, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 348-360; BARNES, *La propiedad constitucional*, cit., p. 402.

tes, incluso, a titulares distintos. Del mismo modo que me parece aceptable como punto de partida el concepto de bien cultural propuesto por la *Comisión Franceschini* («bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà»).

En el tema que nos ocupa, sin embargo, la tesis resulta innecesaria, en la medida en que, al menos en nuestro derecho, proporciona una explicación a una situación que no la necesita. Como se ha visto, la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural no precisa una fundamentación especial para justificar las limitaciones que de la naturaleza del bien se derivan para el propietario, puesto que la legitimidad de la intervención pública en el derecho de propiedad privada está implícita en el concepto constitucional de la misma, como consecuencia de la *función social* que debe cumplir. No es preciso, pues, ningún intento para fundamentar la legitimidad de los límites puestos a la capacidad del propietario, como propone la tesis de Giannini, sino que es el mismo concepto de propiedad el que los lleva implícitos (51). Tales límites, inherentes al derecho de propiedad, son los que en los bienes de valor histórico, artístico y cultural hacen perfectamente compatibles las facultades dominicales sobre los mismos con su disfrute cultural compartido (52). Lo que rige con independencia de quién sea el titular de la cosa, abarcando también, por consiguiente, a la propiedad pública, de forma que el estatuto jurídico propio de los bienes de valor histórico, artístico y cultural les alcanza igualmente.

Desde esta perspectiva deben ser interpretadas las figuras delictivas que tutelan el patrimonio histórico, artístico y cultural; en particular en

(51) Así, claramente, BARRERO, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., p. 368: «*La inmisión pública en la propiedad cultural se fundamenta, en fin, en el propio concepto del derecho de propiedad constitucional como poder funcionalizado en cuya esencia convergen el interés del titular y el interés público, distinto, en cada caso, en función de la propia naturaleza del bien. La configuración actual de este derecho legítima, desde las propias coordenadas en que se asienta, una intervención pública en los bienes históricos, haciendo, en consecuencia, innecesaria toda teoría que intente justificar lo que expresamente se halla consagrado en la propia norma fundamental.*» (en cursiva en el original).

(52) Considerando que la situación de los bienes de valor histórico, artístico y cultural no es reconducible al tema de la función social de la propiedad, en cambio, ALIBRANDI/FERRI, *I beni culturali e ambientali*, cit., pp. 22-23; la razón es que en estos bienes la dedicación del bien al interés público no se produce mediante una orientación funcional del derecho de propiedad, que determina que los bienes culturales queden vinculados a la función derivada de su peculiar naturaleza, limitando las facultades del propietario, a modo de un «ejercicio “funcionalizado”» del derecho de propiedad, sino que, en lo que se refiere a su esencia de bien cultural, lo relacionado con el mismo resulta una competencia exclusiva del poder público. Lo que ALIBRANDI y FERRI, parecen querer decir es lo siguiente: en los bienes culturales de propiedad privada no es que estén limitadas las facultades del titular dominical, como consecuencia de la función social que debe cumplir el bien, sino que en los aspectos relacionados con el carácter cultural del bien el titular exclusivo es el poder público, quedando fuera de la esfera de disponibilidad y control del propietario af que pertenece en cuanto bien económico.

los casos en que el tipo básico puede estar tomando en cuenta la situación del titular dominical y la agravación el interés general. Esta circunstancia, y el propio carácter general del bien, lo sitúan dentro del campo de los bienes jurídicos indisponibles, de forma que la protección penal debe operar con independencia de la voluntad del propietario, lo que que descarta ya de principio la eficacia del consentimiento que eventualmente pudiera prestar éste autorizando el comportamiento lesivo (53).

6. Naturaleza general del bien jurídico

Resaltando la condición social del bien, la doctrina mayoritaria, en relación a la protección del patrimonio histórico, cultural o artístico, habla de un interés colectivo o difuso (54). Personalmente creo que no es así, sino que se trata de un interés general. Sin abordar ahora una distinción compleja (55), basta decir que para caracterizar a un interés como colectivo o difuso no basta, como usualmente se pretende, con que la titularidad del mismo corresponda a una pluralidad de sujetos, puesto que esa es también una característica de los intereses generales. A mi juicio, de entre los muchos criterios propuestos para diferenciar entre unos y otros (56) el más definitivo es el que resalta que mientras que el interés general es por su propia naturaleza indivisible, el interés difuso o colectivo puede fragmentarse en la pluralidad de situaciones subjetivas que lo integran; en suma: puede *fraccionarse* en relación a los sujetos individuales que aparecen conectados con el mismo (57). Ello se traduce en una importante diferencia, reveladora de la distinta naturaleza de unos y

(53) El mismo carácter le reconoce MUÑOZ CONDE, «El tráfico ilegal de obras de arte», cit., pg. 402.

(54) Así, por todos: QUINTERO OLIVARES, «El hurto», cit., pp. 1152; MUÑOZ CONDE, «El tráfico ilegal de obras de arte», cit., pp. 402; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho penal. PE. Delitos patrimoniales y económicos*, cit., p. 93; PÉREZ ALONSO, *La protección*, cit., p. 12; VIVES, *Derecho Penal*, PE, cit., pp. 796; SUAY, *Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños*, cit., p. 140, prefiere hablar de «utilidad», «que denota mejor el provecho inmediato que se puede obtener de una cosa y a quienes sean sus beneficiarios». GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Protección penal del Patrimonio Histórico Español: aproximación a la situación actual y proyecto de reforma», en *CPC*, 1994, n.º 53, pp. 492-493, considera que no son intereses difusos «propios», porque no concurren en ellos los caracteres de «fungibilidad e hipojustificabilidad».

(55) Y que normalmente la doctrina no hace, confundiendo interés general con intereses colectivos y difusos.

(56) Vid. GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores (Protección penal)*, Madrid, 1986, pp. 79-90.

(57) (57) Cfr. MARCONI, «La tutela degli interessi collettivi in ambito penale», en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1979, p. 1063; BRICOLA, «La tutela degli interessi collettivi nel proceso penale», en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi. Atti del Convegno di Studio*, Padova, 1976, p. 32.

otros: los intereses generales, que no pueden ser fragmentados, sólo pueden encontrar tutela penal en la medida en que el mismo, en cuanto tal, sea objeto de protección específica; por el contrario, los intereses colectivos y difusos, al poder fragmentarse en intereses individuales, encontrarían en la tutela de éstos una protección subsidiaria, insuficiente, si se quiere, pero —caso de que en cuanto tal interés colectivo no fuera objeto de protección— bastante para no determinar la desaparición absoluta del ámbito penal del interés a que se refieren (58). El interés que se tutela al prestar protección al patrimonio histórico, artístico y cultural es, pues, un bien jurídico de naturaleza *general* y no colectiva, en la medida en que no es *fragmentable*, de forma que si no fuera objeto de protección penal en sí mismo, no hay posibilidad alguna de tutela.

En contra, podría argumentarse que aunque el patrimonio histórico, cultural o artístico no fuera objeto de contemplación penal, los atentados al mismo siempre podrían pensarse a través de los delitos contra la propiedad que correspondan. Pero ello, que es cierto, no hace sino mostrar la imposibilidad de *fragmentar* el bien, puesto que con la aplicación del delito patrimonial no se contemplaría más que la lesión del derecho patrimonial afectado, sin comprender el disfrute de los bienes culturales por los ciudadanos, que es, precisamente, lo que da sentido a la protección del patrimonio histórico, cultural o artístico.

(58) La defensa nacional, por ejemplo, es un interés general, porque, fuera del mismo, no hay en el Código ningún precepto al que acudir para, aunque fuera por vía de acumulación de lesiones individuales semejantes, procurar una tutela de los intereses que representa. La salud pública, por el contrario, es un interés colectivo, porque aunque dejara de merecer en sí protección penal, al tener un sustrato individual protegido también en relación a cada uno de los sujetos que forma el colectivo titular, la desaparición del mismo como específico objeto de tutela penal no determinaría la ausencia total de protección penal, sino que la misma podría lograrse, aún de forma imperfecta, a través del delito de lesiones, apreciable en relación a cada uno de los sujetos afectados.

