

**RESPUESTA PENAL A LOS DELITOS SOBRE EL PATRIMONIO HISTÓRICO: NOVEDADES TRAS LA REFORMA EN MATERIA DE EXPOLIO ARQUEOLÓGICO.**

**Javier Rufino Rus.**

**Fiscal de Medioambiente, Urbanismo y P. Histórico, Fiscalía de Sevilla.**

**Curso: “Delitos contra el patrimonio Histórico. Especial referencia al patrimonio arqueológico”. Madrid, CEJ, 29 y 30 de junio de 2017.**



## ÍNDICE:

1. Una aproximación general al expolio.
2. Generalidades de la reforma de 2015.
3. Protección del patrimonio arqueológico en las CC.AA. Distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. en materia de Patrimonio Histórico: su repercusión penal.
4. Código Penal de 1995 y la ley penal de contrabando. Generalidades.
5. Legislación internacional.
6. La Protección del patrimonio arqueológico: Código Penal de 1995.
  - 6.1. La consideración de los valores históricos tutelados como elementos normativos de valoración judicial.
  - 6.2. Criterio judicial.
7. Artículo 323: daños al patrimonio cultural.
  - 7.1. Ausencia de una definición legal de daños; la equivocidad del término *daños*.
  - 7.2. Conducta típica.
  - 7.3. El objeto material.
  - 7.4. La valoración del daño. El problema del valor incalculable.
  - 7.5. Sujetos activos.
  - 7.6. Sujeto pasivo.
  - 7.7. Culpabilidad. Consideraciones previas. El dolo, el error.
8. Expolio arqueológico, como forma de daño, hurto o apropiación indebida.
9. ¿Concurso de normas o de delitos?

## Bibliografía.

**Resumen:** Se exponen los habituales problemas prácticos con los que se enfrenta la mayoría de las investigaciones penales en materia de daños contra el patrimonio arqueológico, especialmente respecto a la determinación de la procedencia de los bienes expoliados y el tiempo que llevan extraídos; especial consideración de las novedades principales que introdujo la reforma del C.Penal operada por L.O. 1/2015, y la correcta interpretación del término *expolio* que propone el autor; la discutida valoración del daño; y la consiguiente toma de postura acerca de los problemas concursales, tanto de delitos como de normas. Todo ello con referencia a las normas administrativas que permiten integrar los tipos penales.

*Torpe, mezquina y miserable España,  
Cuyo suelo, alfombrado de memorias,  
Se va sorbiendo de sus propias glorias  
Lo poco que ha de cada ilustre hazaña:*

*Traidor y amigo sin pudor te engaña,  
Se compran tus tesoros con escorias,  
Tus monumentos ¡ay! y tus historias,  
Vendidos llevan a la tierra extraña.*

*José Zorrilla, A España artística.*

## **Respuesta penal a los delitos sobre el patrimonio histórico: novedades tras la reforma en materia de expolio arqueológico.**

### **1. Una aproximación general al expolio.**

Puede decirse que la respuesta penal en defensa de la integridad de nuestro patrimonio arqueológico no ha sido modélica. La aproximación más superficial al problema pasará por culpar al legislador o a nuestras autoridades administrativas en materia cultural. Y es cierto que la tutela de la Administración Pública ha sido tibia y que las normas administrativas y penales son -especialmente las últimas- claramente mejorables. Pero es una materia, más que ninguna otra, donde confluyen también el incivismo, la codicia (recientes casos de la *Cueva de Chaves* en Huesca, con sentencia de 9.11.2016; *Ruinas de Ategua* en Córdoba: sentencia de 1 de junio de 2017; destroz del mosaico romano antropomorfo-báquico de Écija, en 2015), la desidia, el poco éxito de los aplicadores del Derecho administrativos o judiciales; a veces disfunciones entre Administraciones central y autonómica -caso *Odyssey*-. Y una acción policial que choca con las extremas dificultades probatorias de un delito que tiene un objeto por naturaleza oculto, muchas veces desconocido hasta su hallazgo, y una forma de comisión esencialmente clandestina.

Estamos, pues, ante un patrimonio muy vulnerable tanto en el subsuelo como en el mar; donde el primer eslabón en la conducta expoliadora suele ser el detector de metales a la que sigue la pequeña excavación o remoción de tierra, o la prospección subacuática, tan difíciles de advertir. Le siguen el tráfico ilícito a mayor o menor escala, nacional o internacional. Pero también, en ocasiones, los daños son producidos con obras públicas incontroladas o directamente irrespetuosas con nuestro patrimonio arqueológico (reforma agresiva del Teatro de Sagunto como modelo de lo que no debe ser), tanto en el subsuelo como en puertos y fondos marinos, sea por no hacer antes estudios sobre el impacto a los yacimientos, sea por la falta de vigilancia posterior de la ejecución de las obras.

Respecto al factor relativo a la insatisfactoria respuesta de la **Administración cultural**, la respuesta administrativa ante el uso de los detectores de metales, que está en el origen de tantos expolios, ha sido a veces deficiente, incluso cuando en ocasiones- como ocurre en Andalucía- se trate de actividad sometida a previa autorización. Sin embargo, o bien

se exigen en la práctica sancionatoria administrativa unos requisitos añadidos no expresamente contemplados en la ley para castigar el mero uso no autorizado (la intencionalidad), o bien el efecto de las sanciones se reduce a lo simbólico al no cobrarlas. E incluso- en el colmo de la iniquidad- se devuelven los aparatos usados por los infractores con fines de expolio a pesar de estar previsto el decomiso. Con lo que el efecto de prevención general y especial es muy pobre.

Por su parte, la **acción policial**, que merece un estudio separado en una ponencia de este curso, se ha dirigido habitualmente a la persecución mediante seguimientos tradicionales a los expoliadores (ocasionales, eruditos locales, profesionales), a los intemediarios, o a los receptan las piezas, coleccionistas o no. En un segundo momento, la investigación ha tratado normalmente de conectar a las personas implicadas mediante supuestas redes o tramas organizadas detectadas en escuchas telefónicas en los raros casos en los que se concede tal medida. Llevando en ocasiones a macroprocesos donde la verdadera vinculación entre unos y otros partícipes era dudosa y –fundamentalmente- dejando subsistentes los dos problemas esenciales de la prueba de estos delitos:

a) determinar el yacimiento arqueológico de procedencia de las piezas incautadas, y  
b) especialmente, el momento en que fueron sustraídas, ante las consabidas alegaciones de posesión inveterada o directamente de prescripción del delito. Lo cual en muchas ocasiones es cierto, pues desde siempre se han producido hallazgos casuales o, cuando fueron resultado de excavaciones o remociones de tierra ilegales, la tenencia puede ser muy antigua pues son bienes que en todas las épocas despertaron la curiosidad y el interés de muchas personas. Otra cosa es que hoy se pretenda seguir ignorando el carácter en todo caso demanial que tienen estos bienes si los hallazgos- casuales o no- se produjeron tras la promulgación de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español, LPHE), y con matices antes de esa fecha, dependiendo en este segundo caso de si el hallazgo fue legal o no.

Prueba de estas importantes dificultades probatorias ha sido el mal resultado judicial de operaciones de gran enjundia y con enormes esfuerzos policiales, como *Dionisos*, *Tertis*, *Tambora*, etc., a lo que siguió la devolución de las piezas incautadas a los detentadores, subsiguiente al archivo de las actuaciones. Eso ha ocurrido incluso cuando existen indicios serios del origen ilícito de los objetos aprehendidos por la Policía, condicionada más que nunca por la necesidad de construir una sólida prueba indiciaria del delito.

Pues bien: es aquí donde la **prueba pericial** puede aportar resultados más interesantes, aunque se echa en falta un criterio más uniforme en su contenido, método y criterios de valoración: sobre este último aspecto pericial versará una de las intervenciones de este encuentro. En todo caso, la fuerza de la prueba indiciaria (momento de la aprehensión ilícita de las piezas, procedencia) dependerá no solo de la capacidad y compromiso del perito arqueólogo, sino del auxilio de ciencias auxiliares, como la Geología, la Química o la Física aplicadas a las piezas incautadas, determinando en ocasiones –por los sedimentos, capas, trazas o los materiales adheridos - lo reciente de su extracción del subsuelo e incluso el lugar o yacimiento de donde proceden (*Arqueometría*). En relación con la cuestión, no es asunto menor la cadena de custodia de las piezas arqueológicas que el perito ha de examinar, sobre lo

que no hay regulación legal ni protocolos que deba respetar la Policía hasta la entrega a las autoridades judiciales.

Con todo, el expolio arqueológico más preocupante es el primordialmente dirigido al **tráfico internacional**, muy lucrativo y beneficiado de las escasas barreras y controles de los países de procedencia (así, Oriente Próximo; Siria, Libia, Irak) y el atractivo de las enormes sumas de dinero pagadas desde los países ricos de destino. Únase la fragilidad derivada de la diversidad de las legislaciones; la moderna facilidad para ofertarlas en el mercado; el hecho de que puede estar ilimitadamente circulando mediante sucesivas ventas que solo benefician a los traficantes de arte pero no a las economías pobres de las naciones de donde proceden las piezas. A esta rapiña y contrabando se añade la facilidad para blanquear capitales por parte de los adquirentes en los países importadores, cuando no se trata de meros coleccionistas. Y, en nuestro país, constituyen un acicate indirecto la levedad de las penas (si bien se trata de un rasgo recientemente mitigado por la reforma del Código Penal que examinaremos), y el discreto interés de las autoridades, lo que se traduce en unos medios de persecución escasísimos en relación a otras modalidades delictivas cuyo tráfico no produce tantos beneficios económicos.

Otra breve consideración sobre este tráfico ilícito de bienes culturales: la fácil comercialización de las obras artísticas procedente del expolio de objetos originales y únicos, unido al afán coleccionista desmedido, es tal vez el principal motivo de una constante búsqueda de piezas y obras de arte del pasado, con el consiguiente incremento de su valor meramente económico, provocando la existencia de actividades delictivas que se van a exponer más adelante. Lo que unido al enorme desarrollo económico y social de las últimas décadas, provoca un considerable aumento de la actividad delictiva que tiene por objeto las **falsificaciones** (que se tratarán específicamente en este curso), los hurtos, los robos o las apropiaciones indebidas de objetos del pasado remoto, dando lugar a una criminalidad *de encargo* organizada y especializada, situación que ha motivado también una respuesta penal en el ámbito internacional (aspecto que asimismo será objeto de examen en otras dos ponencias).

Todo ello en el marco de un tipo de delincuencia que se ha denominado *del bienestar*, que por la ocultación y clandestinidad de este mercado priva a la obra de valor histórico, cultural y del fin social que le es propio, hurtando a la comunidad en su conjunto no ya su contemplación y disfrute, sino también, en lo que aquí ahora interesa especialmente, del conocimiento de una porción de su historia que el bien puede llevar aparejado. Entra aquí el singular problema de la **descontextualización** de las piezas sustraídas respecto a su yacimiento y la pérdida de información histórica que esto produce.

El propio valor *social* del bien histórico y artístico exige una respuesta de garantía jurídico-penal, no sólo en los casos de ilícita apropiación, sino también en aquellos en que se produce una destrucción o menoscabo del carácter cultural del objeto, ya sea propio o ajeno<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> GONZÁLEZ RUS J. J.: *Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico*, págs. 34, 41 y 42, mantiene que de la formulación final del artículo 46 CE no puede interpretarse que

Por eso los daños en bienes artísticos e históricos han de ser objeto de protección penal, con independencia de su titularidad y régimen jurídico.

No es éste el lugar para un debate teórico exhaustivo de cuál sea el **bien jurídico** protegido en este tipo de ataques al patrimonio histórico o cultural; pero creo que conforme a tendencia doctrinal mayoritaria ha de hacerse una interpretación flexible de ese elemento, adaptado al sentir social de cada momento histórico. Un concepto integrador de todos aquellos bienes materiales que incorporen de manera innegable los valores históricos, culturales o científicos, con independencia de que hayan sido o no tenidos por tales por la norma administrativa. Lo que debe dejarse claro ya es que se trata de un término únicamente sujeto a la interpretación jurisdiccional, no constreñido a una previa declaración administrativa formal, como es lógico dado el patrimonio común tantas veces oculto que se trata de proteger, especialmente el patrimonio arqueológico objeto de esta ponencia.

**2. La reforma de 2015.-** La modificación del texto penal operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, pese a tener algunos aspectos positivos, consolida la impresión de la falta de interés del legislador por la protección penal del patrimonio histórico. En efecto, llama la atención que en su preámbulo ni siquiera se mencione la importante reforma del art. 323 del C.Penal, aunque paradójicamente sí la desaparición de la falta contenida en el anterior artículo 625; lo que contrasta con la sistemática justificación de las demás reformas introducidas en diversas materias, incluso las que aparentemente tienen menor calado que esta. La cuestión, en fin, puede crear incluso más confusión por el empleo de términos tomados de la normativa administrativa (así, el *expolio*, tomado del art. 4 de la Ley de Patrimonio Histórico Español, y recogido en leyes autonómicas), aunque su alcance real en el ámbito jurídico penal pueda ser dudoso, como se verá.

No es el objeto principal del presente estudio analizar la oportunidad de incriminar conductas atentatorias contra el patrimonio arqueológico, que hasta el Código Penal de 1995 había sido objeto de regulación muy defectuosa en el Código Penal, a diferencia del ámbito administrativo; pero sí –como se apuntó en la introducción- la eficacia tuitiva a la que se refería el legislador, vista la experiencia acumulada y el sentido de las pocas resoluciones judiciales recaídas sobre la materia, que por sí sola no tiene acceso casacional.

Consolidada ya la existencia en nuestro Código Penal de un capítulo autónomo que regula los delitos contra el patrimonio histórico, que sorprendentemente no fue modificado en las 25 ocasiones en que se reformó - tampoco por la profunda revisión operada por L.O. 10/2010 - se analizarán someramente los antecedentes legislativos sobre la cuestión; se expondrá una muestra de la doctrina de los tribunales provinciales, aunque por desgracia carezcan del valor unificador que sólo posee la del Tribunal Supremo; y brevemente se abordarán alternativas viables sobre la tipificación de los delitos que afectan al patrimonio arqueológico. En general, bastan aquí meros apuntes sobre figuras delictivas mejorables, dejando pues las disquisiciones críticas de mayor profundidad dogmática para voces de más

---

todos los atentados al patrimonio histórico han de ser sancionados penalmente, y que del mismo modo no puede concluirse que todos los elementos integrantes del patrimonio cultural han de ser objeto de protección penal.

autoridad y limitando el estudio a cuestiones muy concretas relacionadas con los delitos contra el patrimonio arqueológico – íntimamente ligados al resto de los que atacan al patrimonio histórico en muchos de sus elementos - precisamente en atención a su demostrado interés práctico y a la ausencia de una jurisprudencia relevante de la sala 2ª del Tribunal Supremo.

Se trata de referir, asimismo, los aspectos más problemáticos de la persecución penal de los ataques a los yacimientos arqueológicos, con sucinta cita de las más relevantes contribuciones doctrinales y judiciales en la materia. Se pretende, en fin, allegar una válida muestra del estado actual del asunto según sus intérpretes, con la consiguiente toma de postura sobre la cuestión, y analizar someramente el alcance de la mencionada reforma, que entró en vigor el 2 de julio de 2015.

### **3. Protección del patrimonio arqueológico en las Comunidades autónomas. Distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. en materia de Patrimonio Histórico: su repercusión penal.**

Si la creciente preocupación de los diversos Organismos Internacionales por articular una eficaz protección del patrimonio arqueológico responde a la existencia de un valor cultural con ámbito supranacional, el modelo territorial español diseñado por la Constitución implica el reconocimiento normativo de una realidad cultural plural dentro de nuestra Nación, con manifestaciones peculiares en sus diversos territorios.

En cuanto a las atribuciones de la Administración estatal, el artículo 2, la LPHE) establece como deberes y atribuciones esenciales de la Administración Central del Estado *garantizar la conservación de los bienes culturales, así como promover su enriquecimiento y fomentar la tutela y el acceso de los ciudadanos a los mismos*. Asimismo, el artículo 149.1.28 CE atribuye competencia exclusiva al Estado para la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación. En atención a lo expuesto, y para precisar el ámbito de competencia estatal exclusiva, la norma define – como se anticipó al principio - lo que se entiende por expoliación y exportación ilícita<sup>2</sup>. El artículo 4 establece que *expoliación es toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todo o alguno de los valores que integran el patrimonio histórico español, o perturbe el cumplimiento de su función social*. De las diversas facultades que en desarrollo de la referida competencia asume el Estado, merece destacar aquí, en lo referente a los bienes de valor arqueológico, el artículo 5 de la Ley la define como *la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el patrimonio histórico español*. Ya veremos como la reforma operada recientemente por L.O. 1/2015 prevé expresamente el *expolio* como conducta diferenciada dentro del marco de los daños al yacimiento arqueológico.

---

<sup>2</sup> El art. 2.1 y 2 LO 12/95 tipifica varios supuestos, que afectan entre otros a la importación y exportación de (...) Patrimonio histórico español; supuestos en los que, entre si, no hay identidad ni en el objeto de contrabando ni en la acción.

En cuanto a las competencias de las Comunidades Autónomas, definidas en el art. 149 CE, y partiendo que la cultura constituye una competencia concurrente<sup>3</sup> entre el Estado y las Comunidades Autónomas, éstas pueden dictar medidas legislativas sobre el patrimonio histórico de su ámbito territorial- salvo las excepciones en materia de expolio y exportación- si así está previsto en su Estatuto, de forma que la legislación estatal tendrá un alcance supletorio del autonómico, prevaleciendo en caso de conflicto sobre el de las comunidades autónomas<sup>4</sup>. Es el ejemplo de la Ley 14/2007 de Patrimonio Histórico de Andalucía, producto del artículo 68.3.1º del Estatuto de Autonomía de Andalucía y que atribuye a la Comunidad Autónoma, reiterando la tradicional y discutida fórmula enumerativa, -por ser habitualmente incompleta- la competencia exclusiva en materia de protección del patrimonio histórico, artístico, monumental, *arqueológico* y científico<sup>5</sup>.

Merece la pena, por su riqueza cultural y específicamente arqueológica y por su completa regulación, referirse a las peculiares características de la comunidad andaluza. La ley de Patrimonio Histórico Andaluz de 2007<sup>6</sup> pretendió ser un texto integrador, estableciendo cambios legislativos desde la experiencia anterior, que tiene inequívoca influencia en la posterior aplicación de los delitos contra el patrimonio arqueológico (especialmente sus elementos normativos), recogiendo los planteamientos más actuales en la tutela del patrimonio cultural. Entre las novedades que introdujo y a los efectos propios de este estudio, son destacables la amplía la tipología con dos nuevas figuras; el hecho de incrementar la coordinación con la legislación urbanística vigente, fundamentalmente con la Ley 7/2002, de 17 de Diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; en materia de infracciones, se parte de la ya clásica fórmula de *a salvo que constituyan delito* para diseñar un amplio elenco de infracciones clasificadas de forma tripartita en muy graves, graves y leves. Destaca la cuantía de las sanciones, que sobresalen notablemente en comparación con las -a veces- ridículas multas, por testimoniales, previstas en la legislación penal, o peor, las aplicadas de hecho en la jurisdicción penal.

Algunas de las infracciones reguladas coinciden aparentemente con tipos penales, en concreto con los de esta clase de daños. Obviamente ello hace preciso delimitar y definir

---

<sup>3</sup> Destaca la propuesta de BESUSAN MARTÍN M. P.: *La protección urbanística de los bienes inmuebles históricos*, Granada, 1996, págs. 126 y s., siguiendo las técnicas del derecho comparado, de un concepto de competencias concurrentes, frente a otro de competencias compartidas.

<sup>4</sup> Acerca de la distribución constitucional de competencias, es fundamental *la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991*, de 31 de enero, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por determinadas CCAA contra la Ley de 16/1985 de Patrimonio Histórico Español.

<sup>5</sup> Sobre la atribución competencial en materia de Patrimonio Histórico, el *Dictamen* del Consejo Consultivo de Andalucía número 121/2003, de 10 de Abril, emitido con ocasión de la tramitación del *Reglamento de Actividades Arqueológicas de Andalucía*, resulta muy expresivo al señalar lo siguiente: “Esta cuestión ha sido objeto de examen por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, pudiendo citarse entre otros, las *sentencias número 49/1984, 106/1978 y 17/1991*. Pudiendo decirse que ha de ponerse el acento en el “servicio de la cultura como deber, de tal forma que nos encontramos con competencias concurrentes, corriendo paralelamente a la acción autonómica...”

<sup>6</sup> Ley 14/2007, de 26 de Noviembre, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, número 248, de 19 de Noviembre.



cuando será de aplicación el derecho penal o el administrativo; pero será el órgano judicial que conozca el caso concreto el competente para esta delimitación, sentando la regla general conforme a la que existe la obligación del órgano administrativo de remitir a la jurisdicción penal el procedimiento en caso de duda, dada la preeminencia de este orden<sup>7</sup>.

De especial interés aquí es la expresa regulación de la destrucción de restos arqueológicos y paleontológicos, así como la de yacimientos que supongan una pérdida de información irreparable (artículo 109 n), dando respuesta en el ámbito administrativo a las excavaciones ilegales, que aún cuando suponen una de las principales causas de destrucción de nuestro patrimonio cultural, no están previstas ni reguladas en el Código penal como figura autónoma.

Se regula -dando respuesta a la insistente demanda por parte de la doctrina, incluida la Fiscalía especializada ante el uso indiscriminado y el grave daño al patrimonio que implican-, el uso no autorizado o sin cumplir los requisitos de la autorización concedida, de los detectores de metales u otras herramientas o técnicas que permitan la localización de restos arqueológicos. La regulación de la infracción (art. 109, apartados q y r ), se hace en términos que permiten encuadrar dentro de ella el variado tipo de artefactos y las técnicas cada vez más sofisticadas y destructivas, utilizadas por los *buscadores de tesoros* o *piteros*.

La incoación de expediente para la declaración de Bien de Interés Cultural que puede afectar a una zona arqueológica, mediante anotación preventiva, supone la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes ya declarados (suspensión de las licencias municipales de edificaciones o demolición, y las obras urgentes precisarán de autorización). Lo que puede tener repercusión en el procedimiento penal cuando habla de *singularmente protegidos*.

#### 4. Código Penal de 1995 y la ley penal de contrabando. Generalidades.

El Código penal incluyó por vez primera un Título -el XIV del Libro II- relativo a los delitos contra la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, y dentro del mismo el capítulo II<sup>8</sup> de dicho Título, bajo rúbrica *De los delitos sobre el patrimonio histórico*, destinado a proteger de forma específica los atentados contra el patrimonio histórico español, configurándose así como un sistema de protección penal directa con un bien jurídico autónomo. Puede anticiparse ya que la protección del patrimonio arqueológico resulta algo defectuosa, con el añadido de que la reforma operada por L.O. 10/2010, de reforma del Código Penal, obvió la mejora de este capítulo, a pesar de reformar significativamente los delitos en teoría a él vinculados (ordenación del territorio, medio

---

<sup>7</sup> Entre otras, *STC de 16 de Julio de 1990* (RJ 1990, 6713), *STC de 30 de septiembre de 1992* (RJ 1992, 7405).

<sup>8</sup> Los preceptos que conforman este capítulo, se introdujeron en el trámite ante el Senado a través de la enmienda 373 del Grupo parlamentario socialista que los reagrupó en un capítulo independiente bajo la rúbrica “de los delitos sobre el Patrimonio Histórico”. *Vid.* DELGADO IRRIBAREN: *Ley orgánica del Código penal. Trabajos parlamentarios*, Madrid, 1996.

ambiente). Y la reforma que entró en vigor el 1 de julio de 2015 fue de alcance escaso e insuficiente, y continúa con el sistema de mantener agravaciones específicas en delitos contra la propiedad, al tiempo que ignora términos esenciales como *Bien de Interés Cultural* en vez de *singularmente protegidos*.

Sin embargo, a pesar de lo que nos pueda inducir la rúbrica citada, la tutela del patrimonio histórico, cultural o artístico no se hace bajo un criterio unitario. Una mera lectura del articulado del Código penal nos pone de manifiesto cómo los tipos integrados en el Título II suponen una pequeña muestra de la multiplicidad de conductas lesivas contra el bien jurídico, y en todo caso ello es aplicable a los yacimientos arqueológicos.

Así, junto a los denominados “delitos sobre el patrimonio”, se mantiene la tutela de otros bienes jurídicos, en razón del carácter artístico, cultural o científico del bien con respectivas agravaciones específicas:

- delitos de hurto, art. 235.1.1º, tras la reforma operada por L.O. 1/2015;
- de robo con fuerza en las cosas, art. 241.4º en su nueva redacción;
- de estafa, art.250.1.3º (que se mantiene igual);
- de apropiación de cosa mueble *ajena* (*perdida*, se leía antes de la reforma citada), art. 254.1, segundo inciso, significativamente modificado desde el 1 de julio de 2015, como lo ha sido la apropiación indebida genérica;
- receptación si recae sobre cosas de valor artístico, histórico, cultural, científico (art. 298.1º);
- en cuanto a la malversación, el anterior art. 432.2, como la falta de daños del antiguo 625.2º, pierden ya la cualificación específica por razón del valor histórico o artístico en el nuevo art. 432, que ahora regula esa figura. Desaparece pues la malversación agravada por afectar al patrimonio histórico;
- Además, subsisten tipificaciones concretas en los artículos 319.1º relativo al delito urbanístico agravado por afectar la construcción a suelos protegidos de esta clase, y el 613.1º sobre conflicto armado.

En esta introducción sobre generalidades en la normativa vigente, debe citarse el delito de contrabando de obras de interés cultural. En efecto, fuera del Código penal y siguiendo la tradición histórica, la protección jurídico penal de los bienes integrantes del patrimonio cultural, se completa con la regulación de la Ley orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. Ha de reseñarse<sup>9</sup> que es -además de una ley penal- una ley especial y de marcado carácter económico. El artículo 2º.2 a) contempla como supuesto específico de delito de contrabando la salida de bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, sin la autorización de la Administración del Estado, cuando ésta sea necesaria. El *Reglamento 3911/92* del Consejo de 9 de Diciembre de 1992 exigió como criterio general la autorización previa para exportar un bien de interés cultural fuera del territorio aduanero comunitario y permite exigir esta autorización, aunque sea un miembro de la Unión, ya que el art. 36 del

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ APARICIO, J.: *La Protección penal del patrimonio histórico*, Junta de Andalucía, Consejería de cultura, Agosto de 2004, págs. 72 y ss.

Tratado de la CEE faculta a los Estados a introducir restricciones cuando con ello se tutele el patrimonio histórico, artístico o *arqueológico* nacional.

Conviene recordar aquí, reproduciendo el defecto del anterior texto del art. 323 del C.P., que el acto de contrabando únicamente será delito cuando el valor de los bienes, mercancías, género o efectos superen los 50.000 euros (reforma operada por L.O. 6/2011; antes 18.000), por lo que para la delimitación de la existencia del delito será crucial la valoración del bien. Llama la atención la pena de prisión: mitad superior del marco entre 1 y 5 años.

**5. Legislación internacional.** Existen una serie de normas adoptadas por el Estado español en su calidad de miembro de distintos organismos internacionales, cuyo examen excede notablemente de la extensión y aún del objeto de este trabajo.

Baste la reseña de que los sujetos de Derecho internacional nunca han estado al margen de la protección jurídica de los bienes culturales y tenemos numerosos ejemplos que lo ratifican como es la fundación de la UNESCO, los diversos Tratados Internacionales de protección<sup>10</sup>, con nuevas concepciones ius-internacionalistas sobre esta clase de bienes, así como el acento que se ha puesto en la devolución de los bienes expoliados. A título de ejemplo, se ha abierto un panorama de tutela hasta ahora impensable en las excavaciones submarinas, cuya notable complejidad jurídica internacional, empieza a reconducirse en el plano convencional<sup>11</sup>.

Igualmente, rebasando el Derecho interno, la Unión Europea se configura como sujeto esencial en la protección de los bienes culturales. Ante los riesgos del mercado único la Comisión ha dictado tres normas esenciales: la Directiva 93/7, de 15 de Marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes que han abandonado ilícitamente el territorio de un Estado miembro; el Reglamento 3911/92, de 9 de Diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales a terceros países, y el Reglamento 752/93, de 30 de Marzo de 1993, que desarrolla el anterior. Estas han dado origen a una normativa específica de los Estados miembros que en España está constituida por la Ley 36/1993, de 23 de Diciembre<sup>12</sup>. En el

---

<sup>10</sup> Destaca entre otros, *Convenio para la protección de Bienes culturales en caso de conflicto armado*, firmado en La Haya el 14 de Mayo de 1954, *Convenio Europeo para la protección del Patrimonio Arqueológico*, suscrito en Londres el 6 de Mayo de 1969, *El Convenio de París de 17 de Noviembre de 1970 de medidas para prohibir e impedir exportaciones y transferencias de propiedades ilícitas* de bienes culturales, y el de la UNESCO de 19 de Diciembre de 1964. (más ampliamente GARCÍA FERNÁNDEZ, J.: *Legislación sobre Patrimonio Histórico*, edit. Tecnos, Madrid, 1987, págs. 77 y ss.

Como vías de recuperación a través de las actuaciones diplomáticas (amparadas por un principio expreso o tácito de reciprocidad) a través de la actuación diplomática o de acciones ante Tribunales civiles o penales, como la empleada por España en el Reino Unido para recuperar el cuadro de Goya “La marquesa de Santa Cruz”, gestionado por el Ministerio de Asuntos Exteriores en 1986.

<sup>11</sup> Fruto de ello el caso *Odissey*, nombre de la empresa americana que busca tesoros hundidos en el mar, y encontró un galeón con doblones de oro en aguas españolas. La corte americana resolvió definitivamente, como es sabido, a favor del Estado español.

<sup>12</sup> Directiva 93/7/CEE sobre la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 36/94 que deja a cada Estado

Consejo de Europa, el *Convenio Europeo para la protección del Patrimonio Arqueológico*, como fuente de la memoria colectiva europea y como instrumento de estudio histórico y científico.

Bastará finalmente la cita de la *Convención para la protección del Patrimonio subacuático* que se aprobó el 2 de Noviembre de 2001 (ratificado por España el 6.7.2005), sobre la base de la *Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, y la *Carta Internacional para la protección y la gestión del patrimonio cultural subacuático*, que considera como elementos del patrimonio arqueológico todos los vestigios, bienes y otras huellas de existencia de la humanidad en el pasado, localizado en cualquier espacio dentro de la jurisdicción de las partes.

Especial mención merece la reciente sentencia de 27 de septiembre de 2016 dictada por la Corte Penal Internacional, por la destrucción de bienes que forman parte del Patrimonio de la Humanidad en Tombuctú (Malí), considerado como crimen de guerra.

**6. La Protección del patrimonio arqueológico: Código Penal de 1995.-** La necesidad de regular penalmente esta materia deriva, en fin, de la progresiva destrucción del patrimonio arqueológico, cuyas causas muy genéricamente se mencionaron al principio, con especial mención al enorme desarrollo urbano, el incremento de obras públicas y de la organización del territorio en beneficio de la especulación del suelo, atentando así contra yacimientos de primer orden que quedan sepultados o destruidos por quienes no están dispuestos a paralizar las obras, y a soportar las dilaciones e incremento en los gastos que implicarían la realización de actuaciones administrativas de carácter arqueológico. Además del notable beneficio patrimonial que reporta la venta de los bienes hallados o extraídos a coleccionistas o a particulares.

Junto a la causa anterior, siguiendo a Rodríguez Temiño<sup>13</sup>, como factor de expolio debemos incluir lo que denomina el *déficit entre excavación y publicación*. Con el que alude al hecho que el creciente ritmo de construcciones y obras públicas, y la ineficacia de los sistemas de protección, han provocado el aumento de excavaciones arqueológicas, especialmente de las denominadas preventivas, en una proporción que supera con mucho la capacidad de quienes las realizan para poderlas estudiar de forma adecuada. Estudios sin los cuales es imposible un conocimiento fiable<sup>14</sup>.

Por último, es un hecho que la aplicación de la ley penal no impide frecuentes prácticas ilegales contra yacimientos arqueológicos, entre las que destacan el saqueo o expolio

---

la libertad de acudir a las vías civiles y penales para restituir su patrimonio respecto de los distintos Estados miembros de la Unión Europea.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ TEMIÑO, I.: La Arqueología herida, en <http://www.freewebs.com/laranzada/articulos/La-arqueologia-herida.pdf>, 2004. pág. 23.

<sup>14</sup> Sobre este último autor, es especialmente completa su obra *Indiana Jones sin futuro. La lucha contra el expolio del patrimonio arqueológico*. JAS Arqueología Editorial, ed. Junio 2012.

de yacimientos<sup>15</sup>, sean a través de la arqueología submarina o por el uso fraudulento de detectores de metales. Toda vez que la utilización de dichos elementos por excavadores ilegales resulta muy peligrosa, no sólo por detraer bienes de relevancia histórica y cultural del dominio público, sino también por producir consecuencias dañinas en el yacimiento, que dan lugar a la imposibilidad de cumplir su función esencial: aportar vestigios para el estudio de la evolución de la civilización<sup>16</sup>. El saqueo de los yacimientos a través de detectores de metales afecta especialmente al patrimonio numismático, que constituye un elemento clave para la determinación de la antigüedad del yacimiento, y del substrato en que las monedas han sido halladas<sup>17</sup>. Hasta tal punto que provocó una reforma legal en la comunidad andaluza –una de las más afectadas por su gran riqueza arqueológica y cultural- que impone la necesidad de sistemas de permiso o matriculación a las personas que utilicen los detectores. No hay previsión sobre el uso de esos aparatos en la ley penal, aunque entiendo que su empleo abusivo debe considerarse delictivo - como forma imperfecta de ejecución -cuando inequívocamente se usan para saquear yacimientos. Es el caso de los que hacen catas portando detectores de metales y material para escarbar, en zona arqueológica; o de los que simplemente son sorprendidos con ellos de noche en yacimientos declarados y señalizados sin otra explicación posible que extraer piezas, mucho más si constan sanciones administrativas previas contra ellos por asuntos semejantes; y otros casos similares en los que es ficticio argüir la equívocidad de los indicios para no castigar el hecho penalmente.

Considero que las razones expuestas son más que suficientes para que el legislador español haya estimado necesaria la tipificación expresa en el Código penal de los daños en *yacimiento arqueológico*, que es definido por el DRAE como *el lugar en que se hallan los restos arqueológicos*, delimitado por el artículo 40 de la LPHE como *el conjunto de bienes muebles e inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental*. En este sentido, se hace evidente que debe tenerse en consideración al contemplar los daños sobre los bienes arqueológicos el entorno con el que deben ser jurídicamente relacionados (*Zonas Arqueológicas* que aparecen descritas en el artículo 15.5 de la LPHE<sup>18</sup> y otras normas

---

<sup>15</sup> Según la *STC 17/1991, de 31 de Enero* “La acepción constitucional del concepto *expropiación* no debe quedar limitada al estricto sentido gramatical del término, como ocurre en general con los conceptos indeterminados, que rebasan su acepción literal para alcanzar el sentido que la experiencia les ha ido atribuyendo”.

<sup>16</sup> ROMA VALDÉS A.: “La protección del Patrimonio Arqueológico”, en *Estudios del Ministerio Fiscal*, Madrid, 1998, pág. 22., aclara que el yacimiento estará constituido tanto por bienes muebles como inmuebles. La única posibilidad de conocimiento pasa por el estudio sistemático de ambos, su plasmación en archivos, en que quede constancia del sustrato en que han sido localizados, y la datación del yacimiento y de cada uno de los estratos encontrados.

<sup>17</sup> Así, el *Consejo de Europa*, en sus *Recomendaciones*, señala la necesidad de que los Estados deben instituir un sistema de protección de su Patrimonio Arqueológico, teniendo en consideración que “los detectores de metales hacen peligrar los elementos más específicos de la Arqueología”.

<sup>18</sup> Son Zonas Arqueológicas “Aquellos lugares o parajes donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, o bajo las aguas territoriales españolas”.

autonómicas análogas, al definir las como espacios claramente delimitados en los que se tenga constancia de la existencia de restos arqueológicos relevantes<sup>19</sup>).

Así, examinando en el Código Penal la protección del patrimonio arqueológico, que aparece junto a otros similares objetos de protección, un somero análisis de las conductas atentatorias contra el Patrimonio histórico sugiere la falta de homogeneidad con que el legislador trata los valores protegidos. Así en los delitos de hurto (art. 235.1.1º) y apropiación indebida (nuevo art. 254), se refiere a *cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*; en la estafa (art. 250.1.3º tras la reforma), a *bienes que integren el patrimonio histórico, artístico, cultural o científico*; en el art. 289 a *cosa propia de utilidad social o cultural*; en la receptación (art. 298.1º); en los delitos contra la ordenación del territorio (art. 319.1) a *lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, histórico, artístico, cultural*; en los delitos contra el Patrimonio histórico estricto a *edificios singularmente protegidos por interés histórico, artístico, cultural o monumental* (art. 321) y a *bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental* así como a *los yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos* (arts. 323 y 324). Desaparece ya en el delito de malversación (anterior texto del art. 432.2) la referencia a *“cosas declaradas de valor histórico o artístico”*; en los delitos contra la Comunidad Internacional (arts. 613.1 a) y 614) a *bienes de valor histórico, artístico, cultural o monumental*.

**6.1. La consideración de los valores históricos tutelados como elementos normativos de valoración judicial.**- La mayoría de la doctrina entiende que nos encontramos ante un concepto normativo pendiente de valoración por el órgano judicial, atendiendo a las características del objeto, y a las inquietudes sociales imperantes en el momento de aplicación del precepto. El vigente Código penal sigue la línea de no exigir la previa declaración administrativa en la agravación de los delitos de hurto, robo, estafa o apropiación indebida de cosa mueble ajena y daños, eliminando tras la reforma de la L.O. 1/2015, dentro del ámbito de los bienes muebles<sup>20</sup>, la exigencia de la previa declaración en el delito de malversación -art. 432.2, ya desaparecida-.

Esta opción legislativa presenta, como principal desventaja, la inseguridad jurídica que representa que la determinación del concepto y la valoración del bien cultural se deje en manos de un órgano judicial que, por lo común, carece de los conocimientos especializados en la materia. En este sentido, son esenciales los informes y peritajes que puede recibir el Tribunal por personas especializadas. Desde este punto de vista, en cuanto a los criterios útiles para clarificar si un lugar tiene la categoría de yacimiento arqueológico, deberán ser

---

<sup>19</sup> Según GARCÍA CALDERÓN, J.: La Protección penal del Patrimonio Arqueológico, en *Curso sobre protección jurídica del Patrimonio Cultural*, Fiscalía General del Estado y Universidad Pablo Olavide, Carmona, Septiembre de 2007. Esta menor extensión resulta engañosa, ya que se encuentra, sin embargo, afectada por rígidos controles urbanísticos realizados desde la propia Administración cultural, ya que su identificación determina la declaración de servidumbre legal, el desarrollo de amplias funciones de inspección de la actividad desarrollada y la adopción de medidas de control puramente urbanístico.

<sup>20</sup> La exigencia de la previa declaración formal en el campo de los bienes inmuebles prevista ya en el PCP, carece en principio aunque no siempre, de los inconvenientes denunciados respecto a los bienes muebles, por cuanto que en aquellos el nivel de reconocimiento y catalogación es muy superior.

calificados como tales –cuando no están declarados - en consideración al supuesto concreto y las circunstancias específicas que le rodean. Podemos considerar con carácter general, como bienes de valor histórico, artístico o cultural los que reúnan algunos de los requisitos siguientes<sup>21</sup>: a) bienes que hayan sido declarados como tales (art. 9 LPHE) o sobre los que se haya incoado expediente de declaración de interés cultural (art. 11 LPHE). Tal declaración puede recaer sobre bienes inmuebles, entre ellos Zonas Arqueológicas (art. 14.2 y ss.); b) también tendrán la consideración de BIC, los bienes muebles integrados en un inmueble objeto de declaración, cuando ésta los reconozca como integrantes de su historia (art. 27 LPHE); c) bienes que específicamente puedan definirse como Patrimonio Arqueológico en los términos de la Ley (art. 40 a 45), aparte de los comprendidos en la Legislación Internacional<sup>22</sup> y Autonómica.

**6.2. En cuanto al criterio judicial,** la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que muy someramente he ido ya abordando, aún escasa (no añaden nada doctrinalmente sentencias de conformidad ante los Juzgados de lo Penal, como la condenatoria reciente del J.P. nº 2 de Cáceres, de 29.10.2015, o la del J.P. nº 1 de Córdoba, de 1.6.2017), , se decantó por el sentido expuesto: destaca la Sentencia de 6 de junio de 1988<sup>23</sup> que, tras analizar distintas posturas doctrinales, el artículo 46 de la Constitución y la LPHE, indica que *el mandato constitucional de dotar de protección penal, se extiende a toda clase de bienes que per se o en la realidad tengan el mencionado valor, sea cual fuera la situación jurídica de los mismos, sean de dominio público o privado*. En el plano provincial, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de fecha 11.11.2008, establecía que no es necesaria la declaración como BIC, bastando la notoriedad de la antigüedad del bien afectado y la pérdida de información histórica.

Desde 1988 hasta la actualidad, a pesar de los escasos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre atentados contra el Patrimonio Histórico, menos aún el arqueológico, es constante la uniformidad jurisprudencial sobre la no necesidad de previa declaración formal. Así se lee en sentencia de 12 de Noviembre de 1991 (RJ 1991/8049)<sup>24</sup> ; en idéntico sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 1995; o la sentencia de la Audiencia

<sup>21</sup> Otras clasificaciones en OROZCO PARDO y PÉREZ ALONSO, E. J. : *La tutela civil y penal...*, ob. cit., págs. 173 y ss.; SALINERO ALONSO, C.: *La protección del Patrimonio Histórico*, ob. cit., págs. 197 y ss.; RENART GARCÍA, F. : *El delito de daños...*, ob. cit., págs. 262 y ss.

<sup>22</sup> Sin pretender ser exhaustivos, al haber tratado la legislación internacional extensamente en el capítulo II, destaca la relación de bienes culturales recogidos en el art. 1 del Convenio de París de 14 de Noviembre de 1970; Anexo del Reglamento (CEE) num. 3911/92, de 9 de Diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales, modificado por Reglamento num. 2496/96, de 16 de Diciembre de 1996; Directiva de la CEE 93/7, de 15 de Marzo de 1993, relativa a la restitución de los bienes que hayan salido ilegalmente del territorio de un Estado miembro, modificado por Directiva 96/100/CE (diario oficial num. L060, de 1 de Marzo de 1997); Convenio de *Unidroit* sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, Roma 24 de Junio de 1995.

<sup>23</sup> *Vid.*, en el mismo sentido, Sentencia de 12 de noviembre de 1991 (Pte. DIAZ PALOS), Sentencia de 20 de diciembre de 1991 (Pte. GARCIA ANCOS), Sentencia de 3 de junio de 1995 (Pte. MONTERO FERNÁNDEZ CID).

<sup>24</sup> En la misma línea, la STS de 14 de Abril de 1992 (RJ 1992/3058), STS de 9 de Junio de 1992 (RJ 1992/4893) y STS de 14 de Septiembre de 1992 (RJ 1992/7138). Más recientemente, la sentencia de 11 de Febrero de 1999 (ARP 1999/565) de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra).

Provincial de Baleares de 1 de Marzo de 1994, (ARP 1994/453) con la STS de 3 de Junio de 1995 (RJ 1995/4535) –resolviendo el recurso de casación interpuesto frente a la primera– tienen una trascendencia básica, no sólo por confirmar el criterio jurisprudencial, sino por haber dado origen a la definitiva resolución del debate doctrinal a través del recurso de amparo nº 3002/1995.

La mera existencia de un patrimonio oculto o desconocido- así la mayoría de los daños y expolios verificados en yacimientos arqueológicos son inmediatamente subsiguientes a su descubrimiento- se vería gravemente afectada por una exigencia formal no prevista en la Constitución, más en un país en el que *la catalogación de bienes es uno de los grandes fracasos desde que el Estado interviene en esta materia*<sup>25</sup>. El penalista debe tener en consideración un concepto “real” del bien histórico, normativamente vinculado a la legislación específica, pero no dependiente de las decisiones administrativas o de los registros oficiales.

Con todo, hoy la realidad judicial muestra aún la escasez de denuncias, incluso las de origen administrativo, por conductas atentatorias contra bienes culturales, que contrasta con el elevado número de agresiones que sufren. Igualmente refleja que existe una escasa conciencia entre el común de la ciudadanía acerca de que es pública la titularidad de los bienes ocultos amenazados y un generalizado convencimiento que es la Administración a quien únicamente compete la labor de tutelar y salvaguardar la integridad de nuestro acervo cultural<sup>26</sup>

Los tipos penales en los que pueden tener encaje acciones atentatorias contra el patrimonio arqueológico, de ordinario agravando la conducta, fueron antes reseñados en la tipologías existentes desde el 1 de julio de 2015 (artículos 235.1.1º; 241.4; 250.1º y 3º, 254.1; 289<sup>27</sup>; 298.1º a). Más el artículo 2.2 a) de la Ley de Contrabando (L.O. 12/1995, reformado en 2011; antes 2.1.e), antes expuesto, siempre, como se dijo antes, que el valor de la pieza de arqueología alcance los 50.000 euros.

Ello trae consigo inconvenientes tanto dogmáticos como de política criminal; no sólo la falta de coordinación derivada de la ausencia de una sistemática racional con los delitos contra la propiedad (García Calderón habla de *fraude de etiquetas*), sino lo que es más grave,

---

<sup>25</sup> ALONSO IBÁÑEZ, M<sup>a</sup>. R.: *El patrimonio...*, ob. cit., pág. 358. VERCHER NOGUERA, A. (*De los delitos...*, ob. cit., pág. 1477, señala que puede ocurrir que en el derribo de un edificio sin valor histórico, aparezca otro edificio o parte del mismo con este carácter, si fuese esencial el reconocimiento administrativo previo para la protección del segundo, su derribo o alteración grave quedaría impune.

<sup>26</sup> Conclusiones de las II y III Reunión de Trabajo de la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz y la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el 3 de Marzo de 2005 y el 2 de Marzo de 2006, los textos íntegro están recogidos en <http://www.defensor-and.es/prensa/comunicados/fiscal2.htm> y /fiscal3htm.

<sup>27</sup> TAMARIT SUMALLA, en “*De los delitos sobre el Patrimonio Histórico. Comentarios al Nuevo Código penal*” de G. QUINTERO OLIVARES (Dtor.) y J. M. VALLE MUÑIZ (Coord.), Edt. Aranzadi, pág. 1499, dice: “... el nuevo grupo de delito convive con los delitos cualificados específicos en el hurto, la estafa, la apropiación de cosa perdida y la malversación de caudales públicos (art. 235.1, 250.5, 253 y 432.2), en los que la fórmula tripartita tradicional se ve completada con la adición del término “científico”, que va más allá de lo previsto en la Constitución”.



la no estimación del patrimonio histórico como bien jurídico autónomo, al configurarse como agravante de una conducta lesiva contra un bien jurídico diverso, de contenido marcadamente patrimonial, cual es la propiedad individual<sup>28</sup>. Así, lo cierto es que la esencia del injusto de las figuras agravadas de delitos patrimoniales por razón de la naturaleza cultural del objeto - singularmente en lo que se refiere a los muebles- sigue siendo en cuanto al desvalor de la acción y a la forma de ejecución de la conducta, la misma que en los delitos de apoderamiento y defraudatorios.

Esto obligaría sin duda a legislar en la materia con algo más de concreción, y de conexión con las normas administrativas<sup>29</sup>, subrayando, con evidente carga intencional, el carácter colectivo de la lesión, y después significar que – además - compromete un patrimonio particular, y no a la inversa.

Otra objeción a considerar a la hora de plantearse reformas del texto penal es la falta de unidad en la terminología y la confusión en los términos utilizados. Aún desaparecidas tras la reforma operada por L.O. 1/2015 las diferentes y absurdas enumeraciones recogidas en el artículo 323 (*archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente...*), se mantiene el sinsentido en la modalidad imprudente del art. 324, que no se ha reformado. En todo caso y salvo la dudosa incorporación del término *expolio*, sigue sin mantenerse la terminología utilizada por la Ley de Patrimonio Histórico, acerca de qué constituye patrimonio histórico, al margen de toda coherencia y rigor exigible en una materia como la penal. Lo que abunda más en la confusión, acrecentada por la imprecisión utilizada al referirse a los distintos valores objeto de protección, según vimos antes.

Mejorable es también - y por eso se critica por la doctrina - el defectuoso sistema de penas. Sin embargo, estimo que la nueva previsión del art. 323, agravando la conducta, cuando *los daños fueran de especial gravedad o hubieran afectado a bienes (...) de valor especialmente relevante*, es muy positiva pues permite agravar la pena en situaciones de especial trascendencia para la colectividad, que antes no tenían respuesta más allá del máximo 3 años de prisión, cosa que sí se ha previsto siempre para ataques menos graves a la propiedad privada en general. Esto facilita, por proporcionada, la posibilidad de acudir a medidas invasivas de derechos fundamentales, como las escuchas telefónicas tan eficaces en estos delitos. Tal se deriva del juego de los arts. 588 ter.a y 579.1 de la LECriminal, tras la reforma de la L.O. 13/2015 (mínimo de 3 años de prisión).

De otra parte, se ha introducido ahora un aspecto a mi modo de ver fundamental en la modificación legal tantas veces mencionada: el abandono de un criterio puramente económico

---

<sup>28</sup> Particularmente crítico, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Protección del patrimonio histórico español: Aproximación a la situación actual y proyecto de reforma”, en *Cuadernos de Política Criminal*, págs. 510 y ss., afirma que el tratamiento penal del ataque contra los bienes integrantes del patrimonio histórico, está dispersado por nuestra legislación penal, a pesar de la conveniencia de identificar las infracciones contra dicho patrimonio con un criterio unificador.

<sup>29</sup> En la actualidad, poca colaboración se nota entre la Ley de Patrimonio Histórico y el Código penal, lo que denuncia atinadamente la Memoria de Fiscalía General del Estado del año 1997 (*Memoria elevada al Gobierno, Madrid, 1998*. págs. 575 y ss.).

para la delimitación entre la figura delictiva integrada en el art. 323 y la *antigua* falta del art. 625. Ello no parecía compatible con el *valor inmaterial* de la cultura y el conocimiento. Cuando un expoliador de un yacimiento arqueológico se apodera de una pieza, de un objeto de éste, es posible que en sí no supere los 400 euros, pero el perjuicio patrimonial no está en ello, sino en la destrucción de un *contexto*, por utilizar una correcta expresión habitualmente leída en informes periciales. Así ocurre en la ruptura de estratos por no haberse extraído con metodología arqueológica, porque se pierde una información histórica de muy compleja valoración. Por ello, esta modificación debe valorarse positivamente.

De igual modo es rechazable la defectuosa comparación de penas entre el artículo 321 y el 323, al castigar más gravemente y de forma ilógica la conducta prevista en el segundo precepto. Ya que, aunque las penas de prisión y multa ahora sean alternativas en el art. 323, se recoge desde el 1 de julio de 2015 una modalidad agravada que en el 321 no se prevé para inmuebles, sin razones sólidas para ello. También entiendo rechazable la falta de coordinación entre las multas previstas en el Código penal y las previstas en el Título IX de la LPH, al referirse a las infracciones administrativas y sus sanciones, con cuantías manifiestamente superiores a las penales.

Por último, se prevé ahora, frente a la regulación previa a la L.O. 1/2015, del nuevo subtipo agravado en los supuestos de receptación de objetos procedentes de yacimientos (art. 298.1.a), delito frecuente y que da lugar a sustracciones “selectivas”, que responde a la existencia de redes de tráfico de obras de arte y a que ese tráfico se realiza en numerosas ocasiones utilizando establecimientos comerciales. También anticipamos ya que el vocablo *expoliación* - definido en el artículo 4 de la LPH – se ha introducido en la norma penal.

La enumeración dada debe completarse con una dificultad añadida, cual es la ausencia de una jurisprudencia uniforme y clarificadora sobre los distintos atentados contra al patrimonio histórico, ante la dificultad que el examen de estos tipos llegue al Tribunal Supremo, por tratarse de delitos que no superan los 5 de prisión, aún cuando se produjera un concurso de delitos entre los artículos 319 o 321 con el 338 del Código Penal. Norma ésta última que impone una agravación específica para el caso que las conductas definidas en algunos de ellos delitos afecten a un espacio natural protegido. Tampoco tras la reforma de la L.O. 1/2015 el *muy grave o especialmente relevante* expolio permite superar los 4 años y 6 meses de prisión. La competencia para el enjuiciamiento de los delitos objeto de estudio está atribuida al Juzgado de lo Penal, en virtud del artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta dificultad determinó que un sector doctrinal reclamara en el supuesto de delincuencia urbanística, perfectamente trasladable a la materia que nos ocupa, la instauración de un *recurso en interés de ley* al estimar muy necesario la actuación de un órgano judicial central de unificación de doctrina. Este sector destaca la posibilidad material de la propuesta, recordando precedentes legislativos como el dispuesto en el art. 226 de la Ley de Procedimiento Laboral, que prevé un “*recurso de casación para unificación de doctrina*”, o el previsto en la ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal

de los menores. Igualmente en las *Conclusiones del defensor del pueblo andaluz sobre los problemas prácticos de los delitos contra la ordenación del territorio y del patrimonio histórico*, de Marzo de 2005, se puso de manifiesto la necesidad de una reforma procesal que permitiera la efectiva instauración de la segunda instancia penal en apelación ante la sala de lo penal del Tribunal Superior de Justicia para la unificación de criterios, evitando de esta forma la situación actual, que por razones técnicas impide el pronunciamiento del Supremo en esta materia.

## **7. Artículo 323: daños al patrimonio cultural.**

El artículo 323 del Código Penal ahora vigente castiga con una pena de prisión de 6 meses (en vez de 1 año) a 3 años o (esta alternativa es novedad) multa de 12 a 24 meses al que *cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos (...) y el expolio de estos últimos*. Mejora pues respecto a la deficiente descripción anterior de “daños en un archivo, registro museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos”. Inecesaria y perturbadora enumeración que, sin embargo, se mantiene incongruentemente hoy para la modalidad de imprudencia grave en el art. 324.

La formulación típica de los daños plantea a tenor de la doctrina científica que ha analizado la materia, dos problemas primordiales: a) la tradicional ausencia de una definición legal de daños<sup>30</sup>, y b) el carácter “multívoco” del término. Vamos a hacer un breve análisis de estas cuestiones:

### **7.1. Ausencia de una definición legal de daños; la equívocidad del término daños.**

La ausencia de definición por parte del legislador al describir la conducta típica de los daños, ha dado lugar a un constante intento por parte de la doctrina de dotarla de contenido. Pues como ya se ha adelantado, no existe unanimidad en cuanto si el tipo de daños ha de ser entendido como lesión o perjuicio en la materialidad de la cosa o bien, por el contrario también realiza el tipo una acción consistente en inutilizarla o privarla de su capacidad de uso sin menoscabo de la entidad material.

La discusión se fundamenta en tres aspectos básicos: 1º) si la conducta típica ha de consistir exclusivamente en una destrucción o deterioro del objeto material, o si también se realiza el tipo al destruir o deteriorar el valor de uso o destino de la cosa; 2º) si es necesario causar un perjuicio patrimonial al sujeto pasivo; y 3º) la exigencia o no de un elemento subjetivo distinto al dolo. Con respecto a la primera cuestión, la doctrina mayoritaria ha venido sosteniendo que el delito de daños al patrimonio arqueológico no requiere

---

<sup>30</sup> Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Curso de Derecho penal*, t. II, Madrid, 1963, págs. 290 y ss.; JORGE BARREIRO, A.: “El delito de daños en el Código penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, enero-abril, 1983, págs. 505 y ss.; SUAY HERNÁNDEZ, C.: *Los elementos*, op. cit., págs. 15 y ss.; VAELLO ESQUERDO, E.: “La defensa”, ob. cit., pág. 699; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español*, ob. cit., pág. 383.

necesariamente un perjuicio patrimonial, siendo suficiente con la destrucción, deterioro o inutilización de la cosa sobre la que recae la acción, lo cual puede llevarse a cabo por cualquier medio capaz de producir los daños.

**7.2. Conducta típica.** La acción típica del delito previsto en el artículo 323 consiste en *causar daños*. Afirma García Calderón<sup>31</sup> que *el daño no tiene por qué ser estrictamente físico o material, que suponga una merma de su sustancia pudiendo, por ejemplo, en consonancia con el concepto normativo de patrimonio, irrogarse un daño social impidiendo que el bien afectado pueda ser visionado o disfrutado por la colectividad(...)*<sup>32</sup>.

Uno de los problemas tradicionales en el delito de daños a bienes de un yacimiento arqueológico, es el referido a si resulta imprescindible para la concurrencia del tipo, que el daño implique un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo. Desde luego era rechazable que el legislador utilizara antes el criterio del valor económico – y que mantuvo con ocasión en la reforma de la L.O.10/2010 - para distinguir entre el delito y la falta dolosos, más acorde con la razón que inspiró la tutela autónoma del patrimonio histórico<sup>33</sup>. Sin embargo vuelve a mantenerlo después de la última reforma para el delito imprudente. Es preferible sin duda el criterio de la *reversibilidad de los daños*, o el principio de *relevancia*, para delimitar la tipicidad de los daños, como se hace ahora. Así el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de noviembre de 1990<sup>34</sup> ya identificaba la *irreversibilidad* con la imposibilidad de devolver la cosa a su estado de partida por la acción del hombre, lo que sistemáticamente acontece en un yacimiento expoliado.

El tipo penal debe de aplicarse a toda acción que dé lugar a un daño en cualquiera de los bienes relacionados en el precepto, señaladamente a un yacimiento: a lo que se debe atender no es tanto al valor económico del daño como al carácter cultural o la historicidad ínsitos en los bienes lesionados, de modo que el desvalor de la acción y del resultado no irían referidos tanto al valor económico sino a la significación de la conducta atendiendo al *valor histórico y cultural* de los bienes afectados. Por tanto, el perjuicio económico sólo se tendría en consideración para determinar la responsabilidad civil derivada del delito.

### 7.3. EL OBJETO MATERIAL

Una mera lectura del art. 323, revela que el objeto material sobre el que recae la acción típica estudiada está definido junto a otras de condición muy diversa y en términos amplios, con el concurso de una descripción genérica (*bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural, yacimiento, expolio*), y una referencia particularizada. En concreto, los daños en el

<sup>31</sup> GARCÍA CALDERÓN, J. M.: “La protección penal del patrimonio histórico”, ob. cit., pág. 424.

<sup>32</sup> VERCHER NOGUERA, A.: ob. cit., pág. 46.

<sup>33</sup> Más extensamente, el capítulo relativo a la evolución histórica y al bien jurídico protegido (cap. III, aptdo. IV).

<sup>34</sup> Sentencia de 30 de noviembre de 1990, caso de la central térmica de Cers., fundamento jurídico decimoséptimo.

patrimonio arqueológico responden a dos necesidades de protección, presente y futura, aún cuando no se prevea singularidad alguna en nuestra legislación.

Conforme a lo anterior, la protección penal del patrimonio arqueológico se centra en un bien jurídico extremadamente amplio que engloba la propiedad individual, la propiedad colectiva o el interés social, e incluso el entorno natural o urbanístico (como muestra de esta preocupación puede examinarse el art. 319.1º del texto penal) donde se encuentran los yacimientos o zonas arqueológicas. Y ello con independencia que puedan distinguirse piezas arqueológicas integradas en el patrimonio histórico mueble, o vestigios y elementos arquitectónicos que puedan encontrarse en el patrimonio histórico inmueble o, incluso en el patrimonio natural.

Las dificultades de la Administración para proteger y gestionar una riqueza tan abundante, han hecho que el legislador considere necesario establecer una fórmula de hiperprotección otorgando a los bienes arqueológicos el carácter de bienes de dominio público. Recordemos que el art. 44 LPH considera bienes de dominio público *todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español, y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar*. Así hay una marcada tendencia hacia la demanialidad *ope legis*<sup>35</sup> de los bienes que contengan información del pasado<sup>36</sup>, a través de las conocidas previsiones relativas a que 1º) el descubridor deberá comunicar a la Administración competente su descubrimiento en el plazo máximo de treinta días y de forma inmediata cuando se trate de hallazgos casuales; 2º) hasta el momento de la entrega efectiva resulta aplicable al poseedor de los bienes el régimen de depósito legal; 3º) el descubridor o propietario del lugar en que hubiese sido hallado el bien, tendrá derecho en concepto de premio metálico a la mitad del valor que en tasación legal se otorgue al bien<sup>37</sup> 4º) el incumplimiento de las anteriores obligaciones privará al descubridor a al propietario del derecho al premio y los objetos quedarán de forma inmediata a disposición de la Administración competente, sin perjuicio de la responsabilidades en que pueda incurrir.

---

<sup>35</sup> Tendencia apoyada por la Jurisprudencia: -*STC de 29 de Noviembre de 1988* (STC 227/1988). “La incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente dirigida a excluir al bien afectado al tráfico jurídico privado..su afectación puede perseguir distintos fines: asegurar el uso público, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional (art. 339 del C.c.). A esta especie pertenecen los restos arqueológicos incluidos en el art. 44.1 de la LPH.

-*SAP de Badajoz de 11 de Noviembre de 2001*.· Los bienes que integran nuestro patrimonio histórico están sujetos a un régimen jurídico distinto al resto de los bienes muebles e inmuebles susceptibles de titularidad o posesión privada. Es más su tenencia, conservación y transmisión están legalmente reguladas, por lo que la circunstancia de ajenidad ninguna influencia práctica tiene en este sentido, originándose el ilícito penal por la conducta dañosa sobre aquel, con independencia que sea o no su propietario.

<sup>36</sup> La afectación del bien se dará en la medida que el mismo fomente la riqueza nacional (art. 339.2 Código civil).

<sup>37</sup> Con esta previsión el precepto se aparta del régimen establecido para el tesoro oculto en el art. 351 del C. civil. Se excluye de este régimen el hallazgo de las partes integrantes de la estructura arquitectónica de un inmueble que se encuentre incluido en el Registro de Bienes de Interés Cultural.

Implícita alusión a la responsabilidad penal por apropiación indebida prevista con carácter agravado en el vigente art. 254 del C.P.

En consecuencia, podemos afirmar que los daños típicos no se reducirán a los producidos como consecuencia de excavaciones en ejecución o ejecutadas, sino que se extenderán a lo todavía oculto o no declarado oficialmente.

En virtud de lo expuesto, la LPHE considera como *infracciones administrativas* “salvo que estos hechos constituyen delitos”, en su artículo 42.3, las excavaciones o prospecciones arqueológicas u otras obras ilícitas realizadas sin la autorización correspondiente, o las llevadas a cabo con incumplimiento de los términos autorizados, así como las obras de remoción de tierra, de demolición o cualquiera otras realizadas con posterioridad en el lugar en que se halla producido un hallazgo casual de objetos arqueológicos que no hubiera sido comunicada de forma inmediata a la Administración competente.

La respuesta doctrinal ante la inclusión autónoma de este tipo de daños del artículo 323, ha sido diversa. De una parte, hay autores<sup>38</sup> que consideran que resulta criticable la restricción del tipo únicamente a los yacimientos arqueológicos *terrestres o subacuáticos* (distinción posiblemente superflua introducida a partir del 1 de julio de 2015), dejando fuera otro tipo de yacimientos como los paleontológicos, que merecerían la misma tutela. No obstante, a este respecto, es destacable la posición<sup>39</sup> que estima que en la previsión del yacimiento arqueológico está incluido el yacimiento paleontológico, afirmación que fundamenta en la consideración de la arqueología y la paleontología como dos ciencias que estudian con métodos distintos una misma cosa.

En cualquier caso, en cuanto las actuaciones referidas a excavaciones o prospecciones arqueológicas conduzcan a un resultado dañoso en el yacimiento arqueológico, constituirán un delito de daños integrado en el artículo 323.

Finalmente, destaca la ausencia de referencia al patrimonio arqueológico en el delito de hurto<sup>40</sup>, lo cual resulta criticable y más desaprovechando la oportunidad de la reforma de la L.O. 1/2015, que sí la prevé para el nuevo art. 323, teniendo en consideración el carácter de bienes de dominio público de los hallazgos arqueológicos. Si bien estimamos que esta

---

<sup>38</sup> DE LA CUESTA ARAZAMENDI, J. L. : “Delitos relativos a la ordenación del territorio”, ob. cit., pág. 21.

<sup>39</sup> ROMA VALDÉS, A.: “Las excavaciones ilegales y la protección penal del patrimonio arqueológico”, en *Revista de Derecho Ambiental*, nº. 17, págs. 59 y ss.

<sup>40</sup> En este sentido, GONZÁLEZ GONZÁLEZ: “Protección penal del Patrimonio histórico español”, ob. cit., pág. 516, criticaba esta omisión por el Anteproyecto de Ley.

- *SAP DE León de 1 de Marzo de 2000* (2000/13040 EDE) Los objetos arqueológicos son de dominio público y por tanto están dotados de la naturaleza de ser ajenos.

- *SAP de Granada 31 de Noviembre de 2001*. Se absuelve a los acusados de los delitos de hurto y apropiación indebida, a pesar que en sus domicilios se encontraron gran cantidad de piezas arqueológicas procedentes de saqueos, por falta del requisito de ajenidad de la cosa, aludiendo al término excavaciones fraudulentas: “no existe tenencia material por razón del desconocimiento que tiene el dueño de su situación en el espacio”.

conducta tendrá cabida en el artículo 235.1.1º CP, en virtud del *valor artístico, cultural, histórico o científico* de la cosa hurtada, desaparecida ahora la consideración de cosa “destinada al servicio público”, prevista en el anterior apartado 2º del mismo precepto, pues dichos objetos no son propiedad del titular del fondo en que se hallen ni de su descubridor, sino que en todo caso, su titularidad corresponde al Estado, en virtud del citado artículo 44.1 LPHE.

**7.4. La valoración del daño. El problema del valor incalculable.** Al analizar la existencia de un límite cuantitativo en los daños al Patrimonio Histórico con relevancia penal, hay que recordar que, aún cuando el artículo 323 no establecía (ni establece ahora) ningún límite, el artículo 625 al definir las faltas contra la propiedad y como subtipo agravado, incluía los daños sobre bienes de valor artístico, histórico o monumental que no superaran los 400 euros, por lo que había que deducir, *sensu contrario*, que el valor del daño causado en un bien cultural, cualquiera que fuera su índole, debía superar esa cantidad para que pudiera ser calificado como delito (así, sentencia A.P. de Pontevedra de 15.7.2014). No obstante la supresión de la falta específica, continúa existiendo ese límite de 400 euros para los daños genéricos del 263 e incluso para los daños a estos bienes sensibles causados a imprudencia grave (art. 324 del C.P.), tipo que constituye un ejemplo de incoherencia normativa al mantener la inútil enumeración que suprime para la modalidad dolosa.

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia<sup>41</sup> consideró siempre que no es aconsejable acudir a este criterio cuantitativo y que debe atenderse únicamente al valor cultural del objeto como se hace ahora en la forma dolosa, aún cuando reconocen que el criterio cuantitativo era el único viable para diferenciar la antigua falta del delito<sup>42</sup>. La confusión entre el valor pecuniario y el histórico se expuso, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 11.12.2001, acerca de los daños a una pieza arqueológica romana, causados por retallado para *perfilarla*: el tribunal recuerda que aunque con esa práctica pueda haber aumentado su valor de mercado, supone inevitablemente una disminución de su valor histórico.

Baste decir por ahora, perdida en buena parte la distinción puramente dineraria en 400 euros, que utilizando criterios no meramente económicos, y dada la necesidad que el perjuicio sea evaluado por peritos cualificados<sup>43</sup> sería difícil encontrar supuestos de expolio o

---

<sup>41</sup> -TS de 8 de Abril de 1986 y 14 de Abril de 1992. La extrema complejidad para valorar el bien en numerosos casos son bienes históricos de valor incalculable. La imposibilidad de valorar el bien no implicaría presumir en beneficio del reo, que su importe es inferior al límite de 400 euros. Por tanto, acreditado el carácter incalculable, la fijación de la responsabilidad civil será diferida a la ejecución de la sentencia

-STS de 14 de Septiembre de 1992 (1992/8743 EDE)

<sup>42</sup> En este sentido, GUIASOLA LERMA, C.: ob. cit., pág. 618. Considera que en caso contrario no tendríamos criterio legal alguno para delimitar la falta del delito, lo cual no es muy acorde con el principio de legalidad.; y en segundo término porque en la comisión imprudente prevista en el art. 324 si se hace mención a esa cantidad.

<sup>43</sup> Sobre las dificultades de valoración de los bienes arqueológicos que exigen conocimientos científicos, dados los consideraciones morfológicas, cronológicas, el desvalor relevante por el estado de conservación... STS

destrucción de bienes arqueológicos que no superen esa cantidad. Recapitulando, un reputado sector doctrinal<sup>44</sup> que ha tratado la cuestión, considera esencial plantearse en materia de valoración del daño al Patrimonio Histórico la posible inclusión dentro del texto penal del concepto de *valor incalculable*. En cualquier caso parece obvio que un daño de menor cuantía en un yacimiento, aparte de difícil de concebir, podría merecer el reproche como daños genéricos del art. 263.1, segundo párrafo, tras su redacción hecha por L.O. 1/2015.

Como colofón a lo expuesto, la valoración puede tomar como referente el mercado lícito de antigüedades, pero no puede ser el principal, y de hecho está prohibido traficar con determinados bienes arqueológicos, como con el patrimonio cultural subacuático. En todo caso, habrá de incluirse el valor material y el inmaterial, incluyendo gastos de estudio y documentación arqueológica, aparte de la reparación cuando sea posible. El examen completo de este asunto se deja para otra ponencia del curso. Dos solos apuntes más: primero, ha de concurrir una mínima gravedad del daño para justificar la aplicación del Derecho Penal, integrando en la vía administrativa sancionadora los de escasa cuantía fácilmente restañables, como determinados grafitos desluciendo edificios que no afectan sustancialmente al bien cultural (antigua falta del art. 626 del C.P.). Y segundo, la valoración ha de incluir los daños inmateriales, como su valor inmanente, informativo o documental, como pérdida de conocimiento, a veces mayor que el daño material.

**7.5. En cuanto a los sujetos activos**, el delito previsto en el artículo 323 no requiere cualificación especial, ni siquiera cuando se plantea en concurso con el delito del art. 319.1º del C.P. por afectar una obra a un yacimiento, pues cualquiera puede ser promotor sin necesidad de especial cualificación profesional, como hasta en tres sentencias ha señalado el Alto Tribunal para el delito urbanístico. Desde otra perspectiva, ha de destacarse que el legislador no ha previsto la modalidad imprudente en el delito de sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, mientras que en el supuesto de los daños al patrimonio histórico, el artículo 324 contempla los daños imprudentes, admitiendo que el titular del bien pueda causar daños a un bien cultural, en atención a la indeterminación con la que configura el sujeto activo del delito.

Tampoco existe previsión de la pena de inhabilitación especial, común en los delitos especiales, previsión que sería a mi entender aconsejable, desde una perspectiva político criminal y *de lege ferenda*, ya que en numerosas ocasiones los autores de los daños son profesionales de la construcción que obtienen importantes beneficios, a pesar de la posible sanción que pueda derivarse del daño producido sobre el patrimonio histórico. A este respecto, parte de la doctrina española<sup>45</sup> considera que en el supuesto de daños en yacimientos arqueológicos, la sanción va esencialmente dirigida a los profesionales y técnicos de la construcción, que son quienes pueden verse más involucrados, con ocasión de la dirección o realización de sus obras, en la producción del daño en el yacimiento.

---

28 de Diciembre de 1987 (RJ 1987/9849), *Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 1 de Marzo de 1994* (ARP 1994/453).

<sup>44</sup> Por todos GARCÍA CALDERÓN, J. M.: ob. cit., pág. 82.

<sup>45</sup> CONDE PUMPIDO TOURON, C.: *Código penal: Doctrina y Jurisprudencia...*, ob. cit., pág. 3.216.



La reforma del Código Penal hecha por L.O. 10/2010 permitió al fin, en los supuestos en que se lleve a cabo el delito a través de una persona jurídica, que ésta y no sólo sus representantes o administradores, respondan penalmente, además de la persona física que haya llevado a cabo la conducta delictiva. Pero no lo incluyó en los tipos contra el patrimonio histórico: sólo en los delitos urbanísticos que afecten a suelos con esos especiales valores (supuesto del art. 319.1º y 4º del C.P.).

**7.6. El sujeto pasivo.** Partiendo del carácter colectivo del bien jurídico protegido (patrimonio histórico arqueológico), lo esencial será la dimensión social del bien concreto objeto de tutela, con independencia de su titularidad, que con la LPHE desde 1985 es ya siempre de dominio público. De forma que sujeto pasivo del delito, en cuanto titular del bien jurídico protegido, puede afirmarse es la sociedad en su conjunto<sup>46</sup>. Así, lo esencial es que estamos ante bienes de titularidad colectiva, cualquiera que sea la relación que vincule el bien a una persona determinada.

### **7.7. Culpabilidad. Consideraciones previas**

En el estudio de la vertiente subjetiva de los diversos tipos de daños, tradicionalmente se han tratado tres cuestiones básicas: la exigencia o no de un elemento subjetivo del injusto, la posibilidad o no de incriminación culposa de los daños y la posibilidad de castigar o no los daños causados por dolo eventual<sup>47</sup>. El elemento cognitivo comprende el conocimiento actual de la realización de los elementos descriptivos y normativos de la parte objetiva del tipo<sup>48</sup>. No integra el dolo, sin embargo, el conocimiento de la significación antijurídica de la conducta<sup>49</sup>.

La doctrina mayoritaria española entiende que para la existencia del delito de daños basta con la existencia del dolo, la conciencia y voluntad de destruir, deteriorar o inutilizar una cosa, sin ser precisa la existencia de un propósito ulterior del sujeto, ni el ánimo de perjudicar<sup>50</sup>. Conocimiento y voluntad que ha de abarcar tanto la dinámica comisiva en cuanto al acto externo, así como al resultado típico.

El tipo del injusto objeto de estudio regula la modalidad dolosa en el artículo 323, y la imprudencia que deberá ser encuadrada en el artículo 324, sancionando únicamente la imprudencia *grave*, equivalente a la *imprudencia temeraria* del Código penal anterior.

---

<sup>46</sup> Es opinión unánime compartida por nuestra doctrina. Por todos, CARMONA SALGADO, C.: *Delitos contra el Patrimonio cultural...*, ob. cit., pág. 37.

<sup>47</sup> Entre otros, JORGE BARREIRO, A.: "El delito de daños en el Código Penal español", ob. cit., pág. 517; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios...*, ob y loc. cit.; ORTS BERENGUER, E.: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 539; SUAY HERNÁNDEZ, C.: "Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños", ob. cit., págs 28 y ss.

<sup>48</sup> JESCHECK H.-H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 4ª. edición alemana por José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, pág. 264.

<sup>49</sup> Conforme a la teoría de la culpabilidad. Véase JESCHECK: *Tratado...*, cit., pág. 406.

<sup>50</sup> En este sentido se manifiesta, respecto a la regulación existente en el Código penal anterior PÉREZ ALONSO, E. J.: *La tutela civil y penal del Patrimonio Histórico, cultural y artístico*, ob. cit., pág. 214.

**El dolo en el art. 323 del Código Penal.** El mayor problema que se plantea es en relación con este dolo indirecto o eventual<sup>51</sup> y que trae causa en la diversa intensidad volitiva concurrente en el momento necesario para el dolo. La suficiencia del dolo eventual, cuando el autor se representa como probables las consecuencias antijurídicas de su acción, no debe plantear excesivos problemas para los yacimientos arqueológicos en el delito del artículo 323, al no existir elementos del tipo que impidan su apreciación. En la actual regulación del delito de daños contra el patrimonio histórico, la comisión doloso-eventual ya no se topa con los obstáculos vinculados a las tradicionales expresiones insertadas en el delito de daños como: *a sabiendas, maliciosamente o intencionadamente*, que parecían indicar que las mismas comprendían únicamente el dolo directo de primer grado.

El dolo deberá abarcar el valor histórico o cultural del yacimiento, sin que sea necesario que alcance la mayor o menor presencia de este interés: es decir, si el expoliador daña un bien a sabiendas de su carácter histórico, pero desconociendo si es concretamente de una u otra época, o la cuantía del daño -que funcionan como condiciones objetivas de punibilidad-, la conducta se estimará dolosa y sancionable en virtud del artículo 323. En definitiva, el fin que preside la conducta del agente es causar un daño en un bien de valor cultural. La sentencia de la sala 2ª del T.Supremo de 29.1.1997 habla de un *dolo de consecuencias necesarias*, posición con la que estoy plenamente de acuerdo.

La sentencia de 3 de Junio de 1995<sup>52</sup> vino a establecer la necesidad exclusiva de un dolo de consecuencias necesarias: la acción debe ser relacionada con la convicción de historicidad o relevancia histórica de los bienes dañados. En la misma línea, la *sentencia de 29 de Enero de 1997*<sup>53</sup> reiteró la exigencia del dolo en relación con la *condición relevante o historicidad* en un supuesto relativo a los daños ocasionados por unos constructores, en un yacimiento arqueológico en Palencia, estimándose que la prohibición administrativa de realizar la excavación y el riesgo probable de causar daños en el yacimiento, son base suficiente para configurar el dolo, cuando menos, sin que sea necesario un propósito específico en la acción de dañar. Y es que, en lo que se refiere a los daños en yacimientos arqueológicos, como ya expusimos al tratarlos de forma específica, el problema esencial en gran parte de los mismos,

---

<sup>51</sup> Denominado por ZUGALDIA ESPINAR, J. M., como un “híbrido fatal”, campo de nadie entre el dolo y la culpa” La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIX, fasc. II, Madrid 1986, pág. 396.

<sup>52</sup> STS RJ 1995/4535. Esta sentencia recoge el criterio ya adelantado en anteriores pronunciamientos: STS de 20 de Abril de 1972, RAJ, ref. 1749/72: “... si bien el delito de daños ha sido estimado en el plano doctrinal como un delito de tendencia con dolo finalísticamente dirigido a causar un perjuicio en la propiedad ajena..., lo cierto es que de *iure conditio* no se exige un tal elemento subjetivo del injusto en la figura básica...”

<sup>53</sup> STS RJ 1997/111 Afirma en su Fundamento de Derecho Séptimo que basta con un dolo de consecuencias necesarias fundamentalmente por el carácter residual del “tipo genérico del daño”, puesto en relación con los “tipos complementarios” establecidos en los artículos 558.1 y 562 (“con la mira de” e “intencionadamente”).

reside en su detección y en el conocimiento cierto de su existencia, pues puede existir un importante patrimonio desconocido, no inventariado y consecuentemente, no estudiado<sup>54</sup>.

En materia de **error** (art. 14 del C.P.), le corresponde al autor del delito la prueba de la ignorancia que alega (sentencia nº 435/2001, de 12.3.2001). Habrá de estar a las circunstancias concretas del bien sobre el que recae la acción, y del individuo. Tal como se señala en la *sentencia* de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 13 de Junio de 1994, partiendo de los requisitos del error habrá de responder a la cuestión “si pudo evitar dicho error” (en idéntico sentido sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 28 de Octubre de 1998, que abordaba la sustracción de unas piedras de un puente de época califal)<sup>55</sup>.

No cabe alegar error alguno cuando al acusado le consta el carácter histórico del bien, como corresponde a un yacimiento de esta clase, y que su conducta lo malogrará. El Tribunal Supremo insiste que no es necesario conozcan de forma pormenorizada el carácter y naturaleza del bien cultural, bastando con el conocimiento de la existencia de interés histórico (TS en Sentencia de 29 de Enero de 1997 -97/61 EDE)<sup>56</sup>, en idéntico sentido sentencia de Audiencia Provincial de Cantabria 24/2002, de 29 de Octubre.

Tampoco debe prosperar la alegación si el que daña el yacimiento construye de modo clandestino, reservado y solapado<sup>57</sup>, o si tiene una cierta veteranía en esa actividad. Mucho menos de quien ya se ha visto antes implicado en procedimientos por delitos (oninfracciones administrativas) contra el patrimonio histórico, o en caso de construcción había sido requerido para que paralizara la obra, desatendiendo la intimación (curioso supuesto de alegación de error, por insostenible, examinado por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en s. de 12 de Septiembre de 2000, sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 10 de

---

<sup>54</sup> En este sentido ROMA VALDÉS afirma cómo el elemento subjetivo de los daños en yacimientos arqueológicos estará en el conocimiento de la configuración arqueológica del terreno, y no así en las características determinadas o antigüedad del mismo. *Vid.* ROMA VALDÉS, A.: “Las excavaciones ilegales y la protección penal del patrimonio histórico” en *Revista de Derecho Ambiental*, nº. 17, págs. 59 y ss.

<sup>55</sup> El juzgador parte del hecho que los acusados desconocían que estaban ante un monumento declarado por Decreto 46/1996 por hallarse incluido en el conjunto histórico de Medinat-Zahara. No considera posible la aplicación de la agravante específica del hurto del art. 235.1º, al ser requisito estrictamente necesario que los acusados conocieran el valor artístico, cultural o histórico.

<sup>56</sup> En la sentencia se condena por un delito de daños contra el patrimonio histórico, a los acusados que mediante una pala excavadora, habían destruido una casa romana. Los acusados sabían que atentaban contra el patrimonio histórico, por cuanto el solar estaba en el casco histórico de la ciudad de Palencia. Como indica el Ministerio Fiscal, la figura tipificada en el ap. 5º, último inciso del art. 558, solamente necesita subjetivamente de un dolo genérico constituido por la realización de una conducta querida, aún a sabiendas de que estaba prohibida por los perjuicios histórico-artísticos que podrían originarse en su caso.

<sup>57</sup> Supuesto curioso de una conocida localidad gaditana donde, en los días previos a la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la autoridad urbanística supo del ritmo frenético de construcción de viviendas en suelo no urbanizable por parte de particulares. En algunos casos la construcción concluyó tras el 25 de Junio de ese año, con la correspondiente remisión del asunto al Juzgado de Instrucción, en el que ya durante la investigación se alegó error.

Diciembre de 2001 o sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 13 de Junio de 1994<sup>58</sup>).

### **8. Expolio arqueológico, como forma de daño, hurto o apropiación indebida.**

La nueva previsión expresa del expolio en yacimientos arqueológicos constituye una novedad importante, aunque no se define en el tipo; ello debería incluir el daño material e inmaterial que se le causa, incluso si es patrimonio oculto (con pérdida de información del contexto, con merma del valor social), y la concreta sustracción de piezas de aquel. Buena muestra del escaso interés del legislador es la deficiente regulación que existe a pesar de aspectos positivos de la reforma; e incluso, como se avanzó, la falta de mención en el preámbulo de la L.O. 1/2015. Por otra parte, en el nuevo subtipo de especial gravedad (323.2º del C.P.) tampoco se cuantifica el valor del expolio pero, si excepcionalmente fuera el daño inferior a 400 euros, me inclino a aplicar la figura de daños genérico del art. 263, segundo párrafo, en su nueva redacción.

No se dice en la nueva descripción del tipo penal qué sea el expolio; es decir, si incluye no sólo el daño (excavaciones, remociones de tierras, vandalismo) sino también la sustracción. Pues tanto puede ser el saqueo del yacimiento como privarle de su valor material e inmaterial, así los bienes hayan sido antes *extraídos o no, estén en la superficie o en el subsuelo, el mar territorial o la plataforma continental* (art. 40.1 LPHE). Bienes que siempre son demaniales, tanto se descubran por *excavaciones, remociones de tierra o por azar* (art. 44.1). Lo que no considero que pueda hacerse, en materia jurídico penal, es aplicar literalmente el concepto de expolio del art. 4 LPHE, pues incluye el mero *peligro* de pérdida o destrucción, o la perturbación de su labor social; el simple riesgo, por grave que sea éste, no es el *daño* efectivo del art. 323 del C.P., que sí comprende un menoscabo en el valor inmaterial. Por tanto el concepto administrativo y penal de expolio no necesariamente coincide.

La regulación penal de los expolios, sin nombrarlo como tal hasta la reforma operada por L.O. 1/2015, dio origen a dos posturas doctrinales, cuyo examen es ya un lugar común en este tipo de estudios por lo sugestivo de las opiniones confrontadas, en relación al momento

---

<sup>58</sup> La Audiencia condena por un delito de daños del art. 557 con relación del artículo 558 del anterior Código penal. Los acusados solicitaron licencia de obras que debía contar con dictamen favorable de la Comisión territorial del Patrimonio de Palencia, por estar ubicada dentro del casco histórico, les fue concedida previo seguimiento arqueológico. La arqueóloga al detectar restos de origen romano pidió la paralización de la obra, requerimiento que fue desatendido.

- *STS de 29 de Enero de 1997 (97/61 EDE)*. La apreciación del error ha de hacerse con criterios restrictivos. Hay un claro conocimiento de los acusados del carácter protegido de los bienes, lo cual no significa la exigencia de un dolo específico, esto es, el conocimiento pormenorizado del carácter y naturaleza del bien cultural.

en que se considera surge la demanialidad de los “bienes arqueológicos ocultos” al amparo del artículo 44.1º de la LPH<sup>59</sup>.

Así, hay autores<sup>60</sup> que afirmaban la existencia una demanialidad *ope legis* sobre los referidos bienes con fundamento en la necesidad de otorgar una protección complementaria, dada la fragilidad y el carácter único e irremplazable de los mismos. Estima que la Administración tiene el dominio sobre el hallazgo, pero no la posesión o relación directa o inmediata con la cosa. En este sentido, el apoderamiento de piezas arqueológicas, no podría ser calificado como un delito de hurto. Así, es difícil afirmar que la Administración posea un bien, cuando ni siquiera tiene un conocimiento efectivo de su existencia. Igualmente estima que no se puede hablar de cosa perdida<sup>61</sup> o de dueño desconocido, como presupuesto del delito de apropiación indebida. Lo que en realidad conserva la administración es un derecho de adquisición pero no la efectiva tenencia, ni la posesión jurídica. Consideraba esta postura que la titularidad adquiere efectividad una vez producido el hallazgo, de tal modo que antes no puede hablarse de bien perdido o de dueño desconocido (en la anterior redacción del tipo). Se trata de un dominio público sujeto a prueba, correspondiendo a la administración la prueba de su titularidad<sup>62</sup>. Este planteamiento, determina para el autor que el apoderamiento de piezas arqueológicas haya de encuadrarse en un delito de daños del art. 323, salvo que nos encontremos con objetos sustraídos en excavaciones realizadas por la Administración o con su autorización, caso en que cabe hablar de hurto de bienes arqueológicos, ya que en estos casos concurre un acto de ocupación previo que permite afirmar la existencia de una posesión directa de la cosa.

Contrariamente, para otros autores<sup>63</sup> la demanialidad surge con independencia del hallazgo<sup>64</sup>, singularmente cuando la zona del yacimiento ha sido individualizada mediante

---

<sup>59</sup> Así, el subsuelo en la nacional, en la mediada que contenga bienes susceptibles de aportar un conocimiento del pasado, contiene objetos que integrarán el dominio público una vez sean descubiertos, la afectación vendrá determinada, en la medida que fomente la riqueza nacional (cfr. 339.2 Código civil).

<sup>60</sup> ROMA VALDÉS, A., ob. cit., pág. 15.

<sup>61</sup> La más antigua jurisprudencia lo identifica como “aquella cosa que teniendo dueño, y que por un acto involuntario del poseedor sale de la esfera del derecho de posesión y custodia, pudiendo ser hallazgo o reencuentro, no está perdida totalmente y no permanece en el recuerdo de quien la perdió, y el sitio donde puede estar”: *STS 14 de Abril de 1923, 9 de Mayo de 1966*.

<sup>62</sup> Destaca la *SAP de Granda de 31 de Octubre de 2001* “Aunque la Administración desde el momento que se descubre tiene el dominio, no goza de la posesión, que es el bien jurídico protegido en las cosas muebles al margen del derecho de propiedad sobre ellas; no pudiendo ampliarse el objeto de protección penal del hurto a aquella relación dominical que no llega a ser ni mediata, so pena de vulnerar el principio de legalidad”.

<sup>63</sup> A modo de ejemplo, OROZCO PARDO y PÉREZ ALONSO: *La tutela civil y penal del Patrimonio histórico...*, ob. cit., pág.159; GUIASOLA LERMA, C.: *Los delitos sobre el Patrimonio histórico...*, ob. cit.; SALINERO ALONSO, C.: *La protección del Patrimonio histórico*, ob. cit.; GARCÍA CALDERÓN, J.: *La Protección penal del Patrimonio histórico...*, ob. cit., pág. 19. Fiscalía General del Estado, *Memoria de 2004*.

<sup>64</sup> Destaca ALEGRE ÁVILA, J. M., en *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio histórico*, ob. cit. pag. 368 y ss. al justificar el dominio arqueológico como dominio público: ...no podemos vincular la intervención administrativa a la previa existencia de una titularidad dominical, cuando es más que evidente que el ejercicio de las actividades administrativas, tal y como resultan configuradas por la Ley (y la potestad autorizatoria, al menos en sus perfiles clásicos, es un típico ejemplo de ejercicio de policía administrativa), dimanen de la posición

declaración administrativa, aunque los bienes permanezcan ocultos. El debate surge respecto a la figura a aplicar, dada la oscura regulación legal. Con carácter genérico, una opción – que no comparto – es considerar que el expolio de piezas arqueológicas a través de excavaciones ilegales, hallazgos submarinos o por el uso de detectores y otros mecanismos de búsqueda podría ser calificado de hurto agravado, conforme a la previsión del art. 234 y 235.1.1º actuales del Código penal, cuando la catalogación del yacimiento del que son extraídas las piezas ha sido objeto de declaración administrativa. Y según esa tesis, de otro lado los apoderamientos de piezas arqueológicas que no cuenten con una previa declaración administrativa podrían tipificarse como una apropiación indebida del actual art. 254 (redacción tras la L.O. 1/2015, sustancialmente modificada), si pudiese acreditarse que el autor del mismo tuviese ánimo de apoderamiento y conciencia, al menos aproximada, del carácter histórico del bien. No comparto esas posiciones, quizás defendibles antes de la introducción en nuestro Código Penal del término *expolio*. Lo abordo a continuación.

Hay autores<sup>65</sup> que califican el acto de apropiación según el momento de consumación al amparo de la LPHE en dos: *a)* con posterioridad a la comunicación del hallazgo a la Administración (hurto) y *b)* con anterioridad a este: tras la comunicación, el apoderamiento o distracción se transforma en apropiación indebida.

## 9. ¿Concurso de normas o de delitos?

Muchas son las situaciones imaginables y su examen supera el propósito y extensión de este trabajo, aparte de que al hilo de otros apartados se ha abordado ya. Pero conviene señalar que, en el supuesto de que el sujeto produzca los daños por el mero deseo de menoscabar el bien con posterioridad al apoderamiento, hecho frecuente en los expolios de iglesias, ermitas o yacimientos arqueológicos, estaremos ante un concurso real de delitos de daños específicos del artículo 323 y de hurto (ahora en el artículo 235.1.1º) o de robo (actual artículo 238, 241.4º), si ha ejercido fuerza para acceder a la cosa.

El problema principal que suscita la nueva regulación, no resuelto aún por los Tribunales provinciales cuando se trata de hechos posteriores a la reforma del año 2015, es qué calificación merece la búsqueda y/o sustracción de bienes de un yacimiento arqueológico. Es decir, si tanto la conducta dañina para el yacimiento inevitablemente derivada de la remoción de tierra, como el inmediato apoderamiento de piezas, quedan absorbidas por el tipo de *expolio* del art. 323 del C.P. o si, por contra, se trata de un concurso ideal o medial entre el delito de daños y el que meramente busca el lucro (hurto o robo agravados).

La relativa equivocidad jurídico penal del nuevo concepto de expolio plantea esa duda, y estimo que ha de resolverse como concurso de leyes y no de delitos por razón del principio de especialidad (art. 8.1º del C.Penal), siendo planteable incluso el principio subsidiario de consunción del 8.3º; absorbiendo así, además del daño, al acto de apoderamiento. En favor,

---

institucional de supremacía de la Administración, que no precisa fundarse en otro título habilitante sino en una norma jurídica previa”.

<sup>65</sup> SALINERO ALONSO, C.: *La protección...*, ob. cit., págs. 276-277.

por tanto y sea cual sea el principio elegido, de la aplicación del primer delito expresamente mencionado en el texto penal (expolio del art. 323), sin aplicar al tiempo el delito patrimonial de enriquecimiento en régimen de concurso ideal o medial de delitos. Y ello tanto si este segundo delito es de hurto o de robo. Tipos penales que se aplicarán, a mi entender, cuando concurra solamente la sustracción de un bien arqueológico (por ejemplo, de una vivienda, o un museo), pero no un daño previo o simultáneo a un yacimiento junto al acto de apoderamiento.

Hay una razón que permitiría dar una solución lógica - desde el punto de vista de imponer una pena proporcional a la extrema gravedad de ese daño a la colectividad -a los supuestos en que las piezas sustraídas del yacimiento tengan un singular valor: la existencia de un nuevo subtipo agravado de daños por expolio en el art. 323.2º del C.P. Esta agravación se prevé tanto por razón del *valor relevante* del bien cultural, como por la *especial gravedad* (afortunadamente no cuantificada) del daño causado. En ambos casos la pena de prisión puede llegar a 4 años y 6 meses. No obstante, debe reconocerse que en ambos supuestos esa agravación parece venir referida sólo al *daño*, de manera que es posible admitir una interpretación contraria, que proponga que si el valor del objeto arqueológico sustraído es de especial relevancia, no se esté en rigor únicamente ante un delito de daños por expolio, y que el hecho merezca la punición conjunta, como concurso de delitos, también con el delito de hurto o robo. Solución por la que - insisto - no me inclino, no obstante el contenido opuesto del bien razonado dictamen de la Fiscalía de Sala coordinadora de Medioambiente a propósito de la reforma del precepto por L.O. 1/2015, que se decanta por el concurso de delitos. En efecto, explica la Fiscalía Coordinadora que *carecería de sentido (...) que el castigo sea el mismo cuando solo se daña el yacimiento que cuando además se produce el apoderamiento de objetos existentes en el mismo...*

Por otro lado, el Código también tipifica un subtipo agravado en los supuestos de *apropiación de cosa mueble ajena*, frente a la anterior mención a *cosa perdida o de dueño desconocido* (artículo 254), cuando la cosa apropiada sea de valor artístico, histórico, cultural o científico. Ha de recordarse, al igual que en el delito de estafa y apropiación indebida, el valor de lo apropiado debe ser superior a 400 euros, pues se recoge el delito leve en el nº 2.

Más frecuente es el concurso con delitos sobre la ordenación del territorio en suelos con valor artístico, histórico o cultural (art. 319.1º C.P.). Entre las novedades que supuso el Código penal relativas a tipos delictivos íntimamente vinculados a la protección del patrimonio cultural, destacaron los delitos contra la ordenación del territorio, regulados conjuntamente en nuevo Título independiente. Las obras ilegales pueden llevarse a cabo en suelos especialmente protegidos en función de su interés histórico-cultural, lo que planteará problemas concursales entre el delito previsto en el art. 323 o 321 (cuando concurra el derribo de un edificio singularmente protegido y la posterior construcción de otro sobre el mismo, o el destrozo de los bienes del subsuelo) y el tipo previsto en el art. 319.1º, en cuanto en éste se sanciona la construcción no autorizada en *lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor (...) histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerado de especial protección.*

Inicialmente un sector doctrinal y algunas sentencias aisladas entendieron que, para que se dé el concurso entre ambas infracciones, era presupuesto necesario que el sujeto activo del delito fuera *promotor, técnico o director*, estimando esta cualificación como presupuesto típico en el art. 319. No obstante, la interpretación de la jurisprudencia de la sala 2ª del T.S. (en las tres sentencias en las que lo ha examinado) acerca de si estamos ante un tipo abierto o un delito especial por razón del sujeto, es pacífica, optando por la primera.

En suma, mi toma de postura sobre este problema concursal es que resultan aplicables simultáneamente el art. 319.1º del C.P. (delito de construcción o edificación ilegal) y el delito de daños del art. 323 del texto punitivo. Piénsese en los casos en que, con ocasión de la realización de obras no autorizables de construcción o edificación, se ejecuten excavaciones que produzcan, además, daños en un yacimiento arqueológico. Solo estaremos ante el primer delito si se construye ilegalmente en zona urbanísticamente declarada de especial protección arqueológica, pero sin causar daños al yacimiento, lo que es consecuencia del carácter formal –mera perspectiva urbanística- del delito del art. 319 del C.P.



Centro de  
Estudios  
Jurídicos

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ACALE SÁNCHEZ, María.: *Delitos urbanísticos*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1997.
- ALEGRE AVILA, Juan Manuel.: *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Edición del Ministerio de Cultura, Madrid, 1994.
- ALONSO IBÁÑEZ, María del Rosario.: *El Patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Madrid, 1992.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis.: *Estudios sobre el Patrimonio Histórico español* Ed. Civitas, Madrid, 1989.
- ARIAS EIBE, Manuel José.: “*El patrimonio cultural. La nueva protección en los art. 321 a 324 del Código penal de 1995*” Estudios de Derecho penal dirigidos por ROMEO CASABONA, Carlos María .Ed. Comares, Granada 2001.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Mª. Concepción.: *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Civitas, Madrid, 1998.
- BESUSAN MARTÍN, María del Pilar.: *La protección urbanística de los bienes inmuebles históricos*, Granada, 1996.
- CAMPOS COBIÁN, Marta: “Los delitos de años contra el patrimonio histórico”. Tesis doctoral. Universidad de Sevilla, diciembre de 2010, págs 245 y ss.
- CASTRO SIMANCAS Pedro Rubén.: Los delitos sobre el patrimonio histórico en el Código penal de 1995”, en *Tapia, Publicación para el mundo del Derecho*, nº. 99, Madrid, 1998, pág. 27.



CONDE –PUMPIDO TOURON, Cándido.: “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en CONDE –PUMPIDO FERREIRO, Cándido. (Dir) *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II, Madrid, 1997, pag. 318 y ss.

CORTES BACHIARELLI, Emilio.: “Función social y Tutela penal del patrimonio arqueológico”, en “*Tres Estudios jurídicos sobre el Patrimonio Histórico*” Estudios de la Consejería de cultura de la Junta de Andalucía, Abril 2005.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio”, en *Actualidad penal*, nº. 15, 13-19 abril 1998.

GONZÁLEZ-BARADIARÁN Y DE MULLER, Carlos.: “La lucha contra el Tráfico ilícito de bienes culturales”, *Ministerio de Cultura*. Curso celebrado en Madrid, Octubre de 2006.

FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel.: “*La protección penal del Patrimonio Histórico*”, en publicaciones de Estudios y Programas culturales de la Junta de Andalucía. Consejería de Cultura. Agosto 2004.

FERNÁNDEZ GALLEGO, Ramón. : Falsificaciones y robo de obras de arte, en *La lucha contra el Tráfico ilícito de bienes culturales*. Ed, Ministerio de Justicia, Madrid, 2006

FOCH GÓMEZ, Katia.: “Algunas consideraciones en torno al Convenio de Unidroit sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado (AEDIPr)* Tom. IV, 2004 , Katia@unizar.es

GARCÍA CALDERÓN, Jesús María.: “La protección penal del patrimonio histórico”, en *Estudio jurídicos del Ministerio Fiscal IV. Delitos de nueva planta en el Código penal*, Madrid, 1997.

GARCÍA CALDERÓN, Jesús María.: “Protección penal del Patrimonio Arqueológico”, en *Estudios jurídicos del Patrimonio histórico*”Junta de Andalucía. Consejería de Cultura Abril de 2004.

GARCÍA CALDERÓN, Jesús María.: “La relación del patrimonio Histórico en el derecho penal”. Ministerio de Cultura, Madrid, octubre de 2006.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier.: “La nueva legislación española sobre Patrimonio Arqueológico”, en *Revista de Derecho Público*, nº. 107, vol. II, Madrid, 1987.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier.: “La protección jurídica del Patrimonio cultural. Nuevas cuestiones y nuevos sujetos a los diez años de la Ley de Patrimonio Histórico Español”, en *Patrimonio Cultural y Derecho*” num. 1, Madrid 1997.

GÓMEZ DE LIAÑO, Pablo.: “Delitos contra el patrimonio cultural, especial estudio del contrabando del Patrimonio Histórico Artístico” Instituto de Estudios fiscales, [www.ief.es/publicaciones](http://www.ief.es/publicaciones), doc. 12/06.

GONZÁLEZ RUS, Juan José.: “Presupuestos constitucionales de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico”, en *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Profesor Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, 1996, págs. 287 y ss.

GONZÁLEZ-BARADIARÁN Y DE MULLER, Carlos.: “La lucha contra el Tráfico ilícito de bienes culturales”. Ministerio de Cultura. Curso celebrado en Madrid, Octubre de 2006.

GORRIZ ROYO, Elena María: *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del artículo 319 del Código penal*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2003.

GUISASOLA LERMA, Cristina.: “Los delitos contra el patrimonio cultural, artículo 321 a 324 del Código penal”, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

GUISASOLA LERMA, Cristina: “Evolución de los delitos contra el patrimonio hco español en nuestro Código Penal, ayer y hoy”. IV Encuentro profesional sobre lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. LctiBC. Mº de Educación, Cultura y Deporte, 2016.

JORGE BARREIRO, Agustín.: “El delito de daños en el Código penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, enero-abril, 1983, págs. 507 y ss.

MAGÁN PERALES, José María.: “*La protección Internacional de los bienes culturales en tiempo de paz*”, en *Patrimonio Cultural y Derecho*”, nº 9-2005, Madrid, 2005,

MARTÍNEZ DÍAZ, Belén.: “Análisis y propuestas sobre el expolio de Patrimonio Arqueológico”, en *Boletín del Museo Arqueológico Nacional*, Tomo XIV, nº 1 y 2. Ministerio de Educación y Cultura. Madrid, 1996.

MENDIZABAL FERNÁNDEZ, Rafael: “Tesoro artístico y patrimonio histórico: una introducción al concepto”, *Actualidad Administrativa*, nº 22, 1986.

ORTS BERENGUER, Enrique.: “Exportación sin autorización de obras u objetos de interés histórico o artístico”, en COBO DEL ROSAL (dir.) :*Comentarios a la legislación penal*, tomo III, Madrid, 1984.

PÉREZ DOMÍNGUEZ, José Marcial.: “Patrimonio histórico e investigación policial”, en *Estudios del Ministerio Fiscal VIII*, Madrid, 1998, págs. 35 y ss.

QUEROL, M. A. Y MARTÍNEZ DÍAZ, B. “*El patrimonio Arqueológico en la normativa internacional*”, Complutum Extra, nº 6 (II), Madrid 1996

RENART GARCÍA, Felipe.: *El delito de daños al patrimonio cultural español. Análisis del artículo 323 del Código Penal de 1995*, (dirigido por Carlos María ROMEO CASABONA) Comares, Granada, 2002.

RENART GARCÍA, Felipe: *Aspectos sustantivos del delito de contrabando de bienes culturales* Diario *La Ley*, número 5.427, Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ NUÑEZ, Alicia.: “Los bienes protegidos en los delitos sobre el patrimonio cultural”, *Revista de Derecho Penal y criminología*, num extraordinario, 1, 2000.

RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio.: El patrimonio arqueológico: víctima de los *Indiana Jones*. IV Encuentro profesional sobre lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. LctiBC. Mº de Educación, Cultura y Deporte, 2016.

RODRIGUEZ TEMIÑO, Ignacio: Propuesta para la valoración de daños en yacimientos arqueológicos”. *Patrimonio Cultural y Derecho*, 2012.

RODRÍGUEZ TEMIÑO, I: “Indiana Jones sin futuro. La lucha contra el expolio del patrimonio arqueológico”. *JAS arqueología* editorial, Julio de 2012.

ROMA VALDÉS, Antonio: “La protección penal del patrimonio arqueológico”, en *Estudios del Ministerio Fiscal*, VIII, Madrid, 1998.

ROMA VALDÉS Antonio.: “La reparación del daño causado en los delitos contra el Patrimonio histórico a la luz del art. 339 del Código Penal”, en *Sepinnet revista. Práctica penal*. Mayo-Junio 2005, nº 15.

RUFINO RUS, Javier: “Delitos contra la ordenación del territorio. Error de tipo y de prohibición en el ciudadano. La prevaricación de los arts. 320 y 322 del C.Penal”. Sevilla, 2001. Pub. Ministerio de Justicia, Fiscalía General del Estado.

RUFINO RUS, Javier: “La investigación preprocesal del Fiscal en los delitos contra el medio ambiente”. Publicaciones CGPJ, Madrid 2008.

RUFINO RUS, Javier: “Deficiencias y propuestas de reformas sustantivas y procesales en la protección del patrimonio arqueológico”. *Revista del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, Consejería de Cultura. Sevilla, 2012.

SALINERO ALONSO, Carmen.: *La protección del patrimonio histórico en el Código penal de 1995*, Cedecs, Barcelona, 1997.

TASENDE CALVO Julio J.: “La protección penal del patrimonio histórico-cultural”, en *La Ley, Revista española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 13 de Marzo de 2000, num. 5011

TERRADILLO BASOCO, Juan.: “Los delitos relativos a la Patrimonio histórico y el medio ambiente”, en TERRADILLO BASOCO (coord.), *Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio*, Sevilla, 1998, pag. 53 y ss.

VERCHER NOGUERA Antonio.: “Delitos contra la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente”, en *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995*, tomo II, *Parte especial*, Madrid, 1996, págs. 379 y ss.