

Revista del Ministerio Fiscal

nº 5, 2018



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid
www.fiscal.es

El Ministerio Fiscal y la defensa del Patrimonio Histórico. La defensa de la cultura como valor constitucional

Revista del Ministerio Fiscal, año 2018, número 5

Director de este número: Jesús María García Calderón, Fiscal de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Andalucía

Consejo de Redacción de la Revista del Ministerio Fiscal

Julián Sánchez Melgar, Fiscal General del Estado

Luis Navajas Ramos, Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

Antolín Herrero Ortega, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Francisco Moreno Carrasco, Fiscal de Sala de la Unidad de Apoyo

Pedro Crespo Barquero, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

José Miguel de la Rosa Cortina, Fiscal de Sala de la Secretaría Técnica

Fausto Cartagena Pastor, Fiscal de Sala de la Inspección

NIPO: 056160021

ISSN: 2530-0113

Edita:

Fiscalía General del Estado

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid

www.fiscal.es

Maquetación:

Servicios Gráficos Kenaf, s.l.

Índice

| | |
|--|----|
| 1. PRESENTACIÓN | 6 |
| JESÚS GARCÍA CALDERÓN GARCÍA | |
| 2. LOS DELITOS SOBRE EL PATRIMONIO HISTÓRICO. ASPECTOS GENERALES..... | 8 |
| ANTONIO COLMENAREJO FRUTOS | |
| 1. Introducción..... | 8 |
| 2. Los delitos sobre el patrimonio histórico..... | 11 |
| 2.1. El derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos (art. 321 CP) | 11 |
| 2.2. El delito de prevaricación específica en materia de patrimonio histórico del art. 322..... | 22 |
| 2.3. Los daños dolosos a los bienes integrantes del patrimonio histórico del art. 323..... | 24 |
| 2.4. Los daños a bienes integrantes del patrimonio histórico causados por imprudencia grave..... | 31 |
| 3. Otras cuestiones | 33 |
| 3. LA TUTELA PENAL INDIRECTA DE LOS BIENES CULTURALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL | 35 |
| CRISTINA GUIASOLA LERMA | |
| 1. El punto de partida: la sistemática de la protección penal de los bienes culturales.. | 35 |
| 2. La tutela de los bienes culturales fuera del Capítulo II del Título XVI | 37 |
| 2.1. Ordenación del territorio y Patrimonio Histórico..... | 37 |
| 2.2. La protección de los bienes culturales en el ámbito de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico | 39 |
| 2.2.1. Tipos agravados de hurto y robo. Breve referencia a la STS de 19 de noviembre de 2015 (sustracción del Codice Calixtino) | 39 |
| 2.2.2. Defraudaciones: la estafa y la apropiación indebida agravadas por el valor cultural del objeto..... | 42 |
| 2.2.3. Receptación de bienes culturales (art. 298.1 a) CP) | 47 |
| 2.2.4. Sustracción de cosa propia a su utilidad cultural o social (art. 289 CP) .. | 48 |
| 2.3. Contrabando de bienes culturales (LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando)..... | 49 |
| 2.4. Delitos contra la comunidad internacional y destrucción de bienes culturales en conflictos armados (arts. 613 1. a), b) y c) y 2. y 614 CP)..... | 52 |
| 3. Consideraciones finales y breves apuntes para una reforma tendente a una tutela unitaria de los bienes culturales..... | 53 |
| 4. Bibliografía..... | 55 |

| | |
|--|----|
| 3. EL EXPOLIO ARQUEOLÓGICO Y SU TRATAMIENTO PENAL | 57 |
| ÁNGEL M. NÚÑEZ SÁNCHEZ | |
| 1. Introducción..... | 57 |
| 2. El patrimonio arqueológico | 58 |
| 3. La necesidad de tutela penal del patrimonio arqueológico..... | 63 |
| 4. Problemas para una adecuada articulación de la tutela penal de los yacimientos arqueológicos | 66 |
| 5. Problemas que planteaba la regulación penal del expolio de yacimientos arqueológicos antes de la reforma de 2015 | 68 |
| 5.1. La necesidad de cuantificación económica de los daños | 68 |
| 5.2. El castigo de las conductas de sustracción y apoderamiento y su articulación concursal con los daños..... | 68 |
| 5.3. La previsión de restauración | 70 |
| 6. Novedades introducidas por la reforma en el artículo 323 del código penal en materia de yacimientos arqueológicos..... | 71 |
| 7. El nuevo delito de expolio en yacimientos arqueológicos..... | 74 |
| 7.1. Una interpretación del concepto penal de expolio y de su articulación con los daños y con las conductas de sustracción y apropiación una interpretación del concepto penal de expolio y de su articulación con los daños y con las conductas de sustracción y apropiación | 75 |
| 8. El convenio del consejo de europa de 2017 sobre delitos relacionados con los bienes culturales. Posibilidad de incidencia futura sobre el delito de expolio de yacimientos arqueológicos..... | 79 |
| 4. LA PREVENCIÓN DEL TRÁFICO ILEGAL DE BIENES CULTURALES DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA..... | 81 |
| PILAR BARRACA DE RAMOS | |
| 1. Preámbulo | 81 |
| 1.1. Nociones sobre bienes culturales, su tipología y características, y posible prevención ante su pérdida | 82 |
| 1.2. Circunstancias que determinan la movilidad de los bienes culturales | 85 |
| 1.3. En referencia a la facilidad de apoderamiento de bienes culturales | 86 |
| 2. La UE y el patrimonio cultural | 88 |
| 3. Disposiciones de UNESCO que afectan al territorio europeo | 91 |
| 3.1. La Convención de La Haya y el escudo azul..... | 91 |
| 3.1.1. La convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, la haya, 1954, y sus dos protocolos de 1954 y 1999 (CLH)..... | 92 |
| 3.1.2. El Comité Internacional del Escudo Azul (International Committee of blue shield icbs)..... | 94 |
| 3.1.3. Los Comités Nacionales (NCBS) | 95 |
| 3.2. Otras disposiciones de la UNESCO..... | 96 |
| 3.2.1. Recomendación sobre las medidas encaminadas a prohibir e impedir la exportación, la importación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, 1964, (REITIBC), aprobada en la conferencia general de unesco en su decimo tercera reunión | 96 |
| 3.2.2. Recomendación sobre la conservación de los bienes culturales que la ejecución de obras públicas o privadas pueda poner en peligro, 1968 (RCBCO)..... | 96 |
| 3.2.3. Convención de París sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de los bienes culturales (1970), (CP) | 97 |
| 3.2.4. Recomendación sobre la protección de los bienes culturales muebles 28 de noviembre de 1978 (RPBM)..... | 98 |

| | |
|--|-----|
| 3.2.5. Convención de la para la protección del patrimonio cultural subacuático de 2001 (CPPCS) UNESCO | 98 |
| 3.2.6. Convenio de unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, 1995. | 100 |
| 4. El Consejo de Europa (CDE) y el patrimonio cultural | 100 |
| 4.1. El CDE y su cometido | 100 |
| 4.2. Convenio europeo sobre las infracciones cometidas contra bienes culturales, Delfos, 23 de junio de 1985 (CEIBC) | 101 |
| 4.3. Convención del Consejo de Europa sobre los delitos relacionados con bienes culturales, Nicosia 2017 (CDRBC)..... | 102 |
| 4.4. Recomendación (96)6 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la protección del patrimonio cultural contra los actos ilícitos (R96/6 CdE) | 102 |
| 5. Conclusiones | 103 |
| 5. LA DEFENSA PENAL DE LA CULTURA. LÍMITES DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA ... | 105 |
| JESÚS MARÍA GARCÍA CALDERÓN | |
| 1. La relevancia de la cultura como valor constitucional..... | 105 |
| 2. Un concepto penal de patrimonio histórico | 113 |
| 3. La cuestión del bien jurídico protegido | 115 |
| 4. Deficiencias básicas de la legislación penal española en la defensa de los bienes culturales | 117 |
| 4.1. El problema sistemático y la incoherencia interna del Código Penal | 118 |
| 4.2. El tratamiento jurídico penal del expolio..... | 120 |
| 4.3. La falsificación de bienes culturales..... | 125 |
| 4.4. El blanqueo de capitales a través del Patrimonio Histórico | 129 |
| 4.5. Algunas notas sobre el contrabando de bienes del Patrimonio Histórico Español | 132 |
| 5. El problema del expolio invertido | 135 |

Presentación

Autor: Jesús García Calderón García

Fiscal de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Andalucía

Celebrándose en este ejercicio, a iniciativa de distintas instituciones, el *Año Europeo del Patrimonio Cultural*, el Ministerio Fiscal no podía quedar al margen de tan venturosa iniciativa. El compromiso adquirido por nuestra Carrera desde que el Código Penal de 1995 integrara una nueva modalidad de protección referida a los bienes culturales ha sido permanente y cabe señalar, sin temor de incurrir en exageración alguna, que buena parte de la aportación dogmática al estudio e interpretación de estos delitos se ha realizado por fiscales en activo que han incorporado a su formación en la aplicación práctica del Derecho, la inquietud intelectual que siempre depara el análisis crítico de la cultura y de su imprescindible protección por el ordenamiento jurídico constitucional.

Varios son los factores que han contribuido a esta especie de *liderazgo* del Ministerio Fiscal Español en el análisis del conservacionismo cultural que, sin ánimo exhaustivo, podemos recordar muy brevemente. En primer lugar, han cumplido ya más de veinte años las acreditadas *Estancias* que, con carácter anual, promueven el Ministerio Cultura y el *Centro de Estudios Jurídicos*, dependiente del Ministerio de Justicia, con una asistencia aproximada de trescientos fiscales, a las valiosas sesiones de trabajo compartidas mayoritariamente con responsables de la Dirección General de Bellas Artes y que se completan con inolvidables visitas a espacios o referentes culturales, de tanto valor, que no podría entenderse sin ellos el devenir del mundo como el Museo del Prado, la Biblioteca Nacional de España o el Archivo Histórico Nacional. Al margen de todo lo anterior, no podemos desdeñar algunos cursos formativos que han tenido lugar en los últimos treinta años, tanto en Madrid como en algunas Comunidades Autónomas, que han permitido indagar en las limitaciones y dificultades que tantas veces comporta para las fiscalías territoriales la defensa penal de la cultura. Por último, la creación de una Fiscalía *Coordinadora* de Medio Ambiente que ha incluido entre sus funciones la defensa del Patrimonio Histórico ha permitido una respuesta más firme y especializada que, en el parecer común de los expertos, ha resultado esencial para frenar la triste impunidad frente a las agresiones y el expolio que, de manera especialmente intensa durante la segunda mitad del siglo XX, ha venido sufriendo nuestro Patrimonio Histórico. La búsqueda de criterios uniformes de actuación que sean proporcionados y que superen el viejo *problema procesal español*, lastrado incomprensiblemente por la vigencia de una norma promulgada casi en otra edad de la Historia, hace posible combatir, en muchos casos, la heterogénea respuesta que nos ofrecen los tribunales territoriales en materia tan esencial para nuestro futuro a través de resoluciones que analizan supuestos que no alcanzan, en muchas ocasiones, la benéfica función interpretadora del Tribunal Supremo.

Nos encontramos, como es habitual en la *Revista del Ministerio Fiscal*, ante un número monográfico que contiene una serie de valiosas reflexiones que abordan con autoridad los perfiles esenciales del problema y que a veces inciden, con distintas perspectivas, sobre espacios comunes de debate en un *territorio*, el de la protección legal de los bienes culturales, que parece llamado a constituirse en una nueva rama científica con paradigmas o conceptos propios y de signo multidisciplinar en tanto interesa a la Arquitectura y el Urbanismo, a la Geografía, a la Economía o a la Historia y, con un especial protagonismo de la ciencia penal, a las distintas manifestaciones del Derecho Público de nuestro tiempo. Las aportaciones de Antonio Colmeñarejo Frutos y Ángel Núñez Sánchez desde su dilatada experiencia como fiscales integrados, respectivamente, en la Fiscalía *Coordinadora* de Medio Ambiente y en la Fiscalía Provincial de Cádiz, esta singularmente combativa en la defensa de los enormes valores históricos y am-

bientales que atesora tan privilegiada provincia, resultan de un enorme interés para la solución de problemas prácticos a los que puede enfrentarse cualquier oficina fiscal en los delitos de naturaleza cultural, todo ello sin olvidar, el sustrato *constitucional* que debe alentar en estos casos la actuación de la Fiscalía en la defensa de intereses de un marcado acento social. Ciertamente, a los dos nombres anteriores podrían haberse unido los de un elenco de fiscales que han publicado, siempre muy dignamente y a veces con una gran brillantez, sus reflexiones en torno al problema penal de la protección del Patrimonio Histórico. Nombres, por citar algunos, como los de Antonio Roma Valdés, Consuelo Fidalgo Martín, Javier Rufino Rus, Luíís Carlos Rodríguez León, Juan Manuel Fernández Aparicio, Susana Romero Carrascal o Antonio Vercher Noguera, no cabe duda que podrían enriquecer el presente trabajo pero, al margen de las naturales limitaciones de espacio, resultaba indispensable contar con alguna voz singularmente autorizada en esta materia procedente del mundo académico. Nadie mejor que la profesora Cristina Guisasola Lerma para cumplir esta misión ya que, desde la aparición de su conocida monografía en 2001 acerca de los nuevos delitos sobre el Patrimonio Histórico, ha desarrollado una obra amplia y rigurosa sobre el tratamiento penal de los bienes culturales en España, con enriquecedoras incursiones en el Derecho Comparado y con una solvencia científica impropia de su juventud. Cierra esta escueta nómina de colaboradores, una figura indispensable para comprender la coordinación institucional que ha tenido lugar en España en la lucha contra el tráfico ilícito y otras graves agresiones a bienes culturales de incalculable valor. Nos referimos a Pilar Barraca de Ramos, ligada durante muchos años a la *Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español* y depositaria de una enorme inquietud y experiencia como *Consejera Técnica* al servicio de la Secretaría de Estado de Cultura.

Me he permitido, por último, llevar a cabo algunas breves reflexiones personales, que sirvan para hilvanar mejor esa *costura* constitucional que no siempre recordamos pero que debemos conocer para mejorar y hacer más eficaz nuestra labor, tantas veces ingrata pero siempre esencial, cuando defendemos como Fiscales el Patrimonio Histórico en cualquiera de sus manifestaciones. Las fuentes, las raíces que alimentan o legitiman nuestras peticiones deben ser recordadas a los órganos jurisdiccionales porque ello permitirá resolver más fácilmente las limitaciones interpretativas o carencias que, lamentablemente, aún subsisten en la legislación penal española y que debemos superar en una tarea tan necesaria como la conservación y disfrute de un legado que sigue asombrando al mundo e incrementándose cada día y que constituye, entre otras muchas cosas, una seña de identidad de nuestra forma de ser y entender la vida social.

Los delitos sobre el patrimonio histórico.

Aspectos generales

Autor: Antonio Colmenarejo Frutos

Fiscal Adscrito al Fiscal de Sala. *Coordinador* de Medio Ambiente, Urbanismo y Patrimonio Histórico

Resumen

Mediante el presente trabajo se realiza un compendio abreviado de algunas de las principales cuestiones de interpretación y aplicación que a lo largo de los años de vigencia del código penal de 1995 se han planteado respecto a los preceptos que integran el Capítulo II del Título XVI del Libro II del Código Penal (arts. 321 a 324), así como de otras que han venido motivadas por la reforma del mismo Capítulo a través de la L.O.1/2015

1. Introducción

La promulgación de la Constitución Española de 1978 (CE) no podía ser ajena al reconocimiento de los llamados derechos fundamentales de segunda y tercera generación, aquellos que, frente al carácter eminentemente individualista de los primeros derechos fundamentales plasmados en los textos, reconocen intereses supraindividuales y de carácter colectivo, en un proceso dinámico y expansivo, consecuencia de los constantes y cada vez más acelerados cambios económicos, políticos, etc., que experimentan las sociedades democráticas desde el final de la Segunda Guerra Mundial y hasta el momento actual.

Tanto los textos internacionales como las constituciones nacionales se vienen haciendo eco así de la demanda social de proporcionar a los ciudadanos una calidad de vida que permita el desarrollo de la personalidad del individuo en un ambiente adecuado. Como señala López Guerra, *ello explica que, progresivamente, las Constituciones, y las declaraciones internacionales hayan ido poniendo el acento en la necesidad de reconocer, y proteger, unos derechos que difieren de los clásicamente consagrados: no son ya derechos negativos frente al poder, ni de participación, ni consisten en la obtención de prestaciones públicas. Se trata ahora de proteger bienes comunes, no individualizables, pero que son condición esencial para la "calidad de vida de cada individuo. (...) se caracterizan, por un lado, por el sujeto activo, que se identifica tanto con el individuo como con la colectividad; y, por otro, por el obligado a respetarlos, que es, no sólo el Estado, sino también el resto de los ciudadanos, ya que sólo la conducta solidaria de estos hará posible el mantenimiento del entorno vital que se quiere proteger*¹.

De este modo, entre los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del Título I de la CE, el art. 46 señala que

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

Estos principios rectores de la política social y económica *no son exigibles como derechos subjetivos frente a los poderes públicos; ahora bien, ello no obsta para que posean valor como elemento informador del ordenamiento y como mandatos y límites al legislador*².

¹ López Guerra, Luis. *Introducción al Derecho Constitucional*. Tirant lo Blanch Libros. 1994. Pág. 110

² López Guerra, Luis; Espín, Eduardo; García Morillo, Joaquín; Pérez Tremps, Pablo y Satrústegui, Miguel. *Derecho Constitucional. Vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tirant lo Blanch. 2013. Pág. 131

En este sentido, y como señaló Roma Valdés, es obvio que *la necesidad de habilitación constitucional no puede considerarse como un presupuesto para la tipificación penal; sin embargo, el inciso final de este precepto constituye una obligación para el legislador, debiendo establecer sanciones para las conductas atentatorias contra el patrimonio histórico español*³.

Antes de la entrada en vigor del CP 1995, la protección del patrimonio histórico se venía llevando a cabo a través de normas administrativas, entre las que destaca la Ley 16/1985, de 25 de junio de Patrimonio Histórico Español (LPHE) y su desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero (modificado por el RD 64/94, de 21 enero), además de la normativa autonómica sobre la materia. Recordemos que las competencias en materia de patrimonio cultural son compartidas por el Estado y las Comunidades Autónomas⁴.

En el ámbito penal, existían una serie preceptos penales dispersos en el CP 1973 y otras leyes penales especiales (agravantes específicas que se conformaban como subtipos agravados en los casos de los delitos de robo, hurto, estafa, apropiación indebida y daños, además de una conducta típica en la L.O. 12/1995 de represión del contrabando para los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español).

En cualquier caso, al igual que venía sucediendo en otros campos relacionados con la normativa urbanística y ambiental, cada vez más voces resaltaban, ya en aquel momento, que la tutela penal exigida en el texto constitucional se estaba convirtiendo en una verdadera necesidad frente a los ataques más graves sufridos por el patrimonio histórico, habiéndose revelado insuficiente la aplicación del derecho administrativo sancionador.

El CP finalmente aprobado por la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, que entró en vigor el 25 de mayo de 1996, tiene, entre las novedades que recoge en su Parte Especial, la inclusión del Título XVI con una rúbrica dedicada entonces a *los delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente* (dicha rúbrica ha sido modificada por la reforma del código en 2015). Dentro de este Título, el Capítulo II se dedica a *los delitos sobre el patrimonio histórico*, y está dirigido a proteger específicamente el patrimonio histórico español, de acuerdo con el mandato constitucional antes enunciado, comprendiendo los arts. 321 a 324.

La STS 86/97, de 29 de enero, aludía a esta promulgación recalcando que *la concienciación de la sociedad y la preocupación del Poder Legislativo han dado a luz (...) a los que denomina Delitos sobre el patrimonio histórico (...). Delitos estos que, como se refiere en la Exposición de motivos del Código, han sido incorporados a la nueva normativa penal porque valientemente se ha afrontado “la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia”*.

Lo cierto, no obstante, es que el proyecto de ley orgánica que se presentó en el Congreso de los Diputados el 13 de septiembre de 1994, y que culminó con la aprobación del CP actualmente vigente (naturalmente con las modificaciones que se han ido produciendo desde entonces) no recogía ese capítulo específico, sino que el legislador parecía optar, en cuanto a la protección penal del patrimonio histórico, por la misma técnica del texto legal que se pretendía sustituir.

En ese sentido, el proyecto mantenía las agravaciones indicadas en numerosos *delitos contra el patrimonio*, de lo que era en ese momento inicial el Título XII del Libro II, y además, siguiendo un criterio similar, se castigaba, en un apartado de uno de los novedosos *delitos sobre la ordenación del territorio* (el artículo 305.2 en el proyecto) a *los que derribaren o alteraren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural*

³ Roma Valdés, Antonio. *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*. Editorial Comares 2008. Pág. 30

⁴ Arts. 148.15ª y 16ª y 149.28ª y Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero.

o *monumental*. En el otro delito sobre la ordenación del territorio que se preveía (artículo 306 del proyecto), se sancionaba penalmente, como una forma prevaricación específica, a *los funcionarios facultativos que, a sabiendas, hubieren informado favorablemente proyectos de edificación o de derribo, o la concesión de licencias notoriamente contrarias a las normativas urbanísticas vigentes, y los miembros del organismo otorgante que hubieren votado su concesión, a sabiendas de su ilegalidad*.

No sería sino a su paso por el Senado, y por vía de enmiendas, cuando se creó el mencionado capítulo específico, conformado por cuatro artículos, entendiéndose el legislador que de esa manera estaba dando cumplimiento al mandato constitucional transcrito.

Sin embargo, esos cuatro artículos no eran preceptos de nueva creación en ese momento del trámite legislativo, sino que, en realidad y por así decir, fueron “trasladados” desde otras partes del texto legal con el que se estaba trabajando, lo que explicará, al menos en parte, algunos de los problemas de interpretación y aplicación que se plantearon desde el primer momento⁵, alguno de los cuales subsisten todavía hoy y a los que nos referiremos posteriormente.

En efecto, además de los dos artículos mencionados que, como acabamos de decir, formaban parte al principio de *los delitos sobre la ordenación del territorio*, las otras dos figuras penales que se acabaron incluyendo en lo que finalmente fue el Capítulo II del Título XVI fueron dos tipos penales de daños, que se recogían como tales en el Capítulo IX del en ese momento Título XII, dedicado a *los Delitos contra el Patrimonio y contra el Orden Socioeconómico*, y que pasaron a formar parte de este modo del nuevo capítulo que se creaba, manteniendo, sin embargo, idéntica redacción que la que tenían en su ubicación originaria.

Así, los primigenios delitos de daños que aparecían en los artículos 265.1.4⁹⁶ y 268⁷ pasaron a ser los artículos 323 y 324, recogiendo ambos la tan criticada enumeración ejemplificativa de bienes sobre los que debía recaer la acción típica y que tantas críticas suscitó (y en la que se incluían algunos cuya relación con el patrimonio histórico distaba de ser evidente).

Pese a los importantes defectos técnicos que presentaba la regulación indicada, circunstancia que propició, como decimos, que fueran rápidamente objeto de abundante crítica doctrinal, pasaron prácticamente 20 años sin que los tipos penales en cuestión sufriesen cambio alguno, y ello pese a las numerosas reformas habidas en el CP durante ese dilatado periodo de tiempo.

Ha sido finalmente la extensa reforma del CP llevada a cabo por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, (que entró en vigor el 1 de julio de ese año) la que ha afectado al Capítulo II del Título XVI, modificándose la redacción del artículo 323 y manteniendo íntegramente los otros tres preceptos. No ha desaparecido, por tanto, lo que se ha denominado dispersión sistemática en la protección penal de nuestro patrimonio histórico, y aunque se han solucionado algunos de los problemas que planteaba la regulación anterior, otros persisten, e incluso ha surgido alguno nuevo, como veremos seguidamente.

⁵ Véase Renart García, Felipe. *La protección penal del patrimonio histórico español a través del Art. 323 C.P.*, para una detallada explicación del proceso legislativo que supuso la introducción del capítulo II del Título XVI. Tesis Doctoral de la Universitat d'Alacant. 2001. <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/3906/1/Renart-Garcia-Felipe.pdf>

⁶ Artículo 261 del Proyecto de 1994 de Ley Orgánica del Código Penal:

1. *Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que causare daños expresados en el artículo anterior si concurriere alguno de los supuestos siguientes: (...)*

4º *En un archivo, registro, museo, biblioteca, centros docentes, gabinete científico, institución análoga o bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos.*

En estos casos, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado, así como a adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este apartado.

⁷ Artículo 264 del Proyecto de 1994 de Ley Orgánica del Código Penal:

El que por imprudencia grave causare daños, en cuantía superior a cincuenta mil pesetas, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centros docentes, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses, atendiendo a la importancia de los mismos.

2. Los delitos sobre el patrimonio histórico

Como hemos dicho ya, se recogen en el Capítulo II del Título XVI, bajo la rúbrica indicada, cuatro preceptos (arts. 321 a 324) que tipifican una serie de conductas relacionadas con las agresiones al patrimonio histórico.

2.1. El derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos (art. 321 CP)

Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.

En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Son elementos constitutivos de este delito, el cual no ha sufrido variación alguna con la reciente reforma de 2015, los siguientes:

2.1.1. Una acción típica consistente en el «derribo o alteración grave»

Aunque, como se ha solido indicar, la expresión «derribo» no habría de plantear, en principio, excesivos problemas, sí resulta conveniente hacer mención a algunas cuestiones que pueden plantearse en relación con la misma.

El Diccionario de la Real Academia Española (RAE) define derribar como «*arruinar, demoler, echar a tierra casas, muros o edificios*». Por otro lado, desde el punto de vista técnico, el derribo es una intervención en una edificación, consistente en la realización de los trabajos y operaciones necesarios para hacer desaparecer, total o parcialmente, la misma. Asimismo, el derribo, en caso de que sea total, se puede realizar tanto provocando de golpe el colapso de la totalidad de la estructura del edificio, o por partes, lo que plantea un proceso de desmontaje por fases de los distintos elementos estructurales.

En ese mismo sentido técnico que acabamos de mentar, además del derribo total, que se producirá cuando el mismo afecte a la edificación por completo, el derribo puede ser parcial. En este último supuesto, podría plantearse la duda de si estamos ante la conducta de «derribo» contemplada en el tipo penal. En principio, nada impediría, en mi opinión, considerarlo así por cuanto el precepto no exige en absoluto que ese derribo sea completo. Entiendo que con la expresión «derribo» el legislador ha querido contemplar la destrucción física que conlleve la desaparición de los valores que han hecho a la edificación afectada merecedora de la protección otorgada; y es claro que ello puede ocurrir no sólo con un derribo total sino que ello también puede suceder con un derribo parcial siempre que en este último caso la parte demolida sea de una entidad tal que lleva aparejada como consecuencia el que no se mantengan aquellos valores en la que parte que físicamente subsista⁸.

En cualquier caso, podría pensarse que, en la práctica, la cuestión así planteada no habría de tener tanta trascendencia ya que una situación de las características mencionadas supondrá ordinariamente una «alteración grave» de la edificación, la otra modalidad de la acción típica contemplada en el precepto. Evidentemente, ello habrá de entenderse necesariamente así en el caso de que no se admita el derribo parcial como «derribo», aunque, insisto, a mi juicio, mientras el derribo ha de suponer la destrucción o desaparición prácticamente absoluta de

⁸ La doctrina parece inclinarse mayoritariamente por exigir que el derribo sea total, es decir, que conlleve la destrucción completa del edificio, si bien hay autores que sostienen que el derribo parcial puede integrar la acción típica. Así, Muñoz Conde, señala que *por derribo debe entenderse tanto la demolición total del edificio como la que afecta a una parte de la construcción*. Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 20ª edición. Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 492.

Del mismo modo, Guisasola Lerma, que considera que será típico el derribo parcial siempre que el mismo afecte a “una parte esencial” del edificio, es decir, aquella que suponga la destrucción o demolición de los elementos de interés histórico, artístico o cultural que hayan propiciado su singular protección. Guisasola Lerma, Cristina. *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código Penal*. Tirant lo Blanch. 2001. Pág. 433.

los valores del edificio pese a que pueda seguir existiendo físicamente una parte del mismo, la alteración grave, como veremos a continuación, supondrá una afectación profunda de los valores históricos, artísticos, etc., del edificio, pero no tiene por qué conllevar una completa desaparición de estos. En consonancia con lo expuesto, no estaremos en este supuesto de «alteración grave» en el caso de que la parte derribada fuese de muy escasa entidad y, consecuentemente, no se hubiesen visto afectados los valores protegidos.

Plantea García Calderón⁹, el supuesto del desmontaje y traslado material de todos los elementos constructivos del edificio hasta otro lugar distinto de su emplazamiento original. Mantiene el autor indicado que dicha situación no puede considerarse extravagante o extraña¹⁰ y sostiene, en postura que comparto, que dicha conducta puede considerarse una demolición del edificio histórico. Es evidente que lo sería desde el punto de vista de lo que se considera como tal por la ingeniería técnica civil ya los derribos o demoliciones suponen un proceso mucho más complejo que el simple abatimiento del edificio; al contrario, requieren un procedimiento planificado de retirada de elementos, desmontaje de estructuras, de materiales, etc., que ordinariamente se realiza por fases. La Ley 16/1985 de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE) establece en su art. 18 que *un inmueble declarado bien de interés cultural es inseparable de su entorno y que no podrá procederse a su desplazamiento o remoción salvo que resulte imprescindible por causa de fuerza mayor o de interés social y, en todo caso, conforme al procedimiento legalmente establecido*. Y lo establece así porque el desmontaje y traslado por partes de un edificio singularmente protegido y su “reconstrucción” provocará necesariamente la desaparición de algunos de los más importantes valores dignos de protección del mismo, aunque solo sea por la descontextualización que necesariamente se produce. Circunstancia que debe predicarse, no sólo de los edificios declarados Bien de Interés Cultural (BIC) a los que alude la LPHE, sino también de cualquier edificio que goce del máximo nivel de protección en el planeamiento urbanístico correspondiente, como indicaremos después.

Volviendo ahora al examen de la otra acción típica, cual es la de «alteración grave», es evidente que su concreción planteará normalmente mayores problemas en la práctica. Desde el punto de vista gramatical, alterar consiste en «*cambiar la esencia o forma de algo*» e igualmente «*estropear, dañar, descomponer*»¹¹. Por consiguiente, aunque la “alteración” también engloba la acción de dañar, es obvio que se trata de una conducta más amplia que aquella.

Pero además, esa alteración ha de ser calificada como grave. Se utiliza pues, al igual que sucede en numerosos tipos del Título XVI, un concepto valorativo difícil de delimitar a priori. La STS 654/2004, de 25 de mayo, a la que nos referiremos en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, intenta esa delimitación señalando que la alteración habrá de ser *cuantitativamente importante y cualitativamente relevante en cuanto a la finalidad que esta norma penal tiene: la protección del interés histórico o asimilados expresados en la norma, de modo que en caso de alteración parcial, ésta afecte a la parte del edificio en la que ese interés protegido se concreta* (consideraciones estas últimas que, como he señalado, cabría extender a los casos de derribo parcial a los que me he referido anteriormente). Intentando precisar un poco más, parece que habría que incluir aquí aquellos supuestos de intervenciones sobre la edificación que modifiquen

⁹ García Calderón, Jesús M^º. *La defensa penal del Patrimonio Arqueológico*. Editorial Dykinson. 2016. Pág. 158 y 159.

¹⁰ No hay que remontarse a los tiempos en que el conocido magnate estadounidense William Randolph Hearst compró entre finales del siglo XIX y principios del XX edificios prácticamente completos en nuestro país. Como ejemplo, en 1925 adquirió el claustro, la sala capitular y refectorio del Monasterio de Santa Marina la Real de Sacramenia, de Segovia, desmontando el conjunto y trasladándolo a Estados Unidos (http://www.hoyesarte.com/patrimonio/w-r-hearst-el-gran-acaparador-del-arte-espanol_127255/ y para mucho mayor detalle sobre esta historia *La destrucción del patrimonio histórico artístico español. W.R. Hearst: “el gran acaparador”*. M^º José Martínez Ruiz y José Miguel Merino Cáceres. Editorial Cátedra. 2012). Recientemente, la Dirección General de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid trasladó a la Fiscalía que en julio de 2014 los agentes forestales de esa Comunidad Autónoma habían descubierto un gran número de elementos de cantería finamente labrados que formaban parte de arcos, cornisas, molduras, arquivoltas, celosías, capiteles, basas de columnas, etc., que podrían corresponder a algún edificio gótico “*de singular importancia*” y que habían sido depositados en una finca de la localidad madrileña de Navalagamella, adonde habían sido trasladados desde una finca de la provincia de Segovia. Las averiguaciones de la Guardia Civil confirmaron que las piezas habían permanecido en la finca segoviana más de 30 años y que, en principio, podían pertenecer a una edificación de carácter religioso ubicada originalmente en otra provincia de la Comunidad de Castilla y León y aún sin identificar.

¹¹ Versión electrónica de la 23.^a edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (RAE)

su configuración arquitectónica, lo que ocurrirá en los casos de intervención total, y también, desde luego, en aquellas parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría o el conjunto del sistema estructural siempre que cualquiera de estos aspectos haya sido fundamental a la hora de determinar su protección¹².

Cuando no concurra esa nota gravedad, se ha discutido acerca de si es posible la aplicación del art. 323 CP, que no la exige, y parece una norma genérica frente a la del 321, más específica, como dice textualmente la mentada STS de 25 de mayo de 2004.

Un mal entendimiento de esta resolución judicial ha llevado a mantener en ocasiones, incluso por responsables de Administraciones Públicas, que la sentencia parecía inclinarse por el recurso a la potestad sancionadora de la Administración con preferencia a la aplicación del tipo genérico del art. 323 CP. Si bien es cierto que existe en la resolución judicial comentada alguna afirmación *obiter dicta* que parecería sugerir esa postura (alusión por otra parte que incluso dista mucho de ser categórica) una lectura no obstante más detenida apunta precisamente a lo contrario, como en los años posteriores han venido entendiendo de manera ampliamente mayoritaria los juzgados y tribunales de nuestro país.

Para alcanzar dicha conclusión basta un análisis atento de la propia sentencia pues, no solo no descarta la posible aplicación en estos casos del art. 323 sino que, en el propio fundamento jurídico segundo de la misma, entra a analizar expresamente su posible concurrencia (lo cual no habría tenido sentido si realmente el Tribunal Supremo hubiese mantenido la postura antedicha, es decir, que de no concurrir los requisitos del art. 321 —el edificio del que se ocupa no era un BIC singularizado— no podría contemplarse en ningún caso la aplicación del 323)¹³. Y es que si en ese caso el Alto Tribunal, después de entender que no concurría el delito del art. 321 por carecer el edificio derribado de una protección singularizada, dijo que tampoco era aplicable el 323 no fue porque considerase que había de aplicarse la normativa administrativa sancionadora sino porque consideró que en el supuesto tratado no se había acreditado suficientemente que el edificio tuviese los valores históricos, artísticos, monumentales etc., a los que alude el art. 323. De esta manera, afirmaba que *hemos de añadir aquí que no cabe aplicar tampoco al caso el art. 323 CP, norma que, por su objeto es de mayor ámbito que la del art. 321, pues, por lo que aquí nos interesa, castiga los daños causados en “bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental” (el querellante también acusó por este delito). Es decir, aquí no se exige el requisito requerido de la singular protección.*

Tampoco aparece ningún informe pericial que podría haberse efectuado al respecto con aportación de datos complementarios que nos ilustraran acerca del valor cultural de estas casas montañosas.

Claramente la absolució n se produjo, no porque no se admitiese la posibilidad de aplicaci3 n del art. 323, pues no se descart3 n dicha alternativa como jur3 dicamente inviable (al contrario, como acabamos de ver, se estudi3 n la misma) sino porque en el caso concreto no se demostr3 n y prob3 n fehacientemente con la correspondiente pericia la existencia de los valores hist3 ricos, art3 sticos, cient3 ficos, culturales o monumentales que protege el precepto.

Por lo dem3 s, la denominada jurisprudencia menor ha venido a entender que el art. 323 se configura como una norma de cierre que brinda protecci3 n jur3 dica a todos los bienes de valor hist3 rico o art3 stico, proporcionando una respuesta penal a los da os causados a los edificios a los que se refiere el tipo del art. 321 cuando los da os no fuesen de la entidad prevista en este ltimo precepto.

¹² Art. 2.2.b) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenaci3 n de la Edificaci3 n.

¹³ Recordemos que en el caso juzgado se trat3 n de un derribo de una casona montañesa que se hallaba dentro del per3 metro de conjunto hist3 rico art3 stico de Alceda: seg3 n los hechos probados, era *una casa montañesa de construcci3 n antigua compuesto de planta baja, primer piso, solana en la fachada principal y cobertizo a adido*. Para la Sentencia del Tribunal Supremo, 3 stos no son datos suficientes para que podamos afirmar como presupuesto f3 ctico de una condena penal que nos encontramos ante un bien “de valor hist3 rico, art3 stico, cient3 fico, cultural o monumental” conforme lo exige este art. 323. Ni siquiera se precisa la fecha de la antig3 edad ni se concreta ninguna fotograf3 a de la construcci3 n derribada.

2.1.2. El derribo o alteración grave ha de recaer sobre algún «edificio»

En este precepto no se están protegiendo todos los bienes inmuebles que gocen de singulares valores históricos, artísticos, culturales o monumentales sino sólo aquellos que puedan calificarse como «edificios».

En su acepción común se considera edificio aquella «*construcción estable, hecha con materiales resistentes, para ser habitada o para otros usos*»¹⁴, definición prácticamente idéntica a la que se recoge en el Código Técnico de la Edificación¹⁵, que lo define como *construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para albergar otros usos*.

Frente a un parecer ampliamente mayoritario que liga exclusivamente el concepto de edificio a ese criterio “habitacional”, algunas voces han querido matizar esta posición apoyándose en la acepción gramatical que se ha transcrito, la cual tiene un carácter más amplio al referirse a *otros usos*¹⁶.

Desde luego, considero que ha de descartarse que el término «edificio» sea equiparable a bien inmueble. De hecho, en la tramitación legislativa se rechazó una enmienda del Grupo Popular en el Congreso de los Diputados que pretendía expresamente la sustitución del término «edificios» por el indudablemente más amplio de «inmuebles»¹⁷.

Lo cierto es que, a raíz de la incorporación al CP de los delitos sobre la ordenación del territorio tal como se llevó a cabo en su regulación inicial (en la que mientras el tipo del artículo 319.1 se refería a «construcción», el del número 2 hablaba de «edificación»), la jurisprudencia ha ido aquilatando, a estos efectos, un concepto jurídico penal de edificio que, entendemos, ha de ser el que se tenga en consideración en la interpretación de este artículo 321, pues parece difícil sostener desde el punto de vista de la seguridad jurídica que el mismo término (edificación es un edificio o conjunto de edificios) posea un significado jurídico-penal diferente dentro del mismo Título de nuestra ley penal.

Así, a diferencia de lo que en el ámbito de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo ha de entenderse por «construcción» (*obra del hombre con empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados que implica una sustancial modificación de la configuración original del terreno con vocación de permanencia*)¹⁸, por «edificación» se ha venido utilizando un concepto mucho más restringido, entendiéndose por tal aquella *construcción de carácter permanente, adherida al suelo, con elementos de uso y habitabilidad que permitan considerar su resultado para uso bien de vivienda o habitación, bien de carácter profesional, lúdico o de otro tipo, pero partiendo siempre de su habitabilidad en el sentido de susceptibilidad de ser ocupada de modo permanente o transitorio por personas*¹⁹. O con una expresión más concisa, edificio sería aquella *modalidad de construcción que materializa un aprovechamiento urbanístico cerrado y con techo*.

Por tanto, y de acuerdo con lo dicho, quedarían fuera de este precepto otros bienes inmuebles que no reuniesen tales características, cuya protección penal habría de derivarse al art. 323.

Por el contrario, sí entrarían dentro del concepto utilizado aquellas construcciones que reuniesen las características mencionadas independientemente de que por su antigüedad ya no sirvan para el uso original para el que fueran concebidas (un castillo seguirá siendo un edificio aunque lleve mucho tiempo, incluso siglos, deshabitado o no utilizado de ninguna manera), ni del estado en que se encuentren (las ruinas de una edificación lógicamente pueden ser objeto

¹⁴ Versión electrónica de la 23.ª edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (RAE).

¹⁵ Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación.

¹⁶ García Calderón pone el acento en *la intención de permanencia, en la fijeza de la construcción y en la resistencia de los materiales que son utilizados* para incluir en la expresión discutida obras históricas de gran valor como puentes, puertos, acueductos, fortificaciones, acequias, calzadas ... García Calderón, Jesús M.ª, op. cit., pág. 157

¹⁷ Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Núm. 512. Página 15608

¹⁸ Entre otras, la STS nº 1182/2006, de 29 de noviembre.

¹⁹ Como ejemplo de muchas otras, la SAP de Almería (Sección 2ª), nº 539/2015, de 23 de noviembre, que recoge esta doctrina.

de protección y de hecho lo son frecuentemente), siempre que lo que se conserve tenga una entidad que permita seguir considerándolo como tal edificio, lo que habrá de determinarse, lógicamente, en cada caso concreto²⁰.

2.1.3. Este edificio tiene que ser «singularmente protegido por su interés histórico, artístico, cultural o monumental»

Al contrario de lo que ocurre, como veremos después, con los bienes comprendidos en el artículo 323, la doctrina sostiene de un modo muy mayoritario que en el caso del artículo 321 estamos ante la necesidad de una declaración previa de protección, legal o administrativa, más allá del genérico reconocimiento como perteneciente al patrimonio histórico que otorga la legislación administrativa a todos aquellos bienes —incluidos los edificios, por tanto— que gocen de los valores propios del mismo²¹.

Desde el punto de vista terminológico, el adverbio “singularmente” hace referencia tanto a «*separadamente, particularmente*», como a «*de manera especial o más destacada*»²².

Mientras algunos autores y la citada STS de 25 de mayo de 2004 señalan que estamos ante una norma penal en blanco, otra parte de la doctrina niega esta consideración entendiéndolo por el contrario que la expresión «edificio singularmente protegido» constituye un elemento normativo del tipo, postura esta última que comparto²³. Para quienes sostienen la primera postura, el precepto administrativo a tener aquí en cuenta es el art. 9.1 de la LPHE, según el cual:

Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del patrimonio histórico español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley 16/1985 (véase su disposición adicional segunda) o mediante Real Decreto de forma individualizada”.

Recalca la tantas veces citada STS de 25 de mayo de 2004 que *hay una coincidencia muy significativa en los términos utilizados en la norma penal (“edificios singularmente protegidos”) y en la ley administrativa (“singular protección y tutela”), coincidencia que nos conduce a afirmar que ese art. 9.1 es el que ha de considerarse como el integrador de esa norma en blanco del art. 321 CP. Y este art. 9.1 nos dice que para alcanzar ese carácter de “singular protección” los bienes integrantes del patrimonio histórico español han de ser declarados de interés cultural. Y a tal declaración puede llegarse por dos caminos: por ministerio de esta ley o mediante real decreto de forma individualizada, previo el trámite del correspondiente expediente administrativo.*

Sin embargo, no todos los autores compartieron esta posición en cuanto a la inclusión en el tipo únicamente de los edificios declarados BIC²⁴.

En efecto, desde mi punto de vista, para una cabal comprensión de qué ha de entenderse por un edificio “singularmente protegido” no puede dejar de tenerse en cuenta la génesis

²⁰ Roma Valdés considera que el concepto típico *no tiene por qué circunscribirse únicamente a construcciones concluidas destinadas a un actual uso, sino que parece requerir la conservación de una estructura compleja básica (...)*. Roma Valdés, Antonio; op. cit., pág. 85.

O García Calderón, que recalca que el edificio *no tiene por qué estar incólume*. G^a Calderón, Jesús M^a; op. cit., pág. 158.

²¹ En contra Vercher Noguera, Antonio en *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)* Coord. Serrano Butragueño, Ignacio. Editorial Comares. 1999. Pág. 1477.

²² Versión electrónica de la 23.^a edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (RAE).

²³ Siguiendo el criterio de la clase de remisión que la norma penal lleve a cabo, si la remisión se hace en bloque, de modo que la ley extrapenal pasa a formar parte del precepto penal, estaremos ante una ley penal en blanco; mientras que en el caso de los tipos que utilizan elementos normativos, o bien la remisión a la legislación extrapenal no implica la infracción directa de la misma, o bien supone el empleo de expresiones sólo aprehensibles a través del recurso al estudio de la normativa administrativa, laboral, etc. (Sentencia de la Sección 8^a de la AP Barcelona 13 marzo 2000).

Según Gonzalo Quintero Olivares, *los elementos normativos o valorativos son aquellos cuya significación no es posible determinar sin acudir a una segunda interpretación, que se hará unas veces con ayuda de otras ramas del Derecho y otras mediante una valoración social que realiza el intérprete*. Quintero Olivares, Gonzalo (con la colaboración de Morales Prats, Fermín); *Parte General del Derecho Penal*. Edición 5^a. 2015. Manuales Universitarios. Thompson Reuters Aranzadi. Pág. 193.

²⁴ Renart García, Felipe, op. cit., páginas 460 y ss.; Guisasola Lerma, Cristina, op. cit., pág. 495 y ss. E incluso en los primeros momentos de vigencia del CP 1995, Conde-Pumpido Tourón, Cándido, *De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, en Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, tomo II*. Conde-Pumpido Ferreiro, C (Dir.:) Madrid. 1997. Pág. 3212.

del precepto, a la que ya nos hemos referido al inicio y que recordamos ahora: en su origen esta conducta formaba parte de *los delitos sobre la ordenación del territorio*, es decir, tenía una vinculación expresa con el urbanismo. A este respecto, es preciso recordar también que la normativa urbanística ha ido incorporando progresivamente disposiciones tendentes a la protección del patrimonio histórico como elemento indispensable de una correcta y adecuada ordenación urbanística. Y ello, no sólo en las leyes estatales o autonómicas, sino con carácter fundamental en los instrumentos de planeamiento urbanístico, los cuales dedican en la actualidad una parte esencial de su contenido a la protección de la edificación que reúne en cada municipio los valores merecedores de salvaguarda.

En este sentido, la legislación urbanística de carácter autonómico suele exigir que entre el contenido necesario de los planes generales se encuentre un catálogo o inventario de bienes y espacios protegidos, en el que han de identificarse los terrenos, edificios, construcciones, conjuntos, jardines y, en definitiva, espacios ya sujetos a protección en la legislación de patrimonio histórico y los que, además de aquellos, se consideren igualmente merecedores de tutela, estableciendo el correspondiente régimen de protección en uno y otro caso.

Así las cosas, basta una mirada a dichos catálogos para observar que entre los diferentes niveles de protección que suelen establecerse existen algunos que usan una terminología coincidente con la expresión exigida en el art. 321, y lo que es más importante, destacan la necesidad de preservar determinadas edificaciones por las muy sobresalientes características que detentan.

Tomemos, por ejemplo, el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid (PGOUM). En las Normas Urbanísticas de dicho PGOUM se establece (artículo 4.3.2) que los catálogos de edificios protegidos constituyen el principal instrumento de protección individualizada del patrimonio histórico edificado; asimismo, encuadra los edificios catalogados en tres niveles, atendiendo a la extensión de la protección que deparan. Así, en el nivel 1 de protección se consideran protegidos de forma global, con el fin de mantener sus características arquitectónicas y constructivas, volúmenes, formas y elementos decorativos. En atención a sus valores intrínsecos, de posición y forma, los edificios incluidos en el nivel 1 se dividen a su vez en dos grados: el denominado *Singular* (en el que se incluyen *aquellos edificios que pueden considerarse, en todo o en parte, como elementos relevantes en la historia del arte y la arquitectura española o madrileña, o constituyen un hito dentro de la trama urbana de la ciudad*), y el denominado *Integral* (con el que se protegen *los edificios de gran calidad, que presentan importantes valores arquitectónicos y ambientales*).

Ejemplos similares se encuentran en numerosísimos planes generales de ordenación²⁵.

A la vista de ello, no existe en mi opinión obstáculo alguno para considerar incluidos en el art. 321 aquellos edificios que en los correspondiente catálogos municipales gocen del máximo nivel de protección, ni desde una interpretación literal (“singularmente” es aquello que se protege de manera especial o más destacada y, por añadidura, como acabamos de ver, la coincidencia entre los términos utilizados no se da exclusivamente entre el artículo 321 y la definición de Bien de Interés Cultural plasmada en la LPHE de 1985); ni desde una interpretación teleológica, teniendo en cuenta que el fin último del legislador era precisamente evitar la desaparición de edificios que gozasen de excepcionales valores desde el punto de vista arquitectónico, histórico, artístico o monumental, circunstancia que evidente se da en muchos otros edificios y no sólo en aquellos que hayan sido declarados como Bien de Interés Cultural²⁶.

²⁵ Véanse, entre otros muchos ejemplos, el Artículo 10.3.15 de las Normas Urbanísticas Generales del PGOU de Sevilla, que otorga el máximo nivel de protección (Protección integral) a los edificios que deberán ser conservados íntegramente por su carácter singular y monumental y por razones histórico-artísticas, preservando todas sus características arquitectónicas.

O el Artículo 3.63 de las Normas Urbanísticas del PGOU de Valencia, que incluye en el nivel de protección nº 1 (con protección básica monumental) las construcciones que deberán ser conservadas íntegramente por su carácter singular o monumental y por razones históricas o artísticas, preservando sus características arquitectónicas originarias.

²⁶ Para García Calderón, *lo importante (...) es que pueda acreditarse el valor histórico del inmueble y que sean analizadas, en cada caso concreto, las distintas fórmulas legales de protección, urbanísticas o culturales con las que pueda contar el edificio demolido*. García Calderón, Jesús M^º, op. cit., pág. 163.

Por otro lado, para entender incluido el edificio de que se trate en la protección penal otorgada por el art. 321 del CP, la STS de 25 de mayo de 2004 requirió que la tutela hubiese sido otorgada a un edificio individualmente considerado, por sus características particulares expresamente consideradas, y no por formar parte de un conjunto de edificaciones más o menos amplio al que se hubiese preservado de forma global. En consecuencia, absolvió a la persona que había resultado condenada en la sentencia de instancia porque el edificio derribado no gozaba de esa protección de forma individualizada sino por formar parte de un conjunto histórico artístico. Consideró que hablar de “singularmente” (con referencia a los bienes) o de “individualizada” (con referencia a la declaración de BIC por decreto) es algo contrario a la expresión «conjunto histórico», aunque los edificios incluidos en éste sean también bienes de interés cultural²⁷.

Por tanto, resumiendo lo dicho hasta ahora, deberían entenderse incluidos en el concepto de edificios singularmente protegidos del precepto que se está analizando:

- Los edificios declarados bienes de interés cultural (BIC) por un acto administrativo, ya sea por la Administración del Estado o por la de las Comunidades Autónomas.
- Los edificios afectados por un expediente de declaración de bien de interés cultural, ya que a estos se les dispensa, según el art. 11.1 de la LPHE, el mismo régimen de protección que a los ya declarados, en tanto se lleva a cabo la tramitación del mencionado expediente.
- Los edificios declarados bienes de interés cultural por la ley. La referencia del art. 9 de la LPHE a “esta ley” ha de relacionarse con lo que nos dice su disposición adicional segunda que se concreta en determinados decretos, de los que el de 22 de abril de 1.949 se refiere a los castillos y el 449/1973 protege los hórreos o cabazos antiguos de Galicia o Asturias).
- Los edificios que disfruten de una protección de las características a las que hemos aludido anteriormente en la normativa urbanística y de planeamiento.

2.1.4. Además de lo dicho hasta ahora, hay que añadir que nos encontramos ante un delito doloso. A este respecto, no es necesario que concurra un dolo específico sino que es suficiente un dolo genérico: ha de actuarse con el conocimiento de que concurren en el hecho los elementos objetivos de la infracción penal que acabamos de examinar, elemento común a todos los delitos de carácter doloso, y sin que sea preciso que el sujeto activo conozca con plena exactitud la concreta figura jurídica de protección administrativa de la que goza el edificio; bastará con que sea consciente de que existe esa tutela.

Fuera de los supuestos de dolo directo o de primer grado, lo ordinario será hallarse ante supuestos de dolo indirecto o de segundo grado (también llamado de consecuencias necesarias, y así lo entendió la STS de 3 de junio de 1995, a la que luego nos referiremos, en un caso de daños al patrimonio histórico), o supuestos de dolo eventual²⁸.

De conformidad con lo expuesto hasta ahora, si la conducta que estamos examinando fuere cometida mediante imprudencia grave, sería constitutiva de delito, pero sobre la base de lo dispuesto en el art. 324 CP.

²⁷ Según la sentencia, *estos conjuntos históricos se definen en el art. 15.3 (de la LPHE) como agrupación de bienes inmuebles o como núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior. Cuando como en el caso presente, nos hallamos ante un conjunto histórico, es claro que estamos ante una pluralidad de elementos, “tanto inmuebles edificados como espacios libres exteriores o interiores...”, según podemos leer al respecto en el art. 21.1 de la misma Ley 16/1985.*

²⁸ Como es sabido, *el llamado dolo indirecto o de segundo grado es referido a la conciencia y voluntad que el autor tiene, no respecto al resultado principal de su plan, sino hacia aquellos otros resultados que deben producirse como medio necesario para alcanzar la meta deseada. Si el plan delictivo comprende una serie de consecuencias como necesarias, aunque no sean directamente queridas, se entiende que en su consciente realización se cumplen los requisitos exigibles para afirmar que esas consecuencias son suficientemente conocidas y queridas. En el caso del dolo eventual se constata una conciencia de la posibilidad de un resultado como probable, pese a lo cual el autor ha actuado consintiendo o siéndole indiferente la producción del resultado”* Quintero Olivares, Gonzalo (con la colaboración de Morales Prats, Fermin); op. cit., pág. 151 y 152.

2.1.5. Por lo que hace a la posibilidad de las formas imperfectas de ejecución, al tratarse de un delito de resultado, no hay duda de que, desde un punto de vista teórico, cabrían las mismas, como se señala doctrinalmente²⁹.

Ahora bien, dicha afirmación sería matizable como puntualiza G^a Calderón. Para este autor sólo habrá tentativa cuando no lleguen a producirse daños, o si los causados son de escasa consideración; y, además, se acredita la voluntad del agente de llevar a cabo un derribo o alteración grave. Si los daños han sido apreciables se inclina por estimar que se produce un concurso entre el delito de daños del art. 323 y el delito del art. 321 en grado de tentativa³⁰.

Por mi parte, he sostenido anteriormente que un derribo parcial, con las características indicadas, colmaría a mi juicio las exigencias del tipo por lo que en tales casos estaríamos ante un delito consumado. Sólo efectivamente en el caso de que la demolición no llegue a producirse por causas independientes de la voluntad del autor o, ya iniciada, hubiese alcanzado una mínima entidad o la alteración del edificio no pudiese ser calificada como grave, podrían plantearse la punición de los hechos como tentativa.

No obstante, salvo en el primero de los casos apuntados, en esos supuestos se plantearía la duda de si efectivamente debería apreciarse un delito intentado del art. 321 o, por el contrario, sería un delito consumado de daños del art. 323.

De acuerdo con García Calderón (quien opta por la solución indicada más arriba) no parece que pueda resolverse ese concurso aparente de leyes con las tres primeras reglas del art. 8: no parece que estemos ante una relación de especialidad en la que el art. 323 sería el delito genérico de daños frente al específico del 321, por cuanto ya hemos señalado que ese 321 comprende efectivamente las conductas dañosas pero tiene un contenido más amplio (“alterar” admite otras acciones que no serían estrictamente la de dañar); tampoco se da una relación de subsidiariedad ni de consunción entre ambos preceptos. Desde mi punto de vista, habría de aplicarse la última regla del art. 8 y aplicar el denominado principio de alternatividad, de modo que sólo se castigaría el precepto más grave pues este recogería la plenitud del injusto.

La Circular 4/2015, de 13 de julio de la FGE *sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos*, trata acerca de las operaciones que habrá que llevar a cabo para concretar la pena en los casos de concurso medial, como su título indica. Una de esas operaciones, la primera, es la de seleccionar cuál, de los dos o más delitos que forman el concurso, constituye el delito más grave. El criterio allí fijado ha de servir también para dilucidar cuál es el precepto penal más grave al que alude la última regla del art. 8.

De esta manera, la Circular indicada señala que *la infracción más grave será aquella que lleve aparejada una pena más grave, conforme al art. 33 CP*, añadiendo que para alcanzar tal determinación *habrá de tenerse en cuenta el grado de ejecución y la participación (arts. 62 y 63 CP), en cuanto constituyen —según cualificada doctrina— formas de tipicidad autónomas que el Código Penal incorpora a su Parte General por razones sistemáticas.*

Siguiendo dichas pautas, y a mi juicio, en los supuestos a los que nos estamos refiriendo —aquellos en que la demolición iniciada hubiese alcanzado una pequeña entidad o la alteración del edificio no pudiese ser calificada como grave, pero superando siempre los daños la cuantía de 400 euros— habría de aplicarse el delito de daños del art. 323 por cuanto que, aunque este delito establece una alternativa de pena privativa de libertad y pena de multa, el techo o límite máximo de la pena privativa de libertad prevista sería mayor que la pena privativa de libertad que correspondería al delito intentado del 321.

2.1.6. Al margen de lo anterior, hay que decir, asimismo, que la norma penal del 321 no exige cualidad alguna en el sujeto activo para cometer este delito a diferencia de lo previsto para el

²⁹ Guisasola Lerma, Cristina, op. cit., págs. 467 y 468.

³⁰ G^a Calderón, Jesús M^a, op. cit., págs. 161 y 162.

delito de prevaricación del art. 322, por lo que no se plantea problema alguno al respecto en los casos de participación de otras personas en concepto de coautores, inductores, cooperadores necesarios o cómplices.

2.1.7. También de forma mayoritaria, la doctrina entiende que es posible la comisión por omisión si concurren los requisitos del art. 11 CP, consideración que ha de predicarse tanto en el caso del art. 321 como en el de los arts. 323 y 324. Así, Otero González, al referirse al art. 323, señala que *nos encontramos ante un delito resultativo puesto que no está especificada la modalidad comisiva, englobando cualquier comportamiento que cause el resultado típico*³¹.

Recordemos que el artículo 11 establece que *los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*

- a) *Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*
- b) *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.*

Particular mención merece, al tratar esta cuestión, la posibilidad de que supuestos de inactividad de responsables públicos encargados de velar por la protección del patrimonio histórico, y que por tanto ocupan una verdadera posición de garante, puedan incurrir en este delito cuando no se adopten las medidas urgentes de protección ante una situación evidente de peligro de que el derribo o la alteración grave (o los daños) se produzca. Naturalmente, habrá que tener en cuenta la mayor o menor relevancia del bien; el tiempo durante el que ha persistido el peligro; existencia o no de requerimientos para que se lleve a cabo la actuación debida y consecuentemente el conocimiento de dicho peligro; publicidad de la situación, etc.

Es sabido que la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo establece que *la estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla.*

A los tres anteriores han de añadirse otros tres que son propios de la comisión por omisión y que resultan igualmente necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

También añade esa jurisprudencia que *en los delitos de omisión el dolo se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa. En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado. Por el contrario, no forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante. En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente, por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida. Y en la Sentencia 363/2007, de 28 de marzo, se declara que los elementos fácticos que permiten la aplicación del artículo 11 del Código Penal son los siguientes: a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 CP exigiendo que la evitación del resultado equivalga a su causación. c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate. d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de rea-*

³¹ Otero González, Pilar; *Protección Penal de los daños al patrimonio histórico (tras la reforma del código penal operada por la L.O. 1/2015)*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM). Nº 19. 2015. Pág. 354.

lizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente³².

De conformidad con la doctrina transcrita, entiendo que la omisión de las actuaciones precisas de mantenimiento, reparación y conservación de un edificio que goce del más alto nivel de protección, omisión que diese lugar a la agravación progresiva de la situación que presente la edificación y que determine la ruina física de la misma y su posible demolición para evitar posibles daños a las personas o a otros bienes protegidos, ha de tener relevancia penal.

Pese a ello, no han faltado resoluciones judiciales que han sostenido lo contrario. Muestra de ello es el Auto 918/2016, de 24 de octubre de 2016 de la Sección nº 30 de la Audiencia Provincial de Madrid que defiende que ni en el delito del artículo 321 ni en los de los artículos 323 y 324 cabe la comisión por omisión³³.

En el caso del artículo 321, la resolución judicial citada defiende que solo podrá imputarse a un responsable administrativo cuando este omita la obligación legal de actuar ante el derribo o alteración grave del edificio que se lleve a cabo por otro, es decir, por su propietario o un tercero. Afirma que, únicamente en tal caso, si el responsable administrativo omite dolosamente su obligación legal de evitar el resultado antijurídico habrá que entender que la no evitación del resultado equivale a su causación.

Sin embargo, con esa afirmación se están olvidando, a mi juicio, en primer lugar, aquellos supuestos, obviamente frecuentes, en que la Administración es propietaria del bien protegido (situación que precisamente era la que se presentaba en el hecho investigado, en que desde años atrás el edificio pertenecía al patrimonio del ayuntamiento afectado). Pero es que, además, en aquellos en que no lo sea sigue teniendo obligación de evitar el resultado, no alcanzando a entenderse que solo tenga esa posición de garante frente a conductas activas de terceros y no frente a conductas pasivas que tienen como consecuencia el mismo resultado, el resultado cuya producción castiga el tipo penal.

Del mismo modo, el auto citado considera que tampoco cabe la comisión por omisión en los delitos de daños de los artículos 323 y 324: *iguales dificultades nos encontramos con los tipos del art. 323 y 324 (daños por imprudencia). La conducta típica consiste en causar daños y no adoptar las medidas precisas para la conservación del inmueble por parte de sus propietarios no equivale a “causar daños”. Solo una interpretación extensiva de la acción de dañar, vedada en el marco del derecho penal, puede autorizar a considerar que no realizar labores de mantenimiento y reparación a las que se está obligado legalmente, cuyo resultado a largo plazo es el deterioro de la edificación y su ruina final, equivale a producir directamente dicho deterioro, dolosa o imprudentemente. Parece claro que tal conducta por parte de los titulares de los bienes inmuebles está limitada al ámbito administrativo sancionador y a la posibilidad de que la administración actúe subsidiariamente. En conclusión, la comisión por omisión del art. 11 CP solo es aplicable al delito de daños cuando estos se causan por un sujeto activo y el autor por omisión vulnera su deber legal o contractual de actuar o cuando se haya creado por el autor una situación de riesgo para los bienes por una acción u omisión precedente”*

La incongruencia de la resolución judicial comentada es, desde mi punto de vista, patente.

Viene a cuento recordar aquí, en cuanto a la comisión por omisión y el delito genérico de daños del art. 263, la STS nº 341/2015, de 16 de junio, que establece que *hemos de partir de que en*

³² Por muchas, STS 459/2013, de 28 de mayo.

³³ Este auto estima un recurso de la persona investigada, responsable del departamento administrativo municipal a quien en principio se atribuía la competencia para realizar obras de mantenimiento y conservación en un edificio que gozaba de protección al estar incluido en el Catálogo de Edificios Protegidos del PGOU, obras que no se realizaron, acabando con su demolición por ruina inminente. Se acuerda el sobreseimiento (aun después de entender que los daños producidos en un edificio de esas características son típicos) al considerar que ni en el delito del artículo 321 ni en los de los artículos 323 y 324 cabe la comisión por omisión.

relación al delito de daños la doctrina viene estimando que el objeto material del mismo es la cosa mueble o inmueble, material y económicamente valorable susceptible de deterioro o destrucción y de ejercicio de la propiedad. Su conducta típica consiste en la destrucción, deterioro o inutilización con menoscabo sustancial de la cosa. Son posibles todos los medios de comisión aunque algunos de ellos sean objeto de especial agravación en el art. 264 CP. La configuración del tipo orientado a la prohibición del resultado, hace perfectamente posible la comisión por omisión, y el resultado se produce con la destrucción, deterioro o menoscabo de la cosa, siendo factible cualquier forma de tentativa. Doctrina plenamente aplicable al caso que nos ocupa por cuanto, obsérvese, la conducta punible está descrita en los arts. 323 y 324 en los mismos términos que en el delito genérico de daños del art. 263: “el que cause daños”, “el que por imprudencia grave cause daños” y “el que causare daños”, respectivamente (no podía ser de otro modo, teniendo en cuenta el origen ya comentado de los arts. 323 y 324).

Según el Diccionario de la RAE, dañar significa «causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia» y en una segunda acepción «maltratar o echar a perder algo»³⁴.

Es obvio que ninguna interpretación extensiva se está haciendo cuando se logra el resultado final buscado, “la destrucción, deterioro o menoscabo de la cosa” no solo mediante la acción directa sino abandonando la misma a su suerte cuando precisamente existe una obligación legal de impedir que se produzca esa destrucción o deterioro³⁵. No alcanzamos a ver la diferencia que ha de tener, en cuanto a su tratamiento penal, la conducta de quien daña activamente el bien de valor histórico, artístico, etc. y la de quien espera pacientemente, incumpliendo las obligaciones que le incumben, a que el menoscabo se produzca cuando este va a ser consecuencia necesaria de esa inacción.

En apoyo de su tesis, la resolución comentada alude también a la desproporción que supondría, a efectos de penalidad, equiparar la comisión por omisión a los daños directos o al derribo también directo del inmueble, argumento este que pone en cuestión toda la concepción de la comisión por omisión que se caracteriza precisamente por equiparar la sanción al que causa el resultado prohibido, independientemente de la vía escogida para lograrlo.

Finalmente, el auto se apoya en otra resolución de la Audiencia Provincial de Cádiz (Auto 60/2005, de 17 de mayo, de la Sección 4ª) que consideraba que para la actuación (o ausencia de la misma) de funcionarios o autoridades ya se cuenta con las figuras de la prevaricación administrativa ordinaria del art. 404 o la prevaricación específica del art. 322. Hemos de reiterar que cuando se trate de bienes de titularidad pública, los responsables administrativos encargados de su custodia no pueden ser tratados de forma diferente a un titular privado, por lo que el resultado dañoso habrá de exigirse por la vía de los arts. 323 o 324. Distinta será la respuesta ante situaciones de pasividad grave frente a incumplimientos o infracciones del deber de conservación de los que tenga conocimiento el responsable o autoridad administrativa: en estos casos, cuando la Administración no actúa a sabiendas frente a una situación de deterioro conocida imponiendo las correspondientes sanciones y obligando a la restauración o resarcimiento en los términos que proceda sí que podemos estar ante un delito de prevaricación por omisión, aplicando la doctrina de la prevaricación en comisión por omisión, reiteradamente admitida por la Sala II del Tribunal Supremo a partir del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 30 de junio de 1997.

Ahora bien, plantean distintos autores si, en los casos en que el derribo o la alteración grave (o daños, en otro caso) se haya producido efectivamente y la falta de actuación administrativa haya sido esencial para la producción del resultado no querido, no estaremos más bien ante cooperadores necesarios del art. 321 (o de alguno de los delitos de daños del art. 323 o 324)³⁶.

³⁴ Versión electrónica de la 23.ª edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (RAE)

³⁵ La práctica totalidad de las normativas autonómicas en materia de patrimonio histórico, así como la normativa urbanística municipal al respecto, recoge el deber de propietarios y poseedores de conservar, custodiar y mantener dichos bienes.

³⁶ García Calderón, Jesús Mª, op. cit., pág. 173 recogiendo a otros autores como Salinero Alonso y Muñoz Conde.

Distinto de lo anterior será la dificultad común a los delitos de comisión por omisión en cuanto a la individualización del autor pues como señala la doctrina *es complejo el camino que va desde la consideración de que no ha actuado nadie hasta la decisión de afirmar que de entre los que no han actuado, que pueden ser muchos, este o aquel es el responsable de lo sucedido*³⁷.

2.2. El delito de prevaricación específica en materia de patrimonio histórico del art. 322

El artículo 322 CP, que tampoco ha sido objeto de reforma desde su promulgación (contrariamente a lo que ha sucedido con las otras dos prevaricaciones específicas recogidas en el Título XVI en materia de ordenación del territorio —art. 320— y medio ambiente y recursos naturales —329— preceptos que sí fueron modificados en su día mediante la L.O. 22/2010, de 22 de junio) establece que:

1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

Recordemos, por otra parte, que el art. 404 señala que *a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.*

Al igual que ocurre en el Capítulo dedicado a *los delitos sobre la ordenación del territorio y del urbanismo* y en el de *los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales*, el delito del art. 322 se refiere a un caso particular de prevaricación de autoridad o funcionario público, agravado por la materia específica a la que se refiere: la realización de informes favorables y la concesión de una autorización administrativa para un proyecto de derribo o alteración de edificio singularmente protegido por ser interés histórico, artístico, cultural o monumental (aunque el precepto no lo dice expresamente, los autores suelen coincidir en que parece que la alteración objeto de los informes o de la decisión administrativa debería ser grave en consonancia con lo dispuesto en el art. 321).

Este artículo 322 es un delito cualificado respecto de la prevaricación ordinaria del art. 404 ya que tanto aquel como los otros dos tipos de prevaricación específica aludidos siguen la estructura del delito genérico de prevaricación; y además está la expresa referencia que el 322 hace a la pena del 404.

Por tanto, y en cualquier caso, son exigibles los elementos que se requieren para la existencia del delito genérico de prevaricación administrativa:

2.2.1. La cualidad de funcionario público o autoridad en el sujeto activo del hecho, conforme a las definiciones que de estos conceptos nos ofrece el art. 24 CP³⁸.

Se trata de un delito especial, por consiguiente, que no permite la autoría propiamente dicha de personas que no reúnan la condición expresamente requerida en la norma penal, lo que

³⁷ Quintero Olivares, Gonzalo, op. cit., pág. 453

³⁸ Art. 24 CP:

- 1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.*
- 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.*

no excluye que estas personas puedan ser condenadas en calidad de partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices). Como se ha visto en los últimos años en el ámbito de los denominados delitos urbanísticos, ha sido relativamente frecuente la responsabilidad de expertos o asesores “externos”, técnicos contratados, etc., que sin pertenecer a ningún cuerpo de la función pública eran buscados por determinadas autoridades públicas como modo de eludir el control de los funcionarios específicamente encargados de velar por el cumplimiento de la legalidad en esta materia, interviniendo así en muchos casos de forma decisiva para amparar ilegalidades manifiestas. En estas ocasiones, y como ha ocurrido en la prevaricación específica del art. 320 CP, estas personas serían, sin ninguna duda, sujeto activo ya que reúnen la cualidad de funcionario público “a efectos penales”, como acabamos de ver.

2.2.2. Que haya una resolución injusta en asunto administrativo, en términos del antiguo art. 358 del CP de 1973, o arbitraria, conforme nos dice el 404 actual, con lo que nos remite al inciso final del art. 9.3 CE que *prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos*.

La jurisprudencia repite de modo constante, tanto para la prevaricación administrativa como para la judicial, que no basta la mera ilegalidad para cometer un delito de prevaricación; ha de tratarse de una ilegalidad evidente, patente, flagrante, y clamorosa, en contradicción con los mínimos esenciales de las funciones de la Administración; no existen estos delitos cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esa resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir, la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria.

También es muy reiterada la doctrina del Tribunal Supremo a la hora de concretar el contenido de esa injusticia o arbitrariedad. Puede radicar, por tanto, en la absoluta falta de competencia del funcionario o autoridad; en la inobservancia de alguna norma esencial del procedimiento; o en la ausencia de razonamiento, o en el propio contenido sustancial de lo resuelto.

2.2.3. El otro requisito, de carácter subjetivo, viene recogido en los términos “a sabiendas”. El legislador exige el dolo directo para la comisión de este delito, dolo que, en este caso, vendría conformado por la actuación con el conocimiento del contenido injusto o arbitrario de la resolución administrativa.

2.2.4. La conducta típica consiste tanto en informar favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios como el resolver o votar a favor de su concesión. Al igual por tanto que en el caso del art. 320 y del art. 329, la novedad del CP de 1995 está en que se castiga no solo a quien realiza el acto administrativo decisorio y emite la resolución arbitraria, como se había venido haciendo tradicionalmente, sino que también se anticipa la respuesta punitiva frente al que con abuso de la función pública que le ha sido encomendada informa conscientemente a favor de la ilegalidad de la actuación que se pretende. Asimismo, se castiga también al que con su voto favorable en un órgano colegiado posibilita la resolución.

En cuanto al «informe favorable», ha de entenderse que es aquel que busca autorizar lo que no podría autorizarse según el ordenamiento jurídico aplicable. Algunos autores parecen inclinarse por exigir, para que sea típico, que dicho informe sea preceptivo y vinculante ya que solo en esos casos *se producirá un riesgo penalmente típico para el patrimonio histórico*³⁹. A mi juicio, dicha conclusión es discutible ya que, en cualquiera de las modalidades de prevaricación específicas previstas en el CP e independientemente de su ámbito material, cualquier informe contrario al ordenamiento jurídico emitido *a sabiendas* ya ha supuesto un ataque real y frontal al recto proceder que ha de predicarse del ejercicio de la función pública, que debe servir con objetividad a los intereses generales (y que es el bien jurídico protegido, según reiterada jurisprudencia, en el caso de la prevaricación), de modo que se vulnera del modo

³⁹ Por ejemplo, Otero González, Pilar, op. cit., pág. 338.

más grave la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos garantizada por el texto constitucional. Por tanto, habría de considerarse indiferente que el informe sea preceptivo o no, vinculante o no, siempre que se haya formulado conscientemente de modo arbitrario en el correspondiente expediente administrativo. El peligro para el patrimonio histórico también ha existido con una actuación de tal naturaleza y el hecho de que en el marco de la propia tramitación administrativa se pueda impedir finalmente que ese informe contribuya al derribo del edificio singularmente protegido no puede significar la eliminación del reproche penal cuando se están propugnando ilegalidades groseras, al igual que una declaración de nulidad de un acto administrativo por la jurisdicción contencioso-administrativa, que impide que aquel despliegue sus efectos, no imposibilita la persecución penal de ese acto si reúne los requisitos jurisprudencialmente exigidos para ser considerado prevaricador.

2.2.5. Tal como se ha adelantado anteriormente al referirnos a la comisión por omisión en el caso del derribo o alteración grave de edificio singularmente protegido, o del delito de daños a bienes de valor histórico, artístico, etc., en el caso de la prevaricación del art. 322 cabría, en mi opinión, la prevaricación omisiva en aquellos casos en que la autoridad o funcionario público no actúe dictando las resoluciones a las que venga obligado legalmente frente a conductas de los propietarios o titulares de los bienes o de cualquier otro tercero que puedan causar el derribo o alteración grave.

2.2.6. Para finalizar este apartado, hay que decir, que dados los estrictos términos del art. 322, este precepto sólo podrá aplicarse en el caso de que la conducta prevaricadora afecte a edificios singularmente protegidos. En el resto de supuestos que afecten a bienes integrantes del patrimonio histórico, ya se trate de la prevaricación activa como de la omisiva, deberá acudir a la figura de la prevaricación genérica del art. 404, en su caso.

2.3. Los daños dolosos a los bienes integrantes del patrimonio histórico del art. 323

En la actualidad, y tras la reforma sufrida en 2015, el art. 323 señala que:

1. *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos. Con la misma pena se castigarán los actos de expolio en estos últimos.*
2. *Si se hubieran causado daños de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante, podrá imponerse la pena superior en grado a la señalada en el apartado anterior.*
3. *En todos estos casos, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.⁴⁰*

Frente al delito común de daños recogido en el Capítulo IX del Título XIII del Libro II, entre *los delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico*, se regula en este precepto un tipo específico de daños contra el patrimonio histórico cuyo objeto material viene ahora configurado por conceptos más generales que la enumeración de bienes muebles e inmuebles que se hacía antes de la reforma de 2015, enumeración que había sido objeto de múltiples críticas.

2.3.1. De este modo, en el objeto material de este tipo penal se encontrarían incluidos los bienes muebles declarados Bienes de Interés Cultural y también los bienes inmuebles igualmente declarados Bienes de Interés Cultural no comprendidos en el artículo 321; los bienes muebles o inmuebles inventariados o catalogados por la Administración pero igualmente —y es preciso recalcarlo con énfasis, ante la confusión que todavía se genera al respecto— todos los bienes

⁴⁰ Anteriormente a la reforma llevada a cabo por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo decía que “Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause 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. En este caso, los Jueces o Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.”

muebles e inmuebles a los que se les atribuya un valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental independientemente de que hayan sido o no objeto de una declaración administrativa en tal sentido.

En efecto, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo⁴¹ han considerado que no es necesaria una previa declaración administrativa de bienes culturales o su catalogación o inventario por las autoridades competentes para que puedan ser protegidos penalmente como integrantes del Patrimonio Histórico Español. Así, se afirma que no constituye requisito integrante del tipo penal el de que preceda la declaración del interés cultural de los bienes dañados, pues *la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español*, conforme este es configurado por la citada LPHE 16/85. Se manifiesta, por tanto, que desde una perspectiva jurídico penal el Patrimonio Histórico está integrado por todos aquellos bienes materiales que ostentan un valor cultural o histórico innegable.

Dicha interpretación es plenamente conforme con la exigencia constitucional establecida en el transcrito art. 46 de que la protección del patrimonio histórico se lleve a cabo *cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad*. Piénsese en que, de otro modo, de exigirse la necesidad de la previa catalogación administrativa el patrimonio arqueológico oculto o no declarado quedaría absolutamente desprovisto de protección penal, lo que sería completamente inaceptable.

De acuerdo con ello, el valor histórico, artístico, etc., habrá de ser objeto de acreditación en estos casos en el correspondiente procedimiento judicial, a través de la prueba pericial que proceda, así como, de igual modo habrá de demostrarse la conciencia que los autores de la infracción tengan de la existencia de dichos valores en los bienes objeto de daño o destrucción. En efecto, al igual que en el caso del art. 321 no se requiere en la comisión de este delito ninguna intencionalidad específica, pero el dolo debe abarcar el valor histórico, artístico, etc., del bien afectado, aunque no será necesario que se conozca ese valor de un modo absoluto o en todos sus extremos⁴².

2.3.2. Polémica resulta también la cuestión de si el nuevo artículo 323 exige una cuantía mínima de los daños causados para entender cometido el delito.

Algunas posturas parecen entenderlo así ante la falta de mención a ningún tipo de criterio de valoración frente a numerosos tipos delictivos en que se ha seguido manteniendo la frontera de los 400 euros para distinguir los delitos graves o menos graves del ahora denominado delito leve⁴³.

⁴¹ Véanse las STS 6-6-1988; 12-11-1991 y 3-6-1995 que, refiriéndose al delito de daños al patrimonio histórico recogido en el CP 1973, establecieron que no era exigible una declaración previa por el órgano administrativo correspondiente de integración del bien en cuestión en el Patrimonio Histórico. Doctrina esta plenamente aplicable a la regulación actual y cuya plena constitucionalidad fue refrendada por la Sentencia TC 181/1998, de 17 de septiembre, que estableció que, aunque la legislación sobre patrimonio histórico otorga una especial protección a aquellos bienes que han sido inventariados o declarados de interés cultural, ello no significa que los que no gocen de esa declaración administrativa *queden extramuros del concepto de Patrimonio Histórico*.

Concluye la sentencia del TC citada que *no constituye, pues, según la interpretación respaldada por esta línea jurisprudencial, requisito integrante del tipo penal el de que preceda la declaración del interés cultural de los bienes dañados, pues la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español, conforme éste es configurado por la citada Ley 16/85*. Posteriormente, y en el ámbito jurisprudencial penal, incidió en el mismo criterio la STS 29-1-1997, pues, aunque no hizo un pronunciamiento expreso al respecto, confirmó la condena en un supuesto de destrucción de unos restos arqueológicos hallados como consecuencia de unas obras, a pesar de lo cual las obras siguieron adelante causando daños de incalculable valor científico.

⁴² Rufino Rus, Javier. *Respuesta penal a los delitos sobre el patrimonio histórico: novedades tras la reforma en materia de expolio arqueológico*. 2017. Pág. 26.

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20%20Rufino%20Rus.pdf?idFile=19119aae-8cc0-44cc-be44-2260f8ea6edd

⁴³ Entre otros, Otero González, Pilar; op. cit.: *“Conviene recordar, al igual que en relación con los demás tipos penales relativos al patrimonio histórico, que a veces se produce un deterioro sin que haya daño físico o material, o, si lo hay, en la mayoría de los casos es de imposible cuantificación económica. Por ello, resulta plausible que se haya prescindido del límite económico en el artículo 323 CP (por efecto de la supresión de la falta, que fijaba el límite de la misma en 400 euros, conforme al antiguo 625.2 CP) en los daños sobre estos bienes de especial valor cultural, particularmente, en los yacimientos, pues en este caso, más que en ningún otro, el daño no resulta evaluable.*

Recordemos que antes de la reforma, el antiguo art. 323, que ya ha sido transcrito, tampoco hacía mención a cuantía alguna. Sin embargo, la existencia de la falta del antiguo artículo 625.2 en el Libro III del CP, que castigaba los daños intencionados en cuantía de hasta 400 euros causados en los lugares o bienes a que se refería el propio artículo 323, suponía *a sensu contrario* la exigencia de que para poder aplicar el delito los daños tuviesen que superar necesariamente esa cantidad.

Aunque algún autor negó que el antiguo artículo 625.2 fuese el equivalente entre las faltas del delito del artículo 323 por cuanto era un precepto incardinado en el Título II del Libro III, siendo la rúbrica de dicho Título la de *faltas contra el Patrimonio*, ello no obedecía a otra razón que al ya reiteradamente aludido tratamiento originario que se daba a estas infracciones en el proyecto original del CP (y en el que el delito del artículo 323 también aparecía en principio como un *delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico*). Por tanto, era evidente, y así se entendió de modo prácticamente unánime en la práctica forense, que la aplicación del artículo 323 exigía una cuantificación del daño superior a los 400 euros aplicándose en otro caso el artículo 625.2.

Así las cosas, parece claro que la falta de mención en la redacción ahora vigente no obedece a ningún criterio legislativo en ese sentido, ni mucho menos a la demandada pretensión —que, vaya por delante, comparto absolutamente— de la inmensa mayoría de la doctrina de abandonar los criterios puramente materiales o dinerarios y optar por otros conceptos relacionados con el valor cultural objeto de protección, sino a la mera inercia por parte del legislador que, a la hora de establecer la nueva redacción, partió de la anterior sin reparar en la desaparición de la falta y lo que eso supondría respecto a esta cuestión. Ello se reafirma, además, cuando se comprueba que en el caso de daños imprudentes se sigue manteniendo el límite cuantitativo de los 400 euros (aunque ello no obedece sino a la misma falta de atención en la reforma). Carece completamente de sentido que la exigencia o no de ese límite cuantitativo dependa de si estamos ante un delito doloso o ante un delito imprudente.

Por si fuera poco, la, cuando menos, confusa referencia en la exposición de motivos de la L.O. 1/2015 a la despenalización de la falta de daños a bienes culturales complica definitivamente, desde mi punto de vista, la interpretación que postula la inexistencia de un límite cuantitativo en este delito, por más que hubiese sido lo deseable. En efecto, en dicha exposición de motivos se dice textualmente que *desaparecen las faltas consistentes en el deslucimiento de bienes muebles e inmuebles del artículo 626, así como la causación de daños de escasa entidad en bienes de valor cultural, que pueden reconducirse al delito de daños u otras figuras delictivas cuando revistan cierta entidad, o acudir a un resarcimiento civil; en el caso de bienes de dominio público, también puede acudirse a la sanción administrativa*.

Resulta incomprensible de todo punto que la causación de daños en bienes culturales que, como opción de política criminal en un Estado social de derecho, siempre tendría que conllevar una pena mayor en coherencia con la creación de un tipo especial de daños en el art 323 (recordemos otra vez que precisamente la aparición de esta figura provenía de un subtipo agravado del delito genérico de daños) tenga que reconducirse al apartado segundo del artículo 263.1.⁴⁴ Pero lo cierto es que otra solución podría llevar a la impunidad de daños causados en bienes históricos, artísticos o monumentales relevantes en el supuesto de que la valoración que se realizase no excediese los 400 euros (por más que ello sea difícil en la práctica como veremos seguidamente al tratar específicamente el problema de la valoración) cuando, por el contrario, unos daños de esa cuantía sí son castigados en bienes de naturaleza común, lo cual resulta completamente absurdo desde la perspectiva de los bienes jurídicos que han de ser protegidos por el Derecho Penal.

⁴⁴ Artículo 263.1 CP: El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño. Si la cuantía del daño causado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.»

2.3.3. Distinta de la anterior cuestión que ha propiciado la técnica legislativa utilizada es, efectivamente, la de la conveniencia, exigida muy mayoritariamente, de prescindir de la valoración monetaria y acudir primordialmente al *valor inmaterial o social* de este tipo de bienes, al *valor cultural, valor de civilización o valor incalculable*, concepto éste último cuya inclusión en nuestra legislación penal propugna G^a Calderón⁴⁵.

Problema particularmente importante, relacionado con lo anterior, es precisamente es el de cómo ha de cuantificarse el daño causado en este tipo de casos para lograr una reparación efectiva o que, al menos, se aproxime en la medida de lo posible al perjuicio que estas conductas causan a la sociedad actual y a las generaciones futuras.

Afortunadamente, atrás van quedando los tiempos en que se realizaba una valoración rutinaria atendiendo únicamente a aspectos puramente materiales, de manera que, en los últimos años y acogiendo los criterios científicos más avanzados, las resoluciones judiciales van admitiendo la necesidad de tener en cuenta una valoración que contemple todos los factores que entran en juego y que se ven realmente afectados cuando se produce una conducta atentatoria a los valores de nuestro patrimonio histórico.

Ya en las Conclusiones de la V Reunión de la Red Nacional de Fiscales de Medio Ambiente, Urbanismo y Patrimonio Histórico celebrada en 2011, se trataba esta problemática por su indudable trascendencia y las numerosas implicaciones que presentaba, tanto desde el punto de vista entonces de la calificación de los hechos (para diferenciar el delito de la falta) como del no menos importante del resarcimiento del daño efectivamente producido.

De este modo, se hacía especial hincapié en el caso de los yacimientos arqueológicos, tanto terrestres como subacuáticos, pues es en dicho ámbito donde suelen presentarse mayores dificultades y se concluyó que *la valoración se corresponde con el valor que tenga la realización de una intervención arqueológica, a través de los gastos devengados por la misma, criterio que va teniendo acogida en la jurisprudencia de las audiencias provinciales. Al hilo de lo expuesto y teniendo en cuenta que en el delito o falta de daños común, las resoluciones judiciales excluyen la mano de obra a la hora de valorar la cuantía de los daños a efectos de tipicidad, hay que aclarar que este concepto hace referencia al trabajo, generalmente manual, que para una actividad concreta se cuantifica en tiempo y al que se atribuye una remuneración determinada. Sin embargo, en materia de patrimonio histórico, no podemos partir del concepto de mano de obra que aplicamos en otras áreas del Derecho Penal. Téngase en cuenta que los trabajos desarrollados o aplicados sobre bienes de patrimonio histórico exigirán conocimientos, técnicas, maquinaria o instrumentos altamente especializados, lo que supone, en la práctica, la necesidad de revisar la perspectiva tradicional que sobre la mano de obra se tiene en el Derecho penal. Asimismo, la pérdida o el daño, en estos casos y en mayor o menor medida, del yacimiento o de la propia pieza u objeto de valor histórico o artístico que tiene lugar con la conducta atentatoria o agresiva debe, indefectiblemente, ser reflejada en la tasación por parte de los peritos especializados habida cuenta el valor histórico inmanente al bien en cuestión y que poco o nada tiene que ver con su estricto valor material. Por otra parte, no hay que olvidar que en los supuestos de esta naturaleza, y especialmente tratándose de yacimientos arqueológicos, el entorno o el lugar tiene un valor documental extraordinario y el simple hecho de tocar o mover las piezas del sitio en el que se encuentran localizados, puede implicar la completa pérdida de ese valor*⁴⁶.

No se hacía sino recoger las posturas que, ya en ese momento y en años posteriores, han venido propugnando diferentes autores⁴⁷ insistiendo en la imperiosa necesidad de fijarse, más

⁴⁵ García Calderón, Jesús M^a, op. cit., págs. 212 y 213, siguiendo a Roma Valdés, Antonio: *La valoración de los daños arqueológicos y la justicia cautelar en el proceso penal*. Revista PH Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico nº 82 Monográfico mayo 2012. Págs. 71 a 73. www.iaph.es/revistaph/index.php/revistaph/article/download/3307/3307

⁴⁶ Conclusiones de la V Reunión de la Red Nacional de Fiscales de Medio Ambiente, Urbanismo y Patrimonio Histórico. 2011. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CONCLUSIONES_V_REUNION_RED_FISCALES.pdf?idFile=15d5f396-a6e1-492a-99cb-747eadbf0e1c

⁴⁷ Barrio Martín, Joaquín.: *La problemática del patrimonio arqueológico: entre el expolio y la conservación*. Pág. 5. Presentación

allá de la afección al objeto material y su cuantificación, en el aspecto inmaterial no sólo de dichos objetos en sí mismos considerados, sino en relación con las diferentes entidades que conforman el lugar donde se encuentran.⁴⁸

Recientemente han sido varias las sentencias que han acogido estos criterios, revelando un cambio significativo en la mentalidad y sensibilidad de juzgados y tribunales a la hora de enjuiciar este tipo de hechos.

Paradigmático ha sido en este sentido el caso de la destrucción del yacimiento arqueológico de la cueva de Chaves, en Huesca, donde el Juzgado de lo Penal nº 1 de Huesca, consideró, tras un detallado análisis de la amplia prueba pericial practicada, que debía tenerse en cuenta *no solo el coste de los bienes dañados, sino también el coste de información perdida, el coste de actuaciones de reparación o restauración y el índice de sensibilidad del bien afectado*⁴⁹.

De la misma manera, en el caso de los importantes daños causados por la roturación de una parcela ubicada en el entorno de protección del Bien de Interés Cultural del yacimiento arqueológico “Ruinas de Ategua”, en que la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 4 de Córdoba (posteriormente confirmada por la reciente sentencia de 19 de octubre de 2017 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial) asume el criterio de los peritos en el sentido de que la única forma de valorar, reparar y reponer el estado originario es con una excavación realizada con metodología arqueológica, para proceder luego a su restauración, consolidación, reparación y protección de los bienes afectados por equipo arqueológico.⁵⁰ La sentencia destaca que la roturación y posterior sembrado de los terrenos *han ocasionado una irreparable pérdida de la información arqueológica del yacimiento. Esa pérdida, pues, constituye daño propiamente dicho entendido en su acepción jurídica como cualquier deterioro o menoscabo que suponga la inutilización total o parcial de la cosa, con desaparición, merma o menoscabo de sus cualidades o utilidades, aunque en este caso sean sólo pero nada menos que informativas sobre el asentamiento prehistórico existente* (manteniendo seguidamente que el art. 323 no exige ninguna cuantía mínima del daño para su comisión, al contrario que de lo se ha sostenido en este trabajo).⁵¹

en el Seminario para Fiscales Especialistas de Medio Ambiente. Centro Nacional de Educación Ambiental (CENEAM). Segovia. 2015. Sostiene el catedrático de Arqueología de la Universidad Autónoma de Madrid y Director del Secyr (Laboratorio del Servicio de Conservación, Restauración y Análisis Científicos del Patrimonio Arqueológico) que *contexto y objetos, en perfecta integración, y manteniéndose intactos, hacen posible que la Arqueología pueda desempeñar el papel que tiene encomendado de estudiar nuestro pasado, registrarlos de manera ordenada, investigarlo con detalle, interpretarlo con precisión, y conservarlo para la sociedad en las mejores condiciones. Cualquier intromisión accidental o provocada (...) que lleve a disociar los objetos del contexto y a la inversa, generando daños, impide el desempeño de este papel social de la ciencia arqueológica (...)*.

⁴⁸ Rodríguez Temiño, Ignacio, *Propuesta para la valoración de daños en yacimientos arqueológicos*. Curso CEJ Delitos contra el patrimonio histórico. Especial referencia al patrimonio arqueológico. 2017. Pág. 7: *Los vestigios recuperados, de acuerdo con una metodología arqueológica científicamente contrastada, han dejado de ser considerados —como se hacía hasta no hace tanto tiempo— guías para datar o personalizar una sociedad, y se han convertido en componentes de un registro fósil que los trasciende como entidades materiales discretas. Es decir, siguen interesando a la arqueología por la información que aportan ellos mismos, en razón de sus peculiaridades (ya sea un fragmento de hueso o una estatua), pero esa información que reside en su propia materialidad se amplía de manera considerable por las relaciones tridimensionales que guardan entre sí las diversas entidades que conforman la unidad sedimentaria donde se encuentran*”

En esta exposición, y como su propio título indica, se realiza una detallada propuesta que incluye los diferentes capítulos que habrían de tenerse en cuenta para una correcta valoración, así la fórmula para calcularla.

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Rodr%C3%ADguez%20Temi%C3%B1o,%20Ignacio.pdf?idFile=adeebc9f-9a52-4114-9b56-ae73186988d1

⁴⁹ Sentencia 255/2016, de 9 de noviembre, del Juzgado de lo Penal nº 1 de Huesca, que castigó *“el arrasamiento y destrucción de la práctica totalidad de los niveles arqueológicos de cronología neolítica que se encontraban en la cueva de Chaves”*. La sentencia fijó la indemnización en 25.490.805 euros después de moderar en un 50% el monto inicialmente fijado, entre otras cosas, por el escaso impulso institucional que la Administración autonómica había dado a la investigación del lugar, así como a su protección específica, unido a la nula labor inspectora o de vigilancia del yacimiento.

La sentencia fue confirmada en este aspecto por la de la Sección n. 1 de la Audiencia Provincial de Huesca, en su sentencia 155/2017 de 27 de diciembre.

⁵⁰ Sentencia 204/2017, de 1 de junio del Juzgado de lo Penal nº 4 de Córdoba: *se ha estimado que sería preciso el trabajo de un arqueólogo, un técnico arqueólogo, un topógrafo, diez peones durante 28 semanas, excavación manual, lavado de los materiales, clasificación, trabajo arqueológico previo de proyectos y similar. Para la consolidación de las estructuras, un Arquitecto y un Arquitecto Técnico. Se han tasado, con estas partidas, en la cantidad de 1.051.411'30 euros*.

⁵¹ En parecidos términos, la sentencia 169/2016 de 11 de octubre, del juzgado de lo Penal nº 1 de Soria, en el caso de apoderamientos de objetos y restos arqueológicos en el yacimiento de Tiermes tras varias remociones de tierras previo uso de detec-

Las precedentes consideraciones obviamente no son de aplicación únicamente respecto a los yacimientos arqueológicos. Sería por completo absurdo y ridículo que, pongamos por caso, en el supuesto de un daño causado en una pintura de Goya, la valoración se hiciese únicamente a partir del deterioro que hubiese sufrido la tela rasgada, por ejemplo.

2.3.4. En relación a la penalidad ahora impuesta en el art. 323, y también en consonancia con la subsanación de defectos de la regulación anterior, la reforma de 2015 ha modificado la pena rebajando el límite mínimo de la pena privativa de libertad de un año de prisión a 6 meses, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 321, y además la pena de multa ahora es alternativa.

Como hemos visto también en la transcripción del precepto, en el apartado segundo se incluye una agravación cuando los daños son de especial gravedad. Por otro lado, la agravación se aplica también en atención a la relevancia de los bienes dañados atendiendo así a una demanda respecto a la regulación anterior en cuanto a la diferente respuesta punitiva que debía producirse según la calidad de los bienes afectados. En idéntico sentido a lo que se ha indicado anteriormente, debe entenderse que ello no puede referirse solo al valor material de los daños producidos sino que también habrán de tenerse en cuenta los gastos de restauración, estudios previos que sean precisos para lograr la misma y el daño causado a la colectividad, de tal modo que hay autores que abogan por la aplicación del concepto de daño incalculable a la hora de calificar los hechos, incluyendo en la responsabilidad civil todos los gastos mencionados incluida la reparación moral⁵².

2.3.5. Asimismo, y en una de las modificaciones más importante de la reforma de 2015, de manera explícita se castigan ahora los actos de «expolio» en yacimientos arqueológicos⁵³. Sin entrar en detalle en esta cuestión, objeto de un trabajo específico al respecto, sí quiere hacerse una mención al tema desde el punto de vista de la postura adoptada por la Red Nacional de Fiscales de Medio Ambiente, Urbanismo y Patrimonio Histórico a la que pertenezco. Como se puso de manifiesto desde los primeros comentarios críticos a raíz de su promulgación, el nuevo precepto ha optado por incluir el término «expolio» sin más, y la doctrina ya se ha encargado de llamar la atención sobre los problemas que pueden surgir con esta redacción al no darse ningún concepto jurídico-penal de expolio ni establecerse ninguna pauta de qué ha de entenderse por tal⁵⁴.

No parece que el artículo 323 pueda referirse al concepto administrativo, sino que se aproxima más al concepto gramatical englobando tanto la producción de daños materiales como inmateriales en el yacimiento (pérdida de la información científica que proporciona el mismo). El problema se plantea fundamentalmente en cuanto a si han de entenderse incluidos también en este concepto jurídico-penal los actos de apoderamiento de piezas existentes en el yacimiento que hasta ahora venían castigándose como hurto o apropiación indebida, en una situación cada vez más pacífica en la jurisprudencia menor que sancionaba esos supuestos con las reglas del concurso de delitos.

En las Conclusiones de la VIII Reunión de la Red de Fiscales de Medio Ambiente, celebrada en Madrid los días 28 y 29 de enero de 2016, se estableció que *frente a las tesis de que esta nueva*

tores de metales, acoge los informes periciales que *utilizan los mismos parámetros de cuantificación (valor del trabajo de los arqueólogos y demás personal especializado en la recuperación del yacimiento fijando la indemnización en 150.580 euros. Esta indemnización fue drásticamente rebajada por la sentencia 6/17, de 31 de enero, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Soria que resolvió el recurso de apelación: la sentencia de instancia atribuyó a los condenados la realización de unos 400 hoyos en el yacimiento, mientras al resolver los recursos interpuestos la Audiencia sólo consideró que los condenados eran autores de 20 hoyos. En una mera operación aritmética, ciertamente discutible en mi opinión a tenor de las consideraciones que estamos haciendo, la Audiencia fija ahora la indemnización en poco más de siete mil euros, reduciéndola en proporción al número de hoyos que atribuye a los condenados.*

⁵² García Calderón, Jesús M^º, op. cit., pág. 184.

⁵³ En efecto, en el último inciso del número 1 del artículo 323 se ha añadido que *“Con la misma pena se castigarán los actos de expolio de estos últimos”*, es decir, de los yacimientos arqueológicos.

⁵⁴ En el ámbito administrativo, el artículo 4 de la LPHE establece que *a los efectos de la presente Ley se entiende por expoliación toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, o perturbe el cumplimiento de su función social.* En el lenguaje conservacionista y coloquial se entiende por expolio el saqueo sistemático de los bienes culturales y gramaticalmente expoliar es *despojar a una cosa de su valor material o inmaterial.*

conducta tipificada ha de incluir los apoderamientos de piezas existentes en los yacimientos arqueológicos, hay que indicar que esta solución se compagina mal con una adecuada protección penal de nuestro patrimonio arqueológico. Efectivamente, lo primero que hay que destacar es que el artículo 323 recogía (antes de la reforma) y sigue recogiendo un delito específico de daños, por lo que desde el punto de vista sistemático no parece en absoluto coherente que se puedan incluir en el inciso indicado conductas de apoderamiento de bienes.

Por lo demás, es claro que castigar únicamente con la pena prevista en el citado último inciso del artículo 323.1 tanto los apoderamientos de piezas existentes en un yacimiento como los daños causados en el mismo al llevar a cabo la sustracción no recoge todo el desvalor de la conducta en cuestión. Es evidente que carecería de sentido, dada la relevancia constitucional de la protección del patrimonio histórico-artístico, que el castigo sea el mismo cuando solo se daña el yacimiento —desde el punto de vista material o inmaterial— que cuando, además, se produce el apoderamiento de objetos existentes en el mismo sustrayéndolos al disfrute social de la colectividad a la que realmente pertenecen.

Lo cierto es que hasta ahora, y cada vez más pacíficamente, este tipo de hechos venían castigándose a través de un concurso medial entre la sustracción y el daño.

No se puede olvidar que en los casos de los yacimientos arqueológicos, además de la perspectiva material, tan importante o más, es la que se refiere a la fuente de conocimiento que supone y en consecuencia a la función socio-cultural que desempeña.

A la vista de lo anterior, y teniendo en cuenta que con la anterior redacción había voces que negaban la existencia de un delito de daños si no se producía una destrucción o grave alteración “material” del yacimiento, la nueva redacción puede, sin duda, afrontar de manera definitiva no solo la perspectiva valorativa material de estos bienes sino también el valor inmaterial de los mismos, como es el documental o informativo inmanente que con frecuencia es incluso superior al valor material.

Partiendo de la perspectiva conceptual expuesta, puede ocurrir que el saqueo de un yacimiento arqueológico no conlleve daños materiales de gravedad en el mismo pero la excavación, remoción de tierras o movimiento de piezas siempre supondrá la alteración o destrucción del contexto en que se encontraban los objetos y, en consecuencia, la imposibilidad de llevar a cabo un investigación ordenada y científica del yacimiento que supondrá a su vez una inestimable pérdida de conocimiento que ha de merecer el reproche penal, dada la trascendencia del bien jurídico atacado, a través de este nuevo inciso final del artículo 323.1.

Por otro lado, los actos de apoderamiento o sustracción de piezas arqueológicas habrán de seguir siendo perseguidos, como hasta ahora, como delitos agravados de hurto o apropiación indebida (según el yacimiento esté previamente declarado administrativamente como tal o no) en concurso medial con el delito de daños del primer inciso del artículo 323.1 (si se trata de daños materiales de importancia) o de expolio del último inciso, según los casos. La tipificación de la conducta de expolio en el mismo precepto y apartado que los daños materiales avala, a nuestro juicio, esta solución de no incluir en aquélla los actos de apoderamiento.

En ese sentido abunda recientemente Vercher Noguera abogando por integrar el concepto de expolio utilizado en el art. 323 únicamente por la perspectiva inmaterial, es decir, por la destrucción total o parcial del contexto en el que se hallan los restos materiales del yacimiento⁵⁵.

2.3.6. Resulta de interés por otro lado, y al hablar de los yacimientos arqueológicos, mencionados específicamente como parte del objeto material del art. 323, hacer una mención a los restos paleontológicos, objeto desde antiguo de la actuación de aficionados, coleccionistas o estudiosos de la materia que actúan por su cuenta, al margen de cualquier institución u orga-

⁵⁵ Vercher Noguera, Antonio. *El expolio de bienes de patrimonio histórico o la descontextualización penal del entorno arqueológico*. Diario La Ley. Nº 9151. 5 de marzo de 2018.

nismo de investigación y en muchas ocasiones, por tanto, sin ninguna autorización o permiso de la Administración pública. Se suscita la duda de si estamos ante un supuesto diferente y si no se trataría de una interpretación analógica su inclusión en el concepto de yacimiento arqueológico utilizado en los arts. 323 y 324 C.P., a lo que ya adelanto que la respuesta que debe darse, a mi juicio, a dicha duda ha de ser negativa.

La investigación arqueológica tiene dos objetivos principales. En primer lugar, el análisis, comprensión y explicación de las sociedades humanas pretéritas, a través del estudio de su cultura material y sus contextos con metodología arqueológica. Y, en segundo lugar, aunque igualmente importante, la transmisión del conocimiento adquirido a la sociedad.

La paleontología estudia las evidencias de la vida en el entorno geológico del pasado. Sirve para reconstruir la historia de la vida en la tierra. Pero también es una ciencia fundamental para la constatación del proceso evolutivo: es el caso de la llamada paleontología humana que trata el origen y diversidad de los primeros homínidos. La evolución humana supone un complejo entramado del que han surgido múltiples géneros, especies y formas de relacionarse con la naturaleza. Se estudian así las diferentes especies en lo que hace a su registro fósil y cronología, morfología, fisiología, desarrollo, comportamiento social, biogeografía y paleoecología, entre otros aspectos. De este modo, es claro, que la paleontología y la arqueología propiamente dicha confluyen en el estudio de determinados sitios, como es el caso de los yacimientos con homínidos.

Pero es que además la LPHE, en su Título V, dedicado al Patrimonio Arqueológico recoge el art. 40.1, el cual establece que *“conforme a lo dispuesto en el artículo 1º de esta Ley, forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o 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, añadiendo en el último inciso de este apartado que forman parte, asimismo, de este Patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes. Y el mismo texto legal contempla expresamente como excavaciones y prospecciones arqueológicas las que se realicen con el fin de descubrir e investigar toda clase de restos paleontológicos*⁵⁶.

Desde el punto de vista jurídico-penal, es evidente, desde mi punto de vista, que los daños y expolios producidos en yacimientos paleontológicos están contemplados en el concepto de yacimiento arqueológico utilizado por el CP⁵⁷.

A mayor abundamiento, además, si se sostuviese una postura contraria a la que se acaba de exponer, no cabe ninguna duda de que en todo caso estamos ante objetos de valor científico o cultural por lo que los expolios de yacimientos paleontológicos están contemplados en el CP, tanto en cuanto a la apropiación de restos fósiles (por alguno de los delitos contra el patrimonio) como en cuanto a los daños causados al yacimiento por el delito del art. 323 o 324 CP.

2.4. Los daños a bienes integrantes del patrimonio histórico causados por imprudencia grave

El art. 324 establece que:

El que por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a 400 euros, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos

⁵⁶ Art. 41 LPHE:

1. A los efectos de la presente Ley son excavaciones arqueológicas las remociones en la superficie, en el subsuelo o en los medios subacuáticos que se realicen con el fin de descubrir e investigar toda clase de restos históricos o paleontológicos, así como los componentes geológicos con ellos relacionados.
2. Son prospecciones arqueológicas las exploraciones superficiales o subacuáticas, sin remoción del terreno, dirigidas al estudio, investigación o examen de datos sobre cualquiera de los elementos a que se refiere el apartado anterior.

⁵⁷ Así lo entiende Roma Valdés, Antonio, op. cit., pág. 74; y Guisasola Lerma, Cristina, (siguiendo al anterior), op. cit., pág. 641.

lógicos, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, atendiendo a la importancia de los mismos.

Como puede observarse, con absoluta falta de lógica, frente a la eliminación en el artículo 323 de la enumeración ejemplificativa de bienes que hacía la regulación anterior, el artículo 324 no fue modificado por la reforma de la L.O. 1/2015 y mantiene la misma enumeración de modo incoherente.

2.4.1. La imprudencia grave del código penal de 1995 ha venido siendo identificada como la antigua imprudencia temeraria siendo considerada esta como la no adopción de las cautelas más simples y básicas, la infracción de los más elementales deberes de cuidado por parte del autor, es decir, que dependerá de la entidad que haya tenido la violación de la norma de cuidado y la potencialidad de daño que entraña la acción realizada. Consecuentemente, serán impunes penalmente los supuestos de imprudencia leve, sea cual sea su cuantía y el bien sobre el que recaigan (al igual que el límite cuantitativo de 400 euros lleva a considerar la impunidad de los daños por imprudencia grave de cuantía inferior a la señalada)

2.4.2. En cuanto al inciso final «atendiendo a la importancia de los mismos», destaca García Calderón, al aludir a que el término «mismos» podría referirse tanto a los propios daños producidos como a los bienes dañados que *en realidad la intensidad del daños y de la negligencia estará, en todo caso, indisolublemente unida a la naturaleza del bien histórico de tal manera que el castigo de la imprudencia deberá estar relacionado con la valoración histórica que merezca el bien agredido y con la intensidad en la vulneración del deber de cuidado*⁵⁸.

2.4.3. Por otra parte, merece la pena resaltar aquí una cuestión que ha adquirido una indudable repercusión práctica tras la reforma de 2015.

Teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en los arts. 13.3 y 4⁵⁹; 33.3.j)⁶⁰; 33.4.g)⁶¹ CP y la pena prevista en el art. 324, nos encontramos actualmente con un delito que ha de calificarse como leve⁶². Aunque, como señala la Circular 1/2015 de la FGE, no parece que la voluntad del legislador fuese degradar determinados delitos menos graves —entre los que se encontraba este delito del art. 324— a delitos leves, la nueva normativa vincula necesariamente en sus mandatos objetivos al intérprete y al aplicador.

Esta circunstancia merece dos reflexiones:

La primera viene referida al principio de oportunidad reglada que se introduce con la reforma de la LECrim llevada a cabo por la Disposición final segunda, apartado ocho, de la L.O. 1/2015, atribuyendo al fiscal la potestad de instar la terminación anticipada del procedimiento por razones de estricta oportunidad, como decimos, en los casos de delitos leves públicos de muy escasa gravedad y en los que no exista un interés público relevante en la persecución del hecho.

⁵⁸ García Calderón, Jesús M^a, op. cit., pág. 187.

⁵⁹ Artículo 13:

1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.
2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave.
3. Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve.
4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve.

⁶⁰ Artículo 33.3. Son penas menos graves: (...) **j**) La multa de más de tres meses.

⁶¹ Artículo 33.4. Son penas leves:(...) **g**) La multa de hasta tres meses.

⁶² Subraya la Circular 1/2015, *sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma operada por la LO 1/2015*, que en el nuevo ordenamiento lo que acredita la levedad de la infracción es el umbral de la cuantía o duración de la pena que tiene asignada, no su techo, de tal manera que si el límite mínimo se sitúa en la cuantía o tiempo previstos en el art. 33.4 CP, el delito es leve aunque el límite máximo de la pena asignada se prolongue hasta el tramo reservado en el art. 33.3 CP a su modalidad menos grave. Por tanto, eso es lo que precisamente sucede en el caso del art. 324 cuya pena prevista tiene como límite mínimo lo que sería una pena leve (tres meses de multa) y como límite máximo una pena menos grave (dieciocho meses de multa)

Esa posibilidad, por tanto, ha de tener en cuenta los dos criterios indicados, que han de concurrir conjuntamente: la escasa gravedad del delito, por un lado, y la ausencia de interés público en la persecución del hecho, por otro. Al aplicar ambos criterios a los supuestos que se pueden ver afectados, la mencionada Circular 1/2015 establece, con carácter general, que en los casos de una degradación automática de delito menos grave a delito leve motivada por la aplicación estricta de las nuevas normas de la parte general del código al no obedecer, por tanto, a una decisión individualizada del legislador y afectando a bienes jurídicos de especial significación, se excluiría ese ejercicio del principio de oportunidad, dejando a salvo aquellos casos *en que pudiesen concurrir circunstancias excepcionales que atenúen (...) la necesidad de respuesta penal*.

Dicho lo dicho, no cabe duda, en mi opinión, de que en el caso del delito de daños a bienes con valor histórico, artístico, etc., por imprudencia grave del art. 324, muy difícilmente podrán concurrir esas circunstancias excepcionales aludidas, por lo que, apareciendo afectado en estos supuestos un interés público de especial relevancia, como es la defensa del patrimonio histórico, no podría el Fiscal instar la terminación anticipada del procedimiento solicitando el sobreseimiento al que aluden los arts. 964.2^a y 965.1.1^a de nuestro texto procesal penal, en sus respectivos casos, por remisión de ambos al artículo 963.1.1^a.

La segunda cuestión de orden práctico que se plantea es que la consideración del delito de daños al patrimonio histórico por imprudencia grave como delito leve tiene como consecuencia que el plazo de prescripción del mismo ha pasado ahora a ser de un año, conforme establece el artículo 131 CP (frente al plazo de cinco años que se establecía antes de la reforma para un delito con la penalidad que lleva aparejada el susodicho art. 324).

Es sabido, sin embargo, que nos encontramos ante una infracción penal de no fácil investigación en la inmensa mayoría de los casos, que deberá ser objeto de una compleja pericial ordinariamente, etc. Ello puede tener particular importancia si la denuncia se interpone, por ejemplo, directamente ante el Ministerio Fiscal o este actúa de oficio e incoa unas Diligencias de Investigación. Así las cosas, si dicha investigación preprocesal proporciona indicios de la comisión de un delito del artículo 324 y ya perfila esta infracción penal de modo indudablemente imprudente, lo que conllevará que la denuncia o querrela haya de interponerse en tal sentido, habrá que vigilar especialmente que se inicie el procedimiento judicial antes del plazo indicado a fin de evitar situaciones indeseadas de impunidad.

3. Otras cuestiones

Para finalizar, quería hacerse una breve mención a la eventualidad de que, tanto los daños dolosos del art. 323 como los imprudentes del 324, resulten aplicables en concurso con un delito sobre la ordenación del territorio del art. 319 CP (tanto en el caso del número 1 como en el del nº 2 de este último precepto).

Recordemos que el artículo 319 en su apartado 1 castiga a *los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección*, mientras en el apartado 2 castiga a los mismos autores *que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable*.

En el ámbito del patrimonio histórico existen determinados espacios o lugares que gozan de ese reconocimiento que se cita en el art. 319.1, tanto a nivel estatal⁶³ como, con distintas deno-

⁶³ En el art. 15 de la LPHE se define lo que se entiende por jardín histórico (*espacio delimitado, producto de la ordenación por el hombre de elementos naturales, a veces complementado con estructuras de fábrica, y estimado de interés en función de su origen o pasado histórico o de sus valores estéticos, sensoriales o botánicos*), sitio histórico (*lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre, que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico*); o zona arqueológica (*lugar o paraje natural donde*

minaciones, en las correspondientes legislaciones autonómicas, en el marco de las competencias que en esta materia corresponden a las Comunidades Autónomas.

Es claro que en el supuesto de que una construcción (o una edificación u obras de urbanización) realizada en dichos lugares o en sus entornos de protección, y que sea perseguible conforme al delito sobre la ordenación del territorio del art. 319.1, ocasione además deterioros o menoscabos en la zona o conjunto arqueológico, sitio histórico, etc., concurrirá, además de aquel, el delito de daños dolosos del art. 323 o en su modalidad imprudente del 324, según las circunstancias concurrentes⁶⁴.

Y lo mismo sucederá cuando esa misma conducta se produzca en suelo no urbanizable común, si en el marco de las obras no autorizables aparece un yacimiento o evidentes restos arqueológicos desconocidos hasta ese momento, y que por tanto no han podido ser objeto de reconocimiento administrativo, y se obvia su existencia para continuar con la construcción causando daños en aquellos, situación, por desgracia, que no puede calificarse de excepcional en nuestro país.

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, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas)

⁶⁴ Una situación semejante está lejos de poder considerarse remota. Aparte de los casos aislados que periódicamente se producen en cualquier parte del territorio nacional, recuérdese la situación planteada en los últimos años respecto al extraordinario yacimiento de Medina Azahara, en Córdoba, declarado Bien de Interés Cultural, y la situación de peligro generado para el mismo por la proliferación de construcciones ilegales en el entorno del yacimiento, situación que a duras penas se ha ido frenando en los últimos tiempos.

La tutela penal indirecta de los bienes culturales en el ordenamiento español*

Autor: Cristina Guisasola Lerma
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Jaime I (Castellón)

Resumen

Los delitos sobre el patrimonio histórico se encuentran recogidos, desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, en el Capítulo II del Título XVI del Código Penal. Ahora bien, ello no supone un tratamiento unitario de la materia puesto que, fuera de dicho Capítulo, se encuentran otras figuras delictivas que tutelan los bienes culturales, en ocasiones conjuntamente con otros bienes jurídicos, fórmula ya presente en el Código Penal de 1973. La presente contribución se centrará en analizar esta tipología delictiva dispersa, poniendo el foco en los problemas que siguen sin quedar resueltos tras la última reforma en 2015 del Código Penal que mantiene la denominada regulación penal indirecta de los bienes culturales.

En primer lugar he optado por analizar la protección del Patrimonio Cultural en el Título XVI pero en un capítulo distinto, concretamente en el primero, en el que se regulan los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, mostrando las interacciones entre ambos objetos protección. A continuación, el núcleo del análisis girará en torno a los tipos agravados de delitos contra el patrimonio, en los supuestos en que las conductas recaigan sobre bienes de valor artístico, histórico, cultural y/o científico, tratando de delimitarlos de figuras afines con las que se suscitan problemas concursales. De hecho, los actos de sustracción ilícita de bienes culturales en ocasiones suelen ir seguidos de su exportación ilegal, lo que supone una de las formas más rentables del crimen organizado transnacional. Consecuentemente, completa la protección penal de los bienes culturales la previsión del delito de contrabando de bienes integrantes del Patrimonio histórico español, regulado en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. Por último, dedicaremos nuestra atención asimismo a otras figuras delictivas prevista dentro de los delitos contra la comunidad internacional (art. 613 y 614 CP) en aras a una protección específica de los bienes culturales en caso de conflicto armado, justificada por la necesidad de atender compromisos internacionales en la materia firmados por España.

Tras lo expuesto y desde la perspectiva de aunar eficacia y justicia, dejaré apuntadas unas líneas básicas de reforma, no completas, pero si centradas en los aspectos más esenciales, que a mi juicio traten de satisfacer estas dos grandes exigencias.

1. El punto de partida: la sistemática de la protección penal de los bienes culturales

El Código Penal de 1995 (CP) incorporó por vez primera en la historia de la codificación penal un capítulo dirigido a proteger específicamente los atentados contra el Patrimonio Histórico Español (“De los delitos sobre el patrimonio histórico”, Capítulo II del Título XVI) configurándose así, en principio, un nuevo sistema de tutela penal *directa*, en el que el objeto de protección pasa a ser el valor cultural de los bienes, deslindándolo y confiriendo autonomía conceptual plena respecto del valor económico que estos pueden tener; de esa manera se pretende dar cumplimiento al mandato constitucional contenido en el art. 46 de la Ley Fundamental que prescribe la intervención penal para sancionar los atentados contra este patrimonio.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto DER2017-87943-R del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad.

Sin embargo, paradójicamente, pese a la creación de nuevas figuras penales que tratan de garantizar, por primera vez en nuestra tradición jurídica, el valor cultural de los bienes más allá de su trascendencia económica y patrimonial, el legislador mantiene a su vez una protección *indirecta* de los bienes culturales a través de tipologías diversas, en su mayoría subtipos agravados ya existentes en el Código precedente, contenidos fundamentalmente en el marco de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, en razón del carácter cultural de su objeto material. Fuera del Código penal, completa la protección penal del patrimonio cultural la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, la cual tipifica expresamente la salida de territorio español de bienes integrantes del Patrimonio histórico español, sin la autorización administrativa necesaria, de valor igual o superior a los 50.000 euros.

La doctrina española, de una manera prácticamente unánime, hemos venido criticando este sistema mixto de protección, por considerarlo confuso, complejo, disperso y desorganizado¹, lo que incluso llevó a PEREZ ALONSO a calificar de “fraude de etiquetas”² la nueva regulación, basándose en un dato numérico al existir más preceptos relativos al Patrimonio Histórico o Cultural³ fuera del Capítulo destinado su protección.

La demanda doctrinal consistente en reunificar en el mismo Capítulo toda la tutela penal de los bienes culturales se viene sustentado en un argumento material, esto es, su utilidad para una mejor interpretación y aplicación de los tipos, con plena autonomía del valor cultural. Sin embargo la tendencia en las sucesivas reformas penales operadas desde la aprobación del denominado “Código Penal de la democracia” no responde a dichos fines sino que está basada en un incremento de la intervención penal y un aumento de la severidad de las penas. GARCÍA CALDERÓN lo resume de forma elocuente: “*nos encontramos ante un sistema dual que produce una sensación de cierto estancamiento o falta de superación de los postulados anteriores a la proclamación constitucional del Estado social y democrático de Derecho y contradictorios con la llamada Constitución Cultural*”⁴. La dispersión de la tutela mediante la técnica de los subtipos agravados otorga una protección subsidiaria al Patrimonio Cultural, subordinada al injusto de referencia, y, consecuentemente, deudora del bien jurídico protegido en el tipo legal en el que se halle incorporada su tutela⁵. Dicha acentuación de su carácter patrimonial conlleva asimismo el que dichos atentados al Patrimonio quedan semicultos en las estadísticas criminales, al incardinarse en los apartados correspondientes a los delitos contra la propiedad, lo que supone una ausencia de conocimiento real de la criminalidad sobre estos delitos⁶. Sobre este particular se ha pronunciado ROMA VALDÉS cuando al hablar del seguimiento estadístico de la delincuencia en este ámbito, como una de las líneas fundamentales desarrolladas desde las fiscalías, afirma que esta labor no se ha efectuado siempre con el rigor que podría alcanzarse, dado que una de las principales dificultades es la dispersión de las figuras penales que afectan al Patrimonio Cultural⁷. Según los datos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Delegación Medio Ambiente y

¹ Entre otros, SALINERO ALONSO, C.: *La Protección del Patrimonio Histórico en el Código penal de 1995*. Barcelona 1997, pág.295; GARCÍA CALDERÓN, J.M.: *La defensa penal del Patrimonio arqueológico*, Madrid, 2016, pág.220; GUIASOLA LERMA, C.: *Delitos contra el patrimonio cultural: arts. 321 a 324 del Código Penal*. Valencia, 2001; ROMA VALDÉS, A.: *La aplicación práctica de los delitos sobre el patrimonio cultural*, Granada, 2008; RODRIGUEZ MORO, L.: “Críticas, incongruencias y dudas en la regulación penal de los delitos sobre el patrimonio histórico español antes y después de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo” en *IV Encuentro Profesional sobre Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales*, 2016, pág.83 y ss..

² PEREZ ALONSO, E.J.: “Los delitos contra el patrimonio histórico en el Código penal de 1995”, en *Actualidad penal* n.º 33, 14-20 de septiembre de 1998”, ob. cit., p. 617.

³ Denominación que, a mi juicio, resulta más ajustada al ámbito concreto de protección

⁴ GARCÍA CALDERÓN, J.M.: *La defensa penal del Patrimonio arqueológico*, Madrid, 2016, pág.220

⁵ No obstante, el bien jurídico como concepto tradicional de la dogmática penal ha sufrido diversas críticas. Especialmente, desde una concepción *procedimental* lo que fundamenta la especificidad de cada delito no es el bien jurídico, sino la acción típica que lo lesiona. En este contexto, acción típica y bien jurídico son nociones inseparables. Cfr. ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte general*. Valencia, 2017, p. 249 y ss.

⁶ GUIASOLA LERMA, C.: ob. cit., p. 419. GARCIA CALDERON ya propuso como posible solución a este problema la creación de una casilla específica para los robos u otros delitos contra la propiedad cuando recaigan sobre objetos o bienes de indudable valor histórico o artístico, con objeto de poder ser valorados adecuadamente por los interesados. En “La protección penal del Patrimonio Histórico”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal IV. Delitos de nueva planta*, 1997, p. 407.

⁷ ROMA VALDÉS, A.: “La Fiscalía y la protección del patrimonio cultural” en *Revista ph* n.82 monográfico, mayo 2012.

Urbanismo⁸, conocemos el número de sentencias condenatorias y absolutorias sobre patrimonio histórico; sin embargo el número de sentencias condenatorias que constan es tan reducido —21 en 2016 y 16 en 2015— de lo que cabe deducir que quedan sin recoger bastantes delitos patrimoniales agravados en razón del carácter cultural de los bienes. Adicionalmente resulta complejo localizar a través de las bases de datos jurisprudenciales las sentencias condenatorias por delitos contra los bienes culturales fuera del Título XVI⁹.

En definitiva, la tutela jurídico-penal no sólo debe pretender asegurar la necesaria preservación de los bienes culturales sino también la función sociocultural que desempeñan, como instrumentos de acceso por parte de los ciudadanos y las ciudadanas a su propia cultura¹⁰. De suerte que, mantener el sistema penal complementario actual de tutela de los bienes culturales supone una incorrecta lectura constitucional de la función y el valor de los mismos.

Han tenido que transcurrir aproximadamente veinte años desde la aprobación del texto punitivo vigente —pese a las propuestas de reforma legislativa que por parte de especialistas en la materia se han ido formulando todos estos años¹¹— para que el Patrimonio cultural, locución a mi juicio más adecuada, dado que es el valor cultural de los bienes el elemento unificador determinante del amparo jurídico, vuelva a ser objeto de atención por nuestro legislador penal. La amplia reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 1/2015 introduce por vez primera modificaciones en los denominados delitos sobre el patrimonio histórico desde que se regularon de forma autónoma en el Código penal. Sin embargo, no ha habido una visión de conjunto a la hora de abordar la reforma en este ámbito¹²; muestra de ello es que nuestro legislador de 2015 no ha dedicado ni una sola línea en el Preámbulo de la Ley a fundamentar las modificaciones introducidas en el art. 323 del Código Penal, entre las que destaca la novedosa tipificación de los actos de expolio en yacimientos arqueológicos, terrestres y subacuáticos, junto a la regulación de los daños. Sobre la base de esta panorámica y una vez ya he efectuado en otros trabajos el análisis exhaustivo del capítulo II del Título XVI¹³, así como la reforma operada por LO 1/2015¹⁴ en el art.323 CP, he considerado de interés analizar seguidamente la regulación penal indirecta del Patrimonio Cultural.

2. La tutela de los bienes culturales fuera del Capítulo II del Título XVI

2.1. Ordenación del territorio y Patrimonio Histórico

La interacción existente entre el urbanismo, la ordenación territorial y el Patrimonio Histórico tiene reflejo en nuestro texto constitucional de 1978: el artículo 46 y los art. 44 y 45 que le preceden, integran, entre otros, los “Principios rectores de la política social y económica” en nuestra Carta magna. Tras reconocerse en el art.44 el derecho de todos al acceso a la cultura, se pasa a regular, para asegurar una digna calidad de vida, la defensa del entorno en que el hombre se

⁸ El art. 20. Dos de la Ley 50/1981 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece que en la Fiscalía General del Estado existirá un fiscal contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales, con categoría de Fiscal de Sala, entre cuyas funciones está la coordinación de las fiscalías en materia de medio ambiente, unificando los criterios de actuación.

⁹ Pueden verse una muestra en las Crónicas de jurisprudencia penal de la *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*.

¹⁰ GUIASOLA LERMA, C.: ob. cit, p. 409.

¹¹ Las cuales se llegaron a plasmar en un acuerdo con el Defensor del Pueblo el 26 de enero de 2006, partiendo las mismas de reconducir al interior del Capítulo autónomo toda la protección penal. Por todos, las propuestas de ROMA VALDES, A.: “Por un reforma de la protección penal del Patrimonio Cultural” en *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, 2005; también en *La aplicación práctica de los delitos sobre el patrimonio cultural*. Granada, 2008; asimismo, NUÑEZ SANCHEZ, A.: “La protección penal del patrimonio arqueológico subacuático”, en *El patrimonio arqueológico subacuático y el comercio de bienes culturales*. Xunta de Galicia 2009; GARCIA CALDERON, J.: “La relación del patrimonio histórico con el derecho penal” en *La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales*. Madrid, 2006, p. 77 y ss; GUIASOLA LERMA, C.: *Los delitos contra el patrimonio cultural: obc.cit..*

¹² NUÑEZ SÁNCHEZ, A.: “La nueva regulación del delito de expolio en yacimientos arqueológicos”, en *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, Valencia 2018, p. 159.

¹³ GUIASOLA LERMA, C.: ob. y loc.cit.

¹⁴ “Delitos contra bienes culturales: una aproximación al concepto de expolio en derecho penal en *Revista General de Derecho Penal* 2017.

mueve, constituido por el Patrimonio Natural (art.45 CE)¹⁵ y el Patrimonio Cultural¹⁶, los cuales ya aparecen vinculados en la Convención de la UNESCO de 1972 sobre la “Protección del Patrimonio Mundial, Natural y Cultural”.

En el ámbito penal, los proyectos y anteproyectos que precedieron al Código penal vigente recogieron como novedad más significativa la previsión de los llamados “delitos contra la ordenación urbanística”; concretamente, el Proyecto de reforma del Código Penal español de 1980 fue el primero en recoger dichos delitos, sancionando a los responsables de la construcción de edificios sin licencia “*si el edificio se levantase en suelo no urbanizable perteneciente a zonas protegidas por destinarse a espacios verdes o por sus valores paisajísticos, históricos o culturales*”. Posteriormente, el proyecto de Código Penal de 1992 incorpora la tipificación, si bien todavía dentro de los delitos contra la ordenación del territorio, del derribo o alteración de edificios singularmente protegidos, pudiendo los tribunales, motivadamente ordenar la reconstrucción de la obra. Sobre este particular, el Informe del Consejo General de la Abogacía Española sobre el Anteproyecto de Código penal de 1992¹⁷, manifestaba que el bien jurídico aquél no resultaba claramente definido, pues, efectivamente, no se concibe todavía el patrimonio histórico, cultural o artístico como bien jurídico independiente, tal y como la Constitución lo prevé en el art.46. Desde el Informe se critica la equiparación punitiva de las actuaciones sobre el suelo no urbanizable y sobre lugares de valor paisajístico, histórico o cultural, atendiendo a la diferente gravedad de las conductas.

No es hasta la promulgación de la Ley Orgánica 10/95 del Código Penal —con plena vigencia a partir del 24 de mayo de 1996— cuando el nuevo Código Penal dedica su Título XVI a los “*delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*”, delimitando en capítulos diferenciados los distintos bienes jurídicos protegidos¹⁸. Es con posterioridad, conforme a la reforma operada en el CP por LO 5/2010, cuando el art. 319 CP, destinado a sancionar los delitos contra la *ordenación del territorio en sentido estricto*, delimita con distinta penalidad las actuaciones ofensivas al bien jurídico procedentes de constructores, promotores y técnicos directores, de un lado cuando recaen sobre (...) “*lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección*” (ap. 1º), y de otro, de las recayentes sobre suelo no urbanizable (2º). Por lo que se refiere al 319.1º, la protección penal se activará cuando dichos valores estén reconocidos legal o administrativamente: en el primer caso podrán conformar, sin duda, el objeto material los lugares declarados legalmente como Bienes de Interés Cultural —así, de acuerdo con el art. 40.2 LPHE lo serán “*las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre*”— pero también, conforme al art. 15.2.4. y 5. LPHE, pueden ser declarados Bienes de Interés Cultural los Jardines históricos, los Sitios Históricos y las Zonas Arqueológicas. No obstante considero que podrían ser a su vez objeto de tutela penal los que ostentan protección formal de acuerdo con las leyes autonómicas de Patrimonio Cultural, por ejemplo en la Ley de Patrimonio Cultural Valenciano los Bienes Inmuebles de Relevancia Local, incluidos con este carácter en los Catálogos de Bienes y Espacios Protegidos¹⁹.

¹⁵ El tenor literal del artículo 45 es el siguiente:

“1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

¹⁶ La relación entre ambos fue abordada por ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L.: *Sociedad, Estado y Patrimonio Cultural*. Madrid, 1992, p.109.

¹⁷ Informe del Consejo General de la Abogacía Española sobre el Anteproyecto de Código penal de 1992, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº49, 1993, p.9 y ss.

¹⁸ Los preceptos que integran el Capítulo II se introdujeron en el trámite del Senado a través de la incorporación 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*”.

¹⁹ Plantean dudas en la doctrina aquellos bienes que hayan sido objeto de una incoación de su declaración como BIC. A favor de su inclusión vid. RENART GARCÍA: “Urbanismo, Patrimonio Histórico y Derecho Penal. Una aproximación a la problemática del tipo de injusto del art. 319.1 del CP de 1995” en *Revista Patrimonio Cultural y Derecho* n.13, 2009, p. 177 y ss

En relación a los problemas concursales, ni que decir tiene que las conductas de daños en yacimientos arqueológicos en ocasiones suele ir vinculada a intereses especulativos propios de la construcción. A su vez podrían suscitarse también problemas concursales entre los delitos del 319.1 y del 321 CP si se llevan a cabo actuaciones urbanísticas ilegales en edificios singularmente protegidos. Así, por ejemplo, en un supuesto de construcción en un núcleo declarado Conjunto Histórico, previa demolición de un edificio protegido de manera singular, podrá apreciarse, a mi juicio, un concurso de delitos. El concurso entre las infracciones referidas se dará siempre que el sujeto activo sea promotor, constructor o técnico director, elemento del tipo del 319, aunque la interpretación de los Tribunales respecto de quienes podían ser sujetos activos del 319 ha sido diversa, un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia afirman que el precepto contiene en todo caso un delito especial propio, si bien algunos autores matizan que sólo en el caso de los técnicos directores cabría sostener que se está ante un delito especial y, en cambio, en el caso de promotores y constructores se trata de un delito común²⁰.

Asimismo, huelga decir que, tanto el derribo como la subsiguiente construcción llevada a cabo deben ser no autorizadas, esto es, se deben realizar sin licencia o en contra o excediéndose de lo dispuesto en ella. Concretamente, considero que podría tratarse de una hipótesis de *concurso medial*, si una de las infracciones constituirá el medio necesario para cometer la otra. Sobre este particular la doctrina mayoritaria considera que, el concurso medial requiere la presencia de dos objetividades jurídicas distintas, unidas por la relación medio necesario-fin²¹.

Ahora bien, ¿cómo se resolvería un supuesto en el que se produjera una alteración grave de un edificio singularmente protegido, como consecuencia de haberse llevado a cabo en dicho edificio una construcción ilegal? Pensemos en una construcción no autorizada en una patio singular o en el claustro de un edificio histórico. A mi juicio podría apreciarse que el conflicto es de delitos, entre el art. 321 y el art. 319.1, y de carácter *ideal o formal*, por cuanto concurre un solo hecho que constituye dos infracciones. El objeto de la valoración, pues, será único toda vez que la identidad requerida por el art. 77 podrá apreciarse cuando los distintos delitos tengan el mismo sustrato material o cuando el de alguno de ellos sea parte del sustrato del otro. Ahora bien, podrá adoptarse esta solución siempre que consideremos que en la expresión “lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor... histórico, artístico o cultural”, objeto de tutela en el art. 319.1 se encuentran incluidos los edificios protegidos. A este respecto, LASO MARTINEZ sostuvo que “no necesariamente están incluidos los edificios tan sólo en el art. 321 y, por tanto, excluidas del art. 319.1 la realización de obras sin autorización en ellos”²².

2.2. La protección de los bienes culturales en el ámbito de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico

Seguidamente abordaré aquellos delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (Título XIII) en los que el legislador prevé un subtipo agravado por la cualidad del objeto material, que o bien tiene un valor artístico, histórico, cultural o científico o bien ha sido declarado su valor artístico, histórico, cultural, identificando una serie de lagunas y planteando dudas en la regulación vigente. Ocupando un capítulo autónomo dentro del Título citado, y con un sistema de incriminación distinto, se castiga asimismo al propietario que sustrae un bien a su utilidad cultural (art. 289 CP), figura que plantea problemas concursales con otros tipos penales.

2.2.1. Tipos agravados de hurto y robo. Breve referencia a la STS de 19 de noviembre de 2015 (sustracción del Codice Calixtino)

Por la especial cualidad del objeto material, el CP contempla subtipos agravados en los delitos contra el patrimonio. En el delito de hurto en su art. 235, entre las clásicas agravaciones pre-

²⁰ GORRIZ ROYO, E.: *Protección penal de la ordenación del territorio*, Valencia, 2003, p.982; MARTINEZ-BUJÁN, C.: en VVAA: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2015, pág.549.

²¹ V. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 771 y ss. Tesis que ya había sido puesta de manifiesto por VIVES ANTON en: *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia, 1981, p. 18.

²² LASO MARTINEZ, J.L.: *Urbanismo y medio ambiente en el Código penal*, 1997 p. 128.

vistas en el n.1 se castiga con prisión de 1 a 3 años la sustracción de “*cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*”. En el caso del robo con fuerza en las cosas la pena asciende de 2 a 5 años cuando concurren las agravantes del art. 235, ascendiendo hasta los 6 años cuando el robo se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias (nueva redacción operada por LO 1/2015). Sin embargo, en el supuesto del robo violento o con intimidación de bienes culturales no se contempla tal previsión, sin que se haya fundamentado nunca su razón de ser.

El subtipo referido requiere pues que la acción recaiga sobre cosas “de valor artístico, histórico, cultural o científico”: estamos ante un elemento normativo pendiente valoración que deberá concretar el juez, dado que no se requiere una singular protección, a diferencia del objeto material del art. 321. Tal y como ya recordó el TS en sentencia de 6 de junio de 1988, el artículo 46 de la Constitución no efectúa distinciones, en cuanto que ordena sancionar los atentados contra el patrimonio histórico, cultural y artístico “*cualquiera que sea su régimen jurídico y titularidad*» lo que supone que el mandato constitucional de dotar de protección penal se extiende a toda clase de bienes que “per sé», o en la realidad, tengan el mencionado valor, sea cual fuere la situación jurídica de los mismos y ya sean de dominio público o privado.

En el ámbito de los delitos patrimoniales conviene detenerse en la posibilidad de aplicación de la causa de exclusión de punibilidad de los delitos perpetrados en el ámbito de las relaciones familiares o similares (art. 268), siempre que no concorra violencia e intimidación o abuso de vulnerabilidad de la víctima o por tratarse de persona con discapacidad. Desde la doctrina se fundamenta dicha causa en razones político-criminales vinculadas con el principio de intervención mínima, puesto que aunque se exterioricen como conductas típicas pueden ser resueltos con mayor éxito de forma privada en el ámbito civil²³. En esta dirección se ha expresado una reiterada jurisprudencia, si bien es cierto que, como señala por ejemplo la STS 91/2006²⁴ “resulta preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a *la exclusiva afectación de intereses económicos* como los únicos cuestionados” (la cursiva es mía). Mas, en el caso de los bienes culturales éstos no deberían ser considerados meramente como bienes privados: pese a que al titular dominical de los bienes —que puede ser tanto el Estado o una entidad de derecho público como un particular— le pueda corresponder la responsabilidad civil²⁵, el sujeto pasivo es colectivo; mas, al estar configurado el castigo del apoderamiento de bienes culturales a través de estos subtipos agravados se olvida la función social que deben desempeñar, de acuerdo con la lectura constitucional a la que hemos venido haciendo referencia. En suma, nos parece desafortunada la aplicación de dicha exención en el caso de sustracción de bienes culturales a un familiar o persona citada en el precepto²⁶, si bien cabría la posibilidad de aplicar, en su caso, el delito de sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural (art.289 CP) o, de introducirse en el mercado ilícito, un delito de contrabando²⁷.

En materia de sustracciones, encontramos diversas sentencias condenatorias por parte de Audiencias Provinciales²⁸; a título de ejemplo, la SAP de Sevilla de 2013 que castigó el apoderamiento en 2006 durante las obras de rehabilitación y reforma de un palacio del siglo XVI, parte del Conjunto Histórico Artístico de la ciudad Écija²⁹, planteándose problemas concursales a los que me referiré más adelante. También han sido objeto de condena apoderamientos por parte de los responsables de su

²³ BORJA JIMENEZ, E.: *Derecho penal. Parte Especial*, 2015, p. 335.

²⁴ TOL 843457

²⁵ ZAPICO BARBEITO, M.: “Art. 613” en *Ordenación del territorio patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, Valencia 2011, p. 494 y ss.

²⁶ E incluso muy perjudicial como señala GARCIA CALDERÓN, teniendo en cuenta que numerosos bienes culturales de gran valor se encuentran en colecciones privadas y pueden ser sustraídos del círculo familiar para ser introducidos en el mercado ilícito o sencillamente expoliados.: *La defensa penal...* ob. cit., p.234.

²⁷ En este sentido el autor citado: ob. y loc. Cit.

²⁸ Ampliamente en ROMA VALDES, *La aplicación práctica...*, ob. cit., p. 102

²⁹ Los objetos hurtados de la casa palacio eran exhibidos por el propio detenido, admitiendo que de allí los había cogido.

custodia. Un supuesto relacionado, por la facilidad de acceso que tuvo el autor, fue la sustracción del **Codice Calixtino**, obra del siglo XII, con un destacadísimo valor no sólo patrimonial, sino también histórico, artístico y científico, estudiado por los medievalistas como fuente de la historia europea y fundamental para conocer el fenómeno jacobeo y la dimensión del camino de peregrinación a Santiago de Compostela. La Sala Segunda del **Tribunal Supremo** en sentencia de **19 de noviembre de 2015**³⁰ estimó parcialmente el recurso de casación y condenó a nueve años de prisión al autor de la sustracción del Códice Calixtino por un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y otro de blanqueo de capitales.

Recordemos que, según los hechos probados, el acusado, el electricista que trabajaba en el mantenimiento de la catedral, con el ánimo de obtener un beneficio patrimonial ilícito y aprovechándose del conocimiento que tenía de las distintas dependencias de la Catedral, se dirigió al claustro y después de atravesar varias puertas de la zona del Archivo que no consta estuviesen cerradas, llegó hasta la Cámara en la que se encontraba depositado el Códice, cámara cuya puerta tenía las llaves puestas. Una vez dentro de la misma, se apoderó del Códice y ocultándolo entre sus ropas, salió del recinto catedralicio y se trasladó hasta el garaje de su propiedad donde dejó depositado el libro en el interior de una caja y envuelto en una bolsa dentro de papeles de periódico hasta que fue localizado por la policía en buen estado de conservación y sin haber sufrido desperfectos. Pero además el acusado se apoderó asimismo de numerosas llaves, y así, al menos desde el año 2000 hasta el 3 de julio de 2012, entró con esas llaves en repetidas ocasiones en el despacho del administrador sin su consentimiento. Una vez allí abría la caja fuerte y sacaba diversas sumas de dinero que se guardaban en la misma procedentes de diversas actividades de la Catedral tales como como visitas a museos o cubiertas, arrendamientos de inmuebles, ventas de productos o donativos de distinta especie o concepto. Mediante este sistema el acusado se apoderó a lo largo de los años de, al menos, la cantidad de 2.447.590 euros. Posteriormente el acusado planeó utilizar el dinero sustraído e introducirlo en el tráfico mercantil, invirtiéndolo en la adquisición de fincas urbanas para lo cual se puso de acuerdo con su mujer para la compra de un inmueble.

La Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de febrero de 2015 dictó sentencia condenatoria por los siguientes delitos:

1. Por un delito de hurto agravado —previsto y penado en los artículos 234 y 235 del Código Penal— a la pena de prisión en su máxima extensión, esto es, tres años de prisión, teniendo en cuenta la gravedad del hecho al afectar a un bien tan relevante como es el Códice Calixtino, de valor histórico, cultural, artístico y científico incalculable.
2. Por el delito continuado de robo con fuerza en las cosas, en su modalidad agravada al revestir especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos, se condena a la pena de cinco años de prisión.
3. Por el delito de blanqueo de capitales previsto en el artículo 301.1 del Código penal y teniendo en cuenta que merece mayor reproche la conducta de quien siendo autor de la actividad delictiva precedente realiza las gestiones tendentes a convertir los bienes sustraídos y a transmitirlos en parte a terceros, le impone al acusado la pena de prisión de dos años y multa de 268.425 euros. En el caso de la esposa le impone la pena de seis meses de prisión e idéntica multa que al marido.

Tras el recurso de casación interpuesto por los acusados ante el Tribunal Supremo y su posterior admisión, se replantea —al margen de cuestiones procesales relacionadas con las diligencias de investigación y otras de Derecho penal material— la calificación jurídica de la sustracción del Codice Calixtino: examinados los motivos del recurso de casación, la Sala considera que hay un argumento en la sentencia recurrida que contiene razonamientos probatorios que afectan a la sustracción que pueden favorecer al reo. En concreto, la Audiencia justificó

³⁰ De la que fue ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

calificar la sustracción como un delito de hurto y no de robo porque no había certeza absoluta de que las puertas del claustro estuvieran cerradas, ese pequeño margen de duda debía dirimirse a favor del reo, rechazando el robo mediante llave falsa y acogiendo la figura típica del hurto. No obstante, estima el TS que, una calificación como la de robo que, en apariencia, perjudicaba al acusado con respecto a la aplicación del delito de hurto, se convierte en beneficiosa a través de su integración en la figura del delito continuado del art. 74 del CP, al pasar a constituir la sustracción del Código un episodio fáctico subsumible en el robo continuado apreciado con respecto a las sustracciones de dinero, que se extendieron en el tiempo hasta la fecha de la desaparición del preciado libro. Expone el TS que la jurisprudencia de esta Sala no ha considerado como óbice para apreciar el delito continuado que los hechos integrables en la continuidad delictiva sean subsumibles en distintos apartados agravatorios de una misma figura penal, dos subtipos agravados de robo con fuerza ubicados en dos apartados diferentes de un mismo precepto (el art. 241.1 en relación con el art. 235.1º y 3º del C. Penal, redacción de junio de 2010). Sin embargo, en mi opinión, se olvida de la necesidad de singularizar el robo del Código, por su valor intrínseco, de acuerdo con la tesis de la fiscalía, del resto de objetos y dinero cuyo único valor era patrimonial.

En consecuencia, la Sala Segunda del Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación y en consecuencia condena a nueve años de cárcel al autor de la sustracción del Código Calixtino por un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y otro de blanqueo de capitales, reduciendo la pena de diez a nueve años de prisión al considerar que, por las reglas de la continuidad delictiva, era más beneficioso para él considerar que la sustracción del Código fue un robo y no un hurto, como ya se dijo. La sentencia ratifica la multa de 268.425 euros a cada uno de los cónyuges, así como la condena al procesado a que indemnice a la catedral de Santiago de Compostela con 2,4 millones de euros y 30.000 dólares, por estar probado que robó al menos esa cantidad a lo largo de los años de la caja fuerte del despacho del administrador del edificio religioso.

2.2.2. Defraudaciones: la estafa y la apropiación indebida agravadas por el valor cultural del objeto.

2.2.2.1. Estafa recayente sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico (art. 250.1 3º). Delimitación con otras figuras delictivas en el supuesto de falsificación de obras de arte.

El delito de estafa mantiene entre sus modalidades agravadas la estafa recayente sobre “*bienes que integren el patrimonio histórico, cultural, artístico o científico*”, castigada con prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses. La expresión puede parecer en un principio que conduzca a una interpretación formal del objeto material, esto es, a una exigencia de declaración formal como tales en la legislación administrativa; sin embargo la doctrina manifestada al respecto³¹ considera que debe entenderse en el sentido anteriormente expuesto, esto es, que estamos ante un elemento de valoración en cada caso concreto, en atención a las características de los bienes afectados, por lo que nos remitimos a las consideraciones efectuadas en las causas de agravación en el hurto.

Cierto es que es una figura de escasa aplicación práctica, castigándose en la mayoría de los casos su comisión como una estafa genérica, sin hacer uso de la agravación mencionada. Como muestra, la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 24 de junio de 2013 que condenó a los acusados como autores de un delito de estafa, si bien del tipo básico del art.248 y de un delito de hurto en concurso medial con otro delito de daños en bienes de valor histórico artístico. Según los hechos probados el propietario de un palacio del siglo XVI que forma parte del Conjunto Histórico Artístico de la ciudad de Écija, especialmente protegido por declaración

³¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” en *Derecho penal. Parte especial*, 2015, p. 404; FARALDO CABANAS, P.: “La tutela del patrimonio histórico fuera del Título XVI del Libro II del CP” en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, Valencia 2011, pág.485.

oficial, encargó al acusado, a través de terceras personas, la realización de determinadas gestiones encaminadas a la realización de obras de rehabilitación y reforma en el palacio, cuyas llaves le entregó con esta finalidad. Las obras se realizan y sufragan por el Ayuntamiento pero el acusado oculta esta circunstancia al propietario —un ciudadano inglés que vive en Gran Bretaña— al que presenta una factura elaborada ad hoc, en apariencia, acreditativa del pago de las obras. El citado propietario, a través una entidad mercantil, “engañado por esta apariencia”, paga el importe de las facturas, mas otra cantidad complementaria, por la realización de las gestiones³². En consecuencia la Audiencia desestimó el recurso interpuesto y confirmó la sentencia condenatoria apelada, como autor de un delito de estafa del art. 248 del CP.

De igual modo, la jurisprudencia provincial viene considerando que la respuesta jurídico-penal a los supuestos de venta como auténtica de una obra falsa no se puede encontrar en la forma agravada de estafa por el valor cultural, precisamente por la ausencia de dicho valor en la obra falsa³³. A título de ejemplo, la SAP de Valencia de 2 de mayo de 2013 que condenó por un delito de estafa del tipo básico, previsto y castigado en los artículos 248.1 y 249 del CP, en el caso de una operación de compraventa de dos cuadros de Sorolla, uno original ofrecido por el comisionista y otro falso, aportado por el condenado, que fingió tener un comprador si la operación afectaba a ambas obras. La AP consideró que como ni llegó a haber ningún negocio siquiera aparente, no se puede decir que sufriera ningún peligro un bien que integre el patrimonio artístico, histórico o cultural, es más, de acuerdo con los hechos declarados probados el cuadro de Sorolla auténtico no llegó a salir en ningún instante de la esfera de protección de su propietario y, aunque su compra formaba parte del señuelo, los actos materiales se consuman alrededor del cuadro falso, el pequeño, que el propio acusado ofrecía, de modo que los actos ilícitos no recayeron sobre el bien que daría lugar a la afectación del patrimonio artístico español, aunque giraran en torno a su mención. Consecuentemente la agravante específica pedida por la acusación particular se rechazó.

En relación con la falsificación de bienes culturales también se suele traer a colación por la doctrina otro tipo delictual, el delito contra la propiedad intelectual tipificado en el art. 270.1 CP³⁴, si bien en el ámbito de las obras pictóricas lo que suele producirse es el denominado “plagio invertido”, esto es, cuando un autor poco conocido atribuye una obra propia a un autor de reconocido prestigio, con ánimo de beneficio económico, aprovechándose de la fama y crédito de éste. Dejando al margen la calificación como estafa de los hechos (en grado de tentativa o consumación, siempre que se hayan producido actos de venta de la obra falsa concurriendo el engaño sobre su autoría)³⁵ deben delimitarse en dicho ámbito al menos dos supuestos³⁶. Por un lado, cuando se trata de copias exactas respecto a una obra original de un autor de prestigio, al que se atribuye también falsamente y se prueba el ánimo de lucro y perjuicio al autor, no resulta pacífica la apreciación de la afcción de la lesión de la propiedad intelectual: una postura doctrinal es contraria a la apreciación del plagio³⁷, por producirse precisamente la situación

³² La SAP trae causa del recurso de apelación interpuesto por los condenados contra la sentencia del Juzgado de lo penal dictada en fecha de 15 de septiembre de 2010. La sentencia de la AP de Sevilla concluye afirmando que quedan “acreditados con toda nitidez” los presupuestos determinantes del delito de estafa: la *maniobra mendaz para obtener un lucro ilícito*, el *engaño bastante* para seducir la voluntad del sujeto pasivo —sin duda el más significativo elemento definitorio de la estafa, como ha declarado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones— el *acto de disposición* que implica un desplazamiento patrimonial y el *perjuicio patrimonial* causado al propietario, innegable según afirma la Audiencia, desde el momento en que el pago lo hace a su nombre una entidad mercantil, como cumplidamente queda acreditado.

³³ Al respecto, ROMA VALDÉS: *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, 2008, ob. cit., pág. 103.

³⁴ “1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.”

³⁵ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: “Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP) en *Comentarios a la reforma penal del Código Penal de 2015*, Valencia 2015, p. 850.

³⁶ Véase el recopilatorio jurisprudencial sobre la respuesta jurídico-penal a estos supuestos que realiza OTERO GONZÁLEZ, P.: “Respuesta jurídico-penal a la falsificación de obras de arte” en *La Ley Penal* n. 116, sept-octubre 2015, pág. 7 y ss, nota 68.

³⁷ QUINTERO OLIVARES, G.: “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial” en *Comentarios a la parte especial del*

inversa a éste, mientras que otros autores sí aprecian que debían castigarse como delito del 270.1 CP en la modalidad de reproducción³⁸. Sin embargo, cuando únicamente se copia el estilo o la manera de pintar del artista, falsificando su firma, no hay reproducción ilícita y por tanto debería castigarse como una falsedad y que originaría las correspondientes responsabilidades civiles para la protección del autor³⁹. Ni que decir tiene que serán atípicos los supuestos de versiones de obras clásicas sin intención de suplantar la identidad del autor, donde el ánimo es precisamente el contrario⁴⁰.

Sirvan las consideraciones sucintamente expuestas para justificar la necesidad de un cierto consenso sobre los efectos del problema. En esta dirección, tal y como apunta PÉREZ-PRATS, sería factible que la extensión evidente de la criminalidad organizada sobre falsificación de obras de arte y su tráfico masivo⁴¹ alcanzase la agenda de la armonización legislativa de los tipos penales. Un atisbo de movimiento aproximativo lo encontramos en el ámbito europeo: entre las figuras delictivas que incorpora el **Convenio del Consejo de Europa de 2017 sobre delitos contra bienes culturales**⁴² se recoge la “Falsificación de documentos”: en su art. 9 se señala que los Estados parte deben garantizar que la elaboración de documentos falsos y la alteración de documentos relacionados con *bienes culturales muebles* constituyan delitos según su legislación interna, cuando estas acciones tienen por objeto la intención de aparentar la procedencia lícita de los bienes.

En la legislación española, como se ha expuesto, la falsificación de documentos relacionados con bienes culturales no cuenta con una tipología específica, teniendo que acudir a las formas genéricas de estafa y falsedad⁴³. No obstante, la difícil plasmación práctica de los subtipos agravados de estafa y los delitos contra la propiedad intelectual en supuestos relacionados con la **falsificación de obras de arte** conduce a parte de la doctrina a advertir la necesidad de formular tipos específicos para estos supuestos⁴⁴, al margen de su persecución como delito de estafa agravada.

Si atendemos al derecho comparado, a título de ejemplo, podemos recordar como en el caso italiano se recurre en el *Codice de beni culturali e del paesaggio* (DL 2004) a la “*Contraffazione di opere d’arte*”. Así, en el art. 178 se sanciona con pena de prisión y multa, a quienes lleven a cabo las siguientes modalidades de conducta⁴⁵:

Derecho penal, 2011; PÉREZ PRATS, L.: “La falsificación de obras de arte, ¿un problema internacional” en *El tráfico de bienes culturales*, Valencia 2015, pág. 195.

³⁸ OTERO GONZÁLEZ, ob. cit., p. 8.

³⁹ TOMÁS-VALIENTE: ob.y loc. cit.

⁴⁰ Véase al respecto la publicación de ARCA: <https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-artists-allowed-copy-masterpieces-worlds-prestigious-museums>

⁴¹ A dicha problemática se une la de la falta de interés en denunciar por parte de los que han sido objeto de una estafa. PEREZ-PRATS, L: ob.cit., p.192. Llamativa, cuanto menos, fue la reciente declaración de expertos en el juicio por los cascos celtiberos de Aranda expoliados, acerca de las alertas que efectuaron a la administración, bienes que acabaron siendo subastados. http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/aragon/alerte-expolio-tres-ocasiones-espana-respondieron_1275162.html

⁴² <http://www.coe.int/en/web/culture-and-heritage/convention-on-offences-relating-to-cultural-property>

⁴³ OTERO GONZÁLEZ considera que la obra de arte es subsumible en el laxo concepto penal de documento derivado del art. 26 CP. Ob- cit., pág 10.

⁴⁴ En tal sentido, autores como GARCÍA CALDERÓN se han pronunciado al respecto: “La falsificación de bienes culturales...”, ob.y loc.cit; también ROMA VALDÉS, *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, 2008, p. 151; ampliamente este autor en “La estafa agravada por el valor cultural del objeto y la falsificación de obras de arte y antigüedades” en *La Ley Penal* n.116, sep-octubre 2015.

⁴⁵ Artículo 178 Contraffazione di opere d’arte

1. È punito con la reclusione da tre mesi fino a quattro anni e con la multa da euro 103 a euro 3.099: a) chiunque, al fine di trarne profitto, contraffà, altera o riproduce un’opera di pittura, scultura o grafica, ovvero un oggetto di antichità o di interesse storico od archeologico; b) chiunque, anche senza aver concorso nella contraffazione, alterazione o riproduzione, pone in commercio, o detiene per farne commercio, o introduce a questo fine nel territorio dello Stato, o comunque pone in circolazione, come autentici, esemplari contraffatti, alterati o riprodotti di opere di pittura, scultura, grafica o di oggetti di antichità, o di oggetti di interesse storico od archeologico; c) chiunque, conoscendone la falsità, autentica opere od oggetti, indicati alle lettere a) e b), contraffatti, alterati o riprodotti; d) chiunque mediante altre dichiarazioni, perizie, pubblicazioni, apposizione di timbri od etichette o con qualsiasi altro mezzo accredita o contribuisce ad accreditare, conoscendone la falsità, come autentici opere od oggetti indicati alle lettere a) e b) contraffatti, alterati o riprodotti.

2. Se i fatti sono commessi nell’esercizio di un’attività commerciale la pena è aumentata e alla sentenza di condanna consegue l’interdizione a norma dell’articolo 30 del codice penale.

a) con intención de obtener un beneficio, falsifican, alteran o reproducen, una obra pictórica, escultórica o gráfica o un objeto de antigüedad o de interés histórico o arqueológico; b) sin haber tenido participación en la alteración, falsificación o reproducción indicadas, *sitúen en el comercio o detenten con la intención de comerciar, o introduzcan con esta finalidad en el territorio del Estado, o de cualquier modo pongan en circulación, como auténticos, ejemplares falsificados, alterados o reproducidos* de obras pictóricas, escultóricas, gráficas o de objetos de antigüedad o de interés histórico o arqueológico; c) a quienes conociendo la falsedad, *autentifiquen* los objetos falsificados, alterados o reproducidos anteriormente referidos; d) así como a quienes, mediante otro tipo de declaraciones, peritajes, publicaciones, aposiciones de timbre o etiquetas o de cualquier otro modo, *acrediten o contribuyan a acreditar*, con conocimiento de la falsedad, como auténticas las obras y objetos falsificados, alterados o reproducidos indicados en el citado art.3”⁴⁶. Por su parte, el *disegno di legge* de 2017 para la reforma de la disciplina sancionadora en materia de delitos contra el Patrimonio cultural, aprobado por la Cámara de los Diputados el 22 de junio de 2017, introduce en el *código penale*, junto a otros delitos, la falsificación de obras de arte (art. 518 duodecies) sancionando las conductas ya previstas en el dl 2004 pero eleva su penalidad, en concreto se castiga con la reclusión de 1 a 6 años y con la multa hasta 10.000 euros, resultando en todo caso ordenada la “confisca” de los bienes⁴⁷.

2.2.2.2. La tipología agravada de apropiación indebida (art. 254.1).

Nuestro CP regula la figura agravada de apropiación indebida en el castigando con una pena de prisión de 6 meses a dos años a quien se apropiare de una cosa mueble ajena cuando se trate de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. Hasta la reforma de 2015 el art. 253 castigaba con la misma pena la apropiación indebida en su modalidad de hurto de hallazgo recayente sobre cosas de valor histórico, artístico, cultural o científico. De hecho los supuestos de apoderamiento de piezas arqueológicas sin uso de la fuerza ni violencia, han sido incardinados —tanto por la doctrina especializada como por la jurisprudencia— en ocasiones conforme a esta modalidad y en otras como formas de *hurto* agravado (art. 235) cuando recaen sobre cosas de valor histórico, artístico, cultural o científico⁴⁸. Sin embargo la posibilidad de tipificar el apoderamiento de piezas como modalidad agravada de hurto o de apropiación indebida no agota la responsabilidad penal de estas conductas. Los saqueos de yacimientos arqueológicos normalmente ocasionan daños que impiden o alteran las posibilidades de llevar a cabo un estudio sistemático y relacionado de los objetos arqueológicos extraídos. De suerte que la acción apropiatoria del sujeto viene siendo calificada como *un delito agravado contra la propiedad* y, al mismo tiempo, en situación de concurso ideal o medial con un delito de *daños sobre el Patrimonio Histórico Español* del artículo 323 del Código Penal⁴⁹.

3. La sentenza di condanna per i reati previsti dal comma 1 è pubblicata su tre quotidiani con diffusione nazionale designati dal giudice ed editi in tre diverse località. Si applica l'articolo 36, comma 3, del codice penale.

4. È sempre ordinata la confisca degli esemplari contraffatti, alterati o riprodotti delle opere o degli oggetti indicati nel comma 1, salvo che si tratti di cose appartenenti a persone estranee al reato. Delle cose confiscate è vietata, senza limiti di tempo, la vendita nelle aste dei corpi di reato.

⁴⁶ Art.4: “Alle stesse pene soggiace anche:

1) chiunque, conoscendone la falsità, autentica opere ed oggetti, indicati nell'art.3, contraffatti, alterati o riprodotti;

2) chiunque mediante altre dichiarazioni, perizie, pubblicazioni, apposizioni di timbri o etichette o con qualsiasi altro mezzo accreditata o contribuisce ad accreditare, conoscendone la falsità come autentici opere od oggetti, indicati nell'art.3, contraffatti, alterati o riprodotti”.

⁴⁷ GUIASOLA LERMA, C.: “La tutela penal del patrimonio cultural en el derecho italiano y su perspectiva de reforma” en *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, 2018.

⁴⁸ Vid. Acerca de los distintos planteamientos doctrinales, GUIASOLA LERMA, C.: “Delitos contra bienes culturales. Una aproximación al concepto de expolio” en *RGDP* 2017, p. 11 y ss

⁴⁹ GARCIA CALDERON: “Protección Penal del Patrimonio Arqueológico”, en *Revista de Derecho de Extremadura/ Patrimonio Cultural y Derecho* 2003. En la jurisprudencia menor, cabe citar la SAP de Toledo de 4-12-2007, así como, aunque se abstiene de fundamentar la relación concursal, la sentencia del Juzgado de lo penal n.2 de Cáceres de 15 de octubre de 2014, tras la interesante operación policial conocida como “Operación Badia”. La referida sentencia enjuició un supuesto en el que, de acuerdo con los hechos probados, se tuvo conocimiento por investigaciones de la patrulla del Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil (Seprona) de la realización de remociones de tierra y sustracciones de diversos efectos de valor arqueológico que se encontraban en distintos yacimientos arqueológicos de la provincia de Cáceres. La sentencia estimó que

La redacción vigente del delito de apropiación indebida ha permitido sancionar supuestos de saqueo en suelos o espacios que puedan contener restos arqueológicos⁵⁰, si bien la novedosa tipificación de los “actos de expolio” en yacimientos arqueológicos junto a los daños del art. 323, sin delimitarlos del resto de conductas afines de sustracción y apropiación, está suscitando problemas interpretativos que se pondrán en evidencia en la práctica jurisprudencial. Dicho de otro modo, la nueva previsión expresa del expolio en yacimientos arqueológicos ha dado origen a diversas posturas doctrinales —ante el escaso interés del legislador en definir el tipo, y la falta de resolución aún por los tribunales provinciales— en cuanto a que calificación merece la remoción y/o extracción de bienes de un yacimiento, cuando se trate de hechos posteriores a la reforma de 2015. Así, DE LA CUESTA AGUADO razona que el legislador ha pretendido diferenciar en el art. 323, de un lado los daños en yacimientos arqueológicos en sentido material, como destrucción o menoscabo de objetos muebles (primer párrafo del primer apartado) del expolio en sentido estricto, consistente en el apoderamiento y el perjuicio en el yacimiento derivado de la pérdida de conocimiento⁵¹, de la pérdida de información histórica derivada de la manipulación. Por su parte, según la tesis de VERCHER NOGUERA solo será expolio propiamente dicho la destrucción parcial o total del contexto en que se encontraban los objetos en el yacimiento, reservando la extracción de los objetos que se hallaban en su interior para los delitos indirectamente referidos al patrimonio histórico⁵². Considerando que el concepto penal de expolio debe aludir a algo distinto a los daños —ya contemplados en el art. 323 sin referencia al valor económico— pero también distinto a las conductas de sustracción, apropiación y apoderamiento porque el legislador ha optado por mantenerlas, NÚÑEZ SÁNCHEZ⁵³ concluye que con la nueva redacción se facilita la aplicación del concurso de delitos⁵⁴ con la apropiación indebida; de ese modo estima que la noción penal de expolio constituye una cláusula de cierre para castigar conductas que, sin llegar a ocasionar daños, “supongan una perturbación de la función social de los yacimientos”. No obstante, como el autor reconoce, dicho concepto supone un adelantamiento de la barrera punitiva frente a actos de puesta en peligro, acercándose con dicha interpretación al concepto administrativo de expolio del art. 4 LPHE (“*toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturben el cumplimiento de su función social*”). Sin embargo, a mi juicio, la asimilación punitiva resultaría excesiva, ya que no pueden equipararse situaciones de menoscabo efectivo con conductas de riesgo para el bien jurídico

En mi opinión, tal y como manifesté en un trabajo anterior, la tipificación de los actos de expolio en yacimientos arqueológicos en sede del arts. 323 debería conducir a desterrar la solución del concurso de delitos. El concepto penal de expolio se aproxima más al concepto gramatical⁵⁵ —“expoliar” es según la Real Academia de la Lengua “despojar algo o a alguien con violencia o con iniquidad— y por ende, debería resolverse como un concurso de leyes, absorbiendo tanto el apoderamiento o sustracción de piezas arqueológicas descubiertas, como los daños en el mismo⁵⁶, tanto los materiales como los inmateriales, esto es, la alteración de la información

los acusados, un grupo organizado dedicado a dicha actividad ilícita, cometieron sendos delitos continuados (art. 74 CP) de daños a yacimientos arqueológicos del art. 323 CP en concurso con delitos de apropiación indebida (art. 253.2 CP) y en el caso del último de los acusados se apreció un concurso del delito de daños con un delito de receptación del art. 298.2 del CP

⁵⁰ En este sentido, GARCÍA CALDERÓN: ob. cit., pág. 238 y ss.

⁵¹ DE LA CUESTA AGUADO, P.: “La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico. El delito de expolio” en *Comentario a la reforma penal de 2015*, pág. 650.

⁵² Así, VERCHER NOGUERA propone la expresión “descontextualización penal del entorno arqueológico” en lugar del término expolio, en: “El expolio de bienes de patrimonio histórico o la descontextualización penal del entorno arqueológico” en *Diario La Ley*, marzo 2018.

⁵³ NÚÑEZ SÁNCHEZ: “La nueva regulación del delito de expolio en yacimientos arqueológicos”, en *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, Valencia 2018, pág. 183.

⁵⁴ También propone mantener la solución de concurso entre sustracción y daños como más acertada MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, debiendo calificarse los hechos como delito de daños en concurso medial con delito agravado de hurto o apropiación indebida, según haya o no un conocimiento anterior y una catalogación del yacimiento arqueológico expoliado por parte de la Administración Pública MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E., *El Delito de Daños al Patrimonio Histórico*, Tesis Doctoral, <https://hera.ugr.es/tesisugr/26082500.pdf>, Granada, 2015.

⁵⁵ En este sentido, GARCÍA CALDERÓN, J.: *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, 2016, pág. p-240.

⁵⁶ Ob. cit. pág. 191.

científica, protegiéndose de ese modo también la pérdida de la función social que el texto constitucional atribuye a los bienes culturales⁵⁷. Los tipos penales de hurto o robo de un bien arqueológico se podrían aplicar solo en los casos en que no hubiera un daño previo o simultáneo al yacimiento⁵⁸. Sin embargo, como ya expuse dicha interpretación puede no parecer adecuada desde el punto de vista de la proporcionalidad de las penas, en el caso de bienes culturales de especial trascendencia: pensemos en obras de arte intervenidas, valoradas como auténticas por informes técnicos periciales y expoliadas de yacimientos para su extracción⁵⁹. De suerte que parece razonable la propuesta de GARCÍA CALDERÓN de diferenciar, los casos donde los bienes expoliados no tienen una entidad individualizada y se configuran como restos arqueológicos de escaso valor científico o material, de aquellos otros donde los bienes tienen gran valor histórico y económico. Dado que el legislador solo ha previsto un nuevo subtipo agravado de daños en el art. 323.2, en estas últimas situaciones parecería aconsejable la punición como concurso de delitos⁶⁰ entre los daños y el delito agravado de hurto o apropiación indebida según exista un conocimiento previo y catalogación del yacimiento arqueológico expoliado.

Recapitulando, comparto la opinión de RODRIGUEZ MORO⁶¹ al estimar que la nueva previsión debería haber ido acompañada de una revisión técnica de todos los preceptos implicados para evitar su difícil interrelación concursal y la disparidad de criterios a la hora de establecerla.

2.2.3. Receptación de bienes culturales (art. 298.1 a) CP)

Vinculado a la sustracción ilícita de bienes culturales, se contempla por vez primera en nuestro texto punitivo la receptación de bienes culturales introduciendo la LO 1/2015 una penalidad agravada (prisión de uno a tres años) para los supuestos de receptación si concurre, entre otras causas “que se trate de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico”. Como es sabido, a través de este delito se sanciona a quien, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos.

Sin embargo, conforme al subtipo agravado difícilmente podrán tener encaje conductas como, por ejemplo, las del coleccionista de obras de arte que proceden de yacimientos arqueológicos “expoliados” dado que de acuerdo con el tenor literal el delito de receptación va vinculado a un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico⁶². No obstante encontramos alguna sentencia condenatoria en la jurisprudencia provincial por hechos acaecidos con anterioridad a la reforma penal citada, donde el apoderamiento se apreció en forma de concurso. En concreto la ya citada sentencia del Juzgado de lo Penal de Cáceres de 15 de octubre de 2015 condenó, por conformidad, a los acusados por sendos delitos continuados de daños a yacimientos arqueológicos en concurso con delitos de apropiación indebida y en el caso del último de los acusados se apreció el concurso entre el delito de daños con un delito de receptación del art. 298.2 CP: conforme a los hechos probados los acusados se dedicaban, en el periodo de tiempo comprendido entre octubre de 2010 y marzo de 2011, a dirigirse a diferentes yacimientos arqueológicos y, valiéndose de mecanismos tales como detectores de metales y azadas, realizaban remociones del terreno o catas, y después se apoderaban, movidos del propósito de

⁵⁷ En este sentido RUFINO RUS estima que ha de resolverse como un concurso de leyes por razón del principio de especialidad, siendo planteable también el principio de consunción, absorbiendo así, además del daño el acto del apoderamiento. RUFINO RUS: “Respuesta penal a los delitos sobre el patrimonio histórico: novedades tras la reforma en materia de expolio arqueológico” ponencia en las Jornadas “Delitos contra el patrimonio histórico. Especial referencia al patrimonio arqueológico”, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, junio 2017, publicada en Fiscal.es

⁵⁸ Por ejemplo en un museo o en una vivienda particular,

⁵⁹ Valga como ejemplo la escultura ibérica tardía original, procedente de una necrópolis ibérica, intervenida por la Brigada de Patrimonio Histórico (UCDEV) de la Policía Nacional en la denominada “Operación Quedada”.

⁶⁰ GARCÍA CALDERÓN: *Estudios sobre el Código Penal reformado*. 2015, p.741 y ss.

⁶¹ RODRIGUEZ MORO, L.: “Críticas, incongruencias y dudas....2, ob. cit., pág.98.

⁶² Como valoraba DE LA CUESTA AGUADO, ob. cit. p. 652; OTERO GONZÁLEZ, P.: “Protección penal de los daños al patrimonio histórico (tras la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015), en *Bienes Culturales y Derecho*, Madrid, 2015; con anterioridad GARCÍA CALDERÓN: ob. cit. p. 249.

obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, de piezas de los mismos para posteriormente o bien conservarlas en su domicilio o comerciar con las mismas. Al mismo tiempo, se tuvo conocimiento a través de las intervenciones telefónicas autorizadas judicialmente, que los acusados, una vez en posesión de las piezas sustraídas en los yacimientos, se solían poner en contacto con otro de los acusados, quien conociendo su procedencia subrepticia y guiado del propósito de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se las adquiriría para a continuación ofrecerlas a la venta a través de diferentes páginas web como E-bay y similares —que permiten ventas internacionales⁶³— o a través de subastas organizadas por él a terceras personas.

El art. 298.2 en su redacción vigente permite la imposición de la pena en su mitad superior a quien lleve a cabo las conductas descritas, recibir, adquirir u ocultar los efectos del delito, “*para traficar con ellos*”. Sin embargo se sigue criticando su necesaria vinculación a los delitos patrimoniales y la exigencia del ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo, lo que no permite incluir otras situaciones como pueden ser las de fanatismo ideológico o religioso. Recientemente se ha procedido a la detención a un anticuario y a un marchante de arte en Barcelona por un presunto delito de financiación del terrorismo los cuales se dedicaban a la compraventa de piezas arqueológicas procedentes de territorios bajo el asedio de grupos afines al ISIS⁶⁴.

Si atendemos al derecho comparado, en el ordenamiento italiano el *disegno di legge* de 2017 al que nos hemos referido anteriormente, introduce el tipo específico de **receptación de bienes culturales**⁶⁵, no vinculado necesariamente a los delitos patrimoniales (“*provenienti da un qualsiasi delitto*”) —lo que permite cubrir casos en que los bienes proceden, por ejemplo, de un delito de contrabando— exigiendo un fin de procurarse un beneficio (*profitto*) en sentido amplio y no ceñido al ánimo de lucro. Sin embargo se viene criticando su severa sanción, una pena que puede alcanzar los 12 años, incluso los 18 si se aplica la circunstancia agravante genérica.

Por el contrario, el legislador español contempla un subtipo agravado de blanqueo de capitales (art. 301 párrafo 3º CP) que incluye el encubrimiento de actividades propias, en el que no se exige expresamente el “ánimo de lucro” ni se refiere exclusivamente al encubrimiento de delitos patrimoniales y socioeconómicos; sin embargo, los bienes deben tener su origen en algunos de los delitos citados en el precepto, entre los que se comprenden los del Capítulo I del Título XVI (ordenación del territorio y urbanismo), no así los bienes culturales objeto del Capítulo II del mismo Título. A pesar de ello, la adquisición de obras de arte es una de las modalidades más utilizadas de cara al blanqueo de dinero ilícitamente adquirido⁶⁶.

2.2.4. Sustracción de cosa propia a su utilidad cultural o social (art. 289 CP)

El artículo 289 del Código Penal castiga con prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses al propietario que sustrae el bien a su utilidad cultural, de ahí que se considere que forma parte de esa protección fragmentada del patrimonio histórico o cultural⁶⁷. Ocupando un capítulo autónomo dentro de los delitos contra la propiedad y el orden socioeconómico, se contemplan dos las modalidades de conducta:

⁶³ Sobre el particular puede verse el artículo publicado en El País el 13 de diciembre de 2017: “Del yacimiento a Wallapop: así funciona el menudeo ilegal de bienes arqueológicos”.

⁶⁴ Sobre esta operación que se ha llevado a cabo en contra de la financiación del terrorismo a través de la venta de “antigüedades de sangre”, nombre que reciben las obras de arte expoliadas de territorios bajo el control de grupos armados. Vid. El País, 28 de marzo de 2018.

⁶⁵ Art. 518 quater *Ricettazione di beni culturali*: “Fuori dei casi di concorso nel reato, chi, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve od occulta beni culturali provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farli acqui stare, ricevere od occultare, è punito con la reclusione da tre a dodici anni. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando l'autore del delitto da cui i beni culturali provengono non è imputabile o non è punibile, ovvero quando manca una condizione di procedibilità riferita a tale delitto.

⁶⁶ Algunos casos los podemos encontrar en ventas en subastas, donde el blanqueador saca una obra de su propiedad a la venta, pujando por la pieza un cómplice con una suma de dinero superior al valor estimado del mercado. Una vez ganada la subasta, dicho cómplice devuelve el bien y el dinero, a cambio de sustanciosas comisiones.

⁶⁷ CORTES BECHIARELLI, E.: “Función social y tutela penal del patrimonio arqueológico” en *Tres estudios jurídicos sobre el patrimonio histórico*, 2005, pág. 48.

- la primera, destruir, inutilizar o dañar la cosa propia de utilidad social o cultural,
- y la segunda, sustraerla de cualquier modo al cumplimiento de los deberes impuestos en interés de la comunidad. Dicha modalidad no presupone la ejecución de una conducta dañosa pero constituye una cláusula abierta, de forma que el *medio* empleado para la sustracción al cumplimiento de los deberes pueda ser cualquiera. Se admite la posibilidad de comisión por omisión, desde el momento en que el propietario adquiere la cualidad de garante respecto del bien propio, y asimismo el comportamiento omisivo puede provocar el resultado típico de la figura delictiva.

Y es que en efecto, la utilidad social o cultural de determinados bienes⁶⁸ —la cual constituye el objeto de tutela del art. 289— impone el cumplimiento de determinados deberes, limitativos de la propiedad privada, y en beneficio de la sociedad, en cuya elusión radica la esencia del injusto. Incluso se ha llegado a considerar que entre los medios idóneos de sustraer la cosa al cumplimiento de su utilidad social vale, por ejemplo, la negativa por los propietarios de bienes de interés cultural a facilitar el acceso a investigadores o al público en general, de acuerdo con la obligación impuesta (art. 13.2 LPHE). Ciertamente, la LPHE establece determinadas obligaciones dirigidas a los propietarios de bienes integrantes del Patrimonio Histórico, entre ellas, la básica y primaria de conservar el bien cultural, toda vez que el propietario viene a ser considerado como un depositario del legado cultural.

Con respecto a la primera de las modalidades de conducta pueden suscitarse problemas concursales con los delitos de daños al patrimonio del art. 321 y 323 CP. Me decanto con la doctrina dominante por resolver estos supuestos, apreciando un *concurso aparente de normas penales* que determinará la aplicación preferente de los delitos sobre el patrimonio histórico, como leyes especiales y castigados con penas superiores a la del 289, siempre que concurren los demás elementos integrantes de la infracción. Ahora bien, en los supuestos donde además de la conducta de daños contra los bienes del 323 o del 321 se produjera una sustracción al cumplimiento de deberes impuestos al propietario, lo adecuado sería, a su juicio, apreciar un concurso real de delitos⁶⁹.

El art. 289 será, pues, de aplicación únicamente en los casos en que se lleve a cabo por parte del propietario un incumplimiento de los deberes legalmente impuestos respecto del edificio, en detrimento de su utilidad social o cultural, pero *sin* llegar a producir el derribo o alteración grave que menoscabe materialmente el edificio protegido o *sin* producir daños que menoscaben el objeto material del art. 323. Esto es, el incumplimiento por parte del propietario de los deberes de conservación respecto del edificio, podría subsumirse en el delito del art. 289 en el caso de omitir intencionadamente el deber de cuidado⁷⁰, por ejemplo, provocando el propietario la ruina económica del edificio⁷¹, sin que se produzca el derribo o la alteración grave de éste.

2.3. Contrabando de bienes culturales (LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando)

Los actos de sustracción ilícita de bienes culturales en ocasiones suelen ir seguidos de su exportación ilegal. La relación concursal entre el correspondiente subtipo agravado del delito contra la propiedad y el delito de contrabando viene siendo discutida, pudiendo apreciarse,

⁶⁸ Sin duda la previa declaración administrativa del valor de los bienes será útil por razones de seguridad jurídica, pero, conforme a la jurisprudencia constitucional expuesta y a la necesidad de protección del patrimonio oculto (por ejemplo, hallazgos arqueológicos casuales) se permite la protección de todos aquellos bienes que sean merecedores de tal protección, con independencia de su declaración formal. GARCÍA CALDERÓN, J.: p. 244.

⁶⁹ En este sentido, MARTINEZ-BUJÁN, C.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., pág. 483.

⁷⁰ Recordemos la STS de 12 de mayo de 1969 donde, pese a absolver por razones probatorias, entendió que la conducta de un propietario que conduce a la ruina, por acción u omisión, un edificio de su propiedad arrendada a un tercero era típica con arreglo al art. 562 (hoy 289) del Código penal precedente.

⁷¹ Mientras que la ruina *técnica* se puede producir en algunas ocasiones aunque se mantenga una cuidadosa conducta de conservación del edificio.

bien un concurso real o bien un concurso medial, cuando pueda acreditarse que la sustracción era el medio necesario para llevar a cabo la exportación ilícita.

Conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, que modifica la Ley 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando se tipifica como delito, en su art. 2.2. a) la exportación o expedición de bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito. La pena, a imponer en su mitad superior, es de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al sextuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos. Las anteriores conductas serán igualmente punibles cuando se cometan por imprudencia grave, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado.

Cuando el delito se cometa por medio o en beneficio de personas, entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una facilidad especial para la comisión del mismo se impondrá la pena superior en un grado. A este respecto el delito de contrabando es uno de los que delitos en los que se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 31 bis del CP y en las condiciones en él establecidas. Asimismo, cuando el delito se cometa en el seno, en colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica, le será de aplicación lo previsto en el artículo 129 del Código Penal.

En todo caso, el artículo 75 de la Ley 16/1985 del PHE, establece la responsabilidad solidaria de la infracción o delito cometido⁷² *“de cuantas personas hayan intervenido en la exportación del bien y aquellas otras que por su actuación u omisión, dolosa o negligente, la hubieren facilitado o hecho posible”*. Sobre este particular se ha pronunciado FARALDO CABANA considerando que debe entenderse referida exclusivamente a la responsabilidad civil derivada del delito, si bien extendiéndola a situaciones más que discutibles, que van más allá de las reglas generales previstas en los arts. 116 a 122 del Código penal⁷³.

El tráfico ilícito de bienes culturales es, por su naturaleza, un delito que supone —como subraya el Convenio del Consejo de Europa de 2017— una de las formas más rentables del crimen organizado transnacional⁷⁴, después del tráfico de armas y las drogas. De hecho, las redes de delincuencia organizada, que han incrementado su actividad en los últimos años⁷⁵, utilizan el tráfico ilegal de obras de arte y antigüedades como medio para blanquear y financiar su actividades ilícitas (tráfico de drogas, armas, seres humanos...).

Es por ello que el texto recoge en su art. 15 un listado de circunstancias agravantes que los Estados Parte deben tomar en consideración, salvo que estén recogidas ya en sus derechos internos, entre las que se contempla la comisión de dichos delitos “en el marco de una organización criminal”. El Convenio no define el término “criminal organisation” pero el Informe explicativo que lo acompaña, como herramienta de interpretación, aconseja que los Estados

⁷² Tras establecer que la exportación de un bien mueble integrante del Patrimonio Histórico Español que se realice sin la autorización prevista en el artículo 5 constituirá delito, o en su caso, infracción de contrabando, de conformidad con la legislación en esta materia.

⁷³ vParece apuntar a funcionarios o autoridades con competencias relacionadas con las aduanas. FARALDO CABANA, P: “La tutela del patrimonio histórico fuera del Título XVI...”ob. cit.,p. 598 y ss.

⁷⁴ Recientemente conocimos por los medios de comunicación la denominada “Operación Pandora II” desarrollada entre octubre y diciembre de 2017 —liderada y coordinada por España y Europol— y realizada de manera combinada con la operación Athena, coordinada por la Organización Mundial de Aduanas (OMA) e INTERPOL, ha permitido incautarse de más de 41.000 objetos culturales y antigüedades diversas, entre los que se incluyen monedas, muebles, pinturas, instrumentos musicales, piezas arqueológicas y esculturas en una operación mundial contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Dicha operación supone un buen ejemplo de respuesta coordinada a nivel internacional de autoridades administrativas y policiales con competencias en la persecución del tráfico ilícito de bienes culturales, para desarticular dichas organizaciones criminales e incautar los bienes en su poder.

⁷⁵ Acerca de estas cuestiones, GUTIERREZ ZARZA, A.: “Tráfico ilícito de bienes culturales y cooperación penal europea e internacional”, ponencia de las Jornadas “*Delitos contra el patrimonio histórico. Especial referencia al patrimonio arqueológico*”, Centro de Estudios Jurídicos, junio 2017.

pueden acudir a otros instrumentos internacionales para definirlo, como la *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* 2000. En nuestro país el Código Penal define y castiga las organizaciones criminales (art. 570 bis) y aborda y castiga los grupos criminales en el art. 570 ter; el elemento diferencial entre ambos radica en la existencia o inexistencia de una estructura jerárquica con vocación de permanencia.

Siguiendo la previsión del Consejo de Europa, la regulación italiana proyectada en la materia introduce el novedoso delito de “**actividad organizada dirigida al tráfico de bienes culturales**”⁷⁶. No obstante ha sido objeto de consideraciones críticas durante la tramitación parlamentaria: en particular, MANACORDA⁷⁷ calificó el nuevo delito de “*microfattispecie di associazione a delinquere*” puesto que, aunque se da una actividad organizada y continuada, no exige ni un número mínimo de participantes ni un número determinado de delitos; de suerte que son exigencias menos rigurosas que las del delito de “*Associazione per delinquere*”⁷⁸, previsto en el art. 416 del *código penale* italiano. Asimismo el proyecto italiano prevé la modificación del decreto legislativo 231/2001 en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, contemplando, en relación a los delitos contra el patrimonio cultural, la aplicación al ente de sanciones pecuniarias e interdictivas.

El hecho de que la tutela del patrimonio cultural está adquiriendo un carácter trasnacional ha conducido a que los instrumentos inspirados en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales (orden de detención europea, etc...) ⁷⁹ incluyan en el listado de delitos exentos del control de la doble incriminación “el tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte”. En consecuencia, las resoluciones judiciales dictadas al amparo de estos instrumentos han de ser reconocidas y/o ejecutadas directamente en otros Estados Miembros de la Unión. Por tanto, la ausencia de un precepto penal que tipifique y sancione el mismo tipo delictivo no puede ser un obstáculo para el reconocimiento y ejecución de la sentencia en el Estado requerido⁸⁰. Sin embargo ello no siempre es así cuando se sale del territorio de la Unión Europea. Por ejemplo, la memoria de la Fiscalía de Córdoba de 2015 se refiere a un supuesto delito de receptación y contrabando por traslado y posterior subasta, en la sala Christie’s de Londres, de una basa califal de columna de Medina Azahara. La pieza fue adquirida por el Museo Nacional de Dubai, al que se le solicitó la pieza, en aplicación del Convenio suscrito entre España y Dubai, para la cooperación y asistencia en materia penal, que declinó la entrega al no producirse en el marco del Convenio de Extradición de personas. El Juzgado de Instrucción n.7 acordó la extinción de responsabilidad criminal por prescripción del delito al haber transcurrido el plazo de 3 años, dada la legislación aplicable en la fecha de los hechos⁸¹. En este contexto, como señala acertadamente GUTIERREZ ZARZA⁸² resulta fundamental que dichas acciones vayan seguidas de una respuesta penal adecuada que como venimos poniendo de manifiesto no siempre resulta sencillo.

Ahora bien, como señala ROMEO CASABONA, otra cuestión fundamental de cualquier acción jurídica para valorar su operatividad en la persecución efectiva de los delitos en materia de bienes culturales es velar por la restitución de dichos bienes, una vez comprobada la existencia de la delictiva⁸³. La base descrita conduce a la aprobación de la reciente Ley 1/2017 de 18 de abril,

⁷⁶ “*Chiunque, al fine di conseguire un ingiusto profitto o vantaggio, con più operazioni e attraverso l’allestimento di mezzi e attività continuative organizzate, trasferisce, aliena, scava clandestinamente o comunque gestisce illecitamente beni culturali è punito con la reclusione da due a otto anni*”.

⁷⁷ En su intervención en la Cámara de los Diputados.

⁷⁸ “*Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l’associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni*”.

⁷⁹ Los instrumentos de cooperación judicial penal de la Unión Europea inspirados en el citado principio han sido implementados en nuestro ordenamiento a través de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE.

⁸⁰ <https://protectingheritage.com/key-institutions/eurojust/>

⁸¹ Memoria Fiscalía general del estado. Medio Ambiente y Urbanismo 2015, p. 44.

⁸² GUTIERREZ ZARZA: ob. cit., p.18.

⁸³ ROMEO CASABONA, C.: “El Convenio del Consejo de Europa de 2017 sobre delitos relacionados con los bienes culturales” en *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, 2017, pág. 319.

sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE/ del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014.

2.4. Delitos contra la comunidad internacional y destrucción de bienes culturales en conflictos armados (arts. 613 1. a), b) y c) y 2. y 614 CP)

Los efectos devastadores producidos tras la 2ª Guerra Mundial intentaron ser paliados o disminuidos en el ámbito cultural con la creación —en virtud del Convenio de Londres de 16 de noviembre de 1945— de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), organismo especializado de la Organización de Naciones Unidas. En particular, en el ámbito del Derecho Internacional Convencional, la exigencia de asegurar la protección de los bienes culturales frente a la violencia bélica se plasma en la Convención de la Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado⁸⁴, cuya adopción se inscribe así dentro del movimiento de reacción de la comunidad internacional después del segundo conflicto mundial. La mencionada protección se ve complementada con el reglamento de aplicación del citado Convenio del cual forma parte integrante, y por su Protocolo, formando un verdadero Código de protección de bienes culturales en caso de conflicto armado. A su vez, las disposiciones de la Convención son complementadas por los Protocolos de 8 de junio de 1977⁸⁵, adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949.

Las conductas graves prohibidas en los textos internacionales de carácter convencional ratificados por España conduce a su necesaria tipificación en los códigos penales. En el Código penal español la específica protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado se recoge en el Capítulo III del Título XXIV dedicado a los “Delitos contra la comunidad internacional”, en particular en los arts. 613 1. a), b) y c) y 2. y 614. La LO 5/2010 de reforma del CP amplía las conductas típicas y el patrimonio cultural protegido. Solo se exige que se trate de “bienes culturales que constituyan el patrimonio cultural de los pueblos”⁸⁶. Así, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar alguna de las siguientes acciones:

- a) Ataque o haga objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, siempre que tales bienes o lugares no estén situados en la inmediata proximidad de un objetivo militar o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario y estén debidamente señalizados;
- b) Use indebidamente los bienes culturales o lugares de culto referidos en la letra a) en apoyo de una acción militar
- c) Se apropie a gran escala, robe, saquee o realice actos de vandalismo contra los bienes culturales o lugares de culto referidos en la letra a);

Cuando se trate de bienes culturales bajo protección especial o reforzada o a los que se les haya conferido protección especial en virtud de acuerdos, se impondrá la pena superior en grado (art. 613 ap.2).

Se planteaban complejas relaciones concursales con los tipos recogidos en el antiguo CP militar; sin embargo el nuevo texto aprobado en virtud de LO 14/2015, de 14 de octubre ya no recoge tipos específicos dirigidos a la protección de los bienes culturales, de suerte que para los hechos cometidos a partir de la vigencia del mismo resultará de aplicación lo dispuesto en el art. 613 del CP.

⁸⁴ Convención aprobada en París el 14 de mayo de 1954 y que entró en vigor el 7 de agosto de 1956, siendo ratificada por España mediante Instrumento de 7 de julio de 1960 (BOE, nº282, de 24 de noviembre de 1960).

⁸⁵ Concretamente en el art. 53 del Protocolo I (relativo a conflictos armados internacionales), y art. 16 del Protocolo II (conflictos armados no internacionales), bajo la rúbrica común de “*protección de los bienes culturales y de los lugares de culto*”.

⁸⁶ El concepto ha de llenarse de contenido atendiendo a los convenios internacionales.

Por su parte, el art. 614 constituye una clausula inculpativa de cierre con remisión a la normativa internacional en los que España sea parte⁸⁷.

Pese al esfuerzo institucional, la impunidad suele ser la regla general en esta clase de delitos, situación que lamentablemente perdura en el siglo XXI, incrementada por las denominadas nuevas *Guerras de identidad*⁸⁸ en las que la destrucción de los bienes culturales supone una estrategia de dominación y publicidad del terror. Como muestra de la respuesta de la comunidad internacional y el Consejo de Europa frente las acciones de saqueo, destrucción iconoclasta y tráfico ilícito de bienes culturales llevadas a cabo por el Estado Islámico y otros grupos terroristas procedentes de Siria e Irak se ha dictado la reciente Resolución 2347 (2017) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Dicha resolución, citando el fallo de la Corte Penal Internacional de septiembre de 2016 (asunto *Al Mahdi*), afirma que puede constituir *crimen de guerra* los ataques intencionales contra lugares y edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o fines benéficos, instando a los Estados miembros a que introduzcan medidas nacionales eficaces en los niveles legislativo y operacional a fin de prevenir o contrarrestar el tráfico de bienes culturales y los delitos conexos⁸⁹.

Por su parte, la preocupación por esta grave situación internacional, es lo que condujo al Consejo de Europa a la aprobación de la Convención sobre delitos relacionados con los bienes culturales en 2017, con el objeto de proteger los bienes culturales, prevenir y combatir los delitos contra los mismos. Sin embargo, pese a que en su Preámbulo se alude a la necesaria persecución internacional del terrorismo en este contexto, el texto final elimina los delitos contra bienes culturales vinculados específicamente con actos de terrorismo lo cual resulta paradójico e incoherente⁹⁰. Sobre este particular, ROMEO CASABONA aporta relevantes argumentos a favor de su inclusión en el texto del Convenio, proponiendo, como solución alternativa la opción por su inclusión con sendas reservas para ambas circunstancias agravantes sobre terrorismo⁹¹.

3. Consideraciones finales y breves apuntes para una reforma tendente a una tutela unitaria de los bienes culturales

La propuesta de una nueva sistemática en la regulación penal de los atentados contra el Patrimonio Cultural viene motivada por la defectuosa técnica mixta elegida por el legislador en la tipificación de dichos delitos. Por ello se reitera la conveniencia de reconducir al interior del Capítulo autónomo toda la protección penal, fundamentalmente los actos de sustracción y apropiación, lo cual supondría una clarificación del bien jurídico tutelado, remarcando su carácter cultural y no meramente patrimonial y solventando así las dudas interpretativas que se han planteado a lo largo del trabajo. En este sentido, considero que la tutela penal indirecta se distancia de la función socio cultural que desempeñan los bienes culturales.

Por su parte, resulta desconcertante que a la muestra del poco interés que el legislador ha mostrado por estos delitos en las últimas reformas se sume la ausencia de firma por parte de

⁸⁷ “El que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, regulación de los medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

Analizando dicho precepto, ZAPICO BARBEITO, M.: “La tutela del patrimonio histórico fuera del Título XVI del Libro II del CP” en *Ordenación del territorio patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, Valencia 2011, p. 494 y ss.

⁸⁸ Concepto que rescata GARCÍA CALDERÓN, *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, ob. cit. p. 226.

⁸⁹ *In extenso*, LAZARI, A.: “El método comparativo y el nuevo paradigma de protección de los bienes culturales” en *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, cit. pág. 110 y ss.

⁹⁰ El texto inicial del borrador incluía dos tipos agravados de terrorismo contra los bienes culturales: “d) *the offence was committed for terrorist purposes*; e) *the offence was committed for the purpose of the financing of terrorist activities*”.

⁹¹ ROMEO CASABONA: ob. cit, pág. 324 y ss.

nuestro país del Convenio del Consejo de Europa de 2017 sobre delitos relacionados con los bienes culturales; su firma sería del máximo interés, no solo porque facilitaría una mayor y más eficaz colaboración en la persecución de los delitos contra los bienes culturales sino porque sería el momento de revisar la regulación penal en su conjunto a la luz del Convenio, una vez fuera ratificado. Sin perjuicio de algunas carencias y defectos del mismo⁹² —fundamentalmente las reservas previstas sobre algunos delitos⁹³ y la eliminación de los tipos agravados de terrorismo— deben destacarse algunos aspectos relevantes de Derecho penal sustantivo a tomar en consideración:

- La previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siguiendo de ese modo el criterio marcado por la Unión Europea y cuya idoneidad político-criminal concurre en buena parte de los tipos.
- La delimitación de las figuras delictivas incorporadas al Convenio:
 - El robo y otras formas de apropiación ilícita (art. 3).
 - Excavaciones y extracciones ilícitas (art.4).⁹⁴
 - Destrucción y daños (art.10).
 - Esto es, el Convenio deslinda las conductas sobre el patrimonio arqueológico de las relativas a los daños y las apropiaciones ilícitas de bienes culturales muebles o inmuebles. Conforme a lo expuesto, podría plantearse la incorporación a nuestra regulación penal de la conducta de la excavación ilegal, con ánimo de lucro, que se consuma por el perjuicio causado al yacimiento como fuente de información científica⁹⁵, diferenciándolas de aquellas donde además se produce la extracción y apoderamiento de piezas, que en atención al principio de proporcionalidad deberán castigarse con una pena mayor. Estas figuras delictivas podrían diferenciarse, en función de lo expuesto, del resto de conductas de daños, que podrían limitar el objeto material a los “bienes de valor histórico, artístico, cultural o monumental”. Por su parte, el subtipo agravado del daños podría ampliarse a las últimas conductas descritas cuando el valor de los objetos sustraídos sea de especial relevancia. En suma, se procedería a delimitar la figura del expolio, atendiendo a la propuesta del Consejo de Europa y a incluir el subtipo agravado permitiendo imponer de la pena superior en grado “si se hubieran causado daños o actos de expolio de especial gravedad”.
- Por último, las consideraciones que han sido sucintamente expuestas en relación al problema de las falsificaciones de bienes culturales y el creciente tráfico ilícito de las mismas, aconsejan su tipificación autónoma. En particular se propone la tipificación expresa de la falsificación de bienes culturales, con intención de conseguir un beneficio ilícito, así como su puesta en circulación, aún sin haber participado en la falsificación, sancionándose también la autenticación o acreditación, a sabiendas de su falsedad. Se pretende así abarcar aquellas conductas no recogidas en el delito contra la propiedad intelectual, por sus importantes repercusiones culturales, que pueden llegar a transformar la interpretación global de una obra o período.

⁹² Expuestas con claridad por ROMEO CASABONA en “El Convenio del Consejo de Europa de 2017 sobre delitos relacionados con los bienes culturales” en *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, 2017, p. 320 y ss.

⁹³ El Convenio recoge reservas sobre algunos delitos, pretendiendo dejar cierta discrecionalidad a los Estados: el Estado puede renunciar a perseguir como delito las conductas pero se compromete a sancionarlas como infracción no penal (infracción administrativa) El Informe explicativo del Convenio justifica la reserva alegando que se pretende permitir flexibilidad cuando el Estado parte prevé ya sanciones relacionadas con dichas extracciones.

⁹⁴ Las modalidades de conductas recogidas en el delito de excavación y extracciones ilegales (art. 4.1)son las siguientes: a) la excavación en superficie o subacuática con el fin de encontrar y extraer un bien cultural sin la autorización requerida por la ley del Estado en el que tuvo lugar la excavación; b) la extracción y retención de un bien cultural mueble sin la autorización requerida por la ley del Estado en el que tuvo lugar la excavación; c) La retención ilegal de un bien cultural mueble excavado de conformidad con la autorización requerida por la ley del Estado en el que tuvo lugar la excavación.

⁹⁵ Como han venido reclamando autores como ROMA VALDÉS: ob. cit., 277; GARCÍA CALDERÓN: ob. cit., p. 276 y recientemente, VERCHER NOGUERA, proponiendo para estos supuestos la expresión “descontextualización del entorno arqueológico (ob. y loc. cit).

En suma, puestas de manifiesto las deficiencias de la técnica legislativa vigente, se trataría de articular una protección penal unitaria, acorde con el valor cultural que se tutela asociado a determinados bienes. No podemos afirmar que el recurso al Derecho penal vaya a solucionar los atentados contra el Patrimonio Cultural, pero sin duda debe delimitarse con precisión el ámbito de lo punible, lo que redundará en una mayor seguridad jurídica y eficacia de las actuaciones de los operadores policiales y judiciales.

4. Bibliografía

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L.: *Sociedad, Estado y Patrimonio Cultural*. Madrid, 1992
- CORTES BECHIARELLI, E.: “Función social y tutela penal del patrimonio arqueológico” en *Tres estudios jurídicos sobre el patrimonio histórico*, 2005, pág. 48.
- DE LA CUESTA AGUADO, P.: “La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico. El delito de expolio” en *Comentario a la reforma penal de 2015*, p. 643 y ss.
- FARALDO CABANAS, P.: “La tutela del patrimonio histórico fuera del Título XVI del Libro II del CP” en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, Valencia 2011, p. 480 y ss.
- GARCÍA CALDERÓN, J.M.: *La defensa penal del Patrimonio arqueológico*, Madrid, 2016,
- GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “La falsificación de bienes culturales y su tratamiento legal en España, en *Centro de Estudios Jurídicos*, 2017.
- GARCIA CALDERON: “Protección Penal del Patrimonio Arqueológico”, en *Revista de Derecho de Extremadura/ Patrimonio Cultural y Derecho 2003*
- GARCÍA CALDERÓN, J.: *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal IV. Delitos de nueva planta*, 1997.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” en *VVAA: Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2015.
- GORRIZ ROYO, E.: *Protección penal de la ordenación del territorio*, Valencia, 2003
- GUISASOLA LERMA, C.: *Delitos contra el Patrimonio Cultural: arts. 321 a 324 del Código Penal*, Valencia, 2001.
- GUISASOLA LERMA, C.: “Delitos contra bienes culturales: una aproximación al concepto de expolio en derecho penal” en *Revista General de Derecho Penal*, 2017.
- GUISASOLA LERMA, C.: “La tutela penal del patrimonio cultural en el derecho italiano y su perspectiva de reforma” en *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, Valencia, 2018.
- GUTIERREZ ZARZA, A.: “Tráfico ilícito de bienes culturales y cooperación penal europea e internacional”, ponencia en las Jornadas “*Delitos contra el patrimonio histórico. Especial referencia al patrimonio arqueológico*”, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, junio 2017, publicada en Fiscal.es
- LASO MARTINEZ, J.L.: *Urbanismo y medio ambiente en el Código penal*, Madrid, 1997.
- LAZARI, A.: “El método comparativo y el nuevo paradigma de protección de los bienes culturales” en *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, Valencia, 2018.
- MARTINEZ-BUJÁN, C.: en *VVAA: Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2015.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E., *El Delito de Daños al Patrimonio Histórico*, Tesis Doctoral, <https://hera.ugr.es/tesisugr/26082500.pdf>, Granada, 2015
- NUÑEZ SÁNCHEZ, A: “La nueva regulación del delito de expolio en yacimientos arqueológicos”, en *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, Valencia 2018.

- NUÑEZ SANCHEZ, A.: “La protección penal del patrimonio arqueológico subacuático”, en *El patrimonio arqueológico subacuático y el comercio de bienes culturales*. Xunta de Galicia 2009.
- ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte general*. Valencia, 2017
- OTERO GONZÁLEZ, P: “Respuesta jurídico-penal a la falsificación de obras de arte” en *La Ley Penal* n. 116, sept-octubre 2015.
- PEREZ ALONSO, E. J.: “Los delitos contra el patrimonio histórico en el Código penal de 1995”, en *Actualidad penal* nº 33, 14-20 de septiembre de 1998.
- PEREZ-PRAT, L: “La falsificación de obras de arte, ¿un problema internacional) en *El tráfico de bienes culturales*, Valencia 2015, p. 175 y ss.
- RENART GARCÍA, F.: “Urbanismo, Patrimonio Histórico y Derecho Penal. Una aproximación a la problemática del tipo de injusto del art. 319.1 del CP de 1995” en *Revista Patrimonio Cultural y Derecho* n.13, 2009p
- RODRIGUEZ MORO, L.: “Críticas, incongruencias y dudas en la regulación penal de los delitos sobre el patrimonio histórico español antes y después de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo” en IV Encuentro Profesional sobre Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales, 2016.
- ROMA VALDÉS, A.: “La estafa agravada por el valor cultural del objeto y la falsificación de obras de arte y antigüedades” en *La Ley Penal* n.116, sep-octubre 2015.
- ROMA VALDES, A.: *La aplicación práctica de los delitos contra el patrimonio*, 2008.
- ROMA VALDÉS, A.: “La Fiscalía y la protección del patrimonio cultural” en *Revista patrimonio histórico* n.82 monográfico, mayo 2012
- ROMEO CASABONA, C.M.: “El Convenio del Consejo de Europa de 2017 sobre delitos relacionados con los bienes culturales” en *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, 2017.
- RUFINO RUS, J.: “Respuesta penal a los delitos sobre el patrimonio histórico: novedades tras la reforma en materia de expolio arqueológico” ponencia en las Jornadas “Delitos contra el patrimonio histórico. Especial referencia al patrimonio arqueológico”, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, junio 2017, publicada en Fiscal.es
- SALINERO ALONSO, C.: *La Protección del Patrimonio Histórico en el Código penal de 1995*. Barcelona 1997
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: “Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP) en *Comentarios a la reforma penal del Código Penal de 2015*, Valencia 2015, p. 843 y ss.
- ZAPICO BARBEITO, M.: “La tutela del patrimonio histórico fuera del Título XVI del Libro II del CP” en *Ordenación del territorio patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, Valencia 2011, p. 494 y ss.
- VERCHER NOGUERA, A.: “El expolio de bienes de patrimonio histórico o la descontextualización penal del entorno arqueológico” en *Diario La Ley*, marzo 2018.
- VIVES ANTON en: *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia, 1981.

El expolio arqueológico y su tratamiento penal

Autor: Ángel Núñez Sánchez

Fiscal de la Fiscalía Provincial de Cádiz

1. Introducción

Los yacimientos arqueológicos como objeto de ataques de relevancia penal pueden ser considerados como el punto focal sobre el que se proyectan o desde el que irradian el conjunto de conductas que el Código Penal define en relación con el Patrimonio Cultural, ya sea este considerado como objeto del delito, ya sea que su significación se constituya en factor de agravación de otras figuras delictivas. Precisamente por eso, aunque el propósito de este trabajo sea profundizar en la noción penal de expolio arqueológico¹, que trataremos de esclarecer en la medida en que ello resulte posible, conviene comenzar delineando siquiera sea de forma esquemática la arquitectura con arreglo a la que el Código Penal articula la protección del Patrimonio Cultural².

El rasgo principal de dicha regulación es el de que la protección de dicho bien jurídico no se estructura bajo un criterio unitario. De manera que junto a los delitos regulados en el Capítulo II del Título XVI del Libro II del Código Penal (artículos 321 a 324) bajo la rubrica *Delitos Sobre el Patrimonio Histórico*³ también encontramos otros preceptos a lo largo del articulado del texto punitivo —y extramuros del Código Penal— en el que se contempla, aunque no siempre *prima facie*, el patrimonio histórico como objeto de protección. Esta situación normativa llevaba a ROMA VALDÉS⁴ a calificar el sistema de protección de «*aparentemente mixto*», al estar repartidos los tipos entre los referidos propiamente al patrimonio histórico y otros distintos preceptos a lo largo del articulado penal. Por su parte, PÉREZ ALONSO⁵ calificaba la situación, de manera más contundente, como de «*fraude de etiquetas*» ante el hecho de existir más preceptos relativos a la materia fuera del capítulo destinado a su protección que en este mismo. Lo cierto es que, como acertadamente anotaba GUIASOLA LERMA⁶, no parece existir un motivo que justifique la ausencia de una regulación unitaria de las conductas atentatorias contra el patrimonio cultural, lo que provoca además una subsidiariedad del patrimonio cultural respecto del injusto de referencia —y su correspondiente bien jurídico— en el que se recoge la agravación y, por ende, el que dichos atentados al patrimonio queden semiocultos en las estadísticas criminales, al incardinarse en los apartados correspondientes a los delitos principales, dando así lugar a una ausencia de conocimiento real de la criminalidad en esta materia.

¹ Tarea ya emprendida en un anterior trabajo del que este pretende ser continuación y desarrollo. Vid. NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., *La Nueva Regulación Penal del Delito de Expolio de Yacimientos Arqueológicos*, en *Expolio de Bienes Culturales. Instrumentos Legales Frente Al Mismo*, V.V. A.A., Dir. y Coord. GUIASOLA LERMA, C., Valencia, 2017, pág. 154 y ss.

² «*En suma, el objeto de especial protección penal en el Título XVI del Código Penal lo constituye el valor cultural de los bienes que integran el Patrimonio Histórico o Cultural, independientemente de la naturaleza mueble o inmueble del bien en cuestión, por encontrarse ligado a la función de promoción cultural*», GUIASOLA LERMA, C. *Delitos Contra el Patrimonio Cultural: Artículos 321 a 324 del Código Penal*, Valencia, 2001, pág. 408.

³ La utilización de la preposición «*sobre*», considerando que el termino adecuado tendría que haber sido «*contra*», es criticada por GUIASOLA LERMA, C., *Op. Cit.*, pág. 414. Por su parte, GARCÍA CALDERÓN, J. M^º, *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 7-2003, Madrid, 2003, pág. 110, entiende que el uso de la preposición «*sobre*» se debe a que el legislador considera que para estos delitos no resulta necesario un dolo de especial intensidad, bastando el dolo de consecuencias necesarias en relación con la condición relevante de los bienes sometidos a protección. Sobre dicha idea vuelve este autor en GARCÍA CALDERÓN, J. M^º, *La Defensa Penal del Patrimonio Arqueológico*, Madrid, 2016, pág. 136 y ss. Lo cierto, sin embargo, es que en otros casos en los que igualmente no resulta necesario un dolo de especial intensidad, el legislador utiliza la preposición «*contra*».

⁴ ROMA VALDÉS, A., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, Madrid, 1998, pag.12.

⁵ PÉREZ ALONSO, E.J., *Los Delitos Contra el Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995*, en *Actualidad Penal*, no 33, 1998, pag. 617.

⁶ GUIASOLA LERMA, C., *Op. Cit.*, pag.418.

Tras la reforma penal operada por operada por L.O. 1/2015, el legislador ha optado por mantener el sistema mixto o el fraude de etiquetas al que anteriormente nos referíamos, de manera que subsiste la dispersión a lo largo del articulado del texto punitivo de tipos que contemplan o integran en su estructura el patrimonio cultural como objeto del delito y factor de agravación. Así, junto a los delitos sobre el patrimonio histórico regulados en el Capítulo II del Título XVI del Libro II del Código Penal (artículos 321 a 324), la situación queda como sigue⁷:

- delitos de hurto, artículo 235.1.1º (con nueva redacción);
- delitos de robo con fuerza en las cosas, artículo 241.4º (con nueva redacción);
- delitos de estafa, artículo 250.1.3º (artículo con nueva redacción);
- delitos de apropiación de cosa mueble ajena, artículo 254.1, inciso segundo (con nueva redacción);
- delitos de receptación de bienes culturales, artículo 298.1.a) (de nueva aparición);
- Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, artículo 319.1;
- Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, artículo 613.1º.

Otros dos aspectos a destacar son los siguientes:

- Desaparece la figura de la malversación agravada por afectar al patrimonio histórico;
- Como consecuencia de la supresión de las faltas y de la nueva consideración de los daños a la que luego se aludirá, desaparece la falta de daños del artículo 625.2 que castigaba los daños en los lugares o bienes a los que antes de la reforma se refería el artículo 323 cuando el importe de los mismos no excedía de 400 euros.

Por su parte, el delito de contrabando de obras de interés cultural se mantiene en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, cuyo artículo 2.2 a) castiga la salida del territorio nacional de bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito. Para que el hecho sea delictivo será necesario que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, lo que obliga necesariamente a una no siempre fácil valoración.

2. El patrimonio arqueológico

Abordar el tratamiento penal del expolio arqueológico, como resulta el propósito de este trabajo, exige partir de un concepto de Patrimonio Arqueológico. Curiosamente, en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, a pesar de que su Título V lleva por rúbrica «*Del patrimonio Arqueológico*», no encontramos exactamente una definición del mismo, porque el primero de los artículos de dicho Título —el 40.1— lo que ofrece es, por referencia al artículo 1, una mención de aquello que «*forma parte del Patrimonio Histórico Español*» y no del arqueológico. Pero basta con examinar el contenido del artículo 1.2 para comprobar que la relación entre uno y otro patrimonio es la de género y especie, como se evidencia en el hecho de que como integrantes del Patrimonio Histórico Español se mencionen allí «*los yacimientos y zonas arqueológicas*». Estamos, por tanto, ante un defecto de técnica legislativa. De suerte que cuando el artículo 40.1 se refiere a los bienes muebles o 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 y a los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la

⁷ Ha de señalarse que la terminología empleada en todos estos preceptos dista de ser homogénea.

historia del hombre y sus orígenes y antecedentes, se está refiriendo en realidad al Patrimonio Arqueológico⁸.

Bajo la denominación de Patrimonio Arqueológico⁹, entonces, como anota GARCÍA FERNÁNDEZ¹⁰, podemos encontrar tres elementos o bloques de materias diferentes.

En primer lugar, como ha quedado dicho, el artículo 40.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español alude a los bienes muebles o 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. Como se ve, no hay aquí una definición sustantiva. Suele señalar la doctrina en este punto la influencia del Convenio Europeo para la Protección del Patrimonio Arqueológico de 1969 y de la teoría de origen italiano de los bienes culturales¹¹ conforme a la cual el Derecho renuncia a dar una definición material de tales bienes, centrándose en la aceptación de los conceptos, las definiciones y la metodología que aportan las ciencias que —éstas sí— de manera sustantiva (historia del arte, arqueología paleontología, etc.) abordan esta materia¹². Así se explica, subraya el autor citado, que *«nuestra Ley estatal haya aceptado esa aparentemente extraña definición del Patrimonio Arqueológico, en la que lo que se describe no es el patrimonio arqueológico, sino lo que es susceptible de utilizar con metodología arqueológica, no especificando la ley, por otra parte, lo que es metodología arqueológica»*¹³. De manera que se puede concluir que esta clase de bienes patrimoniales se define no por la realidad material que incorpora sino exclusivamente por el medio utilizado para llegar al conocimiento de esa realidad¹⁴. Es decir, que se trata de un patrimonio definido por la metodología empleada para su estudio. Y ello es así por la extraordinaria riqueza y variedad de materiales —y aspectos inmateriales— que lo conforman.

En segundo lugar, como igualmente dispone el artículo 40.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, integrarán el concepto de Patrimonio Arqueológico los elementos geológicos y pa-

⁸ Esto se pone especialmente de manifiesto a la vista del contenido de algunas leyes autonómicas. Así, por ejemplo, el artículo 47 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, con el que se abre el Título V, cuya rúbrica es *«Patrimonio Arqueológico»*, reproduce prácticamente el contenido del artículo 40.1 de la ley estatal, pero aludiendo expresamente al patrimonio arqueológico: *«Forman parte del Patrimonio Arqueológico los bienes muebles o inmuebles de interés 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 las aguas interiores, en el mar territorial o en la plataforma continental. Asimismo, forman parte de este Patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia de la humanidad y sus orígenes y antecedentes»*.

⁹ *«el Patrimonio Arqueológico ha sido referido en muy pocas ocasiones respecto a lo que debe ser su función en las sociedades actuales y las medidas de conservación y protección necesarias para este. Aún con esta dificultad, es importante observar cómo a lo largo del siglo XX, en los distintos documentos internacionales relativos al Patrimonio Histórico en general, ha ido evolucionando el concepto de protección así como la definición del propio Patrimonio Histórico y, en concreto, del Patrimonio Arqueológico y sus funciones(...) El primer documento referido exclusivamente al Patrimonio Arqueológico verá la luz en 1956. Será la Recomendación que define los Principios Internacionales que deberán aplicarse a las Excavaciones Arqueológicas aprobada por la UNESCO»*: GARCÍA SÁNCHEZ, A.D., *El Eurocentrismo, El Patrimonio Histórico y Cultural de los Países de la UE y sus Posibles Problemas*, en HAOL (Historia Actual Online), Núm. 6 (Invierno, 2005), pág. 91-107».

¹⁰ Cfr. GARCÍA FERNÁNDEZ, J., *La protección del Patrimonio Arqueológico. Especial Referencia a los Artículos 40.2, 41 y 42 de la Ley del Patrimonio Histórico Español*, en Patrimonio Cultural y Derecho, nº 6-2002, Madrid, 2003, pág. 169.

¹¹ También aluden a dicha influencia, pero en sentido muy crítico, MÁRQUEZ ROSALES, H. y AMORES CARRERANO, F., *La Perversión en las Técnicas Jurídicas de Protección del Patrimonio Arqueológico*, en Patrimonio Cultural y Derecho, no 5-2001, Madrid, 2001, pág. 184 y ss.

¹² *«La Arqueología ha estado tradicionalmente vinculada con la búsqueda de objetos, adquiriendo de ahí parte de su notoriedad popular. Sin embargo, aunque parte de esta actitud de búsqueda siga formando parte de la disciplina, para que podamos hablar propiamente de actividades arqueológicas deben darse dos condicionantes: la existencia de una finalidad de conocimiento combinada con una metodología científicamente solvente para alcanzarlos. Es decir, hoy en día no se excava para “ver qué hay” o para “encontrar objetos antiguos” o se analiza el territorio con el mero objetivo de encontrar nuevos yacimientos porque las entidades arqueológicas no son autoevidentes. Esto significa que para que entreguen toda la información que poseen es preciso tener un conjunto de interrogantes históricos (¿cuál es el origen de...? o ¿cómo aparecieron los primeros agricultores en tal o cuál parte?, por ejemplo), a los que se pretenda dar solución mediante la investigación arqueológica, que habitualmente combina la prospección o análisis del territorio y la excavación con detallados estudios y análisis realizados con posterioridad a los trabajos de campo»*: RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *Ciencia Arqueológica, Patrimonio Arqueológico y Expolio*, en V.V.A.A., *La Protección del Patrimonio Arqueológico Contra el Expolio*, Sevilla, 2002, pág.15.

¹³ GARCÍA FERNÁNDEZ, J., *Op. Cit.*, pag.170. Ha de tenerse en cuenta que lo histórico, cultural o artístico son nociones extraídas de otras ciencias no jurídicas; igualmente ha de considerarse el carácter mutable, flexible y elástico de tales conceptos: Cr. SALINERO ALONSO, C., *La protección del Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995*, Barcelona, 1997, pág. 209.

¹⁴ BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La Ordenación Jurídica del Patrimonio Histórico*, Madrid, 1990, pág. 184.

leontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes¹⁵. También en este punto la ley se remite a la dimensión epistemológica de ciencias no jurídicas. La Paleontología¹⁶ como ciencia se encarga del estudio de los seres vivos a través de sus restos fósiles y comparte algunos de sus métodos con la Biología y la Geología. Esta última, la Geología —con sus diversas geociencias, desde la geofísica a la hidrología—, es la ciencia que estudia la composición y estructura tanto interna como superficial del planeta Tierra, y los procesos por los cuales ha ido evolucionando a lo largo del tiempo geológico.

Por último, habría que consignar la referencia que el artículo 40.2 realiza a las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre.

Nótese que en el primero de los bloques mencionados se alude por la ley a la acción del hombre, en el segundo a la obra de la naturaleza y este tercero tiene un carácter mixto. Ello es así porque, como señala RODRÍGUEZ TEMIÑO¹⁷, la función de la arqueología es *«elaborar un discurso histórico de las sociedades pretéritas y actuales, a través de las huellas dejadas por sus actividades y cultura material. Término este que debe entenderse en un sentido amplio: es decir, no reduciéndolo al conjunto de artefactos construidos por el ser humano mediante una combinación de materia prima y tecnología, sino aceptando una definición más abarcadora que englobe aquella parte de nuestro entorno físico modificada a través de un determinado comportamiento cultural»*.

Del concepto que venimos exponiendo se deduce igualmente que la pertenencia al concepto de patrimonio arqueológico no depende de que los bienes, muebles o inmuebles, hayan o no sido extraídos. Se protege tanto el patrimonio conocido, haya sido estudiado o no, como el patrimonio desconocido y que pueda llegar a ser conocido en el futuro por cualquier medio. Así, por ejemplo, el artículo 15.5 de la Ley de Patrimonio Histórico se refiere a las Zonas Arqueológicas, definiéndolas como el lugar o paraje natural 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, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas. Esto revestirá especial importancia desde el punto de vista penal.

Por otra parte, la consideración del Patrimonio Arqueológico en la Ley 16/1985 supuso la superación de la tradicional concepción meramente terrestre de la excavación arqueológica para integrar en el mismo el patrimonio arqueológico subacuático. Si bien la sola lectura del artículo 1 pudiera llevar a creer que se está únicamente pensando en el patrimonio arqueológico terrestre, lo cierto es que tal suposición queda inmediatamente desmentida con el tenor del artículo 40 en cuanto a que del Patrimonio Histórico Español forman parte los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos, *también cuando éstos se encuentran en el mar territorial o en la plataforma continental*. Del mismo modo, a partir del artículo 41, con la consideración como excavaciones arqueológicas de las remociones en los medios subacuáticos que se realicen con el fin de descubrir e investigar toda clase de restos históricos o paleontológicos, así como los componentes geológicos con ellos relacionados y como prospecciones arqueológicas las exploraciones subacuáticas, sin remoción del terreno, dirigidas al estudio, investigación o examen de tales elementos. Puede y debe ser criticado, no obstante, que la ley someta al mismo régimen jurídico el patrimonio arqueológico terrestre y el subacuático, siendo así que uno y otro demandan, por sus propias especificidades y las modalidades de riesgo a los que se encuentran sometidos, diferentes regulaciones y figuras de tutela. Es en las leyes autonómicas más recientes, como la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalu-

¹⁵ GARCÍA FERNÁNDEZ, J., *Op. Cit.*, pag.170, criticaba esta mención por considerar que los elementos geológicos y paleontológicos, aunque relacionados con la historia de la acción del hombre, son obra de la naturaleza y por tanto más propios de regulación en la legislación sobre el medio ambiente. Sin embargo, en las leyes autonómicas se ha consolidado esa inclusión.

¹⁶ Con sus diversas ramas, entre otras, la Paleozoología (que se suele identificar, sin más, con la Paleontología, en tanto dedicada al estudio de los seres extintos), la Paleogeografía (que estudia la geografía y topografía del pasado), la Paleobotánica (que se ocupa de los seres vegetales y su taxonomía) o la Paleoclimatología (vinculada a la meteorología por su estudios del clima de tiempos pretéritos).

¹⁷ RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *Indiana Jones Sin Futuro. La Lucha Contra el Expolio del Patrimonio Arqueológico*, Madrid, 2012, pág.12.

cía o, especialmente, en la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del Patrimonio Cultural de Galicia, donde encontramos regulaciones específicas del patrimonio arqueológico subacuático y, como en esta última, una sección consagrada específicamente a su protección¹⁸.

Determinado, pues, de esta forma, el contenido del concepto de Patrimonio Arqueológico, el esquema de su régimen jurídico se completa con el artículo 44 de la Ley del Patrimonio Histórico Español que establece que son 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. A partir de aquí, con la creación mediante esta demanialidad instaurada *ope legis* de lo que puede denominarse el *Dominio Público Arqueológico*¹⁹, como después veremos, se suscita uno de los problemas más importantes en cuanto a la tipicidad o atipicidad de conductas de sustracción y apoderamiento de objetos arqueológicos. No es otra esta cuestión que la de la determinación de cuándo surge la demanialidad de los bienes arqueológicos ocultos a tenor del citado artículo 44.1. Anticiparemos que para quienes sólo a partir del hallazgo puede hablarse cabalmente de propiedad pública de los bienes no existe *cosa ajena*, a efectos del hurto agravado, ni *cosa perdida o de dueño desconocido*, como recogía —hasta su reforma mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo—, el artículo 253 del Código Penal, o actualmente —en el artículo 254— *cosa mueble ajena* a efectos de la apropiación indebida. En cambio, quienes entienden que la demanialidad surge con independencia del hallazgo, especialmente cuando la zona del yacimiento ha sido individualizada mediante declaración administrativa, aunque los bienes arqueológicos permanezcan ocultos, será posible la aplicación de las figuras indicadas.

¹⁸ Merece la pena reproducir el artículo 102 de la ley gallega: «1. A los efectos de esta ley, pertenecen al patrimonio arqueológico subacuático todos los rastros de existencia humana que sean bienes integrantes del patrimonio cultural de Galicia, tal como los define el artículo 1, que se hubiesen hundido en su mar territorial y aguas interiores, parcial o totalmente, susceptibles de ser estudiados y conocidos a través de métodos arqueológicos, hayan sido extraídos o no del medio en el que se encuentran.

2. Se incluirán en el Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia los pecios, los buques, las aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de los mismos, sus cargamentos, las estructuras y construcciones, los objetos y los restos de la actividad o presencia humana y los objetos prehistóricos, de interés para Galicia, que se hubiesen hundido con anterioridad a 1901, así como los espacios y lugares, incluyendo las estructuras anegadas, en los que se encuentran junto con su contexto arqueológico y natural. Excepcionalmente podrán declararse de interés cultural o incluirse en el Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia los pecios con antigüedad inferior siempre que revistan una especial relevancia cultural y se protejan a través de un procedimiento específico de declaración o inclusión en el Catálogo de forma individualizada.
3. La actuación sobre el patrimonio cultural subacuático se basará en los principios siguientes: a) La conservación in situ del patrimonio cultural subacuático deberá considerarse la opción prioritaria antes de autorizar o emprender actividades sobre ese patrimonio. b) El patrimonio cultural subacuático recuperado se depositará, se guardará y se gestionará de tal forma que se asegure su preservación a largo plazo. c) Cualquier actuación velará por que se respeten debidamente los restos humanos situados en las aguas marítimas. d) Se propiciará el acceso responsable y no perjudicial del público al patrimonio cultural subacuático in situ, con fines de observación o documentación para favorecer la sensibilización del público hacia ese patrimonio, así como su reconocimiento y protección.
4. La Xunta de Galicia, en las condiciones que se determinen reglamentariamente, redactará una Carta arqueológica subacuática de Galicia, en la que consten los yacimientos subacuáticos a los que se refiere esta sección.
5. La consejería competente en materia de patrimonio cultural establecerá las medidas necesarias para proteger los yacimientos arqueológicos subacuáticos que se encuentran en las aguas adscritas a los puertos de su titularidad o cuya gestión corresponda a la Xunta de Galicia, así como para protegerlos de aquellas actividades que los pongan en peligro.
6. No se podrán realizar operaciones de dragado en las áreas incluidas en la carta prevista en el apartado 4 de este artículo sin la previa autorización de la consejería competente en materia de patrimonio cultural.
7. Queda prohibido el comercio de bienes que pertenezcan al patrimonio cultural subacuático gallego sea cual sea el lugar del que procedan y que hubiesen sido extraídos con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención de la Unesco sobre la protección del patrimonio cultural subacuático, así como los restantes que pertenezcan al dominio público. La prohibición alcanza a los bienes extraídos de buques de Estado sea cual sea su bandera. Los objetos que se localicen y sean extraídos con posterioridad a aquella fecha o pertenezcan a buques de Estado serán decomisados, se acordará la estabilización a cargo de la persona poseedora y se comunicará este hecho al ministerio competente en materia de patrimonio cultural.
8. Las actividades turísticas, deportivas, científicas o culturales consistentes en la visita a los pecios hundidos a los que se refiere esta sección deberán contar con la autorización de la consejería competente en materia de patrimonio cultural.
9. El personal responsable de las inmersiones organizadas por empresas y asociaciones de buceo que pretendan realizar actividades de visita a los pecios a los que se refiere esta sección deberá contar con una habilitación específica, obtenida según una mínima formación adecuada, y ajustar su actividad al calendario, programa y condiciones que establezca en su autorización la consejería competente en materia de patrimonio cultural.
10. Reglamentariamente se establecerán las condiciones y procedimientos oportunos para obtener las autorizaciones, habilitaciones y formación a que se refieren los párrafos anteriores».

¹⁹ Cfr. BARCELONA LLOP, J., *El Dominio Público Arqueológico*, en Revista de Administración Pública, nº 151, Madrid, 2000, pág. 133 y ss.

El régimen jurídico del Patrimonio Arqueológico somete a un estricto sistema de preceptivas autorizaciones administrativas la realización de cualquier tipo de actividad tendente al descubrimiento o puesta de manifiesto de restos y hallazgos arqueológicos, considerando ilícitas —entrando en juego los preceptos administrativos sancionadores— las que se lleven a cabo sin la correspondiente autorización o con incumplimiento de los términos de la misma²⁰. En tal sentido, la Ley de Patrimonio Histórico distingue entre excavaciones y prospecciones arqueológicas. Las excavaciones arqueológicas se definen como las remociones en la superficie, en el subsuelo o en los medios subacuáticos que se realicen con el fin de descubrir e investigar toda clase de restos históricos o paleontológicos, así como los componentes geológicos con ellos relacionados. Por su parte, las prospecciones arqueológicas son exploraciones superficiales o subacuáticas, sin remoción del terreno, dirigidas al estudio, investigación o examen de datos sobre cualquiera de los elementos a que se refiere el apartado anterior. La autorización para realizar excavaciones o prospecciones arqueológicas obliga a los beneficiarios a entregar los objetos obtenidos, debidamente inventariados, catalogados y acompañados de una Memoria, al Museo o Centro que la Administración competente determine y en el plazo que se fije, teniendo en cuenta su proximidad al lugar del hallazgo y las circunstancias que hagan posible, además de su adecuada conservación, su mejor función cultural y científica. Del mismo modo, la ley configura el régimen de los hallazgos casuales. Como escribe GARCÍA CALDERÓN²¹, *«al día de hoy y al margen del gran servicio que esta norma ha prestado a la sociedad española, parece necesaria su actualización como ha venido ocurriendo en las comunidades autónomas en las que ha tenido lugar un paulatino proceso reformador que alcanza una segunda y hasta una tercera generación legislativa»*.

Como ha quedado dicho, son las leyes autonómicas las que desarrollan de manera más detallada este régimen jurídico. Así, a título ejemplificativo, la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía. Dicha norma, en su Título V, de manera más precisa que la estatal, contempla la necesaria previa autorización de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico para la realización de todo tipo de excavaciones y prospecciones arqueológicas, terrestres o subacuáticas; el análisis de estructuras emergentes; la reproducción y estudio del arte rupestre; las labores de consolidación, restauración y restitución arqueológicas; las actuaciones de cerramiento, vallado, cubrición y documentación gráfica, así como el estudio con metodología arqueológica de los materiales arqueológicos depositados en los museos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La ley ofrece definiciones legales de cada una de tales actividades, regula el procedimiento de autorización y, en su caso, revocación de las mismas (con la responsabilidad consiguiente) y las personas, físicas y jurídicas, e instituciones que pueden solicitarlas, así como las obligaciones de dirección de la actividad arqueológica y de colaboración con la inspección de la actividad arqueológica. También contempla expresamente la necesidad de autorización para el uso de detectores de metales y otros instrumentos con los que se ocasionan tan graves daños al patrimonio arqueológico²². En relación con el Patrimonio Arqueológico oculto, la ley regula la posibilidad de declaración de Zonas de Servidumbre Arqueológica en aquellos espacios claramente determinados en que se presuma fundadamente la existencia de restos arqueológicos de interés y se considere necesario adoptar medidas precautorias. Obsérvese que se trata de una conjetura razonada respecto de la existencia de restos, materiales o estructuras de relevancia arqueológica, lo que vincula la figura con el patrimonio oculto.

La más reciente de las leyes autonómicas de la materia, la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del Patrimonio Cultural de Galicia, también contiene una regulación mucho más precisa y satisfactoria que la estatal. El Capítulo IV de su Título VII, referente a *«Bienes que integran el patrimonio ar-*

²⁰ GARCÍA CALDERÓN, J.M.^a, *La Defensa Penal...*, Op. Cit., pág. 86, señala que este régimen de autorización administrativa ha sido considerado uno de los elementos estructurales del concepto jurídico de Patrimonio Arqueológico.

²¹ GARCÍA CALDERÓN, J.M.^a, *La Defensa Penal...*, Op. Cit., pág. 78.

²² Señala RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *Indiana Jones Sin Futuro*, O. Cit., pág.82, que la utilización de detectores de metales para localizar restos arqueológicos, especialmente monedas y objetos de colección, *«representa una sangría de bienes de vocación pública a manos privadas inaceptable en nuestro marco legal»*. Y se refiere, como sus efectos, al expolio que provocan: *«la inmisericorde y planificada devastación de la riqueza cultural de un país para el abastecimiento del mercado ilícito de antigüedades, en provecho de unos pocos»*.

«*queológico*» contiene, en primer lugar, un muy detallado catálogo de las clases de actividades arqueológicas: la prospección, el sondeo arqueológico, la excavación arqueológica, el estudio del arte rupestre, el control arqueológico, las labores de protección, acondicionamiento, conservación, consolidación y restauración arqueológica, y la manipulación con técnicas agresivas de materiales arqueológicos. Cada una de ellas es definida legalmente y, todas ellas, son sometidas a un régimen reglado de autorización administrativa vinculada a la concurrencia de los requisitos preceptivamente establecidos en la norma y con sujeción a las condiciones, metodología, supuestos de responsabilidad y causas de revocación igualmente previstas. Igualmente, se regulan los planes de conservación del patrimonio arqueológico. También en este caso se da regulación a los hallazgos arqueológicos y al uso de detectores de metales y otras técnicas análogas.

Cuanto antecede evidencia, como pone de relieve GARCÍA CALDERÓN²³, que el Patrimonio Arqueológico como bien jurídico necesitado de protección penal «*está caracterizado por su complejidad y por su carácter colectivo, multidisciplinar, difuso y cambiante*». Y ello a su vez explica la enorme variedad y lo diferente de las conductas susceptibles de atentar contra el mismo y la variedad de perfiles criminológicos que concurren en la delincuencia arqueológica.

3. La necesidad de tutela penal del patrimonio arqueológico

Resulta obligado a la hora de elaborar un discurso de la justificación de la penalización de conductas atentatorias contra el Patrimonio Arqueológico comenzar con una referencia a la Constitución. Escribía FERRAJOLI²⁴ que del rol normativo de las constituciones respecto del derecho positivo se deriva un anclaje que condiciona la intervención penal a la tutela exclusiva de los bienes jurídicos directa o indirectamente reconducibles a los intereses vitales, ya sea en relación a los derechos fundamentales individuales o de significación colectiva, ya sea en relación a otros bienes que aunque no alcancen la categoría de derechos pueden ser denominados intereses y que revisten dimensión social o colectiva. Es en tal sentido que el artículo 46 de la Constitución de 1978, en el marco de los principios rectores de la política social y económica, recoge no solo un mandato a los poderes públicos para la conservación y la promoción del enriquecimiento de patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad, sino una exigencia de sanción penal frente a los atentados contra este patrimonio. Y aunque la *constitucionalización* de los deberes del Estado de protección y enriquecimiento del patrimonio cultural no es un elemento de originalidad de nuestra carta magna²⁵, sí lo es el mandato de criminalización de las agresiones al mismo²⁶, lo que debe ser naturalmente entendido, por aplicación de los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad, aunque el texto constitucional no lo señale, como referido únicamente a los ataques de mayor entidad. Es interesante mencionar, en este punto, por original, el planteamiento de GARCÍA CALDERÓN, que habla a este respecto, un poco al hilo de la conceptualización de García de Enterría de los *derechos fundamentales no articulados*, de la existencia de un «*derecho fundamental en formación*»²⁷.

Naturalmente que ha de partirse de la primacía del Derecho Administrativo²⁸ en la tutela de los bienes integrantes del patrimonio cultural. Pero no es menos cierto que —como sucede de manera muy similar, y a veces con la misma problemática, en el caso del urbanismo— la falta de efi-

²³ GARCÍA CALDERÓN, J.M^a, *La Defensa Penal...*, Op. Cit., pág. 109.

²⁴ FERRAJOLI, L., *El Principio de Lesividad Como garantía Penal*, en *El Paradigma Garantista. Filosofía Crítica del Derecho Penal*, Madrid, 2018, pág. 112.

²⁵ La Constitución italiana de 1947, la Constitución griega de 1975 y la Constitución portuguesa de 1976, por ejemplo, recogen mandatos similares.

²⁶ Al respecto, vid. SALINERO ALONSO, C., *La Protección del Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995*, Barcelona, 1997, pág. 133 y ss.

²⁷ GARCÍA CALDERÓN, J.M^a, *La Defensa Penal...*, Op. Cit., pág. 45. También lo ha hecho este autor, en otro contexto, a propósito de la necesaria claridad del lenguaje jurídico del «*derecho a entender*», como otro de esos derechos fundamentales *in fieri*.

²⁸ FARALDO CABANA, P., PUENTE ABA, L.M. (Coord) y otros: *Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y la Legislación Especial*, Valencia 2011, pág. 98.

cacia tuitiva de dichas normas ha sido a menudo su rasgo más destacable²⁹. De ahí que, tal vez, en una estrategia que aunaba tanto rasgos de huida al derecho penal como de justificada necesidad de resolver la problemática derivada de la incapacidad del Derecho Administrativo para abordar estas cuestiones, se pensara que el ejercicio del *ius puniendi* podía convertirse en este ámbito en un elemento favorecedor de lo que podríamos denominar la «disciplina del cumplimiento»³⁰. Esta imbricación del Derecho Administrativo y del Derecho Penal, tanto en la configuración del régimen jurídico como en la sanción de las conductas lesivas contra el Patrimonio Arqueológico, permite hablar —a pesar de que el Código penal no utiliza preceptos penales en blanco— de una intensa subsidiariedad administrativa, al menos en la hermenéutica de los tipos penales.

Desde un punto de vista fáctico, el despojo y deterioro de yacimientos arqueológicos mediante una amplia y diversa pluralidad de conductas no siempre recogidas y adecuadamente sancionadas en las normas administrativas³¹ ha justificado la necesidad de intervención del Derecho Penal en la protección y represión de los ataques al Patrimonio Arqueológico, que constituye sin duda alguna una de nuestras grandes riquezas colectivas. Actuaciones urbanísticas y de obras públicas, actos vandálicos, excavaciones ilegales, remoción de tierras, uso de detectores de metal y tráfico ilícito de bienes culturales dibujan el perfil de las agresiones centradas sobre dicho patrimonio³².

En un reciente trabajo, apuntaba MORALES BRAVO DE LAGUNA³³ que la delincuencia vinculada a este tipo de conductas posee algunas características distintivas «*como lo es el hecho de que los autores no suelen participar en otro tipo de hechos delictivos, sí suelen poseer conocimientos sobre los objetos, épocas históricas y lugares expoliados, pertenecen o frecuentan círculos vinculados a la materia (mercadillos, reuniones, convenciones, etc.), y emplean medios técnicos más sofisticados*». Y distinguía entre supuestos de expolio ocasional, de expolios individuales pero sistemáticos y los de expolios organizados, destacando la existencia de tres escalones en la conformación de la actuación criminal en este ámbito: el de los expoliadores, de una u otra clase, el de los intermediarios y el de los coleccionistas, mantenidos todos ellos a través del canal del comercio ilícito de bienes culturales, donde cada vez juega un papel más importante internet.

También el patrimonio arqueológico subacuático se encuentra sometido a una creciente amenaza como consecuencia de los progresos alcanzados en las técnicas de exploración, lo que ha hecho que los fondos marinos resulten accesibles a mucha más gente, con lo que el comercio con las piezas extraídas se ha convertido en una actividad ordinaria y altamente lucrativa. Es un hecho constatado que los yacimientos arqueológicos submarinos están siendo saqueados por cazadores de tesoros con la consiguiente pérdida irreemplazable de materiales de enorme valor para el estudio de la historia de las civilizaciones. En este ámbito, aunque en los últimos años se han producido algunos avances, la realidad todavía nos revela un panorama de grandes carencias en materia de protección. Ello ha dado lugar a un caldo de cultivo idóneo para una preocupante generalización de los actos de expolio, protagonizados ya sea por individuos aislados o grupos más o menos organizados, ya por grandes y poderosísimas empresas dedicadas a dichas actuaciones con finalidad únicamente lucrativa.

Es importante destacar que en los casos de expolio de yacimientos arqueológicos subacuáticos existe una diferencia sustancial respecto de los casos cometidos en zona terrestre. Las dificultades

²⁹ ROMA VALDÉS, A., *El Expolio del Patrimonio Arqueológico Español*, en Patrimonio Cultural y Derecho, nº 6-2002, Madrid, 2003, pág. 127: «*las normas administrativas sobre la materia, creadas con un afán proteccionista dentro de unos límites que la Administración Pública española es incapaz de realizar, merecen el calificativo de ineficaces*».

³⁰ Vid. Al respecto, NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., *La Nueva Regulación Penal del Delito de Expolio...* Op. Cit., pág. 154 y ss.

³¹ «*La dispersión normativa causa una descoordinación evidente con el Código Penal, máxime si tenemos en cuenta que cada Ley utiliza hasta una terminología distinta a la hora de clasificar y proteger a los bienes culturales. Por tanto, ya nace una dificultad añadida basada en la necesaria complementariedad entre el ordenamiento administrativo y el penal, con los problemas evidentes entre otros de prejudicialidad, ne bis in idem, principio de tipicidad, etc.*»: FERNÁNDEZ APARICIO, J.M., *La Protección Penal del Patrimonio Histórico*, Sevilla, 2004, pág. 23.

³² NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., *El Expolio de Yacimientos...*, Op. Cit., pág. 175.

³³ MORALES BRAVO DE LAGUNA, J., *La Guardia Civil y la Lucha Contra el Expolio Arqueológico*, en CPAG. Cuadernos de Prehistoria y Arqueología de la Universidad de Granada, nº 25, Granada, 2015, pág. 36.

tades para la vigilancia y control de las zonas arqueológicas marinas hace no solo que aquéllos resulten mucho más vulnerables, sino que el descubrimiento de que la destrucción y el despojo ha tenido lugar —aquí no quedan restos de remoción de tierras— aparece como mucho más difícil y a veces nunca se produce. De manera que, en muchas ocasiones, la aparición de piezas de procedencia subacuática en poder de expoliadores o en el mercado es el único vestigio de que la expoliación ha tenido lugar. Además, la creciente extensión internacional y la complejidad de las redes de venta ilícita hace cada vez más ardua la tarea de ubicar el origen de la pieza a fin de poder salvaguardar, si es que algo queda, el yacimiento del que procedía.

Así pues, el expolio de un yacimiento arqueológico, ya sea terrestre o subacuático, es solo el punto de partida de un posterior decurso criminal. Las piezas obtenidas han de ser introducidas en el mercado. A veces lo son en el mercado legal tras un proceso de *blanqueo* con el que se trata de dotarlas de apariencia de legalidad. Conviene recordar que el comercio de bienes arqueológicos es legal en determinados supuestos. Por ejemplo, cuando las piezas han sido obtenidas antes de la entrada en vigor de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985, pues es a partir de ese momento cuando se produce la declaración de demanialidad y, por tanto, la salida de los mismos del comercio. Pero no siempre es fácil sino todo lo contrario acreditar el momento de obtención de las piezas en casos de expolios no tempranamente detectados. También es legal el comercio cuando proceden de colecciones legales o queda acreditada su adquisición a través de compras en el extranjero, con sus correspondientes documentos de importación. En este ámbito se producen numerosos fraudes que se llevan a cabo mediante la salida y posterior reingreso del territorio nacional de los efectos arqueológicos, a la búsqueda así de una documentación que los ampare (a veces, de prestigiosas casas de subastas) y que no siempre es falsa, aunque sí es fraudulento, como vemos, su mecanismo de obtención. Por último, también cabe hablar de mercado legal cuando los bienes arqueológicos son adquiridos en comercios legales del territorio nacional, debiendo contar en tales casos con sus oportunas facturas. Como se ve, este mercado legal presenta algunos perfiles muy oscuros, pues a lo ya expuesto ha de añadirse que no es infrecuente que en espacios comerciales legales se comercie ocultamente con piezas ilegalmente obtenidas o que lleguen a poder de anticuarios o a mercadillos, comercios de antigüedades, ferias o salas de subasta efectos de origen ilícito, ya sea porque se haya abusado de la buena fe de los comerciantes o por los escasos escrúpulos desplegados por los mismos en la comprobación de su procedencia. Y junto a ese mercado se desarrolla el mercado propiamente ilícito, en el que existen redes y circuitos de variada dimensión, transnacionales con frecuencia, que emplean internet para sus fines y que tienen fluida conexión con mercados internacionales³⁴. En todos estos casos, el punto de partida son las conductas de expolio sobre yacimientos arqueológicos. Huelga señalar que la *cifra negra* alcanza gran relevancia en este tipo de conductas. Por otra parte, el daño más importante a veces, por lo que tiene de irreparable, no es tanto la extracción —y consiguiente pérdida para la sociedad— de valiosas piezas y objetos, sino la destrucción de los contextos donde se encontraban depositados dichos elementos³⁵.

Además de lo anterior, no se debe dejar de mencionar como factor de expolio lo que RODRÍGUEZ TEMIÑO denomina «*el déficit entre excavación y publicación*»³⁶. Se alude con ello al

³⁴ Cfr. Al respecto MORALES BRAVO DE LAGUNA, J., *La Guardia Civil...* Op. Cit. También, ROMA VALDÉS, A., *El Expolio al Patrimonio Cultural en la Actualidad*, en *La Aplicación de los Delitos Sobre el Patrimonio Cultural*, Granada, 2008, pág. 8 y ss. Igualmente, GUASCH GALINDO, J.A., *La Investigación Criminal del Expolio Arqueológico*, ponencia presentada en el curso del Centro de Estudios Jurídicos “Delitos Contra el Patrimonio Histórico. Especial Referencia al Patrimonio Arqueológico”, correspondiente al plan de Formación Continua de la Carrera Fiscal, Madrid, 29 y 30 de junio de 2017, «*el expolio arqueológico, tanto terrestre como subacuático no es un fenómeno casual, ni puntual. Lleva años desarrollándose y se ha ido transformando hasta convertirse en una actividad donde los grupos criminales han encontrado una forma de obtener grandes beneficios económicos*».

³⁵ Cfr. RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *Ciencia Arqueológica, Patrimonio Arqueológico y Expolio*, en V.V.A.A., *La Protección del Patrimonio Arqueológico Contra el Expolio*, Sevilla, 2002, pág. 27: «*...ello supone la imposibilidad de recuperar mucha información sobre diversos aspectos de la vida cotidiana, las creencias, las actividades económicas, etcétera, de esas sociedades. Por ejemplo, una vasija saqueada, interesante para un coleccionista, habría informado mucho más respecto de la sociedad que la fabricó si los arqueólogos hubiesen podido registrar dónde apareció (¿en una tumba, un foso, una casa?), y en asociación a que otros artefactos o restos orgánicos (¿armas, útiles o huesos de animales?)*».

³⁶ RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *La Arqueología Herida*, en http://www.freewebs.com/lazaranda/articulos/La_arqueologia_herida.pdf, 2004, pag.23.

fenómeno que supone que «*el ritmo creciente de construcciones y obras públicas y la eficacia de los sistemas de protección del patrimonio arqueológico han provocado el aumento de las excavaciones arqueológicas, especialmente las denominadas preventivas, en una proporción que supera con mucho la capacidad de quienes las realizan para poderlas estudiar de forma adecuada*». Consecuencia de ello es la acumulación de multitud de intervenciones que no resulta posible integrar en los circuitos de difusión científica, con lo que se produce, por tanto, el incumplimiento de la función social que les corresponde. Señala este autor que la calidad científica de los proyectos de excavación ha descendido al reducirse el papel de las administraciones culturales a ser meros garantes de los mecanismos del mercado, a la hora de establecer qué proyectos de excavación presentan los promotores para su ejecución previa a las obras al convertir las excavaciones en un mero acto administrativo carente de cualquier solvencia científica. Y concluye significativamente que «*en la mayoría de las comunidades —si no en todas— hoy día excava más quien menos exigencias plantea y, sobre todo, quien más barato presupuesta, lo que significa la ausencia de la necesaria analítica para cualificar el registro arqueológico. Estudios sin los cuales es imposible la producción de un conocimiento fiable*³⁷».

Todo cuanto antecede dibuja un panorama de justificada necesidad de que los yacimientos arqueológicos sean objeto de protección penal³⁸.

4. Problemas para una adecuada articulación de la tutela penal de los yacimientos arqueológico

De cuanto hasta el momento llevamos expuesto pueden ya deducirse las dificultades que plantea una adecuada tutela penal de los yacimientos arqueológicos. Fundamentalmente, la diversidad de conductas atentatorias contra los mismos que cotidianamente se producen³⁹. Esto es así porque lo que aquí se pretende proteger es, en el sentido más amplio, el campo de conocimiento histórico que se manifiesta en un yacimiento arqueológico. Por tanto, en la medida en que en el mismo podemos encontrar tanto elementos muebles como inmuebles y otros probablemente de nulo valor monetario⁴⁰ y dimensión puramente espacial aunque determinantes para posibilitar la datación y contextualización de los distintos estratos a través de un estudio sistemático con metodología científica, todo ello ha de ser contemplado en el concepto utilizado por el tipo. Por eso, la doctrina italiana mantenía que debe ser considerado a efectos penales no sólo el objeto aislado descubierto en la ejecución de las excavaciones sino también la zona arqueológica en la cual afloran elementos o datos útiles para el conocimiento histórico. Un conjunto de valores, en suma, que integra esa significación cultural que es la que, como señalábamos al inicio de este trabajo, ha de ser protegida con estos tipos penales.

Todas estas circunstancias han provocado en nuestra regulación penal importantes problemas ante la insuficiencia y carácter defectuoso de los tipos penales destinados al castigo de los ataques a los yacimientos arqueológicos. Trataremos de exponer brevemente los más importantes en lo que exclusivamente se refiere a nuestro objeto de estudio.

Para empezar, conviene dejar sentado que el tipo del artículo 323 en cuanto a los daños en yacimientos arqueológicos no exige —ni antes, ni después de la reforma de 2015— que los bienes estén formalmente incorporados en el patrimonio histórico previa declaración administrativa o legal. De manera que el concepto de yacimiento arqueológico contemplado por

³⁷ Cfr. RODRÍGUEZ TERMIÑO, I., *Ciencia Arqueológica, Patrimonio Arqueológico y Expolio*, Op. Cit., pág. 11.

³⁸ «*Los datos disponibles indican que el expolio del patrimonio arqueológico se produce en la actualidad a una escala mayor del que nunca se ha verificado con anterioridad*», RODRÍGUEZ TERMIÑO, I., *Indiana Jones Sin Futuro. La Lucha Contra el Expolio del Patrimonio Arqueológico*, Madrid, 2012, pág. 45 y ss.

³⁹ De extraordinario interés a este respecto, por recoger buena parte de las conductas que habitualmente tienen lugar en este contexto, resulta la lectura de los hechos probados de la sentencia de 29 de octubre de 2014 del Juzgado de lo Penal nº 2, Cáceres (nº 301/2014, nº autos 135/2014). Se trata de una sentencia condenatoria por delitos de daños en yacimiento arqueológico, apropiación indebida y receptación, dictada de conformidad, que puso fin a lo que se denominó la *Operación Badia*, y que constituye un ejemplo de investigación en esta materia, pero también de las enormes dificultades que se plantean.

⁴⁰ Aunque de incalculable valor cultural.

el tipo no habrá de ser otro que el que se recoge en el Diccionario de la Real Academia, esto es, el «*sitio donde se encuentran restos arqueológicos*». La permanencia en el terreno es entonces uno de los objetivos perseguidos con la protección penal. Sostiene a este respecto ROMA VALDÉS⁴¹ que ha de distinguirse conceptualmente, en primer lugar, entre *yacimiento* y *excavación*, siendo aquel el contemplado por el tipo penal y de notable mayor amplitud que este. Un ulterior concepto sería el de *restos arqueológicos*, referido al contenido material del yacimiento, cuya naturaleza puede ser —ya lo hemos visto— histórica, paleontológica o geológica. Por último, han de considerarse el conjunto de valores inmateriales vinculados con el conocimiento científico. Es precisamente esto lo que lleva a este autor a establecer que «*la privación del sentido del yacimiento constituye un daño efectivo a nuestra historia, a nuestras posibilidades de conocimiento del pasado y encaja tanto en el bien jurídico protegido como en la finalidad propia del tipo penal*⁴²». Volveremos sobre esta idea.

De ahí también, que los caracteres de *ocultos* y *desconocidos* sean predicables de gran parte de los yacimientos arqueológicos. Como señalaba GARCÍA CALDERÓN⁴³, «*la idea de descubrimiento u ocultación parece consustancial al estudio de la arqueología*». No se olvide tampoco que las propias circunstancias que con el transcurso inexorable del tiempo provocan la ocultación alcanzan un extraordinario interés científico. De suerte que buena parte de las conductas lesivas se produzcan no ya respecto de excavaciones en ejecución o ya ejecutadas sino fundamentalmente —y el ámbito de protección de la norma lo habrá de abarcar— respecto de lo todavía oculto. Todo esto refuerza nuestra tesis de que un yacimiento arqueológico puede ser objeto de deterioro o destrucción sin necesidad de que se produzca un daño estrictamente físico o material⁴⁴.

Es obligado a este respecto considerar las excavaciones ilegales. Uno de los principios que inspira la legislación en esta materia, de conformidad con los textos internacionales, es el de la necesidad de someter las exploraciones y excavaciones arqueológicas a la vigilancia y a la previa autorización de la autoridad competente. Tanto las prospecciones, entendidas como la inspección directa del terreno —superficial o subacuático— con el objeto de localizar y estudiar yacimientos arqueológicos y su contexto territorial, como las excavaciones, en el sentido de remociones metódicas y sistemáticas de las capas de tierra y unidades estratigráficas con objeto de documentar la secuencia temporal y espacial de un yacimiento, como igualmente las extracciones de piezas de éstos, en tanto que actividades de investigación arqueológica están regladas —como ya ha quedado dicho anteriormente— en las normas de Patrimonio Histórico, tanto en la ley del Patrimonio Histórico Español, como en las leyes autonómicas de patrimonio histórico y los distintos reglamentos de actividades arqueológicas.

Estas excavaciones ilegales, «*excavaciones*» las llaman algunos, realizadas sin ningún tipo de metodología científica y que solo persiguen el saqueo de yacimientos arqueológicos, provocan —como refiere GUIASOLA LERMA⁴⁵— daños irreversibles, tanto por la pérdida de las referencias del contexto histórico de los yacimientos despojados, que ocasionan la imposibilidad de acceder a datos de extraordinario interés sobre la actividad humana de otras épocas históricas, como por la pérdida de las propias piezas que son sustraídas para ser destinadas al mercado ilícito nacional o internacional. Con ello se observa entonces que bajo la rúbrica «*excavaciones ilegales*» se contempla una diversidad de conductas que, no sin importantes polémicas doctrinales y jurisprudenciales, son susceptibles de distinta tipificación y plantean problemas que pueden ocasionar la impunidad de graves ataques.

⁴¹ ROMA VALDÉS, A., *La Aplicación de los Delitos Contra el Patrimonio Cultural*, Granada, 2008, pág. 73 y ss.

⁴² ROMA VALDÉS, A., *La Aplicación...*, Op. Cit., pág.75.

⁴³ GARCÍA CALDERÓN, J.M^a, *La Defensa Penal...*, Op. Cit., pág. 128.

⁴⁴ GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La Protección Penal del Patrimonio Histórico*, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Madrid, 1997, pág. 424, habla por ejemplo de un daño social para los casos en los que se impide que el bien pueda ser disfrutado por la colectividad, pero cabe pensar también en todos aquellos casos en los que lo afectado es la posibilidad de contextualizar históricamente el registro arqueológico sin necesidad de que se produzcan daños materiales.

⁴⁵ GUIASOLA LERMA, C., Op. Cit., pag.639.

5. Problemas que planteaba la regulación penal del expolio de yacimientos arqueológicos antes de la reforma de 2015

5.1. La necesidad de cuantificación económica de los daños

El primero de los problemas que suscitaba la regulación penal de los ataques a yacimientos arqueológicos —omitamos por el momento y por razones que más adelante se explicitarán el empleo del término «*expolio*»— era el derivado de la necesidad de que los daños en los yacimientos hubieran de ser medidos en términos estrictamente monetarios. Así, hasta la reforma de 2015 el artículo 233 del Código Penal castigaba la causación de daños «*en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos*». Aunque el precepto no establecía la necesidad de que los daños superaran ninguna determinada cuantía para su consideración como típicos, ello se deducía con claridad. De una parte, porque el artículo 625.2, en el Título de las *Faltas Contra el Patrimonio*, castigaba los mismos, si se causaban en los lugares o bienes a que refiere el artículo 323, cuando el importe no excediera de cuatrocientos euros. De otra parte, porque la causación por imprudencia de estos daños estaba penada en el artículo 324, que castigaba al que «*por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a 400 euros*», en —además de otros bienes— yacimientos arqueológicos, «*atendiendo a la importancia de los mismos*». Así pues, pertenecía al tipo objetivo de delito de daños en yacimientos arqueológicos la exigencia de que estos lo fueran en cuantía superior a cuatrocientos euros.

Tal circunstancia se convirtió desde el principio en un elemento distorsionador. Ya hemos previamente razonado que un yacimiento arqueológico puede ser objeto de deterioro o destrucción sin necesidad de que se produzca un daño estrictamente físico o material. De ahí que se plantearan dificultades a veces insalvables en los casos en los que los desperfectos, no siendo materiales o físicos, no fueran económicamente evaluables. A título ilustrativo ha de tenerse en cuenta que no existe acuerdo entre los especialistas a quienes se encargan las periciales en torno no ya a un método más o menos estandarizado de evaluación, sino en cuanto a los propios parámetros a considerar, lo que provoca considerables y sorprendentes diferencias de criterio a veces incluso sobre unos mismos hechos⁴⁶. Por eso la doctrina repetidamente señaló que en esta materia el concepto de daños no podía consistir en el mismo que de forma genérica se contempla en el artículo 236 del Código Penal —puesto que ello suponía contradecir la necesidad de atender principalmente al valor cultural, que como hemos visto, es el bien jurídico protegido en estos delitos⁴⁷— o que, en cualquier caso, la tipificación de los ataques al patrimonio cultural debía de realizarse al margen de la cuantía en que consistieran los desperfectos, sin perjuicio de la posibilidad introducir supuestos de atenuación de la pena en los casos en que resultara escasa la entidad del daño y de agravación específica para casos de extraordinaria gravedad.

5.2. El castigo de las conductas de sustracción y apoderamiento y su articulación concursal con los daños

El segundo de los problemas era el de ofrecer respuesta a la tipificación de los supuestos en los que los expoliadores se hacían con objetos arqueológicos. Hemos visto que en este tipo de delincuencia que recae sobre los yacimientos, si dejamos al margen los desperfectos que se ocasionan como consecuencia de actuaciones urbanísticas y de obras públicas así como los ocasionados por actos vandálicos, la intención dañosa está directamente en conexión con un móvil lucrativo que persigue la obtención de piezas arqueológicas, bien para hacerlas propias,

⁴⁶ Vid. RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *Propuesta Para la Valoración de Daños en Yacimientos Arqueológicos*, ponencia presentada en el curso del Centro de Estudios Jurídicos “Delitos Contra el Patrimonio Histórico. Especial Referencia al Patrimonio Arqueológico”, correspondiente al plan de Formación Continua de la Carrera Fiscal, Madrid, 29 y 30 de junio de 2017. Vid. También RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *Propuesta Para la Valoración de Daños en Yacimientos Arqueológicos*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 16, Madrid, 2012, pág. 275 y ss.

⁴⁷ GUIASOLA LERMA, C., *Delitos Contra Bienes Culturales: Una Aproximación al Concepto de Expolio en Derecho Penal*, *Revista General de derecho Penal*, nº 27, 2017, pág. 3.

lo que normalmente sucede en casos de coleccionismo privado, bien —lo que es más común— para su introducción en los mercados ilícitos nacionales o internacionales.

La discusión se ha mantenido en torno a la posibilidad o no de configurar tales conductas bien como formas de *hurto* agravado (artículo 235) o bien de *apropiación indebida*, en su modalidad de hurto de hallazgo (artículo 253), cuando recaen sobre «*cosas de valor histórico, artístico, cultural o científico*», existiendo dos tesis opuestas, que delimitan su enfrentamiento a partir del problema de base acerca de cuándo surge la demanialidad de los bienes arqueológicos ocultos a tenor del artículo 44.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español.

Para los casos de yacimientos que cuenten con una previa declaración administrativa de protección conforme a las previsiones de la legislación de Patrimonio Histórico, ya sea estatal o autonómica, no plantea ningún problema la tipificación como delito agravado de hurto el hecho de la extracción y apoderamiento de piezas arqueológicas⁴⁸. En todos estos supuestos se entiende, conforme al artículo 44.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, que los bienes tienen dueño por ministerio de la ley. Sin embargo, parte de la doctrina encuentra dificultades insalvables para la aplicación de las figuras de hurto y apropiación indebida. Para algunos en todo caso, para otros respecto de, al menos, los casos de patrimonio oculto⁴⁹.

Por otro lado, algunos autores⁵⁰ han mantenido la tipificación como delito de apropiación indebida del artículo 253 para los casos de sustracción de efectos arqueológicos en lugares que no cuenten con una previa declaración administrativa de protección conforme a las previsiones de la legislación de Patrimonio Histórico. El fundamento de esta posición parte de la consideración, por ejemplo, en el caso de hallazgos casuales del descubridor como depositario legal conforme a lo dispuesto en el artículo 44.2 de la Ley del Patrimonio Histórico Español⁵¹. Así GARCÍA CALDERÓN⁵² mantiene la aplicabilidad —aunque la tilda de residual— de la figura de la apropiación indebida del artículo 253 para el caso de apoderamiento de objetos arqueológicos en lugares que

⁴⁸ Este fue el criterio asumido por la Red de Fiscales Medioambientales de Andalucía, expuesto en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado* correspondiente al año 2004, conforme al que el apoderamiento de piezas arqueológicas, sí podía ser configurado como un delito agravado de hurto, de conformidad con la previsión de los artículos 234 y 235.1 del Código Penal (o, en su caso, como una falta de la misma naturaleza), siempre y cuando la sustracción tenga lugar sobre un yacimiento que haya sido previamente declarado como tal e inventariado, al margen del tipo de protección administrativa por el que haya optado la autoridad cultural competente, lo que incluye, en mi opinión, sin necesidad de expresa figura de protección, todos aquellos casos en los que el yacimiento esté suficientemente identificado.

⁴⁹ Así ROMA VALDÉS, A., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal, Op. Cit., pág.15 y ss., postula que resulta imposible encuadrar en el tipo los objetos que tienen las características de patrimonio histórico. La razón principal que esgrime es que, tanto en el caso de cosa perdida, como en el de dueño desconocido, se excluyen los supuestos de *rei nullius* y *rei derelictae* porque lo que se protege es el patrimonio público o privado, es decir, casos de propiedad *actual* para los que únicamente el delito está pensado. A partir de ahí, interpretando el artículo 44.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, entiende que la titularidad de la Administración en concepto de dominio público comienza sólo una vez que se ha producido el hallazgo, de suerte que antes de éste, al no existir titularidad alguna, no estaríamos ante un bien perdido. Paralelamente, por lo expuesto, después del hallazgo tampoco cabría hablar de dueño desconocido, porque entonces la titularidad administrativa es innegable, y tampoco resultaría el tipo de aplicación. La exclusión de la aplicación de las figuras de hurto de los artículos 234, 235.1 y 623.2 del Código Penal la basa este autor, partiendo de que el interés jurídico protegido por el delito en cuestión sería la posesión de hecho de las cosas muebles, lo que no es unánime en la doctrina, en el hecho de que, con anterioridad al hallazgo no pueden configurarse como activos patrimoniales los bienes arqueológicos y con posterioridad al mismo, mediante la configuración demanial *ope legis* de los bienes, la Administración tiene el dominio pero no la posesión de éstos. Mantiene que no cabe hablar siquiera de posesión mediata de manera que el necesario elemento de la ajenidad quebraría. ROMA VALDÉS únicamente admite que cabrá hablar de delito de hurto de bienes arqueológicos en la hipótesis de sustracciones de objetos realizadas en excavaciones llevadas a cabo por la Administración o con su autorización pues solo en tales casos se podrá hablar de titularidad y posesión directa de la cosa aunque la efectiva extracción de las piezas del terreno no se haya llevado a cabo. Tales planteamientos fueron recogidos con absoluta fidelidad, hasta el punto de extensas citas textuales, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm. 650/2000 (Sección 1ª), de 31 octubre.

⁵⁰ Vgr. GARCÍA MAGNA, D., *La Protección Penal Frente al Expolio de Patrimonio Cultural Subacuático*, en Patrimonio Arqueológico Sumergido: Una Realidad Desconocida, Málaga, 2009, pág. 158.

⁵¹ Aunque el citado precepto lo que señala es que «Una vez comunicado el descubrimiento, y hasta que los objetos sean entregados a la Administración competente, al descubridor le serán de aplicación las normas del depósito legal, salvo que los entregue a un Museo público», lo que plantea nuevos problemas. En tal sentido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *La Apropiación de Cosa Perdida*, en TOL (Tirant on Line), ref. 117134, 2002, considera que cuando se trate de cosas que por su interés y valor son propias del Patrimonio Histórico Español, puesto que *ex lege* están declaradas de dominio público, la ocupación de la cosa solo genera una posesión en nombre de otro, el Estado, posesión que además es a título de depósito legal desde que comunique el descubrimiento hasta que los objetos sean entregados a la Administración competente (artículo 44.2 de la Ley de Patrimonio Histórico Español).

⁵² GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en Patrimonio Cultural y Derecho, Op. Cit., pag.114.

no cuentan con previa declaración administrativa de protección. En su opinión, acudiendo al sentido gramatical del término, que alude tanto a *dejar de tener* como a *no hallar*, sí cabe considerar a estos bienes como *cosas perdidas*, porque no es exigible necesariamente que la pérdida de la posesión tenga un carácter material. El punto fundamental de su planteamiento se centra en que, según su interpretación, el artículo 44.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español “*otorga a la Administración una forma de posesión diferida que no comienza con el hallazgo sino con anterioridad al mismo, durante el periodo de ocultación del bien y que estaría justificada por la obligación constitucional que obliga a los poderes públicos a una preservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico Español el cual aparece genéricamente depositado en manos de las autoridades culturales competentes*”. De modo que hace suya la tesis de ALEGRE ÁVILA⁵³ en cuanto a que *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), dimana de la posición institucional de supremacía de la Administración, que no precisa fundarse en otro título habilitante sino en una previa norma jurídica*. Conforme a tales planteamientos doctrinales, pueden tipificarse como formas de apropiación indebida del artículo 253 la sustracción de piezas arqueológicas en lugares que no cuenten con previa declaración administrativa de tutela siempre que sea posible acreditar, primero, el ánimo de apoderamiento definitivo del sujeto y, segundo, la conciencia siquiera sea aproximada por parte de este de la relevancia histórica de los bienes sustraídos. Para los supuestos en que el sujeto extrae desde el principio los objetos con la intención de apropiárselos, GUIASOLA LERMA considera que habrá que calificar la conducta como hurto o robo agravado⁵⁴.

Resuelta en uno u otro sentido la anterior problemática, aun subsiste la de la necesidad de articular las conductas de sustracción y apoderamiento con las conductas dañosas. Para un sector jurisprudencial se trataría de formas de concurso ideal o medial (tras la reforma de 2015 y la consiguiente diferenciación penológica entre uno y otro supuesto, considero que habrá que estar más a esta última forma que a la primera)⁵⁵. Otros autores, con base en los planteamientos ya mencionados, que los llevan a rechazar la tipificación como formas de hurto o apropiación, no admiten la concurrencia de concursos.

5.3. La previsión de restauración

El artículo 323.3 del Código Penal contiene una previsión de restauración para todos los supuestos contemplados en los dos números anteriores al señalar que «*en todos estos casos, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado*». Pues bien, de cuanto llevamos expuesto puede deducirse las dificultades que plantea la reparación del daño cuando se ha producido el saqueo de un yacimiento arqueológico. La propia redacción del precepto lo evidencia cuando utiliza la expresión «*en lo posible*». Ha quedado dicho que en tales supuestos los desperfectos son tanto de orden económico, como cultural o científico, derivado de la pérdida irreparable de información como consecuencia de la destrucción del contexto que permite la interpretación de las piezas y del propio espacio físico que el yacimiento supone.

La doctrina ha señalado algunas de las insuficiencias que plantea la previsión legal de restauración en la forma establecida⁵⁶. La primera de ellas es que se hable únicamente del autor del

⁵³ ALEGRE ÁVILA, *Evolución y Régimen Jurídico del Patrimonio Histórico*, cit. en GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, Op. Cit., pag.114.

⁵⁴ GUIASOLA LERMA, C., *Delitos Contra Bienes Culturales: Una Aproximación al Concepto de Expolio en Derecho Penal*, Op. Cit., pág. 12.

⁵⁵ En tal sentido, bien que ayuna de motivación sobre el concurso, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª) de 4 de diciembre de 2007 (nº 84/2007, rec. 71/2006) y la ya citada sentencia de 29 de octubre de 2014 del Juzgado de lo Penal nº 2, Cáceres (nº 301/2014, nº autos 135/2014).

⁵⁶ Vid. GARCÍA CALDERÓN, JMª, *La Defensa penal...*, Op. Cit., pág. 216 y ss. También ROMA VALDÉS, A., *La Reparación del Daño Causado en los Delitos Sobre el Patrimonio Histórico*, en *La Aplicación de los Delitos...*, Op. Cit., pág. 111 y ss.

hecho como destinatario de la obligación de restaurar, lo que parece dejar fuera a otros partícipes en el delito, ya sean los cómplices, ya los responsables civiles por cualquier concepto o los partícipes a título lucrativo. Ha de tenerse en cuenta que las medidas de restauración tiene una distinta naturaleza que la de la responsabilidad civil, lo que permite considerar que, a diferencia de los supuestos atinentes a aquella, estas pueden ser acordadas de oficio por el juez. En este caso, de lo que se trata es de otorgar al juez penal la tutela restablecedora de la legalidad, lo que hace que la naturaleza de la obligación de restauración no sea distinta de la que posee en la esfera administrativa: lo que se persigue es una íntegra tutela del orden jurídico vulnerado. De ahí también su carácter necesario y no facultativo. El hecho de que el texto legal acuda a la expresión «*podrán*», no es sino expresión de que en ocasiones, lamentablemente, la restauración no resulta posible. Por tanto, «*podrán*» ha de interpretarse como «*cuando sea posible*».

Otra de las insuficiencias de la previsión legal deriva de su ubicación. Al estar situada en el artículo 323, referente a daños dolosos en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos, parece dejar fuera a los ocasionados por imprudencia (artículo 324 del Código Penal). Y resulta especialmente absurdo cuando, como apunta GARCÍA CALDERÓN⁵⁷, es precisamente en los supuestos culposos en los que «*parece más factible una situación de arrepentimiento que procure la reparación del daño involuntariamente causado, máxime cuando algunas condenas han recaído justamente sobre profesionales que no han realizado correctamente tareas de rehabilitación o restauración*». También porque las que sí resultan aplicable para tales supuestos son las previsiones de los artículo 339 y 340 del Código Penal, que como disposiciones comunes para los delitos contra el medio ambiente, el urbanismo y la ordenación del territorio y el patrimonio histórico contemplan respectivamente la posibilidad de que —tanto como medida cautelar o de forma definitiva en sentencia, según ha establecido la jurisprudencia— el juez imponga la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas necesarias encaminadas a la restauración, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en el Título XVI, y también la imposición de la pena inferior en grado si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado.

Por último, ha de mencionarse que, según razona ROMA VALDÉS⁵⁸, habría de preverse —para los supuestos en que el yacimiento arqueológico dañado no pueda recuperar su estado originario— «*la prohibición de uso del bien en forma incompatible con el respeto a su función administrativamente reconocida, además de intervenir el material obtenido y su consiguiente entrega a la Administración competente*».

Sin embargo, ninguna de estas insuficiencias ha sido abordada en la reforma de 2015, de manera que subsisten todos estos problemas.

6. Novedades introducidas por la reforma en el Artículo 323 del Código Penal en materia de yacimientos arqueológicos

La nueva redacción del artículo 323 del Código Penal, tras la reforma operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, es la que sigue:

Artículo 323

1. *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos. Con la misma pena se castigarán los actos de expolio en estos últimos.*

⁵⁷ GARCÍA CALDERÓN, JM^º, *La Defensa penal...*, Op. Cit., pág. 216

⁵⁸ ROMA VALDÉS, A., *La Reparación del Daño Causado en los Delitos Sobre el Patrimonio Histórico*, en *La Aplicación de los Delitos...*, Op. Cit., pág. 127.

2. Si se hubieran causado daños de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante, podrá imponerse la pena superior en grado a la señalada en el apartado anterior.
3. En todos estos casos, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.

Vemos pues que las principales novedades son las siguientes:

En primer lugar, se modifica la conceptualización de los daños dolosos en bienes culturales y, en lo que ahora nos interesa, en yacimientos arqueológicos. En la nueva redacción la ponderación de los daños se realiza sin referencia a su cuantía económica⁵⁹. Ello supone —y hubiera sido interesante que el Preámbulo de la ley así lo hubiera precisado— que habrá de atenderse, en coherencia con el bien jurídico protegido por estos delitos, al *valor cultural* de los perjuicios ocasionados. Con ello se pretenden resueltas —al menos en lo que a la tipicidad respecta— todas aquellas cuestiones que se derivaban de la dificultad de tasar económicamente daños que podían tener otra naturaleza y las relacionadas con conceptos como los de *valor incalculable* o *valor irreparable*⁶⁰, que habían venido dando lugar a sentencias que cabría calificar de pintorescas. Por lo demás, huelga señalar que el hecho de que las consideraciones de cuantificación meramente económica ya no sean las que determinen la tipicidad de las conductas, no excluirá que hayan de ser tenidas en cuenta, tanto en orden a la determinación del valor cultural, como, por ejemplo, en orden a la responsabilidad civil y a las medidas de restauración que pudieran tener lugar.

En segundo lugar, el número dos del artículo 323 introduce una agravación que permitirá imponer la pena superior en grado cuando se hubieran causado daños de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante. Tanto en uno como en otro caso, el de «*daños de especial gravedad*» y el de valor «*especialmente relevante*», se trata, como puede observarse, de conceptos jurídicos indeterminados⁶¹ cuyo uso está justificado precisamente por la nueva conceptualización no exclusivamente económica de los daños que acoge el texto legal. También en este punto hubiera resultado de gran utilidad hermenéutica que el legislador hubiera ofrecido algunas explicaciones en el Preámbulo de la ley. Parece que para rellenar tales conceptos habrá de acudir a parámetros que vayan más allá de los valores puramente económicos, aunque naturalmente que estos también deberán ser tomados en consideración. En este orden de cosas, resulta de especial interés atender a los factores que para la valoración del daño propone RODRÍGUEZ TEMIÑO⁶². Este autor acude a una fórmula que integra el coste de la información perdida; el precio de los bienes dañados que puedan ser identificables; el coste de las actuaciones de conservación preventiva y de restauración que fuesen necesarias para garantizar aquellas zonas del yacimiento intactas que, no obstante, puedan estar en peligro; así como de los bienes que requieran restitución e incluso de aquellos que se han perdido y la hubiesen necesitado en caso de haberse podido excavar; sin olvidar lo que denomina «*índice de sensibilidad del bien afectado*», entendido como un coeficiente en razón del interés histórico-arqueológico del yacimiento dañado. Por otra parte, el hecho de que los daños se ocasionen en yacimientos que cuenten con una previa declaración administrativa de protección conforme a las previsiones de la legislación de Patrimonio Histórico, ya sea estatal o autonómica, sin ser un requisito imprescindible, sí será un factor determinante para considerar que

⁵⁹ En tal sentido, el legislador va más allá de la modificación que aparecía en el Anteproyecto de 2012, en el que la falta de daños se elevaba a la categoría de delito, pero atendiendo todavía a consideraciones de valoración exclusivamente económica. Vid. GUIASOLA LERMA, C., *Delitos Contra el Patrimonio Histórico*, en V.V.A.A. (Dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.) Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012, Pág. 887 y ss.

⁶⁰ Vid. GARCÍA CALDERÓN, J.M.³, *La Defensa Penal del Patrimonio Arqueológico*, Madrid, 2016, pág. 214 y ss.: «*hablamos, en realidad, de una figura social de antivalor, de todo lo contrario a cualquier valoración económica o material, de un concepto absolutamente antagónico al del valor material y que está construido sobre la idea de riqueza colectiva e inmaterial que empezó a definir la teoría de los bienes culturales*».

⁶¹ «Indeterminado pero también imprescindible», GARCÍA CALDERÓN, J.M.³, *La Defensa Penal del Patrimonio Arqueológico*, Op. Cit., pág. 214.

⁶² RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *Propuesta Para la Valoración de Daños en Yacimientos Arqueológicos*, Op. Cit., pág. 14 y ss. y RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *Propuesta Para la Valoración de Daños en Yacimientos Arqueológicos*, Op. Cit., pág. 286 y ss.

se trata de lugares con valores culturales relevantes en los términos del artículo 323.2. Coincido con GUIASOLA LERMA⁶³ en cuanto a que hubiera sido aconsejable que se hubiera previsto una agravación específica para el caso de los yacimientos subacuáticos, habida cuenta de su especial vulnerabilidad.

Con la reforma de 2015 aparece, por primera vez, una mención en el articulado del Código Penal a los yacimientos subacuáticos. Aunque no había discrepancias en la doctrina y en la práctica judicial acerca de que la referencia a los yacimientos arqueológicos que hasta entonces contenía el precepto remitía tanto a los terrestres como a los subacuáticos, ha de saludarse la reforma en este punto. En primer lugar, porque se trata de un patrimonio respecto del que España es una primera potencia mundial; en segundo lugar, porque se trata de una riqueza sometida a constatados y gravísimos riesgos de destrucción, sin que ello haya llevado a las oportunas inversiones —aunque ha habido algunos avances— en materia de estudio e investigación y protección jurídica y tecnológica; por último, por el protagonismo que España asumió en marco de la UNESCO para la elaboración de un texto tan fundamental como la *Convención Sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático*⁶⁴. Aunque la mención no resolverá los muy difíciles problemas que plantea la investigación de este tipo de delitos cuando tienen lugar en yacimientos subacuáticos, ha de celebrarse la reforma en la medida en que pueda suponer un acicate para conseguir mayores dotaciones de medios jurídicos, materiales y policiales para la protección de nuestro patrimonio subacuático.

La reforma merece una valoración muy negativa en dos aspectos, también aquí por lo poco reflexionado y descuidado de la misma. En primer lugar, mientras que el legislador acertadamente ha simplificado el objeto material sobre el que recae el delito del artículo 323, sustituyendo la absurda enumeración que junto a la mención de los yacimientos arqueológicos se contenía en el mismo⁶⁵ por una más correcta mención a «*bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental*», no ha modificado, sin embargo, el artículo 324, en el que se tipifican los daños causados por imprudencia grave. De manera que estos siguen recayendo sobre un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico o institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos. Esto puede ocasionar —y ocasionará— problemas a la hora de la aplicación de ambos tipos, pues siendo así que el objeto material sobre el que recaen las conductas ha de ser en uno y otro caso el mismo, no ha tenido a bien el legislador unificarlos. Más grave aun a los efectos del objeto de este trabajo es que en el 324, como quiera que se mantiene la referencia a «*daños, en cuantía superior a 400 euros*», se sigue acogiendo un concepto de tales daños de naturaleza exclusivamente económica. Con lo que, cuando creíamos haber expulsado por la puerta esa improductiva conceptualización, no es que se cuele por la ventana, es que resulta que no dejó de estar ahí. No son difíciles de prever los problemas que ello ocasionará en la práctica, pues una de las cuestiones litigiosas más determinantes en los procedimientos penales suele ser la distinción entre conductas dolosas y culposas, de manera que ello implicará la necesidad de reproducir toda la problemática que suponía tener que ponerle precio a los daños. Así pues, no permite finalmente la reforma que se supere lo que RODRÍGUEZ TEMIÑO denominaba expresivamente «*el trasnochado reduccionismo de equiparar valor y precio, inapropiado de todo punto en materia de bienes culturales*»⁶⁶.

⁶³ GUIASOLA LERMA, C., *Delitos Contra Bienes Culturales: Una Aproximación al Concepto de Expolio en Derecho Penal*, Op. Cit., pág. 22.

⁶⁴ La Convención entró en vigor el 2 de enero de 2009 respecto a los Estados, entre ellos España, que hubieran depositado sus instrumentos respectivos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión antes el 2 de octubre de 2008 o a esta fecha; para cualquier otro Estado, los hará «*enominaba la reforma que se supere lo que RodrosPero mha de ser en uno y otro caso el mismoaterial sobre el que recae el delit tres meses después de la fecha en que dicho Estado haya depositado su instrumento respectivo de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Hasta el momento, 58 Estados —el último de ellos Egipto— han depositado sus instrumentos respectivos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.*

⁶⁵ Archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico o institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental.

⁶⁶ RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *Propuesta Para la Valoración de Daños en Yacimientos Arqueológicos*, Op. Cit., pág. 12 y RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., *Propuesta Para la Valoración de Daños en Yacimientos Arqueológicos*, Op. Cit., pág. 286.

Conviene aquí recordar que, en cuanto a la entidad de la imprudencia para merecer la consideración de grave, como señalan tanto GARCÍA CALDERÓN como ROMA VALDÉS⁶⁷, habrá que estar fundamentalmente a la consciencia de la culpa en el sentido de la necesidad de una representación mental de la infracción de las normas de cuidado por parte del sujeto. Por otro lado, se ha discutido en cuanto a la mención final del artículo estableciendo como elemento moderador de la sanción la referencia a «*atendiendo a la importancia de los mismos*», discrepando aquellos que entienden que con ello se alude al valor de los daños y los que consideran que es al valor de los bienes dañados. En este punto, nos pronunciamos en su día⁶⁸ en el sentido de que si bien la expresión parece aludir a los propios daños, quizá —por razones culpabilísticas— convendría interpretarla como en alusión a los bienes dañados o, mejor dicho, la naturaleza o catalogación que merezca el bien agredido y la intensidad en la vulneración del deber de cuidado.

El segundo de los aspectos al que aludíamos como merecedor de valoración negativa es que, salvo la inclusión de la nueva referencia al expolio en el artículo 323, el legislador —como quedó anticipado— no ha introducido ninguna modificación tendente a resolver la compleja problemática que ya hemos tratado en relación con las conductas de sustracción y apropiación y con los problemas concursales que plantea su articulación típica junto a las conductas dañosas, algo que tendría que haber sido uno de los primeros objetivos de la reforma y que, por tanto, de esta manera queda irresuelto.

7. El nuevo delito de expolio en yacimientos arqueológicos

Una vez que el legislador optó finalmente por afrontar la tan reclamada reforma de los delitos sobre el Patrimonio Histórico, tendría que haber sido para resolver —centrándonos en el ámbito de los yacimientos arqueológicos, que será el único que ahora nos ocupará— la compleja problemática a la que nos hemos venido refiriendo.

En el conjunto de propuestas que vino elaborando la doctrina⁶⁹ en relación con las posibilidades de reforma solía destacarse la referente a la conveniencia de introducir un *delito de expolio de yacimientos arqueológicos*. Pero a pesar de las diferentes formulaciones al respecto, en todos los casos lo que se proponía bajo dicha rúbrica implicaba dotar de un contenido material a lo que debe entenderse por expolio. Es decir, que nadie sostuvo que hubiera que trasladar meramente dicho termino al Código Penal para utilizarlo como verbo rector del tipo penal. Esa atribución de contenido material al concepto de expolio se hacía —con diferencias según las propuestas, pero de forma idéntica en lo que a esta idea se refiere— mediante la concreción de las conductas a través de las que este expolio tenía lugar, ya sea vinculándolo a las excavaciones ilegales, ya a la remoción de tierras —también en los espacios subacuáticos— con la intención de obtener restos arqueológicos, ya al empleo de detectores de metales u otras tecnologías de prospección. Y ello es así porque, como veremos, el concepto de expolio dista de tener un contenido preciso. Así, por ejemplo, cuando en alguno de sus primeros trabajos ROMA VALDÉS⁷⁰ se pronunciaba a favor de la introducción de un tipo de expolio ofrecía una redacción que castigaría «*a quien, sin la debida autorización, realizare cualquier clase de exca-*

67 GARCÍA CALDERÓN, J. M^a., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en Patrimonio Cultural y Derecho, Op. Cit., pág. 117. ROMA VALDÉS, A., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, en Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal, Op. Cit., pág.32.

68 NUÑEZ SÁNCHEZ, A., *El Expolio de Yacimientos Arqueológicos*, Op. Cit., pág. 196.

69 Sin ánimo exhaustivo, cabe mencionar las siguientes: ROMA VALDÉS, A., *Por Una Reforma de la Protección Penal del Patrimonio Cultural*, en Patrimonio Cultural y Derecho, no 9-2005, págs. 251-259; también en ROMA VALDÉS, A., *La aplicación Práctica de los Delitos Sobre el Patrimonio Cultural*, Granada, 2008, pag. 147-155, en ellas el autor no se limitaba a analizar los fundamentos que avalan las necesarias reformas, sino que ofrecía una propuesta positiva de regulación a través de un texto articulado; GARCÍA CALDERÓN, J.M^a., *La Relación del Patrimonio Histórico con el Derecho Penal*, en La Lucha Contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales, Madrid, 2006, pág. 77 y ss., GUIASOLA LERMA, C., *Op. Cit.*, NUÑEZ SÁNCHEZ, A., en *El Expolio de Yacimientos Arqueológicos*, en La Lucha Contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales, Madrid, 2006, pág. 202 y ss; NUÑEZ SÁNCHEZ, A., *A Protección Penal do Patrimonio Arqueológico Subacuático*, en O Patrimonio Arqueológico Subacuático e O Comercio dos Bens Culturais, Xunta de Galicia, 2009, pág. 103 y ss.

70 ROMA VALDÉS, A., *La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico*, Op. Cit., pág. 127 y ss.

vacación o remoción de tierras con la intención de obtener los restos arqueológicos que contuvieran los terrenos, así como a quien portare equipamiento adecuado con el mismo fin». A partir de esta propuesta de redacción, pero habría otras formas de articularlo⁷¹, se puede deducir la relación concursal que con la misma mantendrían las conductas dañosas y de sustracción y apropiación. En trabajos posteriores, tanto ROMA VALDÉS⁷² como, por ejemplo, GARCÍA CALDERÓN⁷³ preferían hablar de «delito de excavación no autorizada» o de «delito de excavación ilegal», que se configuraba a partir del ataque al yacimiento arqueológico concebido como una fuente de información científica respecto del que se consideraría producido el *daño efectivo* con la mera *privación del sentido del yacimiento*, sin necesidad siquiera de la producción de un daño material. Con tales antecedentes, no era difícil imaginar los problemas que originaría la incorporación al Código Penal del *delito de expolio* sin cumplir los presupuestos a los que acabamos de aludir.

En suma, tendría que haberse considerado si la aparición de un *delito de expolio* implicaría que los daños —ya sin una conceptualización meramente económica— quedaran absorbidos en la noción penal de expolio. En segundo lugar, por medio de las oportunas reglas específicas, tendrían que haberse considerado igualmente los aspectos concursales que provoca el hecho ya suficientemente expuesto de que los ataques a los yacimientos arqueológicos se producen a través de una multiplicidad de conductas de distinta naturaleza y susceptibles de distinta tipificación. Por último, todo ello habría tenido que encontrar el adecuado reflejo en la previsión penológica, según se adoptare una otra decisión legislativa. Ninguna de estas reflexiones han movido al legislador y ninguno de estos aspectos ha sido tenido en cuenta por el mismo a la hora de la reforma. Al limitarse a introducir en el artículo 323 el concepto de «*expolio*», trasladándolo —es de suponer— de la legislación administrativa y sin ofrecer una definición auténtica de qué deba entenderse por ello, ha dado lugar a «*la adopción de una solución confusa y problemática*»⁷⁴ que en lugar de resolver alguna de ellas, ocasiona más dificultades de las que ya existían.

Hasta tal punto resulta descuidada la redacción legislativa que el nuevo tipo plantea incógnitas tales como, en primer lugar, a qué yacimientos se remite el expolio, porque al hablar el antecedente de «*yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos*» y señalarse posteriormente los actos de expolio como referidos a «*estos últimos*» pudiera llegarse a entender que únicamente se remite a los subacuáticos y no a todos los yacimientos en general. Parece claro que ello no es así, pero sí que es esto ejemplo del escaso rigor de la técnica legislativa empleada⁷⁵. Otra de las incógnitas es la de cuál es la conducta castigada en el precepto y, otra incógnita más, una vez esclarecida la conducta delictiva, cuál es su relación con los daños y con las conductas de sustracción y apropiación (¿las absorbe, se articula con ellas en relación de concurso?).

7.1. Una interpretación del concepto penal de expolio y de su articulación con los daños y con las conductas de sustracción y apropiación

El nuevo artículo 323.1 del Código Penal, en su inciso final dispone que se castigarán con las mismas penas que los daños en yacimiento arqueológicos terrestres o subacuáticos «*los actos de expolio en estos últimos*». Parece que con esta previsión —y decimos que lo parece porque el Preámbulo de la ley guarda absoluto silencio— el legislador vendría a acoger la tendencia

⁷¹ Vgr. GUIASOLA LERMA, C., *Delitos Contra el Patrimonio Histórico*, en V.V.A.A. (Dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.) *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Op. Cit., pág. 889: «*Será castigado con prisión de uno a tres años quien, sin la debida autorización, realice cualquier clase de excavación terrestre o subacuática o remoción de tierras, lodos, fangos o arenas con la intención de obtener restos arqueológicos. La pena se impondrá en su mitad superior si el expolio se produce sobre yacimientos protegidos así como en yacimientos arqueológicos subacuáticos*».

⁷² Vgr. ROMA VALDÉS, A., *La Aplicación de los delitos Sobre el Patrimonio Cultural*, Op. Cit., pág. 150.

⁷³ GARCÍA CALDERÓN, J. M^a, *La Defensa Penal del Patrimonio Arqueológico*, Op. Cit., pág. 276.

⁷⁴ GARCÍA CALDERÓN, J. M^a, *La Defensa Penal del Patrimonio Arqueológico*, Op. Cit., pág. 276.

⁷⁵ OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección Penal de los Daños al Patrimonio Histórico (Tras la Reforma del Código Penal Operada por la LO 1/2015)*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2015*, pág. 346.

doctrinal que avalaba la necesidad de configurar un tipo específico de expolio en yacimientos. La conveniencia de esa nueva figura delictiva se fundaba en una doble premisa: por una parte, cerrar el círculo punitivo para evitar indeseables resquicios de impunidad; por otra, resolver la ya abordada problemática derivada de la articulación concursal de conductas coincidentes sobre el objeto material constituido por el yacimiento arqueológico. Ello obliga a ofrecer una descripción de la conducta definida en el tipo penal con el verbo expoliar.

La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, configura en su artículo 4, a los efectos de dicha norma, el concepto administrativo de lo que denomina *expoliación*, entendiéndose por ello toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, o perturbe el cumplimiento de su función social. La sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero, que vino a consagrar la existencia de una competencia concurrente del Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia, a la hora de articular la consideración del patrimonio arqueológico con la pretensión de protegerlo del expolio, en el Fundamento Jurídico Séptimo, proclama que *«la acepción constitucional del concepto expoliación no debe quedar limitada al estricto significado 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. Lo contrario supondría aquí restringir la competencia del Estado a las meras funciones de vigilancia, protección y represión contra los ataques físicos que dañen o destruyan el patrimonio o priven ilegalmente del mismo, competencia que en general ya le viene atribuida por el art. 149.1.6 de la C.E. como comprendida en las medidas de orden público, penales o civiles, en cuanto el despojo o destrucción violentos ya tengan transcendencia de infracción penal (art. 46 C.E.) o simplemente la de privación ilícita. Pero algún mayor alcance habrá que atribuir al término que delimita, en el artículo 149.1.28, la competencia para la defensa contra la expoliación, cuya mención en otro caso sería innecesaria. La utilización del concepto de defensa contra la expoliación ha de entenderse como definitoria de un plus de protección respecto de unos bienes dotados de características especiales. Por ello mismo abarca un conjunto de medidas de defensa que a más de referirse a su deterioro o destrucción tratan de extenderse a la privación arbitraria o irracional del cumplimiento normal de aquello que constituye el propio fin del bien según su naturaleza, en cuanto portador de valores de interés general necesitados, estos valores también, de ser preservados. Así, pues, la Ley llama perturbación del cumplimiento de su función social a la privación del destino y utilidad general que es propio de cada uno de los bienes, aunque materialmente el bien mismo permanezca»*.

Consiguientemente, el concepto administrativo se construye a partir de cualquier acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores culturales —entendido como algo de naturaleza inmaterial vinculado a un fin social— de los bienes que integran el Patrimonio Histórico y remite, por tanto, a algo que va más allá del mero deterioro o destrucción material y que se extiende a cuanto suponga la privación del cumplimiento de los fines de interés general necesitados de preservación que aquí se hallan en juego⁷⁶. A la vista de la amplitud del concepto y de sus perfiles deliberadamente expansivos⁷⁷, parece evidente que este —más allá del interés que pueda presentar a efectos hermenéuticos— no puede trasladarse sin más al Código Penal para dar contenido a la modalidad delictiva que bajo la expresión *«expolio»* se recoge en el artículo 323, pues ello se conjugaría mal con el principio de taxatividad y certeza de los tipos penales.

Señala GARCÍA CALDERÓN⁷⁸ que históricamente el término expolio se utilizaba para designar el botín de los vencedores en situaciones bélicas y que tanto en el lenguaje conservacionista

⁷⁶ Para un análisis de la configuración jurisprudencial del concepto en la jurisdicción contencioso-administrativa con ocasión del caso del Plan de Cabanyal en Valencia, vid. GUIASOLA LERMA, C., *Delitos Contra Bienes Culturales: Una Aproximación al Concepto de Expolio en Derecho Penal*, Op. Cit., pág. 7 y ss.

⁷⁷ Como indeterminado lo califica BERMEJO LATRE, J.L., *La Indeterminación del Concepto de Expolio del Patrimonio Cultural*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 20, 2016, pág. 311 y ss.

⁷⁸ GARCÍA CALDERÓN, J. M^º, *La Defensa Penal del Patrimonio Arqueológico*, Op. Cit., pág. 189.

como en el coloquial el término se emplea para referirse al saqueo sistemático de bienes culturales en cualquiera de sus manifestaciones. Por su parte, el diccionario de la Real Academia define el verbo expoliar como «despojar algo o a alguien con violencia o con iniquidad» y en la propia literatura científica se usa como alusivo a conductas de saqueo, de despojo y de deterioro de bienes culturales, algo cuya historia, por lo demás, es mucho más larga que la de la propia idea de yacimiento arqueológico o que cualquier otra noción de patrimonio cultural⁷⁹. Coincidimos con GARCÍA CALDERÓN⁸⁰ y GUIASOLA LERMA⁸¹ en cuanto a que el concepto penal de expolio ha de aproximarse al significado gramatical del término. Pero poco se esclarece con ello, ante la más que defectuosa técnica legislativa empleada.

Distaría de resultar claro qué diferenciaría las conductas de expolio de las de daños y si tales conductas absorben o no a las actuaciones de sustracción y apropiación. Sostenemos que no parece que así sea, a la vista de los siguientes argumentos. En primer lugar, porque el concepto que podríamos denominar gramatical de expolio, como hemos visto, parece englobar al de daños si estos no se delimitan desde una consideración puramente económica. Pero esto no se compadece con el hecho de que el artículo 323 los distinga con claridad en su redacción. Si el precepto diferencia entre daños en yacimientos arqueológicos y expolio de yacimientos arqueológicos, ¿a qué se refiere con esto último? En segundo lugar, porque la pena que se prevé para el expolio es la misma establecida para los daños, mientras que la existencia de sustracciones, apropiaciones o apoderamientos supone un plus de desvalor que necesariamente habría de tener adecuado tratamiento penológico (no parece lógico pensar que al articular esta solución el legislador optó por favorecer penológicamente a los autores). En tercer lugar, porque el legislador no ha prescindido de todas las figuras agravatorias relacionadas con el Patrimonio Histórico previstas en otros preceptos del Código Penal. Y carece de sentido suponer que el legislador las ha mantenido para castigar las sustracciones y apoderamientos de cosas de valor artístico, histórico o cultural cuando estas se producen en cualquier lugar, *excepto en yacimientos arqueológicos*, porque en estos casos los desperfectos asociados a la sustracción implican un desvalor muy superior a lo que en otros ámbitos podría reconducirse a la esfera de la responsabilidad civil. En cuarto lugar, porque no se ha introducido en este ámbito una disposición similar a la que, por ejemplo, en materia de delitos contra la seguridad vial, se contiene en el artículo 382, lo que habría resuelto el problema. De ahí, en función de estos tres últimos argumentos, que discrepamos de GUIASOLA LERMA cuando considera que la tipificación de los actos de expolio parece conducir, con base en las reglas del concurso de normas del artículo 8 del Código Penal, a desterrar la solución de concurso de delitos al entender que el concreto de expolio del artículo 323 incluye tanto el apoderamiento o sustracción de piezas arqueológicas descubiertas como los daños materiales e inmateriales en el yacimiento⁸².

Tampoco nos convence la interpretación de DE LA CUESTA AGUADO⁸³ en cuanto a que el legislador habría pretendido diferenciar entre los daños en yacimientos arqueológicos en el sentido de material menoscabo o destrucción de bienes muebles (en el primer apartado del párrafo primero) y el expolio en sentido estricto, que englobaría el apoderamiento y los perjuicios inmateriales derivados de la pérdida de conocimiento científico. Y no nos convence, en primer lugar, porque, a pesar de las dificultades que ya hemos reseñado, ya antes de la re-

⁷⁹ Vid. NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., *El Expolio de Yacimientos Arqueológicos*, Op. Cit., pág. 175 ss.

⁸⁰ GARCÍA CALDERÓN, J. M^º, *La Defensa Penal del Patrimonio Arqueológico*, Op. Cit., pág. 189. Significativo resulta el título del capítulo en que este autor aborda estos problemas: *El Expolio: Un Tratamiento Jurídico Imposible*.

⁸¹ GUIASOLA LERMA, C., *Delitos Contra Bienes Culturales: Una Aproximación al Concepto de Expolio en Derecho Penal*, Op. Cit., pág. 11.

⁸² GUIASOLA LERMA, C., *Delitos Contra Bienes Culturales: Una Aproximación al Concepto de Expolio en Derecho Penal*, Op. Cit., pág. 16. No obstante, la autora reconoce las aporías a las que conduce esta solución y entiende razonable la propuesta de GARCÍA CALDERÓN, J. M^º, en V.V.A.A. (Dir. MORILLAS CUEVA, T.) *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, 2015, pág. 741 y ss., basada en criterios de proporcionalidad, consistente en diferenciar los casos en los que los bienes expoliados no tienen una entidad individualizada y se configuran como «restos arqueológicos» de aquellos otros donde los bienes tendrían un gran valor cultural, en cuyo caso habría que mantener una penalidad separada, merced al concurso medial, entre lo dañado y lo sustraído.

⁸³ DE LA CUESTA AGUADO, P., *La Reforma de los Delitos Contra el Patrimonio Histórico. El delito de Expolio*, en V.V.A.A. (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.) *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, PAMPLONA, 2015, pág. 650.

forma era posible englobar tales perjuicios inmateriales en el concepto de daños que emplea el primer apartado del párrafo primero; pero después de la reforma, con la desaparición de la valoración económica, ello es mucho más claro, de manera que atribuirle ese contenido al expolio resultaría innecesario y redundante. Y en segundo lugar porque si se considera que el expolio en sentido estricto engloba las conductas de sustracción y apropiación y los daños inmateriales, no tiene sentido —como ya anticipábamos— que pese a ese superior desvalor de acción y resultado la penalidad sea la misma que la de los daños.

¿Cuál será entonces el concepto penal de expolio a estos efectos? Ante todo, considero que introducir el delito de expolio de la forma en que lo ha hecho el legislador, lejos de resolver problemas que ya se planteaban, añade otros nuevos y supone, por tanto, un factor añadido de distorsión en los inestables e insuficientes equilibrios hermenéuticos que el tiempo había permitido alcanzar⁸⁴. La práctica judicial lo pondrá en evidencia. No obstante esto, y a fin de minimizar esos perturbadores efectos, creo posible —porque alguna hay que darle— ofrecer una interpretación del delito de expolio de yacimientos arqueológicos que resulte lo menos disfuncional posible. Partamos de que con el concepto penal de expolio se debe estar aludiendo a algo distinto a daños, porque los daños —tanto los materiales como los inmateriales— ya se contemplan en el nuevo concepto que sin referencia a valor económico se contiene en el primer apartado del párrafo primero del artículo 323. Por otra parte, el concepto penal de expolio debe venir referido a algo distinto de las conductas de sustracción, apropiación y apoderamiento, porque el legislador ha optado por mantenerlas manteniendo las agravaciones específicas. No solo eso, sino que la nueva redacción de tales preceptos tras la reforma facilita la aplicación del concurso de delitos, como ya venía haciéndose por los Juzgados y Tribunales. Piénsese en la nueva regulación de la apropiación indebida, en la medida en que se sustituye la expresión «*cosas perdidas o de dueño desconocido*» por la de «*cosas muebles ajenas*», y en la regulación del hurto agravado, que podría ser aplicado —aunque aquí la cuestión es polémica— sin que sea necesario que el valor de los bienes alcance los 400 euros, conforme establece el artículo 234.2 del Código Penal⁸⁵.

Lo anterior nos habrá de llevar a considerar que la noción penal de expolio juega en este contexto un papel de cláusula de cierre. Con ello se estaría recogiendo una tipificación residual para evitar supuestos de impunidad⁸⁶. Ya veíamos que esa era una de las razones justificativas sostenidas por quienes abogaban por la conveniencia de la tipificación de este delito. Ello se sitúa además en línea con los criterios hermenéuticos que se derivan de la noción administrativa de expoliación. Por tanto, nos posicionamos en discrepancia con la mayor parte de la doctrina, que aboga por un adelgazamiento del concepto penal de expolio en relación con su conceptualización en el derecho administrativo. Sostenemos que con dicho concepto lo que se está realizando es un adelantamiento de la barrera punitiva frente a actos de puesta en peligro —aunque con excavación o remoción de tierras— del yacimiento⁸⁷. Con el delito de expolio podrían castigarse conductas que supongan *perturbación de la función social de los yacimientos arqueológicos*. Esto es, conductas que provocan ese efecto sin llegar a ocasionar daño en el sentido en que lo venimos considerando a lo largo de este trabajo⁸⁸. Pensemos en algunos ejemplos: supuestos

⁸⁴ De «*caótica desde una perspectiva sistemática e insegura desde una perspectiva criminológica*» califica la decisión del legislador GARCÍA CALDERÓN, J.M.³, *La Defensa Penal del Patrimonio Arqueológico*, Op. Cit., pág. 191.

⁸⁵ Cfr. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E., *El Delito de Daños al Patrimonio Histórico*, Tesis Doctoral, <https://hera.ugr.es/tesi-sugr/26082500.pdf>, Granada, 2015, pág. 171.

⁸⁶ En lo que sigue, aun no coincidiendo plenamente en las conclusiones, tomamos algunas ideas del trabajo de OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección Penal de los Daños al Patrimonio Histórico (Tras la Reforma del Código Penal Operada por la LO 1/2015)*, Op. Cit., pág. 346 y ss.

⁸⁷ Cuya conveniencia en términos político-criminales creemos haber puesto de manifiesto en estas páginas.

⁸⁸ Tuve ocasión de exponer estos planteamientos en la *Mesa Redonda: La Fiscalía y la Tutela del Patrimonio Histórico*, que tuvo lugar en el *Congreso Internacional El Expolio de Bienes Culturales. Instrumentos Legales frente al Mismo*, organizado por la Universidad Jaime I (Castellón) en octubre de 2017. Con posterioridad, en un fructífero debate científico con la profesora GUI-SASOLA LERMA, directora del congreso, esta me hizo ver sus dudas desde el punto de vista de la proporcionalidad atendiendo a la penalidad que el legislador prevé en estos casos, toda vez que es la misma pena para el delito de daños en yacimientos arqueológicos y para el de expolio. Considero que el resultado lesivo que supone la perturbación de la función social de los yacimientos arqueológicos justifica dicha penalidad y, por otra parte, la de la proporcionalidad es cuestión que incumbe al legislador y no modula la interpretación, pero no dejo de reconocer lo problemático de que la penalidad sea esa.

de excavaciones ilegales realizadas, no obstante, con metodología arqueológica, o excavaciones sin dicha metodología que produzcan —y ello es concebible— alteración física sin llegar a producir el deterioro del registro arqueológico como fuente de información histórica. Por otra parte, el delito de expolio de yacimientos arqueológicos debería servir también para castigar aquellos supuestos de conductas de sustracción no susceptibles de ser subsumidas en las figuras reguladas fuera del Capítulo II del Título XVI del Libro II del Código Penal⁸⁹. Nos referimos a esos casos respecto de los que antes de la reforma de 2015 parte de la doctrina, con base en la consideración de cuál es el momento de surgimiento de la demanialidad, venía encontrando dificultades para articular su tipicidad. Aunque en estos casos la ubicación del delito de expolio dentro de los delitos de daños imposibilita aplicar posteriormente la receptación si el bien expoliado se ha adquirido, ocultado o recibido por un tercero, aunque podría —en su caso— dar lugar, sobre todo en los supuestos de criminalidad organizada vinculada al tráfico ilícito, a la aplicación de los tipos de blanqueo. También acogería la figura aquellas conductas de sustracción de lo que GARCÍA CALDERÓN⁹⁰ denomina bienes arqueológicos que *«no cuentan con una entidad individualizada y se configuran, más bien, como simples restos arqueológicos de poca importancia y un escaso valor material o científico»*.

8. El convenio del consejo de europa de 2017 sobre delitos relacionados con los bienes culturales. Posibilidad de incidencia futura sobre el delito de expolio de yacimientos arqueológicos

Terminaremos este trabajo con algunas breves consideraciones respecto del *Convenio sobre las Infracciones Relativas a los Bienes Culturales* del Consejo de Europa y su posible incidencia, en el caso de su firma y ratificación por España, en lo atinente a la regulación penal de los delitos sobre el patrimonio cultural y, más específicamente, del expolio de yacimientos.

Como señala el profesor ROMEO CASABONA⁹¹, se trata de un instrumento internacional cuyo objeto es prevenir y combatir el tráfico y la destrucción ilícitos de bienes culturales, en el marco de las diversas acciones emprendidas por el Consejo de Europa para combatir el terrorismo y la delincuencia organizada, con especial intensidad la de carácter transnacional. Su dimensión penal es la principal novedad, al estar orientado al establecimiento de figuras delictivas, si bien en algún caso estas infracciones puedan tener una naturaleza administrativa y no penal, a elección de los Estados parte.

Las figuras delictivas que incorpora el Convenio son las siguientes:

- a) Robo y otras formas de apropiación ilícita (art. 3).
- b) Excavaciones y extracciones ilícitas (art. 4).
- c) Importación ilegal (art. 5).
- d) Exportación ilegal (art. 6).
- e) Adquisición ilegal (art. 7).
- f) Introducción en el mercado (art. 8).
- g) Falsificación de documentos (art. 9).
- h) Destrucción y daños (art. 10).

⁸⁹ Lo que a su vez reabre la cuestión de la posible relación concursal entre los distintos supuestos de conductas contempladas en el artículo 323.

⁹⁰ GARCÍA CALDERÓN, J. M^º, *La Defensa Penal del Patrimonio Arqueológico*, Op. Cit., pág. 198.

⁹¹ ROMEO CASABONA, C. M^º, *El Convenio del Consejo de Europa de 2017 Sobre Delitos Relacionados con los Bienes Culturales*, en *Expolio de Bienes Culturales. Instrumentos Legales Frente Al Mismo*, V.V. A.A., Dir. y Coord. GUIASOLA LERMA, C., Valencia, 2017, pág. 312.

Lo primero que cabe destacar es que no aparece el expolio como figura delictiva autónoma. Por otra parte, el Convenio contempla la posibilidad de presentar reservas respecto del cumplimiento de algunos de sus aspectos, lo que implica, según el propio texto, que en caso de hacerse uso de las mismas las conductas a las que se refieren habrán de ser sancionadas como infracciones administrativas. Tres de las cuatro previstas —la cuarta se refiere a la eliminación de tipos agravados de terrorismo— resultan especialmente significativas en lo que ahora no ocupa.

En primer lugar, la referente al delito de excavaciones y extracciones ilegales. La reserva se refiere a las conductas delictivas descritas en el artículo 4.1) a) la excavación en superficie o subacuática con el fin de encontrar y extraer un bien cultural sin la autorización requerida por la ley del Estado en el que tuvo lugar la excavación; b) la extracción y retención de un bien cultural mueble sin la autorización requerida por la ley del Estado en el que tuvo lugar la excavación; c) La retención ilegal de un bien cultural mueble excavado de conformidad con la autorización requerida por la ley del Estado en el que tuvo lugar la excavación.

En segundo lugar, y con una redacción muy similar a la anterior, la que se refiere al delito de importación ilegal. La reserva se refiere a la importación ilegal, esto es, la importación de un bien cultural mueble siempre que dicho bien haya sido: a) sustraído en otro Estado; b) excavado o retenido en las circunstancias descritas en el artículo 4 del Convenio; o c) exportado con violación de la ley del Estado que ha clasificado, definido o específicamente designado como tal bien cultural de conformidad con el artículo 2 del Convenio.

En tercer lugar, se recoge una reserva respecto del delito de destrucción o daños a un bien cultural, lo que responde —como anota ROMEO CASABONA⁹²— a la consideración que la obligación de tipificación delictiva podría llevar, por ejemplo, en casos de daño o destrucción de un bien cultural de propiedad del propio perpetrador del hecho, podría ir contra el amplio reconocimiento del que goza el derecho de propiedad en el ordenamiento interno de algunos países y en algún as de sus constituciones.

Lo que ahora nos interesa mencionar es que, en el caso de la firma y ratificación por España del Convenio, será necesaria una reforma del Código Penal para adaptarlo al mismo. Así, ROMEO CASABONA⁹³ se refiere a las conductas de importación y exportación ilegal, pero lo que verdaderamente resultaría conveniente es una revisión de conjunto de la legislación penal sobre el patrimonio cultural, configurándola de manera unitaria y aprovechando —en lo que ahora nos concierne— para una delimitación de los actos ilícitos sobre yacimientos arqueológicos, dotando así de contenido material al concepto de expolio, de cuya permanencia en el articulado del Código Penal se podría perfectamente entonces prescindir.

⁹² ROMEO CASABONA, C. M^a, *El Convenio del Consejo de Europa de 2017...*, Op. Cit., pág. 323.

⁹³ ROMEO CASABONA, C. M^a, *El Convenio del Consejo de Europa de 2017...*, Op. Cit., pág. 329.

La prevención del tráfico ilegal de bienes culturales desde la perspectiva europea

Autor: Pilar Barraca de Ramos

Consejera técnica. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte

1. Preámbulo

La lucha contra el tráfico ilegal del patrimonio cultural es un tema recurrente en la Administración General del Estado español, desde que la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español, de 25 de junio, (LPHE) salió a la luz¹. Ciertamente, se han dedicado todos los esfuerzos para la propia lucha contra el tráfico ilegal del patrimonio, pero quizás habría que referirse a métodos preventivos para evitar el propio tráfico ilícito, y en este contexto, me ha parecido que es la ocasión para presentar de una manera global la perspectiva europea en relación con esta temática, aunque sin obviar los ejemplos de su aplicación en España. Lo cierto es que una protección total de los bienes culturales no es totalmente efectiva solo a través de la normativa específica, tanto a nivel jurídico como judicial, sino que se deberían tratar más exhaustivamente los procedimientos preventivos dirigidos a evitar el expolio, el robo y el contrabando de los bienes culturales, así como su exportación o importación ilícitas. Para llevar a buen puerto los procedimientos contra la movilidad ilícita de los bienes, así como su recuperación, es necesario tener en cuenta todos los mecanismos de protección jurídica existentes empezando por las legislaciones nacionales y continuando por las convenciones y tratados internacionales, además del uso de acciones de arbitraje y cooperación nacional e internacional². Porque en la actualidad los procesos van encaminados de forma general a la recuperación y restitución de bienes muebles, en procedimientos independientes en cada sector involucrado dependiendo de si se trata de protocolos policiales, aduaneros, o judiciales.

En un principio, la prevención podría parecer en sí una actitud pasiva frente a la expoliación en todas las variantes del patrimonio. La razón podría encontrarse en el núcleo del sistema que hace interrogarse sobre el conocimiento exacto de cómo se produce dicho expolio, quién lo produce, y qué consecuencias tiene. En realidad, el expolio se produce directamente sobre el patrimonio inmueble y el resultado del vandalismo, del pillaje o del saqueo, es la obtención clandestina de bienes muebles que deben tener una salida en los mercados ilegales. Obviamente, la lucha contra esta movilidad o tráfico ilícito solo obedece al intento de las naciones de recuperar los objetos que un día formaron parte de su cultura. Por ello, parece necesario estudiar los aspectos que han hecho surgir primero ese tráfico ilícito y, posteriormente, la reacción lógica aunque a veces un poco tardía de las administraciones para regular el comercio legal del arte y el consiguiente mercado ilícito que conlleva cualquier actividad lucrativa, o bien para prevenir el expolio de los sitios y monumentos que se da bien en casos extremos, como catástrofes naturales, o bien por intencionalidad voluntaria. Pero ante todo, es necesario tener en cuenta todos los instrumentos jurídicos que establecen distintos procedimientos para evitar o prevenir las situaciones singulares que, a su vez, producen los distintos tipos de depredación del patrimonio cultural.

¹ Para la realización de este artículo me ha parecido oportuno utilizar los diferentes cursos, la mayoría inéditos, sobre la protección del patrimonio que, organizados desde la Subdirección General de Protección del Patrimonio Histórico, han puesto en valor una temática poco desarrollada en los procedimientos comunes a seguir antes situaciones extremas. En estos cursos han participado fiscales, jueces, abogados del Estado, miembros de las brigadas de patrimonio histórico, y funcionarios de Cultura. Todos ellos con una gran experiencia forjada en el ejercicio diario de su trabajo anónimo, razón por la que aquí se les rinde cumplido homenaje.

² Las publicaciones en español sobre la normativa internacional son pocas, anticuadas, o casi inexistentes, como mucho se pueden encontrar monografías dedicadas a alguna directiva o convención concretas. Es ilustrativo el artículo de C. Guisasaola "La protección penal del Patrimonio Cultural en el Derecho comparado", en Tres estudios jurídicos sobre el Patrimonio Histórico, Sevilla 2005, pp.81-127.

En Europa se trabaja desde diferentes ámbitos. En primer lugar, hay que distinguir a la Unión Europea (UE), que establece la normativa común a todos los Estados Miembros (EM), y de forma paralela, están aquellos organismos intergubernamentales como el Consejo de Europa (CdE) o UNESCO que establecen convenciones y recomendaciones para la preservación del patrimonio cultural en su conjunto, y concretamente para los diversos tipos de patrimonio, todas ellas de gran importancia para la protección de los bienes culturales en su noción global, aunque este artículo lo dedicará a la normativa europea dedicada a la prevención del patrimonio cultural, y aquella otra normativa de ámbito internacional que tiene un gran peso en el territorio europeo³ aunque a veces los procedimientos deban ser focalizados al exterior de dicho territorio.

Prevención es una palabra de uso habitual que vamos a encontrar en toda la normativa, y con ello se nos están dando las pautas necesarias para establecer planes organizados que, no solo protejan el patrimonio cultural, sino que también se dirijan al establecimiento de normas comunes en un contexto de cooperación entre los diversos sectores, tanto a nivel nacional como internacional. Todo ello conduce a evitar la pérdida de nuestros valores culturales, y a lograr el mayor éxito en la preservación del patrimonio cultural.

1.1. Nociones sobre bienes culturales, su tipología y características, y posible prevención ante su pérdida

Cuando se trata el concepto de bienes culturales, en los ámbitos europeo e internacional la referencia es casi siempre para los bienes muebles, con independencia del tratamiento que se le da en la legislación española de Patrimonio Histórico, que engloba tanto a bienes muebles como inmuebles con carácter cronológico que le otorga su historicidad. Las convenciones y recomendaciones internacionales tratan como patrimonio cultural tanto a muebles como a inmuebles de cualquier época, aunque la mayor parte se refiere a bienes culturales, no tanto en relación con el expolio en sí como para las acciones por las que los bienes muebles han sido robados y exportados clandestinamente, y en algunos casos muy significativos, también para los bienes procedentes del saqueo de poblaciones vulnerables por la situación, militar, política o social. Por otro lado, a lo largo del siglo XX han surgido recomendaciones que mencionan los términos de “patrimonio cultural” en las que aluden al patrimonio inmueble susceptible de ser expoliado⁴. En este sentido, hay una clara tendencia a tratar sobre patrimonio cultural, sin márgenes cronológicos, e incluyendo a toda la variedad tipológica que en Europa ha llevado a contener en esta expresión al llamado patrimonio digital, aunque la determinación del contenido de esa expresión sigue siendo confusa y sus límites, indefinidos. Por lo que respecta a España, el debate sobre patrimonio cultural o patrimonio histórico no tiene visos de terminar⁵, e induce a pensar que la LPHE vigente se está quedando un poco corta y con ciertas lagunas en lo que se refiere a una protección eficaz, especialmente en el ámbito penal. Ello se agrava con la aparición de las legislaciones autonómicas y la diversidad terminológica que no solo atañe a la expresión genérica del patrimonio sino también a las variadas tipologías de bienes muebles e inmuebles susceptibles de ser protegidos.

El jurista de UNESCO Lybdek V. Prott, Jurista, Jefe de la Sección de Normas Internacionales en la División de Patrimonio Cultural de la UNESCO, realiza un estudio global bastante sintético sobre el significado actual de la expresión “patrimonio cultural”, sobre las normas esenciales para la preservación del patrimonio cultural, y sobre los conceptos que giran en torno al patri-

³ A este respecto, se debe notar que en España existe una bibliografía muy dispersa y repetitiva sobre las principales convenciones, y de ellas, sobre temas concretos mejor asimilables al caso español y con interpretaciones a veces muy subjetivas. Sin embargo, en algunos países europeos se ha publicado abundantemente, especialmente en Italia, Francia, Suiza y Reino Unido. En CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. aparece un gran elenco de bibliografía europea: *Contratos de importación y exportación de bienes culturales*. Soberanía del Estado y derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo. Sevilla, 2005, pp. 259-262.

⁴ Recomendación sobre la Conservación de los Bienes Culturales que la Ejecución de Obras Públicas o Privadas pueda poner en Peligro, UNESCO, 1968.

⁵ Sobre la cuestión terminológica, GARCÍA CALDERÓN, Jesús. *La relación del patrimonio histórico con el derecho penal*. Curso La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, Madrid, 2006, p. 67-84.

monio⁶. Este interesante artículo no tiene fecha de redacción, aunque por su lectura podríamos situarlo en torno a 1998⁷, y en consecuencia podría parecer anticuado pero lo más destacable en él es precisamente la reflexión, nunca pasada de moda, de la interrelación de las diferentes culturas a través de las normativas internacionales emitidas por UNESCO, y su posicionamiento ante la diversidad de los bienes culturales y la problemática de su preservación.

En las últimas décadas, la definición de estos conceptos ha llevado a importantes debates en el seno de los distintos comités europeos relacionados con el patrimonio cultural, como es el caso del Comité Consultivo de Bienes Culturales UE⁸ encargado de crear las resoluciones sobre el control de exportaciones, o bien el actual Comité Director de Cultura, Patrimonio y Paisaje (CDCPP) del CdE, e incluso en los distintos comités de UNESCO, donde el esclarecimiento de este complejo término es fundamental para la selección de candidaturas a Patrimonio de la Humanidad. Por este motivo, han surgido nuevas percepciones en la redacción de las normativas que protegen el patrimonio cultural. Este desarrollo es fundamental, ya que el patrimonio engloba una multiplicidad de elementos muy relacionados con el desarrollo de la sociedad actual⁹, entre ellos los que abarcan conceptos más amplios en compromiso con otros sectores, como el medio ambiente, cuya protección está relacionada con el amparo dedicado tanto a los bienes culturales muebles¹⁰ como inmuebles. Por tanto, debemos considerar que el patrimonio cultural afecta por igual a los diferentes sectores, tanto públicos como privados, que lo gestionan, debiendo prevalecer su función social en la adopción de medidas para su protección y preservación¹¹.

1.1.1. En referencia al tema que nos ocupa, sobre el tráfico ilícito de los bienes culturales, si bien es cierto que la alarma surge ante la pérdida de bienes muebles, y la concienciación de esta pérdida se refleja especialmente en los movimientos ilícitos fuera del país de origen, es decir sobre las exportaciones ilegales. Es por ello que las primeras normas que hacen referencia al tráfico ilícito se circunscriben al ámbito de las exportaciones¹², y en este contexto, aparte de obviar la problemática de las importaciones se hace alusión a este aspecto en relación con la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Además, si esta situación ha surgido durante el siglo XX es porque, prácticamente, y con excepciones notables como la italiana o la francesa¹³, en la mayoría europea no existía normativa jurídica sobre las exportaciones de bienes culturales, hasta los años ochenta o noventa. En el ámbito español, sin embargo, la protección jurídica sobre la exportación existía desde 1911 y a lo largo de todo el siglo XX se han regulado distintos grados de protección tanto para bienes muebles como inmuebles.

Algo similar debería haber ocurrido con las importaciones, debido a que la falta de control de las mismas ha originado multitud de entradas ilegales que han sido legalizadas, bien pasado un tiempo o bien con los traslados sucesivos dentro del territorio de la UE¹⁴. España ha sido pionera en el control de importaciones, en cumplimiento del art. 32 LPHE, y por esta experiencia se ha insistido repetidamente en los foros de la UE por implantar un sistema de inspección de

⁶ Prott, L.V. Normas internacionales sobre el patrimonio cultural. <http://132.248.35.1/cultura/informe/Art14.htm> pp. 1-18, 12-02-2018.

⁷ La fecha tiene un margen *ante-quem* por la alusión a una reunión en UNESCO durante junio de 1997, mientras que la cronología última la define por un lado la mención a la Convención de La Haya y su Protocolo, cuando el II Protocolo se hizo en 1999, y por otro lado a la publicación de UNESCO sobre la diversidad cultural, prolegómeno de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, de noviembre de 2001.

⁸ Reglamento CEE 1468/81 relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados Miembros.

⁹ MÉNDEZ FONTE, R. *Las variantes del concepto "eficacia" en la protección del patrimonio mueble*. Actas de los Encuentros de Primavera de la Universidad de Cádiz en el Puerto de Santa María, Serie Encuentros de Primavera en el Puerto, n 5, pp. 53-81. Cádiz, 2001.

¹⁰ GARCÍA CALDERÓN, J.M^a. *La protección penal del Patrimonio Histórico mueble*, Actas de los Encuentros de Primavera de la Universidad de Cádiz en el Puerto de Santa María, Serie Encuentros de Primavera en el Puerto, n 5, p. 8. 2001

¹¹ LÓPEZ BRAVO, C. *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*. Sevilla, 1999, p. 63.

¹² Reglamento (CEE) n° 3911/92 del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales, y Reglamento (CEE) n° 752/93 de la Comisión, de 30 de marzo de 1993, relativo a las disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) n° 3911/92 del Consejo.

¹³ Guisasola Lerma, C., 2005, *Op. Cit.* pp. 94 y ss.

¹⁴ BARRACA DE RAMOS, P. *La protección jurídica del Patrimonio Histórico en la actuación de los Departamentos de Cultura*. Protección jurídica del Patrimonio Cultural, Sevilla, 2009, pp.

la entrada de bienes culturales en EM de la UE, con el fin de evitar en lo posible las potenciales entradas de mercancías ilícitas en estos países. En la preparación de una nueva Directiva ya se han introducido las reformas necesarias a estos efectos en un protocolo que está en redacción y se espera que vea la luz próximamente.

Podría señalar que, en líneas generales, se han tratado recurrentemente los distintos procedimientos de lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales muebles, pero convendría mencionar brevemente el tratamiento dado a los bienes inmuebles que han sido objeto de expolio. Es trascendental mantener el equilibrio de la definición entre bien mueble e inmueble, así como a la protección jurídica dada a ambos, cuando se trata de proteger a los muebles sometidos al movimiento ilegal, porque la LPHE contempla a la hora de amparar el patrimonio sobre todo a los inmuebles aunque los delitos de apoderamiento se proyecten sobre los bienes de naturaleza mueble. Aunque el Código Penal (CP) en el *Capítulo II de los delitos contra el patrimonio histórico* en los art. 321 a 324¹⁵ señala una serie de sanciones por diferentes delitos contra los inmuebles, con términos como “especialmente relevantes” o “singularmente protegidos” encontramos una cierta ambigüedad, además de la terminología aplicada, en el listado incluido, donde se equiparan determinados conceptos del inmueble como contenedor con la clasificación que la LPHE define. Al mismo tiempo y, en referencia al patrimonio arqueológico, en el CP es añadido al final como una tipología más, cuando en realidad la LPHE considera al patrimonio arqueológico dentro del conjunto de bienes susceptibles de ser considerados patrimonio histórico o sujetos a una protección jurídica de mayor nivel¹⁶.

En este mismo contexto, conviene tener en cuenta la normativa europea que ya contempla desde los años sesenta del siglo XX, distintas normas para la protección de los bienes inmuebles en casos como el de la realización de obras públicas o privadas¹⁷ de 1968, salvaguardando no solo a los inmuebles con valores culturales sino que está esencialmente dirigida a la preservación del patrimonio arqueológico, alentando a los gobiernos a armonizar la conservación de la herencia cultural con las transformaciones que reclamaba ya entonces el desarrollo social y económico. A pesar de que España es miembro de la UNESCO desde 1953, es decir, que en los años sesenta deberían haberse aplicado esta y otras recomendaciones para la preservación del patrimonio, no se tuvieron en cuenta y lo cierto es que precisamente esa década fue testigo en España de innumerables demoliciones de conventos, monasterios y edificios históricos, así como de la destrucción de los yacimientos arqueológicos que hubieran aparecido en sus solares. Todo ello para fomentar en España un desarrollo urbanístico de ensanches imparable¹⁸ en su momento, y que hoy continúa, que colisionaba con el empeño y esfuerzo europeo durante las mismas décadas para recuperar el patrimonio, arquitectónico y arqueológico, destrozado durante la II Guerra Mundial.

Aunque cabe decir que existen suficientes referencias hacia el patrimonio arqueológico como bien jurídico ya que constituye una importante prueba de lo que en su día fue una manifestación cultural¹⁹, la mayor parte se refiere de manera tradicional a los yacimientos terrestres y hay que entender que a los situados en zonas rurales, pero debo notar que se nota un vacío en lo que respecta a la arqueología urbana y subacuática. En este caso singular del patrimonio arqueológico, parece no haber discusión sobre la necesidad de legislar en el derecho penal, aunque la equiparación del nivel de protección o de las sanciones aplicables a los delitos contra este bien único esté al mismo nivel que otros que quizás debieran ser incluidos en otras categorías inferiores.

¹⁵ Código Penal (CP), Cap. II, art 321-324.

¹⁶ GARCÍA CALDERÓN, J.M^º. *La protección penal del patrimonio arqueológico*. Protección jurídica del Patrimonio cultural, Sevilla, 2009, pp. 119-161.

¹⁷ Recomendación sobre la Conservación de los Bienes Culturales que la Ejecución de Obras Públicas o Privadas pueda poner en Peligro, UNESCO, 1968.

¹⁸ FERNÁNDEZ PARDO, F. *Dispersión y destrucción del patrimonio artístico español*. vol.V, (1936-2007), Madrid, 2007, p. 292, donde señala un informe de 1978 del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo en el que se reconoce un proceso de desaparición y degradación del patrimonio arquitectónico en España, durante el siglo XX.

¹⁹ CORTÉS BECHIARELLI, E. *Función social y tutela penal del patrimonio arqueológico*. Tres estudios jurídicos sobre el patrimonio histórico, Sevilla, 2005.

Muy acertadamente, Cortés Bechiarelli señala dos aspectos fundamentales del art. 323²⁰ del CP, por un lado la contradicción que equipara las sanciones para un patrimonio tan destacado como el arqueológico, y yo añadiría también los bienes susceptibles de ser considerados de interés cultural en general, con otro tipo de inmuebles como registros o centros docentes; y por otra parte, apunta al desconocimiento generalizado de lo que se define como un yacimiento arqueológico o la dificultad de establecer qué bienes son muebles o inmuebles²¹. Debería entenderse que el patrimonio arqueológico es especialmente vulnerable, y por ello requiere de una mayor protección jurídica y quizás de un tratamiento penal de acuerdo al nivel de las infracciones cometidas contra él. En este sentido, cabe señalar que la LPHE integra el patrimonio material en la definición de bien mueble para todo lo que haya sido creado con la finalidad y sea susceptible de ser movido, y para bien inmueble todo aquello que tenga el carácter de inamovible, incluso restos arquitectónicos que hayan sido arrancados o extraídos de su contenedor. Lo cierto es que al final es una realidad el que, ante un yacimiento arqueológico expoliado de cualquier categoría, el perjuicio producido al propio sitio arqueológico no es recuperable.

Sin entrar en mayores consideraciones sobre el patrimonio arqueológico, sí me gustaría añadir el esfuerzo de diferentes asociaciones y organismos europeos que trabajan por la puesta en común de sus procedimientos de gestión en relación a la arqueología. Este es el caso de la Asociación Europea de Arqueología que, en aplicación de la Convención de La Valleta, promueve la difusión de simposios en los que se han analizado los aspectos técnicos de diferentes sistemas legales en vigor, aparte de intentar llegar a soluciones preventivas para la mejor preservación y control de yacimientos en otros escenarios habituales en sociedades bastante evolucionadas, como es el caso en el territorio de la UE en referencia al desarrollo urbanístico²² y a la problemática que se suscita sobre la preservación para el futuro de yacimientos no conocidos o existentes en substratos susceptibles de ser removidos por obras. Pero además, sería conveniente que se tuviera en cuenta no solo la variedad tipológica de los yacimientos, sino también lo extraordinario de determinados contextos que son susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica pero que no constituyen en sí mismos yacimientos arqueológicos en el sentido tradicional que se ha dado, como es el caso de aplicación de la Ley de Memoria Histórica, que se rige por otro ordenamiento jurídico y judicial.

Todas estas reflexiones deberían ser axioma para un amparo mejor definido, tanto jurídico como judicial, para proceder adecuadamente a la mejor defensa y resguardo de este patrimonio, y evitar su expolio o robo. En este sentido, además del reconocimiento debido a las recuperaciones de los bienes arqueológicos extraídos clandestinamente que posibilitan su disfrute en los museos porque suponen un acercamiento a la cultura del yacimiento, deberían ser consideradas otro tipo de actuaciones más eficaces que frenasen el expolio arqueológico, pues a pesar de que el rescate sea significativo, los bienes recuperados ya están descontextualizados. Una pérdida similar del valor cultural de ese patrimonio ocurre con las obras públicas realizadas sin control arqueológico, donde ni siquiera se puede calcular el daño infligido²³.

1.2. Circunstancias que determinan la movilidad de los bienes culturales

Respecto al tráfico de los bienes culturales, si existe es porque su destino es el mercado que produce un comercio lucrativo. Que el tráfico sea ilegal depende de varios factores: 1) la existencia de comerciantes clandestinos que se benefician de situaciones límite y aprovechan la

²⁰ CÓDIGO PENAL (CP), Cap. II, art 323 modificado por el art. único.172 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

²¹ CORTÉS BECHIARELLI, Op. Cit., 31 y ss., sobre la distinta terminología que se aplica sobre distintas aplicaciones funcionales del bien.

²² FLORJANOWICZ, Paulina, ed. *When Valleta meets faro. The reality of European archaeology in the 21st century*. EAC Occasional Paper, no. 11, 2016.

²³ A este respecto, uno de los mejores ejemplos sería la construcción de embalses y presas para los que deben ser inundadas enormes extensiones de terrenos en los que quedan yacimientos arqueológicos, otros yacimientos son destruidos por la construcción, y finalmente los pueblos que quedan anegados por el agua se han convertidos en sitios arqueológicos subacuáticos, cuyos restos inmuebles afloran en época de fuerte sequía.

coyuntura creada por escenarios que no pueden proteger adecuadamente los bienes; 2) la existencia de adquirentes sin escrúpulos que se benefician de las compras aun conociendo el origen ilegítimo de las obras; 3) la ausencia de un exhaustivo control de importaciones y exportaciones de las autoridades nacionales²⁴.

Además, tenemos varios factores a tener en cuenta para entender la facilidad con que el traficante ilegal se hace con los bienes culturales: 1) los sitios con una gran riqueza por el gran nivel urbanístico, social y económico en su época, pero que perviven en la actualidad bien como yacimientos arqueológicos o como espacios urbanos; 2) la sostenibilidad económica del patrimonio cultural que es desarrollada a través de su visibilidad, alcanzando altos niveles de reconocimiento como los de UNESCO que conllevan el valor excepcional, y con ello la atracción hacia sus maravillas a través de exposiciones; 3) la existencia de los mercados de arte legales que hacen posible la movilidad de los bienes culturales, suponiendo en muchos casos una gran facilidad para camuflar el tráfico ilícito, además de proporcionar los contactos suficientes para saber donde legalizar o regular la situación clandestina de los bienes sustraídos; 4) el bajo nivel de control que se tiene habitualmente en los movimientos legales de obras de arte o colecciones museísticas, por ejemplo para exposiciones temporales internacionales, pese a todas las recomendaciones dadas al respecto, y siempre con las honrosas excepciones de las actuaciones preventivas hechas por los grandes museos²⁵; 5) los escasos estudios sobre la trazabilidad de las obras de arte, ya que se tiende a adquirir bienes culturales para las colecciones museísticas sin conocer su periplo a lo largo de los años y, voluntaria o involuntariamente, se olvida su historia²⁶, ya que es habitual centrar la investigación en aspectos iconográficos o estilísticos; 6) por añadidura, hay que destacar la gran deficiencia en la formación tanto, estudiantil, universitaria, o especializada, sobre los valores de discreción y confidencialidad.

Todos estos factores que he señalado son apasionantes en sí mismos y merecen su propia monografía, ya que sobre ellos se podría recapacitar dilatadamente, y responden a condicionantes sociales, por lo que se debería legislar de acuerdo a ellos. La realidad es que los diferentes sectores, civiles, policiales, o judiciales, que previenen o actúan contra el tráfico ilegal con sus procedimientos específicos, chocan entre ellos porque incluso la terminología a aplicar es heterogénea y provoca disensiones sobre su significado, bien de articulados concretos, bien de cuál es la mejor táctica a seguir.

1.3. En referencia a la facilidad de apoderamiento de bienes culturales

El gran desarrollo tecnológico de las últimas décadas ha hecho posible un conocimiento casi exhaustivo, en prácticamente todo el mundo, de lo que es posible adquirir en un momento determinado, ya sea de manera legal o ilegal²⁷. Ello hace más vulnerable a un patrimonio cuya protección jurídica no solo no es igual en todos los países del continente europeo, sino que en algunos casos todavía es prácticamente inexistente. Es decir, habría que poner en relación comparativa la cantidad de población de cada uno de los países, con su nivel cultural, capacidad operativa de protección efectiva, y con los tipos variados de patrimonio existente. En

²⁴ TERCERO ALFONSETTI, J. *La valoración de las obras de arte*. Actas de los X Cursos Monográficos sobre el Patrimonio Histórico, Reinosa (Santander), 2000, pp. 21-35.

²⁵ Sobre este tipo de factor de riesgo, se refiere la RECOMENDACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES MUEBLES 28 de noviembre de 1978 (RPBM) de UNESCO.

²⁶ Véase la Recomendación sobre la Protección de los Bienes Culturales Muebles de UNESCO, 1964 en donde ya se señalaba en el punto 14 que: *Los acuerdos bilaterales o multilaterales deberían contener, siempre que fuera necesario o conveniente, disposiciones que permitiesen a los servicios competentes de cada Estado comprobar, en caso de oferta de cesión de un bien cultural, que nada permite considerar este bien como procedente de un robo, de una exportación o de una transferencia ilícitas, o de cualquier otra operación considerada ilegal por la ley del Estado de donde proceda la exportación, por ejemplo, exigiendo la presentación del certificado a que se refiere el párrafo II. Deberían ponerse en conocimiento de los servicios interesados toda oferta sospechosa y toda precisión a este respecto.*

BARRACA DE RAMOS, P. *La recuperación de las obras perdidas a través del mecenazgo empresarial: el caso de Santa Rufina de Velázquez*. Simposio Internacional En torno a Santa Rufina, Velázquez de lo íntimo a lo cortesano, Sevilla, 2008, p.140.

²⁷ FERNÁNDEZ GALLEGU, Ramón. *El tráfico ilícito de bienes culturales. Problema social*. Cursos sobre el Patrimonio Histórico, 12. Reinosa, 2007. Actas, pp. 287-294.

muchos casos, el acervo patrimonial se reduce a la existencia de yacimientos arqueológicos, caso nada baladí ya que aquellos territorios que en la antigüedad poseían un destacado rol, hoy poseen importantes núcleos arqueológicos.

El tema del patrimonio arqueológico es, sin duda, uno de los más peculiares porque ha trascendido al imaginario popular en relación con antiguas leyendas en las que aparecían palacios y cuevas misteriosas, o bien aventuras de corsarios y piratas con hundimientos donde siempre abundaban los tesoros. Por lo demás, las nuevas técnicas de búsqueda y la facilidad dada en algunos países para los buscadores de tesoros, caso del Reino Unido, ha promovido una publicidad comercial nefasta para la preservación de este patrimonio, tanto terrestre como subacuático, que podemos considerar el más vulnerable de todos.

Si bien es cierto que los acontecimientos de las últimas décadas en Siria y en Irak han demostrado por un lado la fragilidad del patrimonio cultural, y por otro la ineficacia de algunas convenciones destinadas a la preservación del patrimonio, como es el caso de la Convención de París de 1970 o la Convención de La Haya de 1954, y sus dos protocolos sobre la protección de los bienes en caso de conflicto bélico, ambas de UNESCO. Esto ocurre con todo tipo de patrimonio, pero concretamente parece haber una afición especial con aquel patrimonio galardonado por UNESCO como Patrimonio de la Humanidad, y por tanto el patrimonio más visible y conocido en todos los ámbitos, donde el saqueo y robo de las obras de arte ya era un tema repetido desde comienzos del siglo XIX, al margen de cualquier conflicto bélico y, por supuesto, antes de ser reconocido internacionalmente. Ventajas y desventajas de poseer un galardón tanpreciado como el señalado anteriormente.

¿Por qué se mencionan estos expolios en el marco de conflictos bélicos de Asia en este artículo dedicado al ámbito europeo? Sencillamente porque cualquier guerra afecta de manera trascendental a la pérdida del patrimonio cultural²⁸ y porque gran parte de lo robado en los yacimientos orientales termina apareciendo en los mercados del arte europeos. Y en este contexto, hay que asumir que los saqueos e incautaciones de esas guerras han producido un aumento del stock de obras de arte, muchas importadas en Europa de manera ilegal, por lo que se debería añadir que el control de las importaciones en el territorio de la UE es fundamental. Hasta ahora ese control ha sido mínimo, y solo algunos países como España han intentado controlar el movimiento de los bienes hacia el territorio nacional, teniendo en cuenta que la entrada en cualquier país de la UE, en el caso del tráfico ilícito, ya supone un paso más para su legalización. Precisamente por este motivo, la UE se ha planteado modificar los instrumentos jurídicos para controlar las importaciones en su territorio²⁹. En la justificación de su creación, se hace alusión al objetivo principal, prevenir la importación y depósito de los bienes culturales exportados ilícitamente desde un tercer país e importados en la UE, reduciendo el tráfico ilegal en bienes culturales, y combatiéndola financiación del terrorismo, especialmente en lo que se refiere a objetos arqueológicos procedentes de países afectados por conflictos armados. Para este propósito se proponía establecer una definición común de bienes culturales susceptible de ser importados, comprobar la documentación de importadores que hayan adquirido dichos bienes en terceros países, determinar la información estándar que certifique que los bienes son legales; proveer por una efectiva disuasión del tráfico ilícito; y promover que todos los actores implicados estén involucrados activamente en la protección del patrimonio cultural³⁰.

²⁸ FERNÁNDEZ PARDO, F. Op.Cit., sobre la dispersión del Patrimonio Artístico Español, que destaca por la exhaustiva recopilación de datos y documentación relativa a todo tipo de patrimonio cultural, tanto mueble como inmueble, y que en distintos capítulos hace alusión a los diferentes motivos que causaron la destrucción de monumentos, y el saqueo generalizado de yacimientos, el robo y la especulación con el arte, etc.

²⁹ Proposal 2017/0158 (COD) for a *REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the import of cultural goods*. Bruselas, 13/07/2017.

Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA; OJ L 88, 31.3.2017, p.6-21

³⁰ *Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA*; OJ L 88, Bruselas, 31.3.2017, p.6-21.

2. La UE y el patrimonio cultural

2.1. Desde su comienzo, la UE había concebido en el Tratado de Constitución la importancia del patrimonio cultural para todo el territorio comunitario. Con ello se trataba de establecer los instrumentos jurídicos que permitiesen alcanzar una mayor cohesión entre los Estados Miembros (EM), que sería posible alcanzando el bienestar no solo social sino también económico. De esta manera se cumplían los objetivos del antiguo Mercado Común Europeo y, a través de la cultura manifestada en su patrimonio, se tendía a buscar una identidad necesaria para consolidar la unión de los países firmantes.

Pero lo cierto es que el desarrollo normativo europeo que afecta al patrimonio cultural ha sido escaso y siempre determinado por otros objetivos aparentemente prioritarios. Es decir, el patrimonio cultural siempre ha sido tratado como un producto más y, por ello, a través del control debido a otras materias como las exportaciones a terceros países. La consecuencia de este tratamiento no ha sido otra que la promoción de un mercado arbitrario ya que era favorecedor solo de unos países, como Reino Unido, Bélgica o Francia. Por otra parte, habría que tomar en consideración la legislación nacional propia de cada Estado que, consecuentemente, habría que respetar si ya estaba en vigor a su entrada a la UE.

Entonces ¿qué se hace desde Europa para proteger y preservar el patrimonio cultural, proceder a su restitución, y evitar su intercambio o comercio ilegal? La UE se creó como un mercado económico, hecho este trascendental para conocer su trayectoria y como se ha llegado hasta el momento actual en que se reconocen otros valores de tipo social y cultural que trascienden a la propia economía, aunque se mantiene este valor por ser indispensable para llegar al bienestar general de la sociedad europea. Sin embargo, ya hace años que se trabaja intensamente por reconocer la dimensión europea a través de su identidad cultural, y esto pasa irremisiblemente por reconocer el patrimonio cultural como la expresión material de las culturas que conforman este territorio. En esta línea, se creó un galardón de reconocimiento a la memoria de los sitios que han conformado la actual estructura social y política europea, se trata del Sello de Patrimonio Europeo (European Heritage Label EHL)³¹, amparado por la UE desde 2011, por tanto es una categoría joven y todavía poco conocida. Sin embargo, el EHL ya tiene 38 Sitios, todos ellos de gran trascendencia y significantes de la memoria necesaria para propiciar la recuperación de valores como la identidad cultural.

Al margen de las directivas y reglamentos de obligada cumplimentación por los EM, desde la Comisión Europea se lleva haciendo, desde hace años, un esfuerzo por establecer distintas recomendaciones que llegan al Comité de Asuntos Culturales (CAC), y en algunos casos se traducen en medidas concretas que son aprobadas por el Consejo y por el Parlamento de la Unión Europea. En este contexto, quisiera referirme a los grupos de expertos que, desde 2008, se afanan en los llamados Método Abierto de Coordinación (Open Method of Coordination OMC) en revisar los diferentes sistemas de los EM para mejorar la gestión del patrimonio cultural. De todos los OMC, debo referirme a uno de los primeros dedicado a la movilidad de bienes culturales. En este grupo, cuyo informe no se encuentra publicado en la web de la UE, uno de los aspectos más trabajados fue el del tráfico ilícito de bienes culturales y la normativa nacional existente en los EM, además de los diversos procedimientos que se aplican. El trabajo se dio por terminado en 2010, pero no por ello se deben considerar sus conclusiones caducadas, más bien al contrario porque durante estos años no ha habido especiales cambios en los EM.

En esta línea, la Comisión Europea, a través de la Agencia Europea para la Seguridad, presentó en febrero de 2016 un Plan de Acción para desarrollar la lucha contra la financiación del terrorismo³². Este tipo de planes se realizan en estrecha cooperación, entre otros organismos, con

³¹ El lema es “Europa empieza aquí” y sus características pueden verse en: <http://www.mecd.gob.es/cultura/areas/patrimonio/mc/patrimonio-union-europea/sello.html> https://ec.europa.eu/programmes/creative-europe/actions/european-heritage-label_en

³² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-202_en.htm

UNESCO, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), y el Observatorio sobre Tráfico Ilícito de ICOM, señalando que el tráfico ilícito de bienes culturales es un crimen internacional y que trasciende fronteras, por lo que su lucha supone un auténtico reto. De hecho, se trabaja siguiendo las disposiciones adoptadas por la Asamblea General de la ONU, como la Resolución 69/196 adoptada el 18 de diciembre de 2014 sobre la Guía Internacional para la Prevención del Crimen y Sentencias de la Justicia Penal con Respecto al Tráfico sobre el Patrimonio Cultural y otros Delitos relacionados.

Finalmente, en julio de 2017 la CE establece una serie de propuestas encaminadas a la protección de bienes culturales en relación con las importaciones en el territorio de la UE, señalando una nueva definición para los bienes culturales, destacando cómo el tráfico ilícito de dichos bienes afecta considerablemente a la pérdida de los valores europeos y en aplicación de la D2014/60/UE la necesidad de establecer unas normas y licencias de control de las importaciones, señalando una cronología de no menos de 250 años de antigüedad para los bienes sujetos a dicho control, e iniciando el proceso de una nueva normativa que aparecerá en este año 2018. Todo ello con la consigna de que la CE quiere evitar radicalmente el tráfico ilícito del patrimonio de objetos culturales en su territorio³³.

También el Comité de las Regiones Europeo, en su dictamen sobre la diversidad y el enfoque integrado del patrimonio cultural³⁴, se hace eco de la problemática causada por la destrucción de la propiedad cultural, así como por las excavaciones no autorizadas y el tráfico ilícito de bienes culturales, al representar una amenaza para la sostenibilidad y la protección del patrimonio cultural que exige una respuesta colectiva a nivel europeo e internacional. Para ello, propone la apertura de cauces de comunicación abiertos y una estrecha cooperación entre los EM de la UE, los países candidatos a la adhesión, y terceros países.

Por tanto, demos un margen de reconocimiento a las distintas normativas europeas que hacen posible la estabilidad social en tiempos de la paz más duradera que ha existido en Europa durante toda su existencia, y que propician la protección del patrimonio cultural.

2.2. Directiva 93/7/CEE de la ue sobre restitución de bienes que hayan sido exportados ilegalmente de un estado miembro (D93/7/CEE)

La normativa comunitaria suponía en 1994 con la Directiva 93/7/CEE recién creada y sin transponer en España, en palabras de un Fiscal del Estado³⁵, una materia de fuerte contenido jurídico en lo que se refiere a los bienes culturales ilícitamente trasladados. Hay que entender bien que, entonces como ahora, para llegar a la Directiva actual vigente, han sido desarrollados otros instrumentos como los Tratados de Roma, de París, y de Maastricht, además del Acta Única, y posteriormente una serie de reglamentos de obligada cumplimentación relacionados con el tránsito de la UE hacia Terceros Países, concretamente el Reglamento 3911/92, hoy modificado por el Reglamento 116/2009. Si bien la D93/7/CEE establecía ya una ley marco para aplicar en cada uno de los países, imponiendo una obligación de resultados no de procedimiento, ya que se suponía la existencia de una normativa nacional en cada país. Posiblemente, la diferencia legislativa en cada uno de los Estados de la Unión Europea ha influido sobremanera en la aplicación de la D93/7/CEE, debido a que solo la trasposición a la legislación nacional no es un instrumento suficiente para proceder en consecuencia, y la única obligación para con los EM era la transposición.

³³ Estas normas dependen directamente de la Dirección General de Tasas y Aduanas de la Unión. https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/cultural_goods_proposal_en.pdf

³⁴ Dictamen del Comité de las Regiones Europeo — *Hacia un enfoque integrado del patrimonio cultural europeo*. Diario Oficial de la Unión Europea (2015/C 195/04)

³⁵ BALAGUER SANTAMARÍA, J. *Normativa comunitaria sobre restitución de bienes culturales ilícitamente trasladados*. Jornadas sobre protección legal del Patrimonio Histórico, Madrid, 1994, inéditas.

Por otro lado, tras el Tratado de Maastricht en que se abolieron las fronteras interiores³⁶, esta Directiva suponía que los Estados miembros deberían reforzar sus fronteras exteriores, precisamente para preservar cualquier movimiento de carácter ilícito de la tipología de bienes susceptible de ser trasladada³⁷. Evidentemente, eso no ocurrió en la mayor parte de los Estados miembro, especialmente no sucedió en aquellos países en que ya existía un mercado del arte consolidado, y aunque en España se mantuvo el concepto legal para exportaciones y con él un control bastante exhaustivo de las salidas al exterior de los bienes culturales, ha sido muy difícil controlar el movimiento de los bienes culturales en todo el ámbito europeo.

Aún más, aunque el artículo 36 del Tratado de Maastricht invoca una serie de restricciones para poder evitar esos movimientos ilícitos, y en concreto el de los bienes culturales, la propia D 93/7/CEE no era un mecanismo suficiente para proceder a la restitución de los bienes ilícitamente exportados, ya que su objetivo final, dirigido al establecimiento de una legislación nacional común a todos los Estados miembro, era muy difícil de conseguir. Asimismo, la complicación de aplicar esta Directiva podría ser atribuida a cierta ambigüedad en lo que respecta a la clasificación del delito para su jurisprudencia, dependiendo de cada uno de los EM, dejando al margen su incidencia sobre si se trataba de derecho civil o penal, el derecho a la propiedad de los bienes cuando ha habido una situación ilícita, y la propia definición de bien cultural que queda al amparo de las legislaciones nacionales. Esta situación se ha visto además superada por la entrada en la Unión Europea de los restantes países hasta el número de 28, lo que ha hecho que el procedimiento de restitución, ya difícil por sí mismo, se complicase al haber nuevos actores con su propio régimen jurídico y judicial.

2.3. DIRECTIVA 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) N° 1024/2012 (refundición) (D2014/60/UE)

Llegados a este punto, y tras una serie de modificaciones sustanciales de la D93/7/CEE, por las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 96/100/CE (3) y 2001/38/CE, en 2014 se procede a la refundición de dicha Directiva en aras de la claridad, según se indica en las consideraciones del preámbulo. Asimismo, se reconoce la precariedad de la aplicación de la D93/7/CEE: *“La aplicación de dicha Directiva, sin embargo, ha mostrado las limitaciones del sistema para obtener la restitución de bienes de esa índole. Los informes relativos a la aplicación de la Directiva han puesto de manifiesto la escasa frecuencia de su aplicación, que obedece, en particular, al carácter limitado de su ámbito de aplicación debido a las condiciones establecidas en el anexo de dicha Directiva, a la brevedad del plazo en el que pueden presentarse demandas de restitución y a los costes relacionados con estas”*.

Una de las novedades aportadas por esta nueva Directiva se refiere a la tipología de los bienes y a su cronología, ampliando el concepto de bien cultural contenido en las diferentes legislaciones nacionales, y eliminando umbrales de cronología o valor. Esto es ya un paso importante, porque el hecho de que un bien cultural no estuviese incluido en ningún catálogo o inventario que señalase a dicho bien como parte del patrimonio nacional, era un impedimento para conseguir la restitución del bien. Señala además unos plazos para la acción de restitución que

³⁶ MARTÍN REBOLLO, L. *El comercio del arte y la Unión Europea*. Cuadernos de Estudios Europeos, 15, Madrid, 1994, p. 19. Ya en el Tratado de Maastricht trataba a la cultura como competencia concurrente entre los EM y la UE especificando que ésta ayudaría a los EM en la conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea, siempre basándose en el principio de subsidiaridad.

³⁷ El Reglamento (CE) del Consejo no 116/2009 relativo a la exportación de bienes culturales establece disposiciones para garantizar el control uniforme de las exportaciones de bienes culturales en las fronteras exteriores de la Unión. Los bienes culturales incluyen, entre otros, a los que proceden directamente de excavaciones, hallazgos o emplazamientos arqueológicos en el territorio de un EM. A este respecto, véase TERCERO ALFONSETTI, J., *Op. Cit.*, p.30, donde señala la dificultad de llegar a un acuerdo aceptable, entre los países del área norte de Europa y los mediterráneos, con base en la excepción a la “libre circulación de mercancías” del art. 36 del Tratado de Roma, aceptado íntegramente por las trascendentales normas desarrolladas en el Acta Única y Tratado de la Unión Europea.

pueden ser garantes de la recuperación de los bienes culturales, ya que establece treinta años desde la salida ilícita de un bien de propiedad privada, y más importante, de setenta y cinco años para los bienes incluidos en inventarios de colecciones públicas o eclesiásticas sin excluir la posibilidad de acuerdos bilaterales que amplíen este plazo que también sería imprescriptible en caso de que la legislación nacional ya lo hubiese incluido. Para España, este artículo 8 de la Directiva es fundamental, ya que la condición de los Bienes de Interés Cultural los hace inexportables e imprescriptibles.

Otro aspecto que esta nueva D2014/60/UE ha tenido en consideración ha sido la puesta en marcha de mecanismos de colaboración entre los Estados miembros, bien a través del sistema creado al efecto, IMI, al que se insta a cumplimentar desde cada país con los datos de los bienes desaparecidos, o bien a través del procedimiento de arbitraje, aunque señala la necesidad de atender el requerimiento de restitución y procurar que las indemnizaciones no sean desproporcionadas. Finalmente, en todo este procedimiento destaca la sentencia “*con independencia de la fecha de adhesión de dicho Estado miembro*”, es decir, habría que entender que la acción de restitución puede ser aplicada desde la entrada en vigor de la Directiva y plantea la retroactividad para los Estados requirentes que se vayan a adherir en el futuro dentro del margen cronológico de dicha directiva.

La transposición se puede encontrar en la *Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014.*

3. Disposiciones de UNESCO que afectan al territorio europeo

3.1. La convención de La Haya y el Escudo Azul

El Escudo Azul (Blue Shield BS) es el emblema por el que se conoce la *Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, La Haya, 1954, y sus dos protocolos de 1954 y 1999* (CLH), por lo que iniciaré este capítulo señalando las causas que condujeron a la creación de esta convención, así como del impacto que supuso en el ámbito internacional.

Sin duda, hay que introducir la Convención de La Haya 1954 con una reflexión sobre el expolio sistemático y organizado de bienes culturales durante los conflictos bélicos, que obedece a distintos factores de todos bien conocidos, como el económico, el étnico, o el religioso, pero uno de ellos muy característico y trascendente es el comportamiento humano y su relación con la ausencia de valores. Las motivaciones del saqueo durante las guerras, hace siglos, eran muy diferentes a las actuales, ya que usualmente estaban dirigidas al pago de los militares y mercenarios, mientras que a partir del siglo XX se ha generalizado el desvalijamiento de objetos artísticos para su venta e incremento de las colecciones privadas. Aunque hay antecedentes muy claros como el saqueo pictórico y organizado que se produjo durante las guerras napoleónicas, con una estimulación muy clara que era la creación de un gran museo de pintura en París en un contexto de coleccionismo elitista, el pillaje establecido como un programa bien definido y además selectivo, durante los conflictos bélicos, es un fenómeno del siglo XX que tiene su origen en la II Guerra Mundial.

El pillaje fue efectivamente selectivo, en busca y captura de pintura, esculturas y otros ornamentos artísticos, mientras que el entonces arte contemporáneo era desechado por su vanguardismo, y las bibliotecas arrumbadas por lo que pudiera significar el saber, así como la destrucción sistemática de archivos³⁸. El desastre general producido por la pérdida de

³⁸ Sobre la II Guerra Mundial y el patrimonio cultural hay bastante bibliografía, de las que destacan las siguientes referencias monográficas: NICHOLAS, L. *El saqueo de Europa. El destino de los tesoros artísticos durante el III Reich y la II Guerra Mundial*. 2007. PALMER, N., 2000, *Museums and Holocaust*. FELICIANO, H. *El museo desaparecido. La conspiración nazi para robar las obras maestras del arte mundial*. 2004

tantos bienes, muchos de ellos aún sin recuperar, en un territorio amplísimo, es el origen de la CLH.

Las actuaciones bélicas han causado sistemáticamente la destrucción del patrimonio inmueble y la pérdida de los bienes culturales, lo que viene a suponer un gran quebranto del patrimonio cultural, no sólo para el país de origen, sino también para el patrimonio mundial y la cultura de todos los pueblos³⁹. Pero las causas, en palabras textuales de Rodríguez Temiño y González Acuña, se deben también a “*prácticas encaminadas a valerse del expolio y venta ilícita del patrimonio cultural de las áreas en conflicto como fuente de financiación de grupos insurgentes locales, el pillaje de la población local depauperada a causa de la desestructuración del país en cuestión, la actuación de organizaciones criminales internacionales especializadas en el tráfico de antigüedades, o el incumplimiento de la normativa internacional de protección del patrimonio cultural por parte de empresas de seguridad privadas contratadas por determinados países durante el desarrollo de operaciones concretas*”⁴⁰.

Podríamos decir que la restitución de bienes posterior a un conflicto bélico tuvo su origen en el Congreso de Viena de 1815 (CV), en que por primera vez se procede a la devolución organizada de bienes culturales robados en distintos países durante la ocupación napoleónica. Esta restitución, de la que España no obtuvo grandes beneficios, iba sin embargo a sentar un precedente excepcional que formaría en buena medida la base de la legislación europea posterior. En este contexto, el CV adoptó el principio de la obligación de restitución de las obras de arte, reconociendo el botín de guerra solo para los bienes públicos del Estado enemigo y extrayendo los bienes culturales del concepto aplicado a bienes públicos⁴¹ y dictó una serie de medidas para la restitución de los bienes expoliados por la Francia napoleónica, buscando la restauración de la monarquía borbónica que apoyó firmemente dejando a un lado los principios de la revolución francesa. Para proceder a las devoluciones de las obras de arte, se formaron comisiones de lo que hoy llamaríamos expertos, con el fin de elaborar los listados que determinarían el origen de cada objeto y, con ello, acometer la primera gran devolución internacional de obras de arte.

Por fin, en el siglo XX, tras el expolio nazi tan bien organizado durante la II Guerra Mundial que afectó a todos los países europeos de la contienda, Europa es consciente de la gran pérdida que supuso este conflicto bélico en todo el continente y decide poner cartas en el asunto tras la creación de UNESCO.

3.1.1. La convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, La Haya, 1954, y sus dos protocolos de 1954 y 1999 (CLH)

Reconociendo la importancia de la tremenda pérdida del patrimonio cultural en los conflictos bélicos, y en colaboración con la comunidad internacional, en 1954 fue aprobada la *Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado* (CBC), una de las primeras convenciones involucradas en esta materia y el único instrumento normativo encaminado específicamente a la prevención y preservación de la cultura a nivel patrimonial⁴². Efectivamente, este tratado es el primero dedicado a la protección del patrimonio cultural en situación de guerra, y recalca el concepto de patrimonio común a la humanidad⁴³.

En paralelo, el mismo año 1954 se aprobó el I Protocolo relativo a los bienes culturales en caso de conflicto armado. Aunque la Convención de 1954 mejoraba la protección de los bienes cul-

³⁹ LÓPEZ BRAVO, Op. Cit., pp. 63 y ss.

⁴⁰ RODRÍGUEZ TEMIÑO, I. y GONZÁLEZ ACUÑA, D. *La protección del patrimonio cultural en conflictos armados. De las lecciones aprendidas al diseño estratégico*. Instituto español de Estudios Estratégicos, Documento Marco 15. 2013

⁴¹ BADENES CASINO, M. *La protección de los bienes culturales durante los conflictos armados*. 2005,

⁴² De nuevo sobre las medidas preventivas que deben adoptarse en tiempos de paz y ante catástrofes naturales: LÉVI-STRAUSS, L. *Améliorer la protection du patrimoine culturel*. *International Conference on the Protection of Cultural Property*, Bern, 2003, pp. 23-26.

⁴³ Uno de los mejores conocedores de esta convención es Fernando PIGNATELLI Y MECA. Además de otras publicaciones, véase su artículo *La protección de los bienes culturales en los conflictos armados*. Curso La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, Madrid, 2006, pp. 131-150.

turales, prohibiendo expresamente la apropiación de bienes culturales a título de reparación de guerra, y se pide a cada Estado Parte, entre otras cosas, que se impidiese la exportación de bienes culturales de un territorio ocupado por él durante un conflicto armado; que se colocase bajo secuestro los bienes culturales importados en su territorio, que procedan directa o indirectamente de cualquier territorio ocupado; y que al término de las hostilidades, se devuelva a las autoridades competentes del territorio anteriormente ocupado los bienes culturales que se encuentren en el suyo (si dichos bienes hubieran sido exportados en contravención del principio establecido en el párrafo primero del protocolo) e indemnice a los poseedores de buena fe de dichos bienes.

Sin embargo, sus disposiciones no se han aplicado sistemáticamente por razones obvias, como han sido el vacío de una planificación clara en el entorno de los Estados Parte de la CLH, la falta de cooperación entre los Estados y la dificultad de maniobrar en operaciones de salvaguarda del patrimonio cultural cuando se está inmerso en el propio conflicto armado y se produce el quebrantamiento de los derechos humanos. De hecho, los conflictos bélicos ya iniciado el siglo XXI se producen de forma continuada. Un ejemplo de esta situación se focalizó en el año 2011, cuando tuvieron lugar 186 conflictos violentos en el mundo, y 13 de ellos se localizaron en países con lugares inscritos en la lista del patrimonio mundial de UNESCO, contando igualmente los restantes con un rico patrimonio cultural de muy alto nivel.

Los conflictos de los Balcanes, en los años noventa del siglo XX tras la caída del bloque soviético y sus trágicas consecuencias sobre la cultura, ponen de manifiesto algunas de las carencias de la CLH. Por este motivo y para paliar este problema, se aprobó en 1999 un Segundo Protocolo⁴⁴, que “*crea una nueva categoría de protección reforzada para aquellos bienes culturales de suma importancia para la humanidad*”, donde “*se definen las sanciones que han de imponerse en caso de atentados graves perpetrados contra los bienes, así como las condiciones en que se incurre en una responsabilidad penal individual*”. Este protocolo, además de representar un desarrollo sustancial en el campo del Derecho Humanitario Internacional, significaba un gran avance en las medidas a adoptar para la protección internacional del patrimonio cultural, probablemente desde la propia CLH en 1954, y también desde la aparición de otras convenciones de UNESCO como la de 1972 de Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural⁴⁵

El informe sobre la aplicación de la CLH, sobre las actividades de 1995 a 2004 señala, entre otros aspectos, sobre la Parte V de la CLH, relativa a la *Protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado, comprendido el caso de ocupación*, la obligatoriedad de los Estados de tomar medidas y seguir las recomendaciones de UNESCO para la efectiva protección del patrimonio durante las hostilidades. Por lo demás, se subraya la puesta en marcha de la Parte VII de la CLH referente a la responsabilidad penal individual, subrayando la necesidad de la declaración de competencia jurídica de los Estados con el fin de prever penas efectivas que sancionen tanto a quienes cometan como a los que actúen por cuenta ajena en actos de destrucción intencional⁴⁶.

En relación con dichas medidas, obviamente militares, el art 7 de la CLH trata de la formación al personal militar destacado en zonas hostiles, encaminada a inculcar en el personal de sus fuerzas armadas un espíritu de respeto a la cultura y a los bienes culturales de todos los pueblos. En aplicación de este artículo, el Ministerio de Defensa de España publicó unas instrucciones de uso interno entre los militares tituladas “*Orientaciones. El derecho de los conflictos*

⁴⁴ EL INFORME SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CLH, SOBRE LAS ACTIVIDADES REALIZADAS ENTRE 1995 Y 2004 se refiere a la necesidad que existía en los años noventa de crear un nuevo protocolo por “*El cambio gradual de los conflictos contemporáneos durante el último decenio desde guerras interestatales a conflictos internos y la escala cada vez mayor de los daños causados a los bienes culturales han puesto de manifiesto deficiencias en la aplicación de la Convención, como la interpretación de la noción de necesidad militar, la eficiencia del concepto general de protección especial, la protección de los bienes culturales en conflictos que no sean de carácter internacional, la eficacia de las sanciones por violación de la Convención y el sistema de control de ésta*”. 2000.

⁴⁵ En palabras de uno de los impulsores del II Protocolo CLH, BOYLAN, P. J. *The 1954 Hague Convention on the Protection of Cultural Property and its Protocols*. International Conference on the Protection of Cultural Property, Bern, 2003, pp. 31-50.

⁴⁶ INFORME, *Op. Cit.*, 2000, p. 11.

*armados*⁴⁷, donde se reconoce y subraya el carácter de bienes especialmente protegidos de los bienes culturales durante los conflictos armados y las restricciones que al respecto deben observarse. Por otro lado, el estamento militar cumplimentaba no solo la CLH, ratificada por España en 1960, sino también la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (LROFA), que ha estado vigente hasta el 01 de Octubre de 2011 en que ha sido sustituida por el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (RDROFA). En el Cap. VI dedicado a la ética en operaciones, se trata la obligatoriedad de cumplir los tratados internacionales suscritos por España, en la redacción del art 106 relativo a los deberes del Derecho Internacional Humanitario y, en el art 116 relativo a la protección de bienes culturales se refiere a la prohibición para las fuerzas armadas de atacar, hacer objeto de represalias o efectuar actos hostiles sobre los bienes culturales y lugares de culto claramente reconocibles, evitando la instalación de efectivos militares en zonas próximas a dichos bienes que pudiesen deteriorarlas o destruirlas.

3.1.2. El Comité Internacional del Escudo Azul (International Committee of Blue Shield ICBS)

El BS es el símbolo utilizado como señal distintiva para identificar y proteger los sitios culturales, los museos, los archivos, las bibliotecas, los monumentos, los conjuntos históricos y los yacimientos arqueológicos.

Este emblema también dio su nombre al Comité internacional del Escudo Azul (ICBS), el cual conforma una red internacional de expertos en patrimonio cultural siempre disponibles para aconsejar y ayudar así como para proteger dicho patrimonio a nivel mundial, amenazado por cualquier tipo de catástrofes, ya sean naturales o causadas por el hombre. Esta organización, no gubernamental, fundada en 1996, constituye el emblema guardián de la Convención de la Haya de 1954. El trabajo vital del ICBS fue reconocido en el II Protocolo a la Convención de La Haya, aprobado en abril de 1999. De hecho, fue este II Protocolo el que aportó un impulso nuevo al papel del ICBS y de sus organizaciones constitutivas, siendo reconocido como organización internacional consultiva ante el *Comité Intergubernamental para la protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado*, tal como señala el Artículo 11.3 del Protocolo, referido a la concesión de la protección reforzada y a la tarea de elaborar los instrumentos para el reconocimiento de los bienes a incluir en la Lista de Bienes en Protección reforzada.

En este contexto, el ICBS como ONG relacionada a su vez con otras ONG que obran a favor del patrimonio cultural, concentra la profesionalidad y la experiencia de las redes internacionales de cada una de ellas, y en consecuencia, reúne a museos, a archivos entendiendo como tales tanto los audiovisuales como gráficos o en cualquier soporte, a bibliotecas, y también a monumentos y sitios históricos o arqueológicos. Especialmente, el artículo 23 de la Convención referido a la colaboración con UNESCO, señala en el punto 1 que *“las Altas Partes Contratantes podrán recurrir a la ayuda técnica de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura para organizar la protección de sus bienes culturales o en relación con cualquier otro problema derivado del cumplimiento de la presente Convención y del Reglamento para su aplicación. La Organización prestará su ayuda dentro de los límites de su programa y de sus posibilidades”*.

Entonces, y en cumplimiento de este articulado de la CLH, los principios del Comité Internacional del Escudo Azul están directamente inspirados en valores de cooperación y buenas prácticas, como son: integridad, imparcialidad, neutralidad, independencia, voluntariado y unidad. Entonces, sus objetivos son: 1) Facilitar la respuesta internacional ante las amenazas o emergencias que pongan en peligro a la propiedad cultural; 2) fomentar la protección y el respeto hacia la propiedad cultural, promoviendo especialmente la prevención ante situaciones de riesgo; 3) capacitar expertos a nivel nacional e internacional para prevenir, controlar y ayudar en la recuperación tras los desastres; y 4) actuar como órgano consultivo ante otras

⁴⁷ Puesto que estas instrucciones son de uso interno, no es fácil localizarlas, y tampoco queda claro cuál es su año de edición. Puede hallarse su referencia en el Informe sobre la CLH, *Op. Cit.*, pp. 12-13.

organizaciones como la UNESCO, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y el Centro Internacional para el Estudio de la Preservación y la Restauración del Patrimonio Cultural (IC-CROM), y colaborar con ellas con el objetivo de proteger la herencia cultural de los pueblos.

Al obrar por la protección del patrimonio cultural en peligro, el campo de acción del ICBS abarca tanto la prevención y la respuesta operacional en situaciones de crisis como la asistencia post-crisis. Realmente, este tipo de actuaciones responden al cumplimiento del Artículo 5 del II Protocolo de la Convención, que se refiere a la salvaguardia de los bienes culturales, y más en concreto a *“las medidas preparatorias adoptadas en tiempo de paz para salvaguardar los bienes culturales contra los efectos previsibles de un conflicto armado conforme al Artículo 3 de la Convención comprenderán, en su caso, la preparación de inventarios, la planificación de medidas de emergencia para la protección contra incendios o el derrumbamiento de estructuras, la preparación del traslado de bienes culturales muebles o el suministro de una protección adecuada in situ de esos bienes, y la designación de autoridades competentes que se responsabilicen de la salvaguardia de los bienes culturales”*.

Por tanto, el ICBS difunde las buenas prácticas a través de la formación y de la prevención de riesgos y de las campañas de concienciación dirigidas a los profesionales y a la ciudadanía en general. Gracias a la creación de su red de comités nacionales está capacitado para centralizar y difundir información sobre cualquier riesgo susceptible de amenazar al patrimonio cultural en un vasto territorio global, ayudando a las instituciones y organizaciones internacionales a asumir una serie de medidas, lo más idóneas posibles, en caso de conflicto bélico de catástrofe natural. Se pueden recordar algunas de sus actuaciones más notorias en los últimos años, como ha sido en el territorio europeo la denuncia y asistencia con motivo de las inundaciones en Praga.

3.1.3. Los Comités Nacionales (NCBS)

Para el mejor funcionamiento del Comité Internacional, existe una Asociación de Comités Nacionales del Escudo Azul ANCBS, en cuyo seno se han ido creando los distintos Comités Nacionales del Escudo Azul de manera progresiva, existiendo ya en más de 24 países y otros están siendo elaborados en 23 países más. Estos comités se constituyen realmente como grupos de trabajo, ya que reúnen a equipos interdisciplinarios formados por profesionales procedentes de diversos lugares, instancias gubernamentales locales y nacionales, servicios de urgencia y el ejército. Estos comités constituyen además un foro de intercambio de experiencias y de informaciones⁴⁸, permitiendo a las autoridades de cada país el reaccionar mejor a las situaciones de emergencia.

Por otra parte, suponen para cada país focos de concienciación respecto a los peligros que amenazan el patrimonio cultural. Estos comités incitan a los Estados miembros a que ratifiquen y apliquen la Convención de la Haya. La Asociación de los Comités Nacionales del BS (ANCBS) cuya sede se sitúa en La Haya fue creada en diciembre de 2008 para coordinar la acción del conjunto de estos Comités nacionales en el ámbito de las orientaciones estratégicas y operacionales aprobadas por el ICBS.

En España, el NCBS fue creado en noviembre de 2013, muy recientemente, aunque ya algunos promotores venían reuniéndose desde 2010. Dado que en la actualidad no hay conflicto bélico en el territorio nacional español, y siguiendo las pautas marcadas por ICBS, se ha considerado su principal utilidad desde la perspectiva de prevención de riesgos y catástrofes naturales en los que, tengámoslo en cuenta, también se produce expolio del patrimonio cultural, ya sea por motivos naturales o antrópicos. Daños al patrimonio relacionados bien con la negligencia o el descuido, como fallos en los sistemas de vigilancia o seguridad que provocan incendios, o inundaciones, y en otros casos con el agravante de la intencionalidad como los incendios, robos, actos vandálicos, atentados por motivaciones políticas o religiosas y conflictos armados, etc.

⁴⁸ Es destacable la programación del NCBS suizo, que organiza reuniones internacionales de cooperación internacional, intercambio de experiencias, y publica la revista periódica FORUM de carácter monográfico, dedicando cada número a una temática específica relacionada con la protección de los bienes culturales.

Entonces, su propósito y objetivos son, además de promover la protección de los bienes culturales frente a las catástrofes naturales y artificiales, el fomento de la conservación preventiva y de la prevención de riesgos, así como la cooperación entre los distintos sectores nacionales y la formación de expertos, difusión, y sensibilización social en estas materias. Como inicio de sus actividades, uno de los objetivos fundamentales ha sido la elaboración de un Plan Nacional de Emergencias en Patrimonio⁴⁹, aprobado por el Consejo de Patrimonio Histórico en 2013. Su ejecución es posible gracias a la estrecha colaboración con las Comunidades Autónomas, tanto en su redacción fundamentada en una base de datos de referencia geográfica de bienes culturales y en una carta de riesgos, como en la puesta en marcha de los programas destinados a la actuación inmediata en casos catastróficos.

3.2. Otras disposiciones de UNESCO

En un interesante artículo ya mencionado sobre las normas internacionales encaminadas a proteger el patrimonio cultural, Prott señala que existen infinitos elementos modernos capaces de degradar muy rápidamente un patrimonio cultural excepcional, y por ello la comunidad internacional, en referencia a UNESCO, ha elaborado convenios, recomendaciones y directrices para ayudar a los Estados a reforzar su cooperación internacional, y a dotarse de un conjunto de leyes, de prácticas administrativas y de políticas nacionales⁵⁰. También destaca que no es necesario señalar que el grado de observancia de los textos debe ser acorde con la estructura de los países, y sin embargo, esta reflexión no tiene un efecto directo sobre las continuas redacciones que, en mi opinión, no están dirigidas a los países con medios más modestos. Hay que constatar que estas recomendaciones han tenido a menudo una profunda influencia en las legislaciones nacionales, hecho que por ejemplo se puede confirmar en la propia LPHE donde parte del articulado acoge las disposiciones establecidas a nivel internacional.

3.2.1. Recomendación sobre las medidas encaminadas a prohibir e impedir la exportación, la importación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, 1964, (REITIBC), aprobada en la Conferencia General de Unesco en su decimo tercera reunión.

en el informe del grupo de trabajo sobre el proyecto de recomendación, se indicaban ya algunos de los problemas suscitados por el movimiento de bienes culturales, y en concreto sobre la aplicación de los medios para controlar la exportación, la importación y las transferencias de propiedad de bienes culturales, por las posibles dificultades difíciles de superar en lo que se refería a importaciones⁵¹. Entre las medidas sugeridas se planteó que la protección de los bienes culturales estuviese encomendada a organismos oficiales adecuados y, si fuese necesario, instituir un servicio nacional de protección de los bienes culturales. En España este servicio está actualmente encomendado a la Subdirección General de Protección del Patrimonio Histórico (MECD) al que está adscrito el organismo colegiado Junta de Valoración, Calificación, y Exportaciones de Bienes del Patrimonio Histórico Español, con funciones consultivas que fue creado ya en 1922⁵².

3.2.2. Recomendación sobre la conservación de los bienes culturales que la ejecución de obras públicas o privadas pueda poner en peligro, 1968 (RCBCO)

En el informe del grupo de trabajo encargado de estudiar la conveniencia de preparar un reglamento internacional para la conservación de los bienes culturales que estuvieran amenazados

⁴⁹ *Plan Nacional de Emergencias y Gestión de Riesgos en el Patrimonio Cultural*. IPCE, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. <http://www.mecd.gob.es/planes-nacionales/planes-nacionales/emergencias-y-gestion-riesgos>; <http://www.toledo.es/wp-content/uploads/2017/03/plan-nacional-de-emergencias-y-gestion-de-riesgos-en-el-patrimonio-cultural.pdf>, 2-02-2018.

⁵⁰ Prott, L.V. Normas internacionales sobre el patrimonio cultural. 2011 <http://132.248.35.1/cultura/informe/Art14.htm> p. 1, 12-02-2018.

⁵¹ ACTAS 13 Conferencia General de UNESCO, 1964 (CG13UNESCO) p. 316.

⁵² TERCERO ALFONSETTI, J., *Op. Cit.*, p. 31. Las funciones de este organismo eran desde un principio las destinadas a la preservación del patrimonio cultural español, desde su defensa y protección, pasando por su conservación y fomento, y con ello, se adelantaba en el tiempo a las convenciones y recomendaciones de UNESCO.

por trabajos públicos o privados⁵³, de 1964, se subrayó el hecho de la amenaza que podría constituir un desarrollo urbanístico para el patrimonio cultural, por lo que deberían sopesarse con todo cuidado las consecuencias del crecimiento de la sociedad industrial moderna, así como de la expansión de las poblaciones urbanas y de la modernización de la vida rural, cuando tales consecuencias entrasen en conflicto con la apremiante exigencia de conservar los valores y tradiciones culturales⁵⁴. En este contexto se planteó la necesidad de redactar una reglamentación internacional sobre la conservación de los bienes culturales que la ejecución de trabajos públicos o privados pueda poner en peligro. Recomendación sobre la Conservación de los Bienes Culturales que la Ejecución de Obras Públicas o Privadas pueda poner en Peligro, 19 de noviembre de 1968.

Esta recomendación pone de manifiesto una realidad que, para muchos, es preferible ignorar. Las grandes obras públicas que se hacen con motivo del desarrollo global y la búsqueda del bienestar de la sociedad actual, producen daños muy graves en el patrimonio cultural. La construcción de embalses, molinos energéticos, estaciones eléctricas, ordenaciones urbanísticas, etc., constituyen hoy día un sistema económico y de creación de empleo que cubre el impacto negativo que tienen sobre dicho patrimonio, y que no solo afecta al patrimonio natural e inmueble, sino también a los bienes culturales muebles asociados. Por otra parte, en los últimos años se trabaja en el ámbito europeo para lograr ese bienestar que demanda la sociedad, sin injerencias en la preservación del patrimonio cultural.

3.2.3. Convención de Prís sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de los bienes culturales (1970) (CP)

Esta convención es, sin duda, la más conocida en todos los ámbitos profesionales cuando se trata de aplicar un procedimiento para la recuperación y restitución de bienes que han salido o entrado ilegalmente de un país amparado por la misma. Creada en 1970, ha sido ratificada por España en 1986 y actualmente cuenta con más de cien Estados de todo el mundo. Tiene como principio fundamental la soberanía del derecho interno de los Estados Parte, los cuales deberán decidir el grado de ilicitud del tráfico de bienes culturales, y de esta manera deja a dicho arbitrio la decisión de adoptar bien medidas muy proteccionistas o bien un libre mercado de bienes culturales⁵⁵, con la única excepción de la movilidad ilegal de bienes culturales en el caso de ocupación militar de un país.

La CP se esmera en definir un nuevo concepto de patrimonio cultural, utilizando los términos “propiedad cultural” que define como los objetos y bienes que son expresión de las culturas. En su art 1 establece una serie de categorías delimitando el ámbito de la CP a la designación por cada Estado de lo que sería su Tesoro Nacional. Hay pues, un contexto legal de aplicación concreto que se refiere más al sentido de patrimonio, dominio o heredad, y entendiendo este derecho de propiedad aplicable a los bienes que son susceptibles de apoderamiento y, por tanto, son los bienes sujetos al posible tráfico ilegal. No establece diferencias entre el dominio público y el privado, aunque sí diferencia entre la propiedad de la Iglesia, entendiendo aquí todas las observancias religiosas, y la propiedad secular.

Lo más destacable de la CP es el establecimiento de cauces operativos entre el Consejo Internacional de Museos (ICOM), la Organización Mundial de Aduanas (OMA), y la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL). En 1978 UNESCO crea además el *Comité Intergubernamental para Promover el Retorno de Bienes Culturales a su País de Origen o su Restitución en caso de Apropiación Ilícita*, como un foro para negociar, concienciar y formar sobre los procedimientos a seguir, en caso de que no haya sido posible aplicar el contexto legal. Este Comité

⁵³ CG 13UNESCO, *Op. Cit.*, p.318.

⁵⁴ Prott, L.V. *Op. Cit.* p.2.

⁵⁵ GARCÍA LABAJO, J.M. *La Convención de París de 1970 y UNIDROIT*. Curso La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, Madrid, 2006, p. 124 y ss.

interviene, como observador o consejero, en los casos en que las negociaciones bilaterales no han llegado a resultados positivos, ejerciendo una considerable presión política y moral.

Sin embargo, y siendo consciente UNESCO de la ausencia de implementación de esta convención, mientras el tráfico ilícito de bienes culturales aumentaba considerablemente en las décadas siguientes a su creación, en 1997 redactó un manual de buenas prácticas⁵⁶. Reconociendo los múltiples factores que intervienen en la protección de los bienes culturales, señala sin embargo el problema de gran importancia detectado que impedía ya entonces la efectiva aplicación de la CP en muchos países, debido por un lado a la falta de concienciación sobre la necesidad de legislar a nivel nacional sobre medidas protectoras del patrimonio cultural, y por otra parte, el vacío legal en países concretos donde la ausencia de normativa a nivel nacional impide proceder a formalizar el tráfico de los bienes como ilegal, en sentido estricto de su significado.

3.2.4. Recomendación sobre la protección de los bienes culturales muebles 28 de noviembre de 1978 (RPBM)

En su preámbulo, uno de los considerandos señala cómo el deseo creciente del público en conocer y apreciar las riquezas del patrimonio cultural, cualquiera que sea su origen, entraña un aumento de todos los peligros que corren los bienes culturales, debido a múltiples factores, entre los que se mencionan los siguientes: un acceso particularmente fácil o a una protección insuficiente, a los riesgos inherentes al transporte y a la intensificación, en algunos países, de las excavaciones clandestinas, los robos, el tráfico ilícito y los actos de vandalismo. Es por ello que esta recomendación está substancialmente dirigida a la movilidad de los bienes culturales, sobre todo para exposiciones temporales o intercambios de dichos bienes en concepto de depósitos.

Entonces define los bienes culturales muebles y engloba su protección en un contexto preventivo y de cobertura similar a la propuesta por las entidades aseguradoras. Entonces, esta recomendación delimita la “protección” de dichos bienes como la prevención de los riesgos y la cobertura de los riesgos, incluyendo en la primera acepción el conjunto de las medidas para salvaguardarlos y con ello evitar su pérdida en el marco de una protección global, además de otros riesgos originados por conflictos armados, motines o desórdenes públicos. La cobertura de riesgos está en relación con la garantía de indemnización en caso de deterioro, degradación, alteración o desaparición de un bien cultural resultante de cualquier clase de riesgos, incluidos los riesgos señalados anteriormente. En este contexto, se propone o sugiere la existencia o creación de un sistema de garantías e indemnizaciones gubernamentales por la asunción total o parcial de los riesgos por parte del Estado, o también mediante seguros privados aparte de acuerdos de seguro mutuo.

En el caso español esta recomendación es la base de la creación de la Garantía del Estado⁵⁷, que se aplica para cubrir los seguros de obras en exposición temporal en archivos, bibliotecas y museos de titularidad estatal, así como en la Fundación Thyssen y Patrimonio Nacional. De esta manera quedan cubiertos contra cualquier daño los objetos que pertenecen al Estado o a organismos de derecho público o a personas jurídicas o físicas de derecho privado, tanto nacionales como internacionales, aunque no cubre los costes de seguro de traslado o movilidad, lo que en argot museológico se llama “de clavo a clavo” y, por ello, es necesario combinar esta garantía estatal con un seguro privado.

3.2.5. Convención de la PARA la protección del patrimonio cultural subacuático de 2001 (CPPCS) UNESCO

Esta esencial convención, a la que se van añadiendo países cada año, es quizás una de las más efectivas en cuanto se refiere al patrimonio arqueológico. Si bien es cierto que en muchos Es-

⁵⁶ Preventing the illicit traffic in Cultural Property, a resource handbook for the implementation of the 1970 UNESCO Convention. UNESCO, París, 1997.

⁵⁷ Real Decreto 1680/1991, de 15 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional novena de la Ley 16/1985 PHE, sobre garantía del Estado para obras de interés cultural.

tados hay una ausencia de medidas de protección en el plano jurídico, lo que viene a suponer que no se dispone de medios para impedir la apropiación y explotación de los objetos procedentes de sitios arqueológicos subacuáticos por parte de los expoliadores, en España existe una larga tradición en la defensa de este patrimonio⁵⁸ y, concretamente, el patrimonio arqueológico subacuático está protegido por la LPHE de 1985 y por las disposiciones jurídicas adoptadas por las Comunidades Autónomas. No obstante, ello no ha impedido que el expolio en los yacimientos subacuáticos haya continuado hasta la actualidad, lo cual es debido en gran parte a la complejidad de la reglamentación sobre derecho marítimo, y a la jurisdicción nacional de cada Estado sobre el mar territorial. Ello unido a la naturaleza de los pecios subacuáticos, por un lado considerados yacimiento arqueológico y, por otro, cementerio marino, hace que incluso las legislaciones nacionales más protectoras sobre el patrimonio arqueológico, no sean suficientes para preservarlo de los llamados “caza-tesoros”. De ahí que, a finales de los años noventa se plantease la necesidad de crear con urgencia un instrumento jurídico internacional que reglamentase y coordinase la protección de los sitios arqueológicos subacuáticos, ya que UNESCO era consciente de la amenaza dirigida hacia ese patrimonio por actividades no autorizadas.

El informe básico de UNESCO para promover la ratificación de esta convención señala casos como el de Portugal, que ha pasado de ser un país tolerante con la actividad de buscadores de pecios a ser un país que ha reforzado eficazmente la protección de este patrimonio cultural. En los años noventa la legislación portuguesa permitía la compra venta de objetos procedentes de las excavaciones arqueológicas subacuáticas, promoviendo con ello el establecimiento de varias empresas internacionales de búsqueda de tesoros con la intención de explotar el rico patrimonio cultural subacuático de las aguas lusitanas. Hasta 1995 en que se suspendió la aplicación de esa legislación y en 1997 se revocó definitivamente, lo cual trajo consigo una revivificación de la arqueología científica submarina, y finalmente, en 2006, Portugal ratificó la Convención de la UNESCO de 2001 con vistas a reforzar la protección de su patrimonio cultural subacuático y establecer una cooperación eficaz con otros Estados de la región en este ámbito⁵⁹.

Para España, esta convención ha resultado ser eficaz. La estrategia para proteger el patrimonio cultural subacuático español de buscadores de tesoros, principalmente de Estados Unidos (EEUU), comenzó en 1997 *“cuando el Estado español, a través del Ministerio de Cultura, tomó la decisión de presentar una demanda ante los tribunales de Estados Unidos para proteger a los pecios españoles del saqueo a manos de cazatesoros. La decisión fue histórica y valiente a la vez: hasta ese momento, ningún país había recurrido ante los tribunales de otro país para impedir y defenderse del expolio de sus buques hundidos”*⁶⁰. Efectivamente, el proceso judicial entablado por España ante los tribunales de EEUU por las fragatas Juno y Galga culminó con éxito en 2001, y se dejó un mensaje inequívoco y claro, que España estaba dispuesta a emprender medidas legales, y no solo ante sus propios tribunales, sino también a nivel internacional, siempre que fuera necesario proteger su historia y patrimonio cultural. La decisión en el caso del Juno y la Galga fue ampliamente considerada como un auténtico precedente jurídico internacional. Posteriormente, en 2007 una compañía de buscadores de tesoros estadounidense llamada Odyssey Marine Exploration llevó a cabo una operación clandestina desde fuera del territorio español, llevándose el cargamento sustraído de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes, por lo que España presentó de nuevo una demanda judicial en los tribunales de Florida (EEUU) pidiendo que todo lo que se había extraído del Nuestra Señora de las Mercedes se devolviera a España, invocando el principio de inmunidad soberana. Se produjo un largo proceso en el que hubo que demostrar que el pecio había sido un buque de la Armada española, para lo cual se presentó un amplio dossier de pruebas respecto a la identidad y la historia del buque gracias a

⁵⁸ Desde 1911 la Ley de Excavaciones Arqueológicas y su Reglamento de 1912 establecen no solo pautas de metodología, sino También de exportación de bienes procedentes de yacimientos arqueológicos. Esta ley surgió como respuesta a la demanda de un sistema de defensa ante posibles hallazgos arqueológicos y su salida del territorio español, como fue el caso de la Dama de Elche vendida y sacada de España legalmente

⁵⁹ La Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio arqueológico subacuático. p.5.

⁶⁰ GOOLD, J. y DE CABO, E. *España gana el caso Nuestra Señora de las Mercedes: un éxito jurídico, histórico y cultural*. Catálogo de la exposición “El último viaje de la Fragata Mercedes”, pp.25-33.

la investigación de un grupo interministerial español. En diciembre de 2009 el tribunal federal de Estados Unidos en Tampa (Florida) emitió su fallo, en el que concluía que todos los objetos sustraídos tenían que devolverse al Gobierno español. Sin embargo, esta sentencia causó la interposición de distintas demandas por parte de la empresa Odyssey, primero ante al Tribunal de Apelaciones y luego ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. El pronunciamiento final del Tribunal de Apelaciones de Atlanta de 21 de septiembre de 2011 fue decisivo, al señalar por unanimidad que la decisión del tribunal de Tampa a favor de España era la correcta⁶¹.

3.2.6. Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, 1995

Finalmente, y como no podía ser menos, hay que aludir a la importante labor jurídica que se desarrolla desde UNIDROIT, *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado*, por tanto organización intergubernamental independiente a la que España pertenece desde 1940, y concretamente al desarrollo de un convenio que serviría como complemento a la CP de 1970 de UNESCO, aunque tarda en salir veinticinco años. En este Convenio, sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, adoptado en Roma en 1995, los Estados se amparan en un tratamiento uniforme ya que permite que se proceda, con las demandas de restitución de objetos culturales robados o ilícitamente exportados, directamente a través de tribunales nacionales.

Muy significativo en este convenio es su referencia a la totalidad de bienes culturales, refiriéndose al Derecho privado y no sólo para aquellos bienes inventariados, declarando que todo bien cultural robado debe ser restituido, aunque señala la necesidad de establecer registros de bienes culturales, así como la protección material de yacimientos arqueológicos. De esta manera, se asegura que los tratantes ilegales puedan salir impunes debido a las divergencias jurídicas nacionales⁶².

Una de las claves de esta convención es el establecimiento de pautas y criterios para facilitar el procedimiento de la devolución de las obras que, exportadas o robadas ilegalmente, han llegado a poder de otros poseedores, con un periodo de devolución desde el conocimiento de su ubicación, así como el tipo de indemnización que debería ser aplicada teniendo en cuenta todos los aspectos de la adquisición de buena fe o no. Asimismo, señala los casos en que no debería ser aplicada, como sería el que su propietario original hubiese fallecido cincuenta años al menos anteriores a su descubrimiento, y declara que en ningún caso legitima las actuaciones ilegales cometidas con anterioridad a la entrada en vigor de la convención. España se adhirió a esta convención el 21 de mayo de 2002.

4. El Consejo de Europa (CDE) y el patrimonio cultural

4.1. El CDE y su cometido

Esta organización internacional, creada el 5 de mayo de 1949 tras la firma del Tratado de Londres por parte de sus Estados fundadores, a saber, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Reino Unido, abrió la puerta a la conciencia de Europa con la primera reunión de Estados. Su objetivo principal era realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituían ya entonces su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social (cap. I del Estatuto del CdE), a través de la configuración de un espacio político y jurídico común en el continente, sustentado sobre los valores de la democracia, los derechos humanos y las libertades fundamentales. Actualmente el CdE cuenta con 47 países miembros a lo largo del continente europeo, además de Rusia que por su tamaño se adentra en Asia. Entre estos Estados se encuentra España, desde el 24 de noviembre de 1977. Desde su creación en 1949 este organismo ha promovido más de 200 convenciones

⁶¹ GOOLD, J. y DE CABO, E., Op.Cit., pp. 30 y ss.

⁶² GARCÍA LABAJO, J.M. Op. Cit., 2006, p. 127 y ss.

y recomendaciones sobre temas muy variados y muchos de ellos en conexión directa con el patrimonio cultural, como son la Convención de Salvaguarda del Patrimonio Arquitectónico de Europa hecho en Granada 1985; el Convenio Europeo del Patrimonio Arqueológico de La Valleta 1992; y el Convenio Europeo del Paisaje hecho en Roma en 2000.

A través del CDCPP, que se reúne anualmente en sesión plenaria, se han ido elaborando distintas convenciones con sus correspondientes recomendaciones, a modo de reglamentos aunque no sean vinculantes, y programas de desarrollo que, establecen las pautas y los mecanismos necesarios para la mejor protección de la variada tipología de patrimonio cultural, en todos los ámbitos de las administraciones públicas nacionales y de la sociedad civil que, a modo de observador, asiste a las sesiones plenarias.

En 1954, en el ámbito de los 14 países hasta entonces adheridos al CdE, es lanzada la Convención Cultural Europea (CCE)⁶³, que España va a ratificar en 1957⁶⁴. Es esta una convención poco conocida, aunque se debe reconocer como un instrumento trascendental ya que asienta la base de las futuras medidas preventivas que se desarrollarían sobre la protección del patrimonio cultural. También es destacable el momento de su redacción, ya que se enmarcó en el momento en que se fraguaba el proceso de formación de la UE, con el argumento de unir a los Estados europeos en unos fines o ideales que contribuirían, a través del fomento de la cultura, a crear un territorio común de carácter supranacional. La similitud de esta ideología se rastrea hoy día en la actual UE, incluso en la terminología utilizada.

Aunque hay autores que consideran que el CCE apenas supuso una declaración de intenciones, lo cierto es que es la base de todas las convenciones realizadas por el CdE. Y en esta línea, se pueden citar artículos que aluden a las medidas de prevención que habrían de tomarse, por ejemplo con el patrimonio arqueológico, o incluso con el patrimonio arquitectónico. Este es el caso del art 5 CCE sobre la consideración de los objetos con valor cultural “vigilados” por las partes contratantes, es decir, lo que posteriormente se definiría en todas las convenciones como patrimonio nacional.

4.2. Convenio europeo sobre las infracciones cometidas contra bienes culturales, delfos, 23 de junio de 1985 (CEIBC)

En 1985 el CdE había preparado una Convención con las medidas preventivas y de aplicación que habría que adoptar ante las infracciones cometidas contra los bienes culturales muebles o inmuebles que, como se aprecia, fue bastante anterior a la D93/7/CEE. En ella, como aspecto destacable, se establecen como principios fundamentales la adopción de normas internacionales en los ámbitos penal y cultural y, en este contexto, ya se establecía en el art 1 que la infracción comprende los hechos que son constitutivos de quebrantamientos del derecho penal, y un procedimiento general que a partir de la infracción, incluía la definición de proceso, juicio⁶⁵ o sentencia o fallo, y sanción. Además, en el Apéndice II, Párrafo Primero, se establecía una tipología de bienes culturales susceptibles de ser sometidos a daños, y en el Párrafo III una lista bastante detallada de las actuaciones que pudieran ser consideradas infracciones, así como los actos u omisiones contenidos en el Párrafo III y que considere cualquiera de los Estados Contratantes⁶⁶. Por tanto, la parte mejor desarrollada es la relacionada con la restitución de bienes culturales, que viene a continuar la línea marcada por la CP de 1970 y posteriormente sería sustancialmente perfeccionada por la convención de UNIDROIT.

La Convención de Delfos, de mayo de 1985, no ha sido ratificada por España.

⁶³ TOMÁS BUESO, L. *La formación y el desarrollo de la política cultural europea: fundamentos y modos*. Universidad Jaime I, Castellón, 2010.

⁶⁴ Ratificado por España el 2 d agosto de 1957, BOE nº 204/1957 de 10 de agosto.

⁶⁵ CEIBC, art 1. En la definición de juicio o sentencia se refiere a la decisión tomada por un juzgado de lo penal o a instancias administrativas.

⁶⁶ CEIBC, art 3.

4.3. Convención del Consejo de Europa sobre los delitos relacionados con bienes culturales, Nicosia 2017 (CDRBC)

Sobre la nueva convención del CdE 2017. Según el CdE, se ha pretendido que este instrumento fuese el primero en ser aplicado a nivel jurídico internacional y, además de prevenir las infracciones contra el patrimonio, fomentar la cooperación entre los Estados. Sobre su contenido, es de destacar su dedicación a definir los medios más efectivos para la lucha contra el comercio ilícito, considerándolo un crimen de naturaleza clandestina y una fuente de actividades de blanqueo de dinero que afecta a todos los países europeos, y consecuentemente se dirige a evitar de una manera organizada el mercado ilegal del arte en el territorio europeo comprendido en su ámbito. ¿Qué ha ocurrido para que un organismo dedicado a la defensa de los derechos humanos se haya volcado en el estudio de aspectos relacionados con el patrimonio cultural? Es evidente la respuesta, ya que la vulnerabilidad del patrimonio cultural en cualquiera de sus múltiples aspectos, amenaza seriamente los valores democráticos de nuestras culturas, y en consecuencia tiene un impacto negativo sobre la identidad europea y memoria que se verá reflejada en la historia del continente europeo.

En estas circunstancias se debe considerar al patrimonio cultural no solo un instrumento eficaz para la cohesión social, sino también un producto comerciable con un valor en alza, bien para ser movilizadado y transmitido "*inter vivos*" o "*mortis causa*" de forma legal o ilegal. Ello supone que existe una propensión cada vez mayor a buscar este producto para generar fondos que, en un momento dado, son utilizados cada vez más por grupos terroristas que pueden financiar conflictos bélicos. A su vez este mercadeo supone la especialización de determinados grupos volcados en ese tráfico ilícito.

4.4. Recomendación (96)6 del Comité de Ministros a los estados miembros relativa a la protección del patrimonio cultural contra los actos ilícitos (R96/6 CDE)

Posteriormente a la entrada en vigor de la CEIBC, se redacta esta recomendación muy poco conocida que, sin embargo, establece una serie de medidas encaminadas sobre todo a la prevención de actuaciones cuyo impacto sea negativo y derive en la pérdida de valores del patrimonio cultural, entendiéndose a éste tanto mueble como inmueble. Por tanto, el objetivo de la recomendación va dirigido muy especialmente al patrimonio inmueble y así se refiere en el Apéndice B donde menciona expresamente la Convención de Salvaguarda del Patrimonio Arquitectónico de 1985, conocida como Convención de Granada.

De nuevo aparece la palabra prevención, aunque en esta recomendación tiene un significado más amplio porque ya no dicta una serie de encomiendas de posible aplicación, sino que invita a realizar un esfuerzo de prevención, que debe estar encaminado principalmente a concienciar a la sociedad civil, a través de educación e información de los propietarios, de los profesionales y del público en general. Los temas en relación con el patrimonio cultural que plantea son amplios y responden a la iniciativa de sociedades bastante avanzadas y capaces de establecer una planificación efectiva de carácter plurianual: conservación y respeto del patrimonio cultural, así como a la promoción del estudio interdisciplinario de la prevención utilizando los medios humanos y técnicos disponibles. En este contexto, continúa la recomendación señalando que debería reducirse el riesgo de perjuicios causados por actos ilícitos a través de planes de acción para las situaciones de emergencia y medidas concretas elaboradas de acuerdo con dichos planes, combinando los medios de prevención al alcance, se supone que en cada uno de los ámbitos nacionales. En este sentido, la R96/6CdE ha sido el motor que ha impulsado la generación de los comités nacionales del BS, y en concreto el Plan Nacional de Emergencias redactado por España, señalando la necesidad de efectuar análisis de riesgos y definiéndolos como el estudio sistemático para la identificación y evaluación de todos los riesgos que amenazan al patrimonio cultural. Es decir, la R96/6CdE establece un protocolo muy claro de carácter preventivo de aplicación tanto por administraciones públicas como por el sector civil, sobre los bienes que deberían estar inventariados, y además enlaza con otras disposiciones

bien conocidas como la CLH, animando a los EM a incrementar el uso de los protocolos.

Además, por lo que respecta a los bienes culturales, la R96/6CdE aboga por la persecución de acciones a nivel internacional, especialmente en lo que se refiere a las medidas que deben ser adoptadas para luchar contra el tráfico ilícito de obras de arte y contra el crimen organizado.

5. Conclusiones

A lo largo de estas páginas se han señalado una serie de disposiciones encaminadas a la protección del patrimonio cultural en cualquiera de sus acepciones. Es evidente que existe, desde hace más de sesenta años, una preocupación de los principales organismos internacionales por la salvaguarda de dicho patrimonio, y aunque encontramos que algunas de las normas son ya recurrentes, en general la mayoría han sido reforzadas y mejoradas según avanza el estado de bienestar social, especialmente en Europa. Por ello, cada convención y recomendación se dedican a aspectos muy concretos referentes a cualquier tipo de gestión que haya que asumir con respecto a dicho patrimonio cultural. No obstante, encontramos una serie de elementos que impiden el total establecimiento de las medidas destinadas a prevenir la desaparición del patrimonio cultural o de sus valores, como son fundamentalmente: el continuo y creciente tráfico ilícito de bienes culturales, el vacío en el campo judicial de argumentos legales para hacer efectivas sentencias que apoyen las legislaciones nacionales, el descontrol de la terminología a aplicar sobre los bienes susceptibles de ser protegidos, además de la descoordinación entre las distintas administraciones, etc.

En conjunto, parece que existen los instrumentos legales necesarios a nivel internacional, aunque al parecer son insuficientes o no han sido debidamente implementados. Por lo demás, si bien todas las normativas mencionadas y alguna que haya quedado en el tintero son parecidas y tratan sobre la lucha contra el tráfico ilícito y la preservación de los bienes culturales, cada una se dedica a distintos ámbitos de aplicación de procedimientos. Así, unas normas se refieren a la movilidad de los bienes o a su transmisión, mientras otras están encaminadas a los motivos que originan dicha movilidad, y otras están dirigidas a los procesos de restitución y/o recuperación en el terreno reglamentario, legislativo y contencioso. Por todo ello, parece conveniente empezar a establecer reglas comunes entre las administraciones, a nivel local, regional, y nacional, siendo los puntos que se sugieren los que deberían contener estos protocolos:

- 1º) Reconocimiento y concienciación, por parte de las administraciones públicas y de la ciudadanía en general, de los sistemas de prevención para evitar la destrucción del patrimonio cultural. Hasta hace pocos años, en el horizonte nacional, se ha trabajado intensamente en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, pero se han descuidado los aspectos originarios de ese tráfico y el estudio del impacto sobre el expolio de los bienes inmuebles. Entonces, y con excepciones notables, las actuaciones suelen, además de obedecer a criterios y normativa puntuales, estar sujetas a los procedimientos establecidos por cada sección o unidad implicada.
- 2º) Cooperación nacional entre todos los actores implicados. Puesto que la protección del patrimonio afecta especialmente a los titulares, propietarios y poseedores, tanto públicos como privados, hay que empezar a trabajar en lo que sería una gestión compartida salvando las distancias legales originadas por la adscripción de la propiedad. El patrimonio cultural no puede ser solamente protegido por las administraciones de cultura, sino que es necesario trabajar conjuntamente con otros sectores que, aunque implicados, se limitan únicamente a reseñar en sus normativas algún articulado mencionando el patrimonio cultural, pero no lo tienen en cuenta directamente al establecer sus programas y planes de actuación.
- 3º) Unificación de terminología. Esta es una materia compleja que afecta también a todos los sectores y que requiere del dominio del lenguaje. La diversidad de términos utilizados para el patrimonio cultural en su conjunto, así como la dispersión lingüística aplicable es-

pecíficamente a la variada tipología del patrimonio, reflejan el desequilibrio existente en el momento de aplicar la normativa vigente. Por añadidura, la imprecisión de los términos a aplicar se refleja en la traducción a las diferentes lenguas europeas que, en cada caso, tienen una definición distinta. Por este motivo, es absolutamente prioritario el estudio de glosarios y tesauros, como apoyo a los procedimientos contribuyendo a su mejor y común diligencia en casos de actuación, directa o indirecta.

- 4º) Activación de un procedimiento o protocolo común de actuación administrativa, jurídica y judicial. Esta sugerencia es extremadamente necesaria, sobre todo por lo que respecta a la relación continuada con los tribunales en el ámbito judicial. Si hay dispersión en la terminología además de ausencia de precedentes judiciales o ausencia de normativa legal en que amparase, y se desconocen los términos en que se ha llegado a un contencioso a través de tribunales de justicia, entonces aunque se haya actuado correctamente en las fases previas, es difícil llegar a una sentencia que sea favorable a todas las partes y que suponga además la protección efectiva sobre el patrimonio.
- 5º) Ampliación de los sistemas de formación especializada en todos los ámbitos implicados en la gestión del patrimonio cultural, así como la mejor difusión de los sistemas de gestión y preservación del patrimonio cultural que la sociedad demanda. Desde los distintos ámbitos de las administraciones de cultura se lleva años reclamando una mayor formación en las esferas educativas, tanto universitarias como escolares, así como en niveles de profesiones especializadas como restauración y rehabilitación, arquitectura, ingeniería, docencia, y estamentos de cualquier categoría de personal relacionados con el patrimonio cultural en toda su variada tipología.

La defensa penal de la cultura. Límites de la regulación española

Autor: Jesús María García Calderón

Fiscal de la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Andalucía



Cuenco chino, tazón para lavar cepillos, del siglo XI elaborado en un horno imperial de la provincia de Henan. Con 13 centímetros de diámetro y cubierto de un esmalte azul verdoso, fue subastado en Hong Kong el pasado 3 de octubre de 2017 y adquirido por un comprador anónimo asiático por 32 millones de euros.

1. La relevancia de la cultura como valor constitucional

La cultura es un valor constitucional y la capacidad que deben tener todos los ciudadanos para acceder a sus distintas manifestaciones, es un derecho fundamental. En buena medida y desde una perspectiva jurídico penal, la idea de cultura viene a coincidir con el concepto de Patrimonio Histórico aunque, como es obvio, son dos magnitudes que no pueden identificarse porque hay numerosas manifestaciones culturales, incluso de un gran valor estético o moral, que no serán nunca Patrimonio Histórico o que solo lo serán en un futuro más o menos inmediato. Por el contrario, cualquier manifestación del ingenio humano merecedora de ser calificada como *Patrimonio Histórico* constituye necesariamente un exponente cultural de innegable valor que merece ser preservado por el Derecho para su posesión y disfrute por las generaciones futuras.

Conforme a las ideas anteriores, el *sustento* constitucional necesario para que tenga lugar la protección penal de la cultura encuentra su razón de ser, al margen de otras consideraciones más o menos discutibles, en su dimensión como valor incuestionable y siempre compatible con los principios constitucionales¹, una condición *especial* que vendría a configurarse, quizá, como una de las características más señaladas o esenciales que su naturaleza posee. Todo ello no

¹ Esta idea de la necesaria *compatibilidad* de los bienes culturales con los valores constitucionales nos conduce a solucionar el problema de lo que podríamos llamar el Patrimonio Histórico *Infame*; entendiéndolo por tal aquel que, nacido con cierta proximidad histórica, expone valores injustos o anti sociales que producen un generalizado rechazo social. La única solución, en tales casos, para la conservación de exponentes monumentales o artísticos que por su innegable valor estético o histórico no deban ser destruidos, es la de llevar a cabo una contextualización o intervención arquitectónica adecuada en el monumento que permita una nueva lectura *negativa* y acorde con los principios inspiradores de una sociedad democrática.

impide que puedan tener lugar juicios erróneos o relativamente erróneos acerca del valor que merezcan algunas de las expresiones de la cultura más controvertidas o coyunturales pero el elemento corrector que permite *afinar* la decisión del legislador o del intérprete del derecho para sostener, incluso en estas decisiones más discutibles, la necesidad de su tutela por el derecho penal, se vincula con la idea de relevancia histórica que las distingue. En tales casos, hablamos de una *aptitud* que poseen estos bienes para que pueda llevarse a cabo una lectura puramente cronológica de su valor, hablamos de la capacidad *interna* que reposa en la obra creativa, ya sea individual o colectiva, para persistir y mostrarse con el paso del tiempo como un valor siempre estimable, como el exponente de una determinada manera de organizar o entender la vida social, como algo que posee ese *valor de civilización* que tan bien define y distingue a los bienes culturales en la dogmática penal y administrativa de nuestro tiempo².

Se han identificado a veces las ideas de cultura y civilización pero, en realidad, la identificación o equivalencia de la cultura se produciría con mucha mayor naturalidad con el concepto jurídico de Patrimonio Histórico. Recordemos que el Patrimonio Histórico se integra por *bienes culturales* y el bien cultural se define como *aquel que constituye testimonio material por poseer valor de civilización*³. El derecho administrativo nos ha ofrecido, en todo caso, un concepto bastante rígido y caracterizado por la idea de intervención estatal mediante una previa declaración formal de aquellos bienes que tendrían ese valor incuestionable. La decisiva aportación del constitucionalismo europeo y del propio derecho penal ha sido la de agrandar el concepto, la de elevar los bienes culturales a una categoría social superior, al descubrir que no se trata, cuando hablamos de conservacionismo, de articular un catálogo o un mero recuento de inmuebles u objetos con un criterio puramente estético o material, sino de señalar un conjunto *relacionado*, concitando una especie de convicción científica compartida por la sociedad en su conjunto o por una parte *suficiente* y autorizada de ella: Esa convicción no sería mas que la creencia de que todas aquellas manifestaciones culturales, en definitiva, que superan la *prueba del tiempo* y persisten por su importancia y por su valor incontestable, adquieren ese elemento distintivo, esa pátina de historicidad que nos permite su calificación como Patrimonio Histórico y que exige su defensa más enérgica por el ordenamiento jurídico público, como ordena nuestra Constitución, a través del derecho penal. En la realización de este mandato la jurisprudencia penal y constitucional han superado aquellos criterios formalistas que, en aras de una pretendida y comprensible seguridad jurídica, exigían una previa declaración formal estableciendo el valor cultural de los bienes protegidos. Pero lo importante no es la existencia de una declaración administrativa, siempre beneficiosa, que certifique la pertenencia del bien al Patrimonio Histórico Español, sino la aptitud del objeto o del conjunto de objetos para concebirse como un bien cultural teniendo en cuenta su innegable valor.

² La noción *Bien Cultural*, aparece por primera vez en un documento oficial a consecuencia de los trabajos desarrollados por la famosa *Comisión Franceschini*. Sobre el particular, puede consultarse, LÓPEZ BRAVO, Carlos; *El Patrimonio Cultural en el sistema de derechos fundamentales*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1999; páginas 75 y siguientes. Más recientemente, MARTÍNEZ PINO, Joaquín; "La comisión Franceschini para la salvaguardia del patrimonio italiano. Riesgo, oportunidad y tradición de una propuesta innovadora", trabajo publicado en la revista *Patrimonio Cultural y Derecho*, número 16, Fundación Hispania Nostra, Madrid, 2012. Esta famosa comisión fue creada mediante la Ley 310 de 26 de mayo de 1964 en la República Italiana como una *Comisión de Estado* para llevar a cabo una profunda reflexión acerca del deterioro sufrido por los bienes culturales de la República de Italia y para llevar a cabo una reordenación de todo el sistema legal de protección de su Patrimonio Histórico. La Comisión se proponía llevar a cabo, entre otras finalidades, la formación de propuestas concretas que permitieran una extensa tutela y valorización de las *cosas de interés histórico, arqueológico, artístico y del paisaje*. Estaba presidida por el político demócrata cristiano FRANCESCO FRANCESCHINI (1908-1987) y desarrolló sus trabajos hasta el año 1967, llevando a cabo la redacción de un amplio *Informe* dirigido al Ministerio de Instrucción Pública que contenía una larga serie de consideraciones que permitieron alumbrar esta nueva dimensión de los bienes culturales al incorporar su valor más importante y trascendente para el derecho, un interés difuso que integraba el valor de su dimensión científica, colectiva e inmaterial, su relación *interna* con el entorno y su aspiración a configurarse como *bienes de disfrute* que deben asociarse con el desarrollo de algunos derechos fundamentales de los ciudadanos y con el futuro de la comunidad. Sobre el particular puede consultarse igualmente la *Relazione della Commissione d'ingagine per la tutela e la valorizzazioni del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio* que fue publicada en la Rivista trimestrale di diritto pubblico, XVI, en 1966. Además, la actividad desarrollada por la Comisión se fue dirigiendo a la elaboración de un texto legal para el cumplimiento de sus fines. En su composición, con un total de 27 miembros nombrados por el Consejo de Ministros, se distinguían miembros del parlamento y expertos de reconocido prestigio entre los que destacaba el catedrático de derecho administrativo MASSIMO SEVERO GIANNINI quien llevaría a cabo, poco después de su participación en la citada Comisión, esta famosa definición de los bienes culturales como aquellos *testimonios materiales dotados de un valor de civilización*.

³ LÓPEZ BRAVO, Carlos; *El Patrimonio Cultural en el sistema ...*, Universidad de Sevilla, página 75.

Como he tenido oportunidad de señalar⁴, el mandato legal que opera en España para la defensa del Patrimonio Histórico deriva de la Constitución de 1978 y, por la expresa referencia que realiza a su protección por el derecho penal, resulta un mandato completamente singular y enérgico, pero también coherente con el pacto constituyente y con la evolución mostrada en las constituciones europeas elaboradas en la segunda mitad del siglo XX cuando abordan esta materia. Previsiones de un signo parecido, quizá con un menor sesgo imperativo, tienen lugar en otras constituciones, una vez que empieza a difundirse y desarrollarse por todo el continente europeo la teoría de los bienes culturales. Esta percepción no debemos acotarla excesivamente porque esta referencia a la tutela de la cultura, aunque con un sesgo menos inmaterial, encuentra eco en la mayor parte de los textos constitucionales del siglo XX, cuenta con numerosos antecedentes históricos y no puede ser reducida a una cuestión propia del constitucionalismo mediterráneo⁵. No obstante, la doctrina pone de manifiesto que es necesario reconocer que los países meridionales de Europa *han sido, precisamente, los que mayor influencia han ejercido en la redacción que del artículo 46 realiza el constituyente español de 1978*⁶.

En el caso español, no puede citarse, además, con carácter exclusivo el artículo 46 de nuestra Constitución para explicar su relación con la defensa penal de los bienes culturales. De esta forma llevaríamos a cabo una visión muy limitada y simplista ya que olvida que otros preceptos, aunque de una forma menos explícita, aluden también a su protección legal de una manera más o menos indirecta y con una singular incidencia, en muchas ocasiones, respecto a la protección de aquellas manifestaciones más *frágiles* del Patrimonio Histórico, como ocurre con el Patrimonio Arqueológico. Como pone de manifiesto Salinero Alonso, este artículo 46 *no es un precepto aislado [...] sino que debe enmarcarse para su comprensión en el conjunto de principios que informan el valor constitucional de la cultura*⁷. De hecho, el breve *Preámbulo* de nuestra Constitución ya resulta particularmente expresivo cuando proclama la voluntad de la Nación Española, entre otras finalidades esenciales, de *proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones* o bien de *promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida*. Conforme a lo anteriormente mencionado y para vincular nuestra *Carta Magna* con la protección integral del Patrimonio Histórico, podríamos recordar, en primer término, los artículos 44, 45, 46 y 48 de la Constitución Española que, junto a lo manifestado en otros artículos de la propia norma constitucional en materias de tanta importancia como la participación ciudadana, la definición de la propiedad o el reparto competencial con las Comunidades Autónomas⁸, así como los preceptos correspondientes de los distintos Estatutos de Autonomía que asumen una *competencia compartida*, vendrían a configurar lo que ha venido llamándose por la doctrina *Constitución Cultural* o *Estado de la cultura*.

Los artículos 44, 45, 46 y 48 son incluidos dentro el Capítulo III del Título correspondiente a los *Derechos y Deberes Fundamentales* como *principios rectores de la política social y económica* y se alejan, como analizaremos posteriormente, de la que podría ser su ubicación *natural*, dentro del Capítulo II del mismo Título, referido genéricamente a los *Derechos y Libertades* y reservado a los que merecen ser calificados como Derechos Fundamentales. La evolución del conservacionismo cultural y su creciente trascendencia social demuestra que hubiera sido deseable que

⁴ Una edición resumida de los tres primeros epígrafes aparece en; GARCÍA CALDERÓN, Jesús; *La defensa penal del Patrimonio arqueológico*; publicado en la colección, dirigida por el profesor Lorenzo Morillas Cueva, *Monografías de Derecho Penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2016; páginas 21 y siguientes.

⁵ Lo pone de manifiesto PRIETO DE PEDRO, Jesús; en su trabajo "Concepto y otros aspectos del Patrimonio Cultural en la Constitución", poniendo como ejemplos la Constitución de Austria de 1919, la Constitución suiza de 1874, la Constitución de Bulgaria de 1971, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la Constitución italiana de 1947, la Constitución griega de 1971, la Constitución portuguesa de 1976 y la Constitución rusa de 1977. Publicado en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 1.551.

⁶ RENART GARCÍA, Felipe en *El delito de daños al Patrimonio Cultural Español. Análisis del artículo 323 del Código Penal de 1995*, Estudios de Derecho Penal, número 36, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 117.

⁷ SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección del Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995*, Cedecs Editorial, Derecho Penal, Barcelona, 1998; pág. 28.

⁸ Además de los preceptos que han sido citados, se alude o cita la *cultura* en los artículos: 3.3, 9.2, 25.2, 48, 50, 143.1, 148.1, 15, 16 y 17, 149.1.28 y 149.2 de nuestro texto constitucional.

nuestro legislador constitucional optara por esta segunda posibilidad pero hay que tener en cuenta, como posteriormente veremos, que aunque fuera *aconsejable* quizá no resultaba *posible* hace cuarenta años, en el momento en el que se desarrolla en España el proceso constituyente.

La doctrina penal ha reflexionado en muchas ocasiones acerca de la relación del *ius puniendi* con la Constitución y de la capacidad de esta para la generación de bienes jurídicos que sean tutelados por el derecho penal de una manera explícita⁹. En principio, algunos autores no estiman adecuado que tenga lugar una especie de *sustitución* de la labor del legislador penal desde el propio texto constitucional que podría alterar con sus decisiones una correcta aplicación del principio de intervención mínima y dificultar cierto sentido de la oportunidad que pueda tener, en determinadas circunstancias sociales y de forma siempre moderada, la modificación que deba producirse en la ley penal, llevando a cabo o detallando directamente la selección de aquellos bienes jurídicos *dignos de ser protegidos*. Conforme a estas ideas y siguiendo el marco de referencia básico que marca la Constitución, el legislador penal es quien debería *depurar* el perfil de aquellos valores que son proclamados para protegerlos adecuadamente y conforme a tipologías que se integren en un ordenamiento jurídico coherente. No obstante, en el caso del Patrimonio Histórico la situación no ofrece duda alguna y parece estar plenamente justificada. Como acertadamente señala Cortés Bechiarelli al referirse concretamente al fundamento de protección de los bienes culturales, *la salvaguarda de estos bienes se antoja imprescindible para la convivencia de un Estado de Derecho, abstracción hecha de su catalogación en la norma fundamental*¹⁰. Ello no impide que el imperativo constitucional ordenando la persecución penal de las agresiones que sufran, se califique por el mismo autor como una demanda retórica recordando que esta protección ya existía, de manera más o menos limitada, en el Código Penal de 1973 y se vincule, circunstancia que me parece mas discutible, como una *manifestación más del advenimiento del Estado social que se aleja a conciencia del individualismo tradicionalmente imperante en los Estados liberales fruto de la Revolución Francesa*.

En mi opinión, no puede establecerse claramente una relación *derivada* entre la Constitución y el antiguo Código Penal *reformado* de 1973. Tampoco parece que este posicionamiento puede entenderse como una mera superación de los primeros postulados liberales porque el Estado Social no promueve a través de procesos constituyentes democráticos una ruptura sino, muy por el contrario, una corrección que permita su desarrollo para que tenga lugar la implantación de un nuevo modelo. En lo que respecta al medio ambiente y a la protección legal de la cultura, se establece un nuevo paradigma: La relación de cada ciudadano con su entorno monumental al que se *descubre* una dimensión inmaterial o incluso espiritual de un claro perfil colectivo. De hecho, nuestra norma constitucional recurre a la idea de la función social de la propiedad privada y de la herencia, que se ven fortalecidas, para sustentar la protección de los bienes culturales. Individualidad y ejercicio de derechos sociales sobre objetos de un signo colectivo, son magnitudes perfectamente compatibles conforme a este modelo liberal de Estado evolucionado o corregido por una enriquecedora vertiente social que ofrece, entre otros, estos nuevos derechos de los ciudadanos que aún seguimos analizando en su verdadera significación y en la interrogante del *papel*, sin duda trascendental, que deban cubrir en el futuro. Como pone de manifiesto Salinero Alonso al comentar el artículo 46 de la Constitución Española, *este precepto no es producto del azar* porque, como manifiesta la autora citada, se enmarca en un lento proceso que culmina con *la crisis del Estado Liberal y su superación* y todo ello *conlleva el reconocimiento de derechos sociales legitimando la intervención estatal en la prestación de servicios sociales, transformándose el Estado en elemento activo y dinámico del orden social*¹¹.

Parece oportuno recordar, abundando en la polémica anterior, las posiciones básicas en torno al viejo problema de la relación que deba existir entre la Constitución y el derecho penal que

⁹ CORTÉS BECHIARELLI, Emilio; "Función social y tutela penal del Patrimonio Arqueológico". artículo publicado en *Tres estudios jurídicos sobre el Patrimonio Histórico*, Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2005, págs. 17 a 49.

¹⁰ CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, "Función social ...", ob. cit., pág. 18.

¹¹ SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...* ob. cit., páginas 39 y siguientes.

han sido analizadas, desde una perspectiva multidisciplinar y de manera muy acertada para abordar el estudio de los delitos sobre el Patrimonio Histórico, por Guisasola Lerma¹² y que giran en torno, en principio, a dos teorías tradicionales propias de la dogmática constitucional de nuestro tiempo: Aquellas teorías constitucionalistas *amplias* que otorgan a la Constitución el sentido de un marco referencial mínimo que sirva para definir los bienes jurídicos tutelados por la ley penal y aquellas otras teorías constitucionales más *estrictas* que entienden que la Constitución debiera definir o delimitar más claramente los objetos de tutela penal e incluso establecer la forma concreta en la que debe tener lugar esa protección. Como es obvio, cada una de las posiciones sostenidas por la doctrina más autorizada, presenta matices de un gran interés que podríamos sintetizar recordando las siguientes ideas básicas.

En primer término, nada impide que en esa relación, la Constitución establezca un mandato imperativo y directo al legislador penal, como ocurre con el artículo 46, sin referencia alguna a la utilización del derecho administrativo sancionador como alternativa (contrariamente a lo que ocurre con el artículo 45) y sin exigir la gravedad objetiva para aquellas infracciones que deban ser perseguidas por la norma penal y aquellas otras que, por su importancia menor, merezcan otro nivel inferior de sanción. Parece lógico que, al margen del silencio del precepto, la norma administrativa pueda concurrir con la penal y que el criterio de gravedad sea utilizado por el legislador para hilvanar una normativa respetuosa, en todo caso, con los valores consagrados en la propia Constitución. Desde este punto de vista a veces se ha valorado *el Código Penal de nuestro tiempo* como una especie de repertorio negativo de derechos, como una *constitución en negativo* que sirve al Estado Social para la defensa de aquellos valores esenciales que considera indispensables para el desarrollo y la convivencia.

Conforme al criterio sostenido por Carbonell Mateu¹³, debemos recordar que el derecho penal es aquella rama del ordenamiento jurídico más próxima o más ligada a la Constitución, de manera que al proclamarse por esta aquellos valores a los que debe servir todo el Ordenamiento Jurídico, *se delimita el campo de acción del Derecho Penal de forma positiva*¹⁴. Todos los bienes jurídicos tutelados por el legislador penal deben tener suficiente relevancia y encontrarse previamente incluidos en el marco normativo creado por el proceso constituyente que es el único que puede otorgarles un carácter democrático. La labor del legislador orgánico no debe, por tanto, adentrarse nunca fuera de un marco referencial que ha sido previamente definido con una vocación de permanencia. En cualquier caso y para concluir, la Constitución señala unas líneas programáticas que constituyen un *marco de Política Criminal* que el legislador orgánico tendrá que desarrollar, amparando una serie de valores que son asumidos por la sociedad en su conjunto, susceptibles de ser atacados y necesitados de la tutela penal.

Desde posiciones más amplias, el marco de referencia establecido por la norma constitucional promueve espacios abiertos para que el legislador pueda conformar acertadamente los perfiles de los bienes jurídicos que deben ser tutelados. La Constitución, como señalan distintos constitucionalistas, no puede entenderse como un simple *catálogo de bienes jurídicos a tutelar por la ley punitiva* sino que integra un perímetro generoso en el que debe ubicarse la respuesta penal sin desbordarlo. Este marco constitucional amplio es el que marca el proceso de criminalización y no puede ser superado por el derecho penal. Una postura más limitada, como pone de manifiesto González Cussac, terminaría por ahogar el poder legislativo porque *la voz del pueblo solo sería oída en el período constituyente*¹⁵.

¹² Esta cuestión se aborda extensamente en la monografía de GUIASOLA LERMA, Cristina; *Delitos contra el Patrimonio Cultural: Artículos 321 a 324 del Código Penal*, publicada en la colección de *Tratados* de la editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001 (páginas 219 y siguientes).

¹³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos; *Derecho Penal: Concepto y principios fundamentales*. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1996, pág. 79 y ss.

¹⁴ GUIASOLA LERMA, Cristina, *Delitos contra el Patrimonio Cultural ... ob. cit.*, pág. 224.

¹⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; "Derecho Penal y teoría de la democracia", incluido en la obra colectiva *Historia y derecho: estudios jurídicos en homenaje al profesor Arcadio García Sanz*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1995.

La tesis sostenida por Vives Antón, *iniciadora en la doctrina española contemporánea de la conexión entre derecho penal, bien jurídico y Constitución*¹⁶ considera que los bienes jurídicos elegidos para su tutela penal serán diferentes según el modelo de Estado que establezca cada proceso constituyente. Para el ordenamiento jurídico español lo importante es su carácter democrático y la implantación de un modelo de Estado que implica la participación de los ciudadanos, directa o indirectamente, en la toma de decisiones. La Constitución vendría a ser, en su relación con el derecho penal, *una forma de expresión concentrada de sus valoraciones fundamentales*¹⁷. Esta forma de relación comporta que cada proceso constituyente deba generar la correspondiente reforma penal o, mejor aún, la promulgación de un nuevo Código Penal conforme al orden constitucionalmente establecido. Esta situación tuvo lugar en España de manera desordenada a través de sucesivas y, a veces, contradictorias reformas parciales del Código pre constitucional y de la formulación de un nuevo texto punitivo en 1995 de manera francamente precipitada y por ello, quizá, se hayan suscitado a lo largo de este lento y complejo proceso legislativo algunas dudas que carecen de justificación.

En mi opinión, cabría señalar que la relación en España del derecho del Patrimonio Histórico con la Constitución lo único que pone de manifiesto es que la formulación elegida por el legislador constituyente de 1978 era, muy probablemente, la más acertada y la única posible hace cuarenta años, de ahí que haya sido considerado como un *mandato excepcional al legislador democrático*¹⁸. Hay que tener en cuenta que el Código Penal vigente durante la elaboración de la Constitución de 1978, el Texto Refundido de 1973, establecía algunas figuras agravadas entre los delitos contra la propiedad o consideraba la dimensión y relevancia pública que protegía limitadamente a las *cosas culturales* pero este concepto, en modo alguno, puede equipararse con la definición constitucional que actualmente nos ofrece su artículo 46. Por tanto, el Código Penal de 1973 no respetaba, cuando menos en lo que se refiere al Patrimonio Histórico, el orden de valores constitucionalmente establecido. Esta situación exigía que se recordara de manera explícita por la nueva Constitución al legislador penal la necesidad de castigar los atentados al Patrimonio Histórico conforme a las disposiciones de un Código Penal de signo democrático que recogiera el nuevo orden de valores constitucionales del Estado Social en relación con el entorno monumental o histórico, es decir, que recogiera el concepto de Patrimonio Histórico pero no en su dimensión más limitada y próxima a la defensa de los intereses del titular público o privado de los bienes culturales, sino conforme a un nuevo valor para la defensa material e inmaterial de la cultura de acuerdo con el interés social y los nuevos derechos de los ciudadanos para su disfrute pacífico y para su transmisión a las generaciones futuras, vinculando esta labor incluso con una magnitud de tanta trascendencia y significación en nuestro tiempo como la mejora de la calidad de vida.

Nuestro modelo constitucional instaaura el concepto de Patrimonio Histórico como un principio rector de la política social o económica que deriva del modelo de Estado, pero lo hace -como veremos a continuación- no con un sentido meramente programático o informador del ordenamiento jurídico, sino con un sentido *de futuro* y para ello impone un mandato imperativo al legislador penal que permita la coherencia entre la norma penal y la Constitución a través de la construcción positiva de un nuevo derecho fundamental. Para continuar nuestro análisis en este decisivo epígrafe, es necesario recordar la polémica suscitada por la decisión del legislador constitucional español de 1978 de situar la protección de los bienes culturales fuera del Capítulo II del Título I que reconoce los *Derechos y Libertades* y que integraría en su Sección Primera los *Derechos Fundamentales y libertades públicas*; trasladándolos al Capítulo III del mismo título, como uno de los *principios rectores de la política social y económica*. En cierta

¹⁶ GUIASOLA LERMA, Cristina, *Artículos ...*, ob. cit., pág. 219.

¹⁷ VIVES ANTÓN, Tomas S.; "Reforma política y derecho penal". En *La libertad como pretexto*, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 1995. En, este sentido, vid, con carácter general: AAVV. *Derecho Penal y Constitución*. Dir. Quintero Olivares. Valencia 2015, págs. 20 y ss. En especial QUINTERO OLIVARES, Gonzalo-GONZÁLEZ BONDÍA, Alfonso-FALLADA GARCÍA-VALLE, Juan Ramón. "La construcción del bien jurídico protegido a partir de la Constitución. En *Derecho Penal y Constitución...cit.*, págs. 83-132.

¹⁸ GUIASOLA LERMA, Cristina, *Artículos ...*, ob. cit., pág. 233.

media ya hemos mostrado nuestra opinión sobre el particular pero aún queda por aludir al verdadero alcance y eficacia del precepto, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 53 de la norma constitucional.

Es obvio que la ubicación sistemática del precepto resulta de una gran importancia interpretativa y podría pensarse que la aproxima a una simple, aunque solemne, declaración programática. El hecho de que el artículo 46 de nuestra *Carta Magna* aluda de manera tan explícita a la aplicación de la ley penal, sin embargo, parece que permite una cierta *compensación* a la hora de fijar su verdadero valor. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, esta sistemática, siendo importante *no debe considerarse como minusvaloración del Patrimonio Histórico sino todo lo contrario, máxime cuando expresamente encomienda al ius puniendi del Estado la protección de nuestra cultura*¹⁹. Es cierto que, conforme a lo establecido en el artículo 53 de la propia Constitución Española²⁰, su alegación frente a los poderes públicos y la jurisdicción se encuentra relativamente *limitada* por la normativa sectorial que haya sido desarrollada por el Estado y que la apelación directa a la norma constitucional como un derecho subjetivo se reserva únicamente a los *Derechos Fundamentales* de la Sección Primera del Capítulo II del mismo título; pero también es cierto que se le otorga a este principio rector una singularidad o entidad propia y un carácter que no tiene lugar en otros países de nuestro entorno, ni opera en nuestro derecho con la defensa de otros bienes jurídicos de tan marcado carácter social y de enorme valor socio económico.

La solución legislativa de 1978, por tanto, debe ser analizada conforme a la idea anteriormente expuesta según la cual el Patrimonio Histórico, en realidad, no es más que un valor jurídico propio del Estado Social que en el momento de redactar la Constitución aún no había sido incorporado a nuestro derecho y la culminación de esta tarea, solo podía llevarse a cabo mediante su configuración en dos etapas. Primero en su condición de *principio rector*, como un simple mandato que contara con suficiente eficacia jurídica en la práctica judicial, como una especie de *encargo* al poder legislativo sostenido en el tiempo que informara la actuación de los poderes públicos y que, una vez cumplido y en segundo término, acabara por incorporarse al limitado acervo de nuestros derechos fundamentales.

En términos generales, la posición de los autores reconoce claramente que el artículo 46 de la Constitución enuncia un principio rector y no habría obtenido, en definitiva y conforme a la jurisprudencia reiterada de nuestro Tribunal Constitucional²¹, el rango de derecho fundamental. Guisasola Lerma, teniendo en cuenta que *se ha producido una suavización de la concepción de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos*, contesta a estas pretensiones y niega cualquier asimilación que permita establecer esta calificación jurídica considerando, de una parte, que el Patrimonio Histórico, como derecho difuso o colectivo, participa de una condición en su naturaleza como es la insuficiencia del concepto de derecho subjetivo para explicarlo de una manera convincente y, de otra, estima nuestra autora que exigirá, de consi-

¹⁹ FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel, *La protección penal del Patrimonio Histórico*, Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, Dirección General de Bienes Culturales, Servicio de Investigación y Difusión del Patrimonio Histórico, Sevilla 2004, página 19.

²⁰ Hay que recordar que, conforme a lo establecido en el artículo 53 de la Constitución Española de 1978, podemos distinguir (textualmente) estas tres situaciones:

“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”

²¹ STC 199/1996, de 3 de diciembre, textualmente señala: “Sin embargo, no puede ignorarse que el art. 45 de la Constitución enuncia un principio rector, no un derecho fundamental. Los Tribunales deben velar por el respeto al medio ambiente, sin duda, pero “de acuerdo con lo que dispongan las leyes” que desarrollen el precepto constitucional (art. 53.3 C.E., SSTC 32/1983, fundamento jurídico 2º, 149/1991, fundamento jurídico 1º, y 102/1995, fundamentos jurídicos 4º-7º)”. ”

derar que se trata de un derecho subjetivo, *la presencia de un individuo al que se atribuye la titularidad*. Se estima incompatible, en definitiva, la consideración como derecho subjetivo con la titularidad colectiva que comporta el principio para la protección del Patrimonio Histórico²².

Desde una posición calificada habitualmente como ecléctica y que, quizá con un mejor criterio, podríamos considerar como *evolucionada*, García de Enterría, nos ofrece una solución más razonable que podría conciliar el rigor en la interpretación de la norma constitucional con el deseo de dotar de suficiente eficacia al precepto. El gran publicista español ya había considerado al analizar la Constitución de 1978 que estos principios rectores que proclama *orientan la acción del Estado* y habría señalado igualmente que nada impide que puedan configurarse como *derechos fundamentales no articulados*²³ o quizá, en mi opinión, mejor que considerarlos derechos de segunda o tercera generación, entenderlos como derechos fundamentales *en formación* que, teniendo en cuenta las limitaciones del ordenamiento jurídico durante el proceso constituyente, aún deben ser perfilados por el legislador pero que terminen por convertirse necesariamente y una vez cumplido el mandato constitucional en verdaderos derechos fundamentales.

Lo reconoce Prieto Sanchís y lo recoge como argumento Salinero Alonso²⁴ al comentar que los preceptos del Capítulo III que consagran los principios rectores de la política social y económica, *son vinculantes para todos los poderes públicos del Estado, y en consecuencia, aplicables por los Tribunales ordinarios en los mismos supuestos que las demás normas constitucionales*. *Lo que sucede es que, desde el punto de vista de los Derechos Fundamentales, estas normas generan únicamente derechos subjetivos "reaccionales" o impugnatorios* que impedirían el dictado de normas contrarias a la Constitución²⁵. A la hora de establecer su alcance y en su relación con el apartado tercero del artículo 53 de la propia Constitución, aunque informan la práctica judicial, no podrán ser invocados como fundamento único de cualquier pretensión como derechos subjetivos, *mientras no se produzca el correspondiente desarrollo legislativo*²⁶. Pero una vez producido ese desarrollo legislativo en la tutela del Patrimonio Histórico Español, tanto en su vertiente estatal como autonómica, su condición como derecho fundamental, no ofrecerá duda alguna.

Podemos concluir, por tanto y a modo de resumen, que la singularidad del artículo 46 de la Constitución Española al imponer expresamente la necesidad de sancionar las agresiones al Patrimonio Histórico a través de la ley penal, solo es consecuencia del nuevo modelo democrático de convivencia que se inicia en España y recuerda la necesidad de respetar el nuevo orden de valores jurídicos que los españoles ratificaron a través del sufragio en el referéndum constitucional del 6 de diciembre de 1978. Fue solo la falta de desarrollo normativo de un valor hasta entonces ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, la que determinó que el legislador constituyente optara dirigir un mandato genérico al legislador, para que este pudiera sentar las bases de unos bienes jurídicos de extraordinaria amplitud y complejidad que no se encontraban suficientemente articulados y en los que resultaba indispensable una dilatada reflexión para resolver cuestiones tan esenciales como establecer el límite entre la infracción penal con la administrativa, encontrar la fórmula de relación entre la normativa estatal y la autonómica o señalar cual deba ser el límite del ámbito objetivo de protección de la ley penal.

Al día de hoy, aquel *Derecho Fundamental en formación* ha cobrado ya una plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico con la creación de una nueva categoría de protección en el

²² GUIASOLA LERMA, Cristina, *Delitos contra ...*, ob. cit., pág. 243.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ CARANDE, Eduardo; *Consideraciones sobre una legislación sobre el Patrimonio Histórico*, Revista española de Derecho Administrativo, nº 30, Madrid, 1983, pág. 580.

²⁴ SALINERO ALONSO, Carmen. *La protección...* ob. cit., página 63 y 64.

²⁵ Vid., con carácter general: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo-NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. "El Derecho penal y los principios rectores de la política social y económica". En *Derecho Penal Constitucional...*cit., págs.. 455-490, en especial págs. 485-490.

²⁶ PRIETO SANCHIS, Luis; *Los principios rectores de la política social o económica*, en Estudios sobre Derechos Fundamentales, Editorial Debate, Madrid, 1990.

Código Penal de 1995 y ha obtenido con ello, con mayor o menor acierto, el desarrollo legislativo que necesitaba para alcanzar la naturaleza que verdaderamente le corresponde como derecho fundamental.

2. Un concepto penal de patrimonio histórico

Cuando hablamos de Patrimonio Histórico hablamos de un concepto muy reciente y por ello cambiante, acuñado en la segunda mitad del siglo XX, propio del campo jurídico pero de enorme repercusión social y económica, que discurre desde el ámbito puramente administrativo hasta el Derecho Penal y que está lleno de complejidad. No es fácil, por tanto, trazar sus límites con claridad, presupuesto ineludible para que pueda ser defendido con suficiente eficacia.

Es frecuente considerar que el Patrimonio Histórico es una creación colectiva²⁷. Pero podríamos añadir, sin esfuerzo alguno, que es una *creación colectiva* para el desarrollo y para el disfrute individual pero compartido de la cultura. Ésta furiosa serie de dicotomías entre lo colectivo y lo singular, entre lo propio y lo de todos, es una constante a la hora de elaborar un *concepto en formación* como el del Patrimonio Histórico, un concepto que sigue modelándose con el paso del tiempo al descubrir nuevas categorías o aspectos merecedores de protección y que alcanza una importancia creciente en la vida cotidiana de las sociedades democráticas más avanzadas de nuestro tiempo.

Antes de proseguir, convendría llevar a cabo una breve precisión terminológica que nos ayudará a comprender mejor este concepto y a establecer sus límites por el derecho penal. En términos generales han ido acuñándose hasta la fecha diversos términos para designar un mismo concepto: Patrimonio Cultural, Patrimonio Monumental, Patrimonio Artístico, Patrimonio Histórico-Artístico ... pero finalmente, tras alguna disputa doctrinal con una escasa trascendencia práctica, parece haberse impuesto la denominación de Patrimonio Histórico. Algún sector de la doctrina española²⁸ se habría inclinado en su día por la expresión *Patrimonio Cultural*, considerando que esta denominación podría integrar obras de arte de autores contemporáneos y englobaría con una mayor facilidad nuevas categorías de protección que puedan ir apareciendo con el paso del tiempo. No puede negarse que el término *cultural* cuenta con una virtud omnicomprensiva que permite su aplicación a esas nuevas manifestaciones merecedoras de protección que siguen apareciendo en el desarrollo teórico del conservacionismo cultural. Además, *lo cultural* parece enlazar con mayor facilidad con las ideas del entorno físico y con esa dinámica o *atmósfera* social tan relacionada con el valor, la investigación o el disfrute de los bienes culturales²⁹. Por último, hay que reconocer que el término *cultural* aparece reiteradamente referido en documentos jurídicos internacionales de una gran relevancia. Sin embargo, personalmente me inclino por la expresión *Patrimonio Histórico*, cuando menos en el ámbito jurídico, en el que tiene cierto arraigo, a la hora de señalar la delimitación objetiva de los bienes que lo integran, la idea de una cierta relevancia o *conciencia de historicidad*.

Como argumentos *añadidos* podríamos alegar que separar las diversas formas de protección legal, especialmente la dispensada por el derecho penal, de una mínima idea de relevancia histórica podría llevar aparejada una extensión desmedida del concepto que puede provocar, por la imposibilidad material de ejercer una protección adecuada, una desprotección habitual que convierta el articulado de la ley en una sucesión de normas simbólicas sin eficacia alguna.

²⁷ GARCÍA CUETOS, Pilar; *El Patrimonio Cultural. Conceptos básicos*, Prentice Hall, Zaragoza, 2001, página 13.

²⁸ GUIASOLA LERMA, Cristina, al margen de otras publicaciones posteriores de la autora con una mayor envergadura, esta idea resultó plasmada por primera vez en su artículo "Los delitos sobre el Patrimonio Histórico", publicado en el número 43-44 de la revista Poder Judicial, Madrid, 1997. Posteriormente, la misma autora en Delitos contra el Patrimonio Cultural: Artículos 321 al 324 del Código Penal; Editorial Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2001, páginas 387 y siguientes. Utiliza la misma expresión, RENART GARCÍA, Felipe en su monografía El delito de daños al Patrimonio Cultural Español..., ob. cit.

²⁹ Como un exponente reciente puede consultarse, VERCHER NOGUERA, Antonio en "El expolio de bienes de patrimonio histórico o la descontextualización penal del entorno arqueológico", publicado en diario *La Ley*, número 9.151; Madrid, 2018.

Hay que recordar, además, la expresa prohibición contenida en el artículo 9.4 de la Ley 16/85 *del Patrimonio Histórico Español* (en adelante LPHE) que impide la declaración como *Bien de Interés Cultural* de la obra de un autor vivo *salvo si existe autorización expresa de su propietario o media su adquisición por la Administración*. Y cabría añadir, por último, un argumento gramático de gran valor, teniendo en cuenta el carácter prácticamente normativo que el Congreso de Bogotá de 1960³⁰ ya otorgara, desde una perspectiva panhispánica, al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua que, en su vigésima tercera edición incluye la expresión *Patrimonio Histórico* para referirse al *conjunto de bienes de una nación acumulado a lo largo de los siglos, que por su significado artístico, arqueológico, etc., son objeto de protección especial por la legislación*.

Esta definición gramatical no cabe duda que se refiere explícitamente a la dimensión jurídica del Patrimonio Histórico pero nuestro diccionario, sin embargo, no considera esta definición como una *voz técnica*. Es decir, conforme a sus tradicionales normas de uso³¹, entiende que no se trata de una voz o acepción procedente *de los distintos campos del saber y de las actividades profesionales cuyo empleo actual [...] ha desbordado su ámbito de origen y se ha extendido al uso, frecuente u ocasional, de la lengua común y culta*. Cuando estos términos no se han generalizado y se mantienen, en mayor o en menor medida, *en el interior* de la disciplina que los ha creado, el diccionario los señala con una abreviatura³² que les sirve como una marca individualizadora que solo acompaña a las llamadas *voces técnicas*, pero esta situación no tiene lugar con la voz *Patrimonio Histórico* que no se asocia con abreviatura alguna y que habría desbordado el cauce del tecnicismo. Nos encontramos por ello con una acepción, en definitiva, que se entiende usada de una forma general por todos los hablantes de manera que su uso no puede constreñirse a un campo determinado del saber. Ya sabemos que definir, en cualquier caso, el Patrimonio Histórico, no es tarea fácil, máxime si acudimos a esas tediosas formas enumerativas que siempre resultan incompletas y que no consiguen arraigar en la doctrina. A primera vista nos sorprende, por su pragmatismo y eficacia, la definición que nos ofrece el diccionario, pero si profundizamos en su contenido, enseguida comprobaremos que resulta incompleta.

En primer lugar, bastaría introducir un matiz que abordaremos y que alude al carácter informalista del Patrimonio Histórico ya que no debemos únicamente considerar como tal aquel que es declarado en virtud de una resolución o expediente administrativo, sino todo aquel que debería ser objeto de protección, al margen de que se encuentre formalmente reconocida esa protección. Esta delimitación anti formalista del concepto de Patrimonio Histórico, aunque ha sido enunciada por la jurisprudencia constitucional, es consecuencia de la defensa penal de los bienes culturales y fruto de la necesidad natural de protección del llamado Patrimonio *Oculto*, normalmente de naturaleza arqueológica.

En segundo lugar, podríamos considerar otra sutileza lingüística y es que el concepto gramatical de Patrimonio se refiere, como acabamos de ver, a un *conjunto de bienes* y aquí el término *conjunto* debe operar no como una simple acumulación de inmuebles u objetos sino como un sustantivo que indica una totalidad de elementos o cosas *poseedores de una propiedad común que los distingue de otros*. El concepto de Patrimonio Histórico no alude simplemente a los objetos, cosas o bienes culturales en sí mismo considerados sino a la *tutela* jurídica que debe proyectarse sobre ellos y esa especial tutela jurídica determina que no solo lo entendamos como un mero recuento de objetos o como una rígida tarea de conservación de un catálogo más o menos extenso de bienes materiales o incluso inmateriales. El Patrimonio Histórico debe

³⁰ *Convenio Multilateral sobre la Asociación de Academias de la Lengua Española* de Santa Fe de Bogotá de 28 de julio de 1960. En su breve preámbulo señala, entre otras consideraciones, que es *obligación de los Estados fomentar la cultura de sus pueblos y atender a la defensa de su patrimonio espiritual, particularmente de su lengua patria o que tratándose de los pueblos hispanos, la unidad del lenguaje es uno de los factores que más contribuyen a hacerlos respetables y fuertes en el conjunto de las naciones*. Como representante español acudió el Embajador ALFREDO SÁNCHEZ BELLA.

³¹ Diccionario de la Lengua Española; Real Academia Española, vigésima segunda edición, quinta tirada, Madrid, 2006, página XXXIV.

³² A título de ejemplo, *Der.* por derecho; *Estad.* por estadística o *Fil.* por filosofía.

ser concebido como un conjunto dotado de una coherencia interior, de una proporción, de una armonía que explique su contenido no sólo en términos evolutivos sino en la constatación de ese amplio sustrato común que permita a los bienes que lo integran *reconocerse* en alguna de las cualidades de los demás. Lo esencial es dirigir esa proyección normativa, como una magnitud que lo convierte en un conjunto *relacionado* de signo colectivo que pertenece a la sociedad en su conjunto y, al mismo tiempo, al ciudadano individual porque se debe facilitar su disfrute habitual, exigir la necesidad de incrementarlo y procurar un estado cultural en cuya virtud el ciudadano mejore su conocimiento del entorno y su calidad de vida. Esta percepción nos permite considerar que el Patrimonio Histórico cuenta con un lenguaje propio, con una nueva *manera* de transmitir un testimonio que debe ser conservado en atención a los valores que contiene.

En tercer lugar, a modo de conclusión, podríamos aventurar un concepto de Patrimonio Histórico aclarando que este concepto no olvida su dimensión inmaterial ya que los bienes, en la voz jurídica de su definición gramatical, se refiere a *cosas materiales o inmateriales en cuanto objetos de derecho*. Hablamos, en definitiva, de Patrimonio Histórico para referirnos al *conjunto de bienes que, en atención a su valor cultural o significado, son o deben ser objeto de una especial protección legal para su conservación y disfrute por todos los ciudadanos*.

3. La cuestión del bien jurídico protegido

La construcción del bien jurídico en los delitos de nueva planta, como ocurre con los delitos que tutelan directamente el Patrimonio Histórico, debe vincularse con las ideas propias del funcionalismo, incluso del funcionalismo radical, cuando considera a la realidad social como una *vía directa* para determinar su contenido³³. Carmen Salinero Alonso ha recordado que la dogmática alemana intenta, desde comienzos de los años setenta del pasado siglo, una completa reelaboración del bien jurídico protegido desde una perspectiva puramente social, entendiéndose que todo aquello que determine una limitación o riesgo apreciable para que el sistema consiga sus objetivos de participación de la persona en procesos como el disfrute pacífico de los bienes culturales, tiene que ser objeto de una protección suficiente por la norma penal. En opinión de MIR PUIG³⁴, los bienes jurídicos serían realmente *condiciones para la participación* ciudadana en una sociedad que ha establecido su relación a través de la Constitución y exige un proceso democrático y continuo de organización.

Tiene lugar, por tanto, una vinculación decisiva entre constitucionalismo y sociología que distinga entre un desarrollo integral de los ciudadanos a través de diversos instrumentos jurídicos de participación y un desarrollo colectivo de la sociedad en su conjunto que, a consecuencia de lo anterior, hace funcionar al sistema social conforme a principios democráticos. En el mismo sentido, OLMEDO CARDENETE, en el caso de los bienes culturales o el Patrimonio Histórico, considera muy acertado *vincular el objeto formal de tutela con el Estado social y democrático [...] así como con la función social que cumple la propiedad en nuestro sistema jurídico*³⁵. Algunos autores como MUÑOZ CONDE, abundan sobre las ideas anteriores y reclaman la defensa de la *función cultural* que desempeñan el Patrimonio Histórico por encima de su dimensión puramente material. Esta función tiene un carácter dinámico que se encuentra asociado a los fines colectivos que persigue el Estado Social y Democrático de Derecho³⁶.

Parece que en estos supuestos, el bien jurídico protegido se *desdobla* en diversos aspectos o funciones que debe cumplir el Patrimonio Histórico en su relación con la vida social: En primer

³³ SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., páginas 163 y siguientes.

³⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10 ed., Barcelona 2015, págs. 171-175.

³⁵ OLMEDO CARDENETE, Miguel; en "Sistema de Derecho Penal. Parte Especial", 2ª edición, dirigida por MORILLAS CUEVA, Lorenzo; Editorial Dykinson, Madrid, 2016. Capítulo 37 (II) sobre "Los delitos relativos al Patrimonio Histórico", página 890.

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª ed. Valencia, 2015, págs. 63-65. ROXIN, Claus. "Acerca del desarrollo más reciente en el debate sobre el bien jurídico". En *Sistemas del hecho punible/2 Ilícito y justificación*. Buenos Aires 2015, págs. 51-58. MORILLAS CUEVA, Lorenzo; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*. Ley Penal. 2ª ed., Madrid 2010, págs. 94-105.

término, hablamos de una función puramente educativa, imprescindible para la formación de la ciudadanía de manera permanente y que se refiere no solo al Patrimonio Histórico del presente sino a todo el que pueda identificarse en el futuro como tal. En segundo término, podemos encontrar otra función cultural, amparada por el ordenamiento jurídico, que viene referida a la convivencia cívica con los bienes culturales a través de la participación de la ciudadanía en su conocimiento, reparación y disfrute. Por último, cabría considerar una tercera función socio económica que se vincula con el desarrollo de las sociedades democráticas para mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos mediante el Patrimonio Histórico, como concepto esencialmente dinámico, que se incrementa continuamente y que debe configurarse como un elemento de cohesión social a través de una distribución racional y democrática de los bienes culturales o facilitando el acceso sin limitaciones de todos los segmentos de la población. Es necesario añadir, como otra singularidad de esta tutela penal de la cultura, como veremos posteriormente y al margen de todo lo anterior, que tiene lugar la *superposición* de bienes jurídicos protegidos a consecuencia de la decisión del legislador español de sostener un complejo y disperso sistema penal de protección *complementario* en el que se mantienen, al margen de las tipologías *específicas* vinculadas con la protección medio ambiental que defienden los bienes culturales con algunas formas agravadas de delitos contra la ordenación territorial, contra el orden socioeconómico o contra la Administración Pública, así como una nueva modalidad de delito *contra la Comunidad Internacional* vinculado, cuando menos parcialmente, con la posible protección de los bienes culturales. Esta perturbadora superposición de bienes jurídicos, acarrea no pocos problemas para la aplicación uniforme de la ley y debe resolverse con criterios flexibles que recuerden la dimensión constitucional de la cultura en su relación con los ciudadanos.

Conforme a lo indicado anteriormente, el Patrimonio Histórico se configura como un conjunto de bienes con un valor jurídico esencialmente colectivo, relacionado muchas veces con el urbanismo, de naturaleza esencialmente geográfica, que se encuentra vinculado con el entorno aunque sea desconocido hasta el momento mismo de la producción del delito y que exige un incremento de las fórmulas de control administrativo ya que, en demasiadas ocasiones, el incumplimiento de la normativa protectora destroza las expectativas de la ciudadanía y quiebra su derecho fundamental de conocimiento y acceso a los bienes culturales de mayor importancia. Como he tenido oportunidad de reiterar, aunque el concepto de Patrimonio Histórico sea, desde una perspectiva jurídica, un concepto normativo, en términos generales puede considerarse como un concepto esencialmente *expansivo* ya que sigue creciendo con el transcurso del tiempo y al que vienen añadiéndose, desde su creación, nuevas categorías conceptuales de protección con un extraordinario valor³⁷ que normalmente suponen nuevos retos para el jurista. Esta expansión tiene lugar también en la consideración o relación con el espacio físico con el que se relaciona, cada vez con una mayor intensidad, al Patrimonio Histórico. De ahí que hablemos de una *nueva retórica de los bienes culturales* que propone al territorio como uno de sus elementos definidores de mayor relevancia³⁸.

La *protección penal del entorno necesario para una digna calidad de vida*³⁹ o la *utilización racional del territorio*⁴⁰ son valores esenciales en los que se concilian derechos subjetivos de

³⁷ Como ejemplo, la llamada *arqueología de las víctimas* que se desarrolla en la Alemania unificada para conocer los crímenes del nacional socialismo y que aborda el estudio de las fosas comunes próximas a los hospitales en los que fueron aplicadas las leyes sobre eutanasia con una mentalidad arqueológica, esto es, con un análisis metodológico y científico del *yacimiento*, buscando una verdad histórica que debe ser conocida por la ciudadanía. Esta expansión tiene lugar igualmente en la búsqueda de nuevos instrumentos de protección. En el derecho procesal reciente, sirva como ejemplo la figura del *agente encubierto* que fue configurada recientemente en nuestro sistema procesal, conforme a la reforma operada a través de la Ley Orgánica 5/99, de 13 de enero, que introdujo el artículo 282 bis en la Ley Enjuiciamiento Criminal y que se extiende al tráfico ilícito de bienes culturales o la consideración –conforme al Estatuto de Roma– de los delitos contra el Patrimonio Histórico como crímenes contra la humanidad en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

³⁸ VERDUGO SANTOS, Jesús; “El territorio como fundamento de un nueva retórica de los bienes culturales”, número 53 de la Revista PH, Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, Abril de 2005.

³⁹ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio; “Los delitos sobre la ordenación del territorio”, publicado en la colección Estudios del Ministerio Fiscal publicada por el Centro de Estudios Jurídicos para la Administración de Justicia, Madrid, 1997.

⁴⁰ La *Carta Europea de Ordenación del Territorio*, fue aprobada en Torremolinos el 20 de mayo de 1983 por los Ministros respon-

tal magnitud que exigen una intensa movilización de todos los poderes del Estado para su defensa y para su fortalecimiento, una visión de conjunto que permita comprender todas las consecuencias sociológicas y legales de la infracción y esta tendencia constituye, en definitiva y como ha señalado la doctrina, una *superación del derecho urbanístico*⁴¹ o del derecho administrativo puramente sancionador.

Conforme a todo lo anterior, la protección penal del Patrimonio Histórico defiende un bien jurídico extraordinariamente amplio que engloba no solo la propiedad individual de los bienes que lo integran, sino una forma de propiedad colectiva marcada por la satisfacción del interés social. Podemos hablar, en síntesis y para concluir, de un bien jurídico que protege tanto el valor⁴² material como el valor cultural de los bienes y este último valor cultural o *valor de civilización* englobaría, a su vez, tres valores diferenciados pero complementarios y relacionados con el entorno: Un valor histórico que exige una cierta dimensión temporal, un valor científico determinado por su condición de fuente de información y un valor social o jurídico en sentido estricto que estaría vinculado con el ejercicio de un derecho colectivo para la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos mediante su conocimiento y disfrute.

4. Deficiencias básicas de la legislación penal española en la defensa de los bienes culturales

La introducción de esta nueva categoría de protección en el Código Penal de 1995 se ha considerado, en términos generales, muy positiva y absolutamente necesaria para la defensa penal de la cultura como valor constitucional. No obstante, la dogmática penal española ha venido reiterando desde su promulgación, con alguna matización, una crítica constructiva que deriva en la necesidad de su reforma ante la existencia de una serie de errores, perfectamente subsanables, pero que pueden operar como verdaderos *límites* a todo el sistema legal de protección de los bienes culturales en España⁴³.

A pesar de esta unanimidad doctrinal, el legislador español, tan profuso en modificaciones de todo tipo y envergadura, reformas a veces muy discutibles y hasta contradictorias, mostró un

sables de la Ordenación del Territorio de los Estados integrados en el Consejo de Europa. Por su relación con el tema que nos ocupa, este argumento, referido incluso al ámbito europeo en la *Carta* citada, del interés *supralocal* o *supra regional* ha sido utilizado de manera creciente. Podemos citar como ejemplo, el artículo 31.4 de la Ley 7/02, de 17 de diciembre de *Ordenación Urbanística de Andalucía* (modificada por la Ley 13/05, de 11 de Noviembre) como uno de los presupuestos exigibles para permitir la retirada de competencias urbanísticas, acordada por el Consejo de Gobierno, con dictamen previo del Consejo Consultivo de Andalucía y la autorización del Parlamento de la Comunidad Autónoma, a los Ayuntamientos que incumplen de forma sistemática y grave la normativa en materia de disciplina urbanística. Esta previsión fue utilizada en 2006 cuando tuvo lugar la retirada de competencias para el Ayuntamiento de Marbella por un plazo máximo de cinco años. Recordemos que estas competencias se desarrollaron posteriormente por una *Comisión Gestora* tras la disolución de la corporación acordada por el Gobierno a través del Real Decreto 421/2006 de 7 de abril del Ministerio de Administraciones Públicas.

⁴¹ TIRADO ESTRADA, Jesús; "Delitos contra la Ordenación del Territorio: Aspectos generales. Problemática práctica derivada de la relación Administración-Jurisdicción. Derecho Penal Derecho administrativo" publicado por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en *Estudios del Ministerio Fiscal*, Madrid, 1998.

⁴² OLMEDO CARDENETE, Miguel; en términos muy sencillos pero expresivos refiere que, en estos casos, el bien jurídico protegido, se materializa en el "valor que para la historia, la cultura y la ciencia, representan determinados elementos patrimoniales (bienes muebles e inmuebles) para un pueblo o nación". En "Sistema de Derecho Penal ...", página 889.

⁴³ Por todos y por su exhaustivo análisis recopilatorio, RODRÍGUEZ MORO, Luis; "Algunas críticas e incongruencias en la regulación penal de los delitos sobre el patrimonio histórico", publicado en la *Revista Patrimonio, Cultural y Derecho*. Nº 15, 2011, págs. 267-291. Señala el autor citado, a modo de conclusión: "La regulación de los delitos de daños sobre el patrimonio histórico, en el Capítulo II del Título XVI del Libro II, no ha sufrido cambio sustancial alguno desde su entrada en vigor con el Código Penal de 1995. Y ello no deja de ser sorprendente, si se atiende a las pocas deficiencias e incongruencias de las que adolece [...] como se ha podido comprobar, la regulación constituye un "pequeño caos" que no sigue criterios claros ni razonables a la hora de estructurar los tipos, valorar los bienes que integran el patrimonio histórico y establecer las penas". Igualmente, en términos generales, por su proximidad temporal con la promulgación del Código Penal de 1995; En términos generales, PÉREZ ALONSO, Esteban; "Los delitos contra el Patrimonio Histórico", en *Actualidad penal*, nº 33, Madrid, 1998, donde plantea una propuesta de reordenación sistemática llevando a cabo una clasificación tripartita de esta clase de delitos y distinguiendo entre delitos relacionados con la adquisición ilegal de bienes culturales, delitos relacionados con la destrucción, deterioro e inutilización de bienes culturales y delitos relacionados con el tráfico de bienes culturales. En términos análogos, GARCÍA CALDERÓN, Jesús M^º; "El problema sistemático de los delitos sobre el Patrimonio Histórico y la utilización de los conceptos contenidos en la Ley del Patrimonio Histórico Español". Propuesta de reforma legislativa de la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1998. Desde una perspectiva oficial, *Memoria* de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 1997, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998 (Fiscal General Sr. CARDENAL FERNÁNDEZ), págs. 575 y siguientes bajo la rúbrica "El problema sistemático de los delitos sobre el Patrimonio Histórico y la utilización de los conceptos contenidos en la Ley del Patrimonio Histórico Español".

completo desinterés por este aspecto de la criminalidad y no llevó a cabo modificación alguna entre los delitos sobre el Patrimonio Histórico hasta la promulgación de la Ley Orgánica 1/2015. Esta reforma no solo no resolvió los problemas denunciados por la doctrina sino que, cuando menos en parte y al margen de algunos aciertos, los incrementó al llevar a cabo un tratamiento insuficiente y perturbador del expolio arqueológico. Aunque podríamos recordar algunas otras relevantes carencias vinculadas con la defectuosa técnica legislativa o con la dificultad de co-honestar la legislación penal con la administrativa, como problemas esenciales o *limitaciones* graves a la tutela penal del Patrimonio Histórico en España podríamos recordar la deficiente sistemática utilizada por el legislador penal, la incoherencia interna de la regulación penal española al sostener un problemático sistema dual de tutela, el deficitario tratamiento de la falsificación de bienes culturales, la dificultad interpretativa de algunas disposiciones de la Ley de *Contrabando* y la persistencia de tipologías *ausentes* referidas al blanqueo de capitales o al expolio, que solo aparece *incrustado* al día de hoy entre los delitos de daños dolosos al Patrimonio Histórico.

4.1. El problema sistemático y la incoherencia *interna* del Código Penal

El problema sistemático viene demostrado por un dato incontestable ya que existen más tipologías referidas a la protección de los bienes culturales fuera del Capítulo específico integrado en el Título XVI de su Libro II y referido a los *Delitos sobre el Patrimonio Histórico*, que dentro del mismo ya que únicamente integra cuatro preceptos referidos a la producción de daños sobre bienes culturales o a la prevaricación especial para la destrucción de edificios protegidos. Con esta decisión, además, se habría incumplido una de las razones expresamente alegadas en el debate parlamentario para incluir en el Código Penal de 1995 un capítulo específico dedicado a los bienes culturales ya que, como puede comprobarse en el diario de sesiones, una de las finalidades perseguidas por el legislador fue justamente la necesidad de sistematizar las tipologías protectoras del Patrimonio Histórico que se encontraban dispersas a lo largo de su articulado. Es muy habitual recordar en este punto la expresión de Esteban Pérez Alonso cuando nos comentaba, poco después de la promulgación del nuevo texto penal, que tenía lugar con esta decisión legislativa un verdadero *fraude de etiquetas*⁴⁴.

De otra parte, a la hora de valorar la pervivencia de tipos penales dispersos en el Código Penal, la doctrina ha recordado que *se establece un régimen de los bienes privatísticos de los bienes artísticos en el que cual prevalece el interés individual sobre el colectivo y en el que la protección penal de los bienes culturales es reflejo indirecto de la tutela que se ofrece a los bienes patrimoniales en su conjunto*⁴⁵. Esta situación presenta perfiles anómalos y permite considerar, en primer lugar, la posible existencia de dos bienes jurídicos diferenciados entre aquellos delitos integrados entre la delincuencia medioambiental y aquellos otros que se ubican en diferentes Títulos del Código Penal. Nos encontramos ante un esquema dual que produce una sensación de cierto estancamiento o falta de superación de los postulados anteriores a la proclamación constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho y contradictorios con los perfiles de la llamada *Constitución Cultural*.

Siendo conscientes de la realidad anterior, como ya he tenido oportunidad de señalar, no creo que pueda establecerse una diferenciación⁴⁶ -o incluso alguna matización- en lo que respecta al bien jurídico protegido porque el concepto normativo de Patrimonio Histórico es uno y no puede fragmentarse o modularse según sea la naturaleza de la agresión que tiene lugar sobre él. Como pone de manifiesto RENART GARCIA, esta fórmula de protección indirecta, *atiende a un interés de naturaleza estrictamente individual que se sustancia, exclusivamente, en el carácter patrimonial del objeto* y se distancia de la función socio cultural que siempre incumbe

⁴⁴ PÉREZ ALONSO, Esteban; *Los delitos contra el Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995* publicado en la revista *Actualidad Penal*, número 33, Madrid, 1998.

⁴⁵ SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., pág. 179.

⁴⁶ ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel; *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, Colección Análisis y documentos, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994 (dos tomos). Pág. 635, Tomo 2; cuando crítica la tutela indirecta antes de la promulgación del Código Penal de 1995.

a los bienes culturales para que sean disfrutados por todos los ciudadanos como una parte sustancial de su riqueza colectiva y espiritual⁴⁷. Nos encontramos simplemente ante un defecto técnico compatible con la idea de bienes jurídicos superpuestos que debería ser corregido por el legislador y que, entretanto, podemos superar llevando a cabo una correcta lectura constitucional de los bienes culturales en la aplicación cotidiana de la norma penal.

El legislador español ha optado, en definitiva, para la defensa de los bienes culturales por un *sistema mixto difícilmente justificable*⁴⁸, quizá tras abandonar la idea de llevar a cabo esta regulación, como ocurre en algunos países de nuestro entorno, a través de una Ley Especial. Esta decisión sostiene un complejo y disperso sistema de protección *complementario* en el que se mantienen, al margen de las tipologías *específicas* integradas en el Título XVI, algunas formas agravadas de delitos contra la ordenación territorial, contra la propiedad o contra la Administración Pública, así como una nueva modalidad de delito *contra la Comunidad Internacional* vinculado, cuando menos parcialmente, con la protección de los bienes culturales. Pero no nos enfrentamos con una mera cuestión formal ya que esta situación legal produce un efecto negativo de envergadura al constatar una forma de incoherencia *interna* del nuestro Código Penal que, en ocasiones, parece *olvidar* este complejo sistema de tutela y encuentra dificultades para conciliar intereses que operan como bienes jurídicos protegidos y presentan algunas dificultades para su compatibilidad.

Para demostrar la anterior afirmación podríamos acudir a la *cobardía* de algunos ejemplos especialmente demostrativos. El primero viene determinado por la aplicación práctica de la nueva receptación de bienes culturales. En su tráfico ilícito, la figura de una receptación altamente especializada de vocación transnacional parece configurarse como la *consecuencia natural* propia de este fenómeno delictivo. Esta situación llevó a una parte de la doctrina a reclamar la existencia de un nuevo delito de receptación referido expresamente a los bienes culturales⁴⁹. Conforme a la Ley Orgánica 1/2015 fue introducida esta nueva modalidad agravada en el artículo 298. 1 a) del Código Penal cuando impone la pena de uno a tres años de prisión al *que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera, u oculte tales efectos cuando se trate de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*. El *Preámbulo* de la norma reformadora señala razones de política criminal para *desincentivar tanto la sustracción de dichos bienes como su venta*⁵⁰.

La incoherencia interna de nuestro Código Penal viene determinada, de una parte, por el hecho de que solo se vincule esta tipología con los delitos contra el patrimonio, cubriendo así únicamente las modalidades agravadas que tienen como objeto la tutela indirecta de los bienes culturales; pero en aquellos otros casos en los que estos bienes proceden de un delito de carácter ambiental o contra la Comunidad Internacional o incluso del contrabando, teóricamente no podríamos aplicar el precepto. Al margen de lo anterior y en segundo lugar, pueden tener lugar situaciones en las que el móvil que guíe al receptor no sea estrictamente el ánimo de lucro y nos encontremos ante situaciones de fanatismo religioso o ideológico que propicien situaciones reconocidas en el tipo penal como la simple ocultación. La única ventaja de esta incoherencia es que puede convertirse en un valioso argumento *añadido* a la hora de valorar las situaciones de expolio de yacimientos arqueológicos a las que se alude en el artículo 323 del Código Penal. De no entender que el apoderamiento de las piezas debe configurarse, en situación de concurso con los daños al yacimiento, como una forma de hurto o de apropiación indebida; su posterior

⁴⁷ RENART GARCÍA, Felipe; *El delito ...*; ob. cit., pág. 177.

⁴⁸ SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., pág. 295.

⁴⁹ GARCÍA CALDERÓN, Jesús M^º; entre otros trabajos, en "La relación del Patrimonio Histórico con el derecho penal", publicado en *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*, Ministerio de Cultura, Madrid, 2006, pág. 83.

⁵⁰ VIDALES RODRÍGUEZ, Caty; "Receptación" en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (director), GÓRRIZ ROYO, Elena y MATALLÍN EVAGENCIO, Ángela (coordinadoras), Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2015, páginas 946-947.

distribución en el mercado ilícito no permitirá en ningún caso apreciar el subtipo agravado de receptación, ya que la actividad del receptor no tendría su origen en un delito contra el patrimonio sino en un delito de naturaleza medioambiental.

Otro caso especialmente significativo sería el de la aplicación de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del Código Penal. Conforme a lo establecido en su artículo 240.2, el robo con fuerza en las cosas que recaiga sobre *cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico* será castigado con la penalidad agravada de dos a cinco años de prisión. Ello determina que pueda ser de aplicación a estos robos con fuerza producidos sobre *cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico* la exención de responsabilidad criminal contemplada en el precepto citado para determinados familiares⁵¹ por la comisión de *delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación* o no tengan lugar situaciones de abuso ante la especial vulnerabilidad de la víctima, tanto por razones de edad como por sufrir alguna discapacidad. La situación descrita puede ser muy perjudicial teniendo en cuenta que numerosos bienes culturales de gran valor se encuentran en colecciones particulares y pueden ser sustraídos dentro del círculo familiar para ser introducidos en el mercado ilícito o sencillamente expoliados. Conforme a su naturaleza, estos bienes no deberían ser considerados como una simple forma o manifestación de la propiedad privada y podrían, en buena lógica y siendo conscientes de su condición de *propiedad colectiva* y de la función social que deben cubrir, ser merecedores de una especial protección y tutela que excepcione esta posibilidad, especialmente peligrosa en el caso de bienes arqueológicos.

4.2. El tratamiento jurídico penal del expolio

El *expolio* aparece definido en el artículo 4 de la Ley 16/1985, *del Patrimonio Histórico Español*, en adelante LPHE, como *toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su labor social*. El derecho administrativo construye, por tanto, un concepto diacrónico de *expolio*, que aparece concebido como un *estado de abandono* que se sostiene en el tiempo y que produce una situación grave y objetiva que propicia la destrucción de cualesquiera bienes culturales. Esta situación, normalmente tiene carácter notorio y debiera en todos los casos de cierta gravedad generar la reacción de la Administración General del Estado, acordando la adopción de una serie de medidas *conducentes a evitar la expoliación*. Estas medidas, al margen de las que puedan adoptarse por otras administraciones competentes a nivel municipal o autonómico, en lo que respecta al Estado, aparecen sucintamente descritas en el artículo 57 bis del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, *de desarrollo parcial de la Ley del Patrimonio Histórico Español*⁵².

⁵¹ El nuevo artículo 268 del Código Penal, reformado por la Ley Orgánica 1/2015, considera *exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes o hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se acusaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad o por tratarse de un apersona con discapacidad*. El apartado segundo del mismo precepto señala que *esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito*.

⁵² Conforme a lo establecido en el art. 57 bis del Real Decreto 111/1986;

- “1. Toda denuncia o información que el Ministerio de Cultura reciba acerca de un bien que reúna las circunstancias señaladas en el artículo 4 de la Ley 16/1985 puede ser trasladada urgentemente a cualesquiera de las instituciones consultivas de la Administración General del Estado sobre Patrimonio Histórico Español.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo, obtenida información suficiente para entender que un bien está siendo expoliado o se encuentra en peligro de serlo, el Ministerio de Cultura, de oficio o a propuesta de cualquier persona física o jurídica, y oída la Comunidad Autónoma, puede declarar por Orden ministerial la situación en que se encuentra el bien citado y las medidas conducentes a evitar la expoliación.
3. a) La ejecución de las medidas declaradas en la Orden ministerial corresponde al titular del bien o, subsidiariamente, a la Administración competente, a la que se requerirá a tales efectos.
 - b) Cuando las medidas debieran ser adoptadas por el titular, en caso de incumplimiento de éste serán puestas en práctica por la Administración competente a costa de aquél.
 - c) Cuando la Administración competente desatendiera el requerimiento a que se refiere el apartado 3.a) del presente artículo, la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Cultura y con la colaboración de los demás departamentos que sea precisa, puede ejecutar por sí misma las medidas declaradas, incluso cautelarmente.

En el ámbito puramente administrativo no hablamos, por tanto, de una acción súbita, deliberada o incluso intencionada, más próxima al ámbito penal, sino de una actuación mantenida en el tiempo o, en todo caso, de una situación consentida de abandono o de riesgo grave, sin necesidad de que estas conductas cuenten en su origen con una finalidad claramente determinada y dirigida específicamente a la destrucción de los bienes culturales. Históricamente el término *expolio* ha tenido un significado mucho más amplio. Desde la antigüedad, se utilizaba este término para designar el botín que obtenían los vencedores de la batalla. Con el paso del tiempo, tanto el lenguaje conservacionista como el lenguaje coloquial, han utilizado el término *expolio* para referirse, en términos muy generales, al saqueo sistemático de bienes, especialmente de bienes culturales, en cualquiera de sus manifestaciones, incluida la rapiña de obras de arte, antigüedades o tesoros y de su traslado fraudulento al extranjero con fines comerciales. Por último y desde una perspectiva puramente gramatical, *expoliar* no es otra cosa que despojar a una cosa de su valor material o inmaterial.

Desde una perspectiva puramente criminológica, el expolio arqueológico (el más habitual en España) como señala Núñez Sánchez⁵³, podría dar lugar, en términos muy someros y sin ánimo exhaustivo, a la siguiente *clasificación de las actividades ilícitas*:

- El uso de detectores de metales y la realización de prospecciones ilegales con la finalidad de apoderarse de piezas arqueológicas. Estas situaciones han constituido hasta la fecha la infracción más frecuente y suele perpetrarse por aficionados o por pequeños traficantes. Su gravedad se vincula más que al valor material de las piezas sustraídas, a la destrucción de posibles yacimientos arqueológicos concebidos como fuente de información científica. Recordemos que, conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 40 de la LPHE, un yacimiento arqueológico es todo aquel susceptible de ser analizado con una metodología científica. En los últimos años y en algunos casos, las Comunidades Autónomas han regulado la utilización y control de estos detectores de metales por la administración cultural⁵⁴.

-
4. a) Si la expoliación no pudiera presumiblemente evitarse entretanto se dicta la Orden ministerial, el Ministro de Cultura podrá interesar del órgano competente de la Comunidad Autónoma la adopción con urgencia de las medidas conducentes a evitar la expoliación, expresando plazo concreto.
 - b) Desatendido el requerimiento, el Ministro de Cultura podrá ejecutar las medidas urgentes con la colaboración de los entes públicos competentes. De todo ello se dará cuenta a la Comisión de la Comunidad Europea.
 5. a) El procedimiento anteriormente expuesto está sometido a los principios administrativos de celeridad y eficacia, debiendo analizarse en cada caso concreto si de la intervención de la Administración General del Estado se deducen o pueden deducirse consecuencias positivas inmediatas y efectivas para la real protección del bien.
 - b) La intervención de la Administración General del Estado no se producirá cuando la Comunidad Autónoma haya adoptado o esté adoptando las medidas de protección previstas en la Ley 16/1985 o en su propia legislación, y el Ministerio de Cultura estime que son adecuadas y suficientes para la recuperación del bien”.

⁵³ NÚÑEZ SÁNCHEZ, Ángel; “El expolio de yacimientos arqueológicos”, en *Tráfico ilícito de bienes culturales*, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 2006, pág. 178. En términos generales, tras la reforma operada en 2015; puede consultarse el trabajo “Respuesta penal a los delitos sobre el Patrimonio Histórico; novedades tras la reforma en materia de patrimonio arqueológico” de RUFINO RUS, Javier; Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2017 o en la página electrónica fiscal.es. Sobre aspectos de investigación policial del expolio; “La investigación criminal del expolio arqueológico”, de GUASH GALINDO, José Antonio; igualmente en Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2017 o en la página electrónica fiscal.es.

⁵⁴ A título de ejemplo, el artículo 60 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía, bajo la rúbrica *Autorización del uso de detectores y otros instrumentos* señala:

1. El uso de detectores de metales u otras herramientas o técnicas que permitan localizar restos arqueológicos, aun sin ser ésta su finalidad, deberá ser autorizado por la Consejería competente en materia de patrimonio histórico. Podrán eximirse de esta autorización los usos que se establezcan reglamentariamente.
Asimismo, reglamentariamente se establecerán las prohibiciones de estos usos.
2. La persona interesada deberá presentar solicitud en la que indicará el ámbito territorial y fecha o plazo para el uso de detectores de metales u otras herramientas y demás requisitos que se establezcan reglamentariamente.
En todo caso, la solicitud se acompañará de la autorización del propietario de los terrenos.
3. La autorización deberá ser resuelta y notificada en el plazo de tres meses. Transcurrido dicho plazo, la persona interesada podrá entender desestimada la solicitud.
4. La autorización se otorgará con carácter personal e intransferible, debiendo indicarse el ámbito territorial y la fecha o plazo para su ejercicio. La administración comunicará esta autorización a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
5. En todo caso, cuando con ocasión de la ejecución del uso o actividad autorizados se detectara la presencia de restos arqueológicos de cualquier índole, la persona autorizada suspenderá de inmediato el uso o actividad autorizados, se abstendrá de realizar remoción del terreno o intervención de cualesquiera otra naturaleza y estará obligada a dar conocimiento, antes del término de veinticuatro horas, a la Consejería competente en materia de patrimonio histórico o al Ayuntamiento del término

Se trata de una actividad delictiva, por último, que se relaciona con frecuencia con diversas formas de receptación.

- Los daños en yacimientos arqueológicos sin un ánimo inicial o acreditado de apoderamiento, mediante la realización de obras de todo tipo como serían, sin ánimo exhaustivo, la construcción de edificios o vías de comunicación; colocación de antenas de telefonía móvil o vertido de basuras. Afectan principalmente a zonas turísticas o con una alta densidad de población, así como a ciudades históricas en las que se ocultan y destruyen hallazgos casuales para evitar la paralización de las obras o incrementos de su coste. Estos daños pueden resultar especialmente graves y complejos para su persecución eficaz por su vinculación, en ocasiones, con la administración pública y exigen un dolo de baja intensidad, bastando la conciencia aproximada por el agente del valor o relevancia histórica de los bienes destruidos.
- La búsqueda o la tenencia de valiosos objetos arqueológicos procedentes de expolio, para destinarlos al comercio ilícito o bien para su venta a grandes coleccionistas, sin excluir el pago de transacciones ilegales o el blanqueo de capitales. Estos expoliadores más profesionalizados pueden contar con técnicas o instrumentos de un gran valor tecnológico, principalmente en el expolio de pecios o grandes yacimientos submarinos e integrarse en la estructura de las empresas conocidas como caza tesoros. La utilización de las piezas expoliadas para el blanqueo de capitales se detecta cada día con una mayor frecuencia en redes criminales o en situaciones de delincuencia internacional, aprovechando las nuevas redes de información y la venta masiva de objetos de todo tipo a través de la red.

Nuestro Código Penal, únicamente se refiere a situaciones de *expolio* en el delito especial de daños del artículo 323 cuando, en el título correspondiente a los *Delitos sobre el Patrimonio Histórico* y como una modalidad de delito ambiental, castiga los daños dolosos producidos en bienes culturales. *En su primer apartado castiga* con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses al que cause *daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos*. Contiene el apartado un último inciso que señala que se castigarán con la misma pena *los actos de expolio en estos últimos*. El apartado segundo del precepto establece una agravación específica *si se hubieran causado daños de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante*, en cuyo caso, *podrá imponerse la pena superior en grado a la señalada en el apartado anterior*. Por último, el apartado tercero, por razones de política criminal, permite que *en todos estos casos, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado*.

Es evidente que el artículo 323 del Código Penal, al incluir expresamente los actos de expolio en yacimientos arqueológicos dentro de este delito especial de daños, se aleja del concepto administrativo que se contrae a una simple situación de riesgo o puesta en peligro, aunque algún autor considera que este concepto de algún modo se *incorpora* a la norma penal con la reforma de 2015⁵⁵. El concepto penal de expolio se aproxima mucho más al concepto puramente gramatical y debe referirse tanto a la producción de daños materiales como inmateriales sufridos por el yacimiento, entendido este, como ya hemos indicado, no solo como un mero depósito de piezas, también como una valiosa *fuerza de información científica*. Conforme a

en el que se haya detectado el resto arqueológico, o, en su defecto, a la dependencia más próxima de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

6. En los hallazgos a que se refiere el apartado 5, no habrá derecho a indemnización ni a premio alguno.

7. Los Estatutos de las asociaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia entre cuyos fines se encuentre la detección de objetos, metálicos o de cualquier otra naturaleza, que se encuentren en el subsuelo deberán recoger, de forma expresa, la obligatoriedad de obtener la autorización de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico para la localización de restos arqueológicos.

⁵⁵ ROMA VALDÉS, Antonio; (director y autor del comentario al artículo 323 del CP); *Código Penal Comentado. Comentarios tras las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*; Editorial Bosch, Barcelona, 2015. Páginas 555 y 556.

la anterior percepción, creo que los actos de apoderamiento de las piezas arqueológicas que son descubiertas alcanzarían una relevancia penal autónoma que debe acumularse, en buena lógica, a los daños producidos para llevar a cabo una sustracción, normalmente desordenada y acientífica, de tales elementos arqueológicos⁵⁶.

La decisión del legislador español de incorporar las situaciones de expolio de manera explícita al precepto tuvo lugar en 2015 y puede considerarse caótica desde una perspectiva sistemática, además de insegura desde una perspectiva criminológica, al no contener descripción alguna y no resultar suficientemente *aclarada* en el texto normativo. Hasta la fecha, aquellas situaciones de concurso entre los daños en yacimientos y el apoderamiento de las piezas arqueológicas descubiertas, era una situación prácticamente resuelta por la jurisprudencia provincial. Resulta francamente desafortunado que esta asimilación de los *actos de expolio* en el tipo no merezca comentario alguno, a pesar de su evidente importancia, en el *Preámbulo* que, a modo de sucinta *Exposición de Motivos*, abre la Ley Orgánica 1/2015, reformadora de forma sustancial del Código Penal, donde podrían haberse explicado las razones que tuvo nuestro legislador para justificar la inclusión del expolio en este delito especial de daños.

Conviene recordar en este punto que desde la promulgación del Código Penal de 1995, la doctrina habría polemizado acerca de la correcta calificación penal de los actos de expolio en yacimientos arqueológicos. Mayoritariamente, se había estimado que tenía lugar un concurso entre el delito de daños producidos al yacimiento y un delito agravado de hurto⁵⁷ o de apropiación indebida (el antiguo *hurto de hallazgo*)⁵⁸ según el apoderamiento tuviera lugar en un yacimiento declarado como tal por la administración cultural competente o en un espacio *libre* en el que no se tuviera constancia o sospecha alguna de la existencia de piezas arqueológicas. La doctrina mayoritaria sostuvo, en definitiva, un criterio pragmático que procuraba combatir las situaciones de impunidad⁵⁹. En la práctica, además, fue consolidándose pacíficamente en los tribunales la idea del concurso medial entendiendo que los hechos podían calificarse como hurto o apropiación indebida junto al delito de daños producidos en el yacimiento⁶⁰. La propia Fiscalía General del Estado, en términos un tanto ambiguos, vino a respaldar estos criterios⁶¹.

⁵⁶ Sobre valoración del daño; "Propuesta para la valoración del daño en yacimientos arqueológicos"; RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio; Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2017 o en la página electrónica fiscal.es

⁵⁷ Conforme al antiguo artículo 235 1º del Código Penal se castigaba con la pena de uno a tres años de prisión el subtipo agravado de hurto cuando se sustraían *cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*. La nueva redacción establece idéntica penalidad pero esta vez sin necesidad de que el valor de los bienes supere los 400 €, conforme a lo señalado en el nuevo artículo 234.2 del mismo texto legal.

⁵⁸ Conforme al antiguo artículo 253 del Código Penal se castigaba con la pena de seis meses a dos años de prisión a los que, con ánimo de lucro, se apropiaban de una cosa perdida o de dueño desconocido siempre que se *tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*. En la actualidad, el artículo 254 castiga con la misma pena el apoderamiento de *cosas muebles ajenas* cuando se trata de *cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*. Conforme a lo establecido en el apartado segundo del artículo, si la cuantía de lo apropiado no excede de los 400 €, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses.

⁵⁹ Entre otros, RENART GARCÍA, Felipe; *El delito de daños al Patrimonio Cultural Español*, Estudios de derecho penal, número 36, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 359. GARCÍA CALDERÓN, Jesús Mª; en "La protección del Patrimonio Arqueológico" en la Revista *Patrimonio Cultural y Derecho* número 7, Fundación *Hispania Nostra*, Madrid, 2004, pág. 66.

⁶⁰ Como ejemplos recientes de esta situación en la jurisprudencia provincial, podríamos citar dos actuaciones de un gran interés policial. En primer término, la llamada *Operación Badía* desarrollada por el *Servicio de Protección de la Naturaleza* de la Guardia Civil en la provincia de Cáceres y que ha dado lugar a la Sentencia nº 301/2014 del Juzgado de lo Penal número 2 de la ciudad citada de fecha 29 de octubre de 2015, en la que se condena a varias personas por delitos continuados de daños en yacimientos arqueológicos y apropiación indebida en situación de concurso del artículo 74 del Código Penal. En segundo término, la llamada *Operación Neocrópolis*, igualmente realizada por la Guardia Civil, en la que ha sido formulado *Escrito de Acusación* con fecha 26 de febrero de 2014 por la Fiscalía Provincial de Cuenca en el Procedimiento Abreviado nº 22/2012 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Motilla del Palancar, por el expolio de yacimientos catalogados y no catalogados en diversas provincias españolas, con la calificación de delito de daños y hurto agravado en situación de concurso medial del artículo 77 del Código Penal. RENART GARCÍA, Felipe; *El delito de daños ...*; ob. cit., achaca a la tesis contrarias diversos errores interpretativos de gravedad, págs. 359 y 360.

⁶¹ Tras su exposición por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía como criterio general sostenido por las diversas Fiscalías provinciales del territorio, la idea fue expuesta y no desautorizada incluso en la *Memoria* de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2004 en los siguientes términos: *La problemática relativa a la tipificación de este tipo de conductas de expolio arqueológico merece un estudio de la Fiscalía de Granada que reflexiona sobre el debate doctrinal referido a la incardinación de estas conductas en el hurto o en la apropiación indebida, exponiendo que en esa Fiscalía se han formulado varias acusaciones en las que se aprecia la existencia de un delito agravado de hurto -cuando el yacimiento del que son extraídas las piezas cuenta con una previa declaración administrativa-, en concurso con un delito específico de daños a bienes culturales. También se han formulado acusaciones aplicando la figura del artículo 254 del Código Penal, respecto a conductas de apoderamiento de otros bienes arqueológicos extraídos de lugares que no cuentan con una previa declaración administrativa que los declare bienes culturales si bien este criterio no cuenta aún con pronunciamientos judiciales que permitan avalar definitivamente*

Por razones numerosas, la mayor parte de índole práctico, este criterio fue consolidándose con el paso del tiempo en la jurisprudencia provincial, alegándose para ello distintos argumentos que parten de la configuración que debemos dar al Patrimonio Arqueológico conforme a una concepción *propia* que debe reclamar el derecho penal⁶².

Con la nueva redacción otorgada al precepto en 2015, todo el camino anterior, puede quedar ahora desbaratado y generarse la necesidad de incluir, conforme a la literalidad del precepto, la sustracción de piezas arqueológicas en los daños al yacimiento, pero esta dudosa *solución* o asimilación no parece que tenga mucho sentido en delitos contra los bienes culturales de una especial gravedad que aconsejan, por razones obvias, una penalidad *separada* entre lo dañado y lo sustraído. Pensemos, a título de ejemplo, en la expoliación sistemática y profesionalizada de grandes yacimientos arqueológicos subacuáticos, pecios de incalculable valor que suponen el apoderamiento de verdaderos *tesoros* de los que se tiene noticia por diversas fuentes documentales y que, conforme a una interpretación literal del nuevo artículo 323 del Código Penal, solo podrían ser calificados como delitos agravados de daños de su apartado segundo. La nueva situación legal planteará, en definitiva, posiciones divergentes entre quienes sigan apreciando un concurso medial entre los daños y la sustracción, cuando menos en situaciones de una especial gravedad o con una acreditada voluntad de sustracción de piezas arqueológicas *concretas*, y aquellos otros que opten por la asimilación punitiva que ahora realiza, de manera tan artificial, el nuevo artículo 323 del Código Penal.

Una solución intermedia y quizá más adecuada podría ser, a mi juicio, la de diferenciar aquellos casos en los que los bienes arqueológicos sustraídos o expoliados no cuentan con una entidad *individualizada* y se configuran, mas bien, como simples *restos* arqueológicos de poca importancia y de un escaso valor material o científico, destinados al coleccionismo particular que serían *arrastrados* por la acción de dañar y aquellos otros casos que comportan el apoderamiento de piezas más o menos *completas* o de un gran valor histórico y económico, que han sido descubiertas azarosamente o descritas en fuentes autorizadas o bien, buscadas de propósito a través de acciones deliberadas que entrañan una posterior posesión muchas veces destinada al tráfico ilícito, al blanqueo de capitales o tendencialmente hacia un ánimo de apoderamiento clandestino y más o menos definitivo. En tales situaciones, en definitiva, parece mas que razonable mantener la solución concursal entre la sustracción y el daño, sosteniendo la calificación de los hechos como delitos de daños en concurso medial con delitos agravados de hurto o apropiación indebida según exista o no un conocimiento previo y catalogación administrativa del yacimiento arqueológico expoliado.

La discutible posibilidad de tipificación del apoderamiento de piezas arqueológicas como modalidades agravadas del hurto o de apropiación indebida naturalmente no agota la persecución penal de estas conductas. Las figuras anteriores se configuran como delitos contra la propiedad en las que se aprecia un bien jurídico *añadido* o difuso que protege la función social que, conforme a nuestra Constitución, cumplen los bienes culturales. Hablamos de bienes jurídicos tutelados superpuestos o complementarios que otorgan una dimensión puramente material y otra social o de propiedad colectiva a los vestigios arqueológicos que cuentan, objetivamente, con un interés innegable. No cabe duda que entre todos esos valores resulta especialmente valiosa la información científica que pueda aportar el yacimiento y que debería ser, en todo caso, sistemáticamente documentada. La obligación de conservación, junto a los materiales obtenidos, de la documentación elaborada durante el proceso de intervención o excavación, es de singular importancia⁶³ y ha sido incorporado como obligación de la dirección arqueológica en el desarrollo normativo de las Comunidades Autónomas. Sobre esta documentación, además, debe recaer la recomendación legal, que encuentra su origen en la *Comisión Franceschini*,

esta interpretación. Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2004, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005.

⁶² GARCÍA CALDERÓN, Jesús; *La defensa penal del Patrimonio ...* ob. cit.; páginas 123 y siguientes.

⁶³ MARTINEZ DÍAZ, Belén y QUEROL FERNÁNDEZ, Ángeles, en "El Patrimonio Arqueológico en la normativa internacional", *Revista Complutum Extra*, número 6, Madrid, 1996, pág. 305.

para su publicación o difusión pública, de manera que pueda ser valorada por la comunidad científica y conocida por la ciudadanía.

Por último, habrá que tener en cuenta, de cara al futuro, las previsiones del reciente Convenio de Nicosia de 19 de mayo de 2017 *sobre las Infracciones Relativas a los Bienes Culturales* del Consejo de Europa que aborda el problema del expolio arqueológico desde una perspectiva integral y situándolo en el *centro* de esta actividad delictiva, de cara a la posible adaptación de la legislación penal española a sus previsiones.

4.3. La falsificación de bienes culturales

El análisis de la falsificación de bienes culturales en España produce una cierta paradoja. La dogmática penal apenas aborda el problema pero este, desde una perspectiva criminológica, presenta una incidencia creciente y grave. Los casos con posible trascendencia penal podrían ser resueltos con una tipología autónoma integrada como delito especial entre los delitos sobre el Patrimonio Histórico o bien como una agravación específica en el apartado correspondiente a las falsedades. Sin embargo, el sistema penal español de protección de la cultura no ha querido incidir en la necesidad de una protección o tutela específica del Patrimonio Histórico, cuando los bienes culturales que lo integran son falsificados. La necesidad de abordar este problema y promover una mayor incriminación, encontraría su fundamento básico en la defensa de ese interés colectivo y *relacionado* que comporta la idea constitucional del Patrimonio Histórico y en el que podría incluirse, sin desnaturalizar su condición *difusa*, el creciente mercado lícito del arte y las antigüedades.

La falta de previsión legislativa parece no considerar la posible existencia de un verdadero fraude social mediante la falsificación de bienes culturales, porque tales bienes podrían exhibirse o valorarse científicamente como auténticos y generar con ello un daño apreciable y hasta irreparable en el conocimiento científico y su necesaria divulgación. Esta postura, en definitiva, parece olvidar la conocida dimensión anti formalista⁶⁴ e inmaterial del Patrimonio Histórico y la indiscutible importancia de la *teoría de los bienes culturales* así como su notable influencia en diversas constituciones europeas de la segunda mitad del siglo XX como la Constitución Española de 1978. Ninguna agravación se promueve, en definitiva, ante aquellas conductas que ofrecen el señuelo de la *historicidad* de los objetos o bienes falsificados o que son utilizados como objeto material en cualquier caso de venta o fraude.

La realidad nos demuestra que se trata, no obstante, de un fenómeno creciente en número e intensidad y en el que confluyen numerosos factores para su incremento progresivo como

⁶⁴ Lo recuerda la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 915/2003, del 12 de febrero (ponente José Manuel Maza Martín), cuando señala entre sus fundamentos, recordando los escasos antecedentes jurisprudenciales que existen sobre el particular, lo siguiente: *La interpretación amplia de la consideración de un bien como de interés cultural, histórico o artístico, aunque no reúna los requisitos formales de orden administrativo, contemplados en la Ley del Patrimonio Histórico de 1985 (inclusión en Inventario general, etc.), aplicable al tiempo de los hechos enjuiciados y precedente de la hoy vigente, de 21 de Enero de 1994, viene establecida en el propio artículo 46 de la Constitución Española que encomienda a los Poderes públicos la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España "...cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad".* Continúa señalando la resolución: *A efectos de la calificación penal del supuesto especialmente agravado del delito de Hurto, por recaer este sobre bienes de tal naturaleza, ya decía la STS de 12 de Noviembre de 1991 que "La circunstancia séptima del art. 506 se introduce por la reforma de 1983 y no hace sino obedecer al mandato constitucional, el cual viene a resolver la cuestión de si tal protección penal exige una previa declaración administrativa que resuelva la integración de los bienes del patrimonio histórico, cultural o artístico. Así lo vinieron a exigir los proyectos de reforma de 1980 y 1982, pero tal exigencia desapareció en el proyecto de reforma urgente y parcial de 1983. Y este es el criterio que se ha impuesto en la doctrina científica en tanto que el precepto constitucional no exige la previa declaración administrativa y permite que se actué la protección penal cualquiera que sea el régimen jurídico de los bienes y su titularidad. Así lo entiende también la jurisprudencia (Vid. S. 6-6-1988), no obstante la aparición de la Ley de 25-6-1985 sobre regulación del Patrimonio Histórico, de carácter administrativo".* Recordemos que esta cuestión ya pudo ser aclarada por la jurisprudencia constitucional, cuando menos en sus perfiles más básicos, al pronunciarse el Tribunal Constitucional en la Sentencia número 181/1998, de 17 de Septiembre, sentencia referida a diversos hallazgos arqueológicos destruidos con ocasión de una obra que tenía lugar sobre un solar de la Isla de Mallorca. En la resolución citada se reiteran, entre otros, alguno de los argumentos que han sido anteriormente esbozados y se afirma que *no constituye* -conforme a la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo- *requisito integrante del tipo penal el de que proceda la declaración del interés cultural de los bienes dañados, pues la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español, conforme este es configurado por la LPHE.* Para la sentencia que comentamos, el hecho de que no exista respecto de algunos bienes arqueológicos, muchas veces ocultos o totalmente desconocidos, su declaración como Bienes de Interés Cultural no significa que *queden extramuros del concepto de Patrimonio Histórico Español.*

la facilidad tecnológica para la creación de imitaciones, el elevado aumento de los beneficios económicos por su comercialización, la globalización del mercado ilícito o irregular a través de internet, la rapidez en el transporte, la facilidad para su ocultación, la falta de uniformidad en los criterios técnicos que son utilizados por los expertos para certificar la autenticidad de objetos artísticos y antigüedades, los procesos salvajemente especulativos de algunas economías que favorecen situaciones de expolio o incluso la falta de medios materiales y personales para hacer más eficaz su persecución, al margen del extenso trabajo que viene realizándose desde hace años por la *Interpol*⁶⁵, por los fiscales especializados⁶⁶ y por algunas unidades de la Policía Judicial⁶⁷. En la actualidad podrían añadirse a todos los anteriores otros factores que propician, aunque de forma indirecta, estas formas de criminalidad ante la creciente búsqueda de bienes culturales que puedan ser utilizados como un medio especialmente idóneo para el blanqueo de grandes sumas de dinero de procedencia ilícita⁶⁸ o incluso para la financiación del terrorismo islámico radical⁶⁹. Hoy día, en definitiva y desde una perspectiva puramente criminológica, no podemos descartar la vinculación del tráfico ilícito de obras de arte y bienes culturales, así como su eventual falsificación, de actividades propias del crimen organizado en alguna de sus más graves manifestaciones⁷⁰ o de formas especialmente intensas de corrupción política y financiera.

Como acabamos de señalar, se ha reclamado la tipificación específica de la falsificación de obras de arte por la doctrina⁷¹, al margen de su persecución como estafa o como un delito contra la propiedad intelectual,⁷² aunque no se concreta normalmente por los autores si debe tipificarse de manera autónoma, ampliar la actual agravación de la estafa o cuál debería ser su correcta ubicación sistemática. Lo cierto es que parece lógico que estas situaciones pudieran integrarse con normalidad en el ámbito de las agravaciones específicas de los delitos contra el patrimonio, concretamente como una forma agravada de estafa, en atención a que su objeto material se amplíe y se refiera no solo a los bienes que objetivamente se integren o deban integrarse en el Patrimonio Histórico Español sino también a cualesquiera falsificaciones de bienes culturales que superen el nivel de una mera réplica o imitación; todo ello al margen de algunas situaciones de plagio que podrían merecer la misma consideración. Otra posible solución, quizá la más lógica desde una perspectiva sistemática, teniendo en cuenta la dispersión que reina en nuestro Código Penal en la tutela del Patrimonio Histórico, vendría determinada con la creación de un nuevo Capítulo referido a la falsificación de bienes culturales integrado en el Título XVIII del libro II del Código Penal que viene genéricamente referido a las falsedades y engloba tipologías de falsificación de moneda y documental, al margen de la usurpación del estado civil o funciones públicas y del intrusismo.

⁶⁵ BISQUERT CEBRIÁN, Carlos; "Interpol y su trabajo en la protección del patrimonio", en *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*", Ministerio de Cultura, Madrid, 2006; páginas 93 a 101.

⁶⁶ Esta situación se encuentra relativamente mitigada por el trabajo realizado en los últimos años por la *Red* de Fiscales especialistas en Medio Ambiente, Urbanismo y Patrimonio Histórico coordinado por una Fiscalía *Delegada* de la Fiscalía General del Estado a cuyo frente se encuentra un Fiscal *de Sala* del Tribunal Supremo, así como por las unidades especializadas en Patrimonio Histórico dependientes de la Policía Nacional, Guardia Civil y, en algún caso, de las policías autonómicas.

⁶⁷ FERNÁNDEZ GALLEGO, Ramón; "Falsificaciones y robo de obras de arte"; en *Tráfico ilícito de bienes culturales*, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 2006, páginas 87 a 90. RABADÁN, Tomás; "Las brigadas del Patrimonio en el entorno jurídico de las comunidades autónomas. Mossos d'esquadra" en *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*, Ministerio de Cultura, Madrid, 2006; páginas 101 a 107.

⁶⁸ PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luís; "La falsificación de obras de arte, ¿un problema internacional?"; en *El tráfico de bienes culturales*, Editorial Tirant lo Blanc, monografías, Valencia, 2015, pág. 179. PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luís; "La falsificación de obras de arte ...ob. cit., páginas 191 y siguientes.

⁶⁹ Sobre los últimos pronunciamiento de la justicia internacional; "Tráfico ilícito de bienes culturales y cooperación penal europea, de GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles; Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2017 o en la página electrónica fiscal.es

⁷⁰ En el momento de redactar la presente ponencia, con fecha 31 de marzo de 2018, se informa del procesamiento por el Juzgado Central de Instrucción número 2 de la Audiencia Nacional de los integrantes de una banda organizada dedicada al narcotráfico, incautándose la falsificación, calificada como *burda*, de un cuadro, *El almuerzo*, atribuido a Velázquez y utilizado para la realización de una venta ficticia.

⁷¹ GARCÍA CALDERÓN, Jesús; *La defensa penal ... ob. cit., páginas 292 y siguientes.*

⁷² ROMA VALDÉS, Antonio; ROMA VALDÉS, Antonio; *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Editorial Comares, Granada, 2008, pág.150.

Por el momento, la única tipología que podría, en algún caso y conforme a una interpretación muy *abierta* del texto legal, *aludir* a estas falsificaciones es la contenida en el apartado tercero del artículo 250 del Código Penal que impone la pena de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses a la comisión de un delito agravado de estafa cuando esta *recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural y científico*⁷³. Desde un punto de vista gramatical, resulta muy significativo que en el precepto anterior, cuando se describe esta forma agravada de estafa, se utilice el verbo *recaer* y, de otra parte, que exija que los bienes culturales afectados *integren* el Patrimonio Histórico Español. Aunque la norma incide, como es habitual en nuestro Código Penal, en el viejo defecto de la enumeración incompleta de los bienes objeto de protección, hay que entender que está referida a cualesquiera manifestaciones del Patrimonio Histórico, aunque no vengan expresamente citadas, que se recogen en la Ley 16/1985 *del Patrimonio Histórico Español* y en la legislación autonómica de protección de bienes culturales que ha sido promulgada hasta la fecha. Tampoco parece que deba tratarse exclusivamente del Patrimonio Histórico Español. Bastará con utilizar bienes de un valor histórico incuestionable al margen de su origen o de su titularidad. Apenas aparecen pronunciamientos jurisprudenciales sobre el particular aunque, en algún caso, parece admitirse un criterio amplio en la consideración de la dimensión histórica de los bienes afectados para que puedan contar con una especial protección⁷⁴.

Cuando hablamos de una acción que *recae* parece que, aunque resulta difícil imaginar una mecánica comisiva vinculada al engaño de bienes culturales que no sean falsificados, limitamos de manera rigurosa el ámbito de su objeto material al verdadero Patrimonio Histórico. Lo decisivo parece ser el apoderamiento o desplazamiento de esos bienes utilizando alguna forma de engaño relevante. La idea de integración, de otra parte, sí parece referirse necesariamente a objetos o elementos materiales que formalmente se integren o deban integrarse, desde el momento en que son conocidos, en el ámbito objetivo de protección del Patrimonio Histórico. Conforme al criterio anterior y al aceptar que tales falsificaciones *no son, en principio, bienes culturales*⁷⁵, el precepto excluiría a las falsificaciones de bienes culturales de esta forma de protección indirecta, a través del delito de estafa.

Esta interpretación, no obstante, sostenida hasta la fecha de manera pacífica presenta aspectos muy controvertidos. Efectivamente, la necesidad de integración puede entenderse que viene referida a bienes, espacios u objetos sobre los que ya *recae* una declaración formal de los bienes falsificados como integrantes del Patrimonio Histórico español, o bien que tal declaración debiera recaer, conforme a los valores que tales bienes posean, al margen de que efectivamente haya recaído o no, teniendo en cuenta su carácter oculto o la falta de diligencia de las autoridades culturales competentes, todo ello conforme a la concepción anti formalista que tiene en España, de acuerdo con la interpretación del artículo 46 de la Constitución Española, el Patrimonio Histórico. Pero la solución de restringir la aplicación del precepto solo a bienes culturales auténticos, no es tan sencilla como parece si tenemos en cuenta las tres consideraciones que haremos a continuación.

Los autores suelen hablar, en primer término, de *falsificación de obras de arte*⁷⁶, olvidando la referencia más general y correcta a la falsificación de bienes culturales. Hay que tener en cuenta que aquella terminología, siempre más limitada, aproximaría la conducta a situaciones de plagio y que no todas las obras de arte son bienes culturales ni todos los bienes culturales son obras de arte. Además, habría que distinguir si tales bienes falsifican el previamente existente y formalmente protegido como bien de interés cultural y ya catalogado o, por el contra-

⁷³ Redacción conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de reforma del Código Penal.

⁷⁴ Muy sucintamente y de manera indirecta, como mera cita para plantear la fundamentación del fallo absolutorio; Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona número 858/2014, de 7 de octubre.

⁷⁵ PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luís; "La falsificación de obras de arte ..."ob. cit., pág. 182.

⁷⁶ ROMA VALDÉS, Antonio; *La aplicación de los delitos* ...ob. cit., pág.150; PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luís; "La falsificación de obras de arte ..."ob. cit., pág. 175 y siguientes o FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel; FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel; *La protección penal del Patrimonio Histórico* ... ob. cit.,pág. 44.

rio, nos encontramos ante una simple imitación, copia o réplica o bien ante una pieza *inspirada* en otras piezas antiguas ya conocidas pero carente de una referencia original y expresa. En el primero de los casos, no podemos desdeñar la *integración* del bien y la protección que despliega el ordenamiento jurídico para su conservación y tutela. Esta realidad, quizá permitiría que la estafa agravada pudiera consumarse entendiendo que *lo protegido* e integrado en el Patrimonio Histórico no sólo es su valor o dimensión material y que la acción delictiva puede y debe *recaer* igualmente sobre el valor inmaterial que atesora y que debe ser disfrutado con garantías de autenticidad por la colectividad. Como ya puso de manifiesto SALINERO ALONSO, en las formas de tutela indirecta de los bienes culturales a través de figuras agravadas contra el patrimonio, *la especial agravación viene dada por el valor ideal o social y no económico que tiene esta clase de bienes*⁷⁷. La compatibilidad de valores materiales e inmateriales en esta clase de bienes, aunque sin referirse al problema específico de la falsificación, ha sido reconocida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que estimó compatible la antigua agravante de la especial gravedad material atendiendo estrictamente al valor económico de lo sustraído, con la agravación que venía referida a la simple condición cultural de los bienes afectados⁷⁸. Desde este punto de vista, esta fórmula de protección indirecta nos aproximaría a la posible consideración del mercado lícito de antigüedades como otro de los aspectos del bien jurídico tutelado en esta figura delictiva. La jurisprudencia provincial y la propia Fiscalía *Delegada* de Medio Ambiente, Urbanismo y Patrimonio Histórico, sin embargo, vienen negando esta posibilidad y entendiendo, a mi juicio de manera equivocada, que aquellos cuadros o bienes culturales que no son auténticos y que son simples bienes falsificados no integran el Patrimonio Histórico, sin distinción alguna de nacionalidad y nunca merecerían, por tanto, forma alguna de tutela especial, directa o indirecta, asociada con la protección constitucional de la cultura. Tampoco se valora la mayor o menor calidad de la falsificación.

Cabe preguntarse, en segundo término, en qué términos debe producirse una estafa que recaiga sobre bienes culturales que no sean falsificados. En todo caso, parece que no hablamos de situaciones habituales o frecuentes. Cabría pensar en su apoderamiento mediante el engaño pero también en algún desplazamiento patrimonial que viene motivado, total o parcialmente, por la utilización o exhibición de bienes culturales de un gran valor como elemento eficaz para formar la convicción de la víctima o incluso del incremento de precio de bienes culturales ya integrados en el Patrimonio Histórico y que deliberadamente sean autenticados o certificados de una manera excesiva, incrementando su valor o su precio de manera fraudulenta. Tampoco cae en la cuenta nuestro legislador que pueden existir casos, con una relativa frecuencia, en los que un bien cultural falsificado sea inventariado, catalogado o incluso declarado *Bien de Interés Cultural* con posterioridad a su adquisición por la víctima del delito, sea un particular o sea una entidad pública. Puede tener lugar esta declaración incluso con anterioridad al acto de disposición. Ello nos conduce a preguntarnos si tales situaciones de error o impericia de los expertos o de las autoridades culturales que le otorgan este valor formal, permitirían la normal aplicación del artículo 250.3º del Código Penal. Esta situación ha sido denunciada en casos de una especial relevancia y conocimiento público, señalando distintas fuentes que grandes museos o pinacotecas contaban entre sus fondos con obras falsificadas que no se denunciaban por razones puramente estratégicas o *de prestigio* de la institución.

En tercer lugar, situaciones especialmente difíciles tendrían lugar en supuestos de imitación de bienes culturales o de aparición de piezas de las que se tiene algún conocimiento pero no están suficientemente documentadas, de piezas que *cierran* o explican una serie ya existente o incluso de piezas descritas y perdidas en el curso del tiempo. Podemos encontrarnos con

⁷⁷ SALINERO ALONSO, Carmen, *La protección del Patrimonio Histórico ... ob. cit.*, pág. 264.

⁷⁸ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 1.702/1986, de 8 de abril; sobre sustracción de monedas en el Museo Arqueológico Provincial de Palencia, entre ellas dos denarios ibéricos de la *Ceca de incalculable valor*. La condena tiene lugar por el antiguo delito de hurto agravado y se estiman perfectamente compatibles las dos agravaciones específicas (2ª y 3ª del artículo 516 del Código Penal de 1973) que puede ser aplicables y que aluden, respectivamente, al valor puramente material de los bienes y a su condición de bienes culturales.

situaciones relativas a bienes de los que se conocía su existencia por distintas fuentes y, tras el señuelo de su recuperación, podrían ofrecerse en el mercado internacional de antigüedades o de obras de arte del máximo nivel. En tales casos, si la falsificación consigue superar los informes técnicos de los expertos o estos aparecen implicados en el fraude, nos encontramos ante un supuesto en el que no parece lógico que deba excluirse la aplicación de la estafa agravada aunque el objeto del delito venga constituido por falsificaciones suficientemente persuasivas.

Todas las situaciones que han sido brevemente descritas, en definitiva, ponen de manifiesto la necesidad de ampliar la tutela no solo a los bienes que materialmente integran el Patrimonio Histórico, sino a todos aquellos que, siendo falsos, puedan afectar a su verdadera integridad y al cumplimiento de la función social que tienen encomendada. En mi opinión, esta limitación protectora creo que parte de la confusión conceptual entre Patrimonio Histórico y bienes culturales ya que el legislador tiende a considerar que son una misma cosa cuando no es así. La idea de Patrimonio Histórico debe asociarse al catálogo de aquellos bienes culturales que son merecedores de una intensa protección legal en atención a su valor material e inmaterial. Conforme a esta idea todos los bienes que integran el Patrimonio Histórico son bienes culturales. Los bienes culturales, por el contrario, conforme a la famosa definición del profesor Giannini son *testimonios materiales dotados de un valor de civilización*, de manera que muchos bienes culturales, como un reciente anuncio publicitario con una especial sensibilidad, el diseño industrial de cualquier utensilio doméstico o la obra gráfica de un dibujante vivo, pueden considerarse bienes culturales pero no Patrimonio Histórico, porque aún no poseen la relevancia histórica que resulta necesaria para ello y que les transmite el juicio social que les aporta un innegable valor.

4.4. El blanqueo de capitales a través del Patrimonio Histórico

Desde una perspectiva criminológica, la posibilidad de utilizar antigüedades para el blanqueo de capitales ha sido resaltada por la *inteligencia* policial. En particular, el reconocido *Manual Europeo de Investigación Financiera* lo indica con claridad cuando señala las *tipologías* que son utilizadas habitualmente para la comisión de estos delitos⁷⁹. Es preciso aclarar que los investigadores se refieren a lo que llaman *tipologías* desde una perspectiva puramente policial y las definen como “aquellas técnicas, conductas o herramientas utilizadas para la comisión de determinados delitos que tienen como denominador común su relación con la investigación financiera como método para clarificarlos”⁸⁰. Entre ellas se incluyen las del uso indebido del sector del arte, las antigüedades y las joyas como formas de conversión de activos con un origen delictivo.

En estos casos, los blanqueadores de capital prefieren artículos de un alto valor que sean pequeños, fáciles de ocultar y transportar a otro país, difíciles de identificar como singularmente valiosos por muchas personas y que puedan introducirse con relativa facilidad en los circuitos económicos del coleccionismo y del mercado de obras de arte. Es evidente que las joyas artísticas, históricas o arqueológicas resultan especialmente proclives a esta forma de explotación ilegal que permite, además, la inversión de fuertes sumas de dinero y su *lavado* con sólidas garantías financieras en cuanto a la recuperación de los activos empleados. La Brigada de Patrimonio Histórico dependiente del Cuerpo Nacional de Policía, hace años que *ha detectado varios casos en que grandes grupos de delincuencia organizada han adquirido, como método de blanqueo, grandes colecciones de pintura y de arqueología*⁸¹. Toda esta realidad, ha desembocado en la creación de algunos instrumentos internacionales de extraordinario valor para combatir graves formas de criminalidad organizada asociadas al tráfico ilícito y adquisición

⁷⁹ *Manual Europeo de Investigación Financiera* publicado por la Jefatura de la Policía Judicial de la Guardia Civil, con la financiación del Programa de Prevención y Lucha contra el crimen de la Unión Europea, a través de la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea. Madrid, 2011, páginas 23 a 28.

⁸⁰ *Manual Europeo de Investigación Financiera*, ... ob. cit., página 21.

⁸¹ FERNÁNDEZ GALLEGOS, Ramón; “Falsificaciones y robo de obras de arte”; el Tráfico ilícito de bienes culturales, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 2006; pág. 90.

de bienes culturales, como el ya citado Convenio de Nicosia de 19 de mayo de 2017 *sobre las Infracciones Relativas a los Bienes Culturales* del Consejo de Europa⁸².

Al margen del voluntarismo que se aprecia en algunas plataformas de venta por internet y del reconocimiento de la dificultad que comporta establecer una forma efectiva de control, lo cierto es que resulta preocupante la inexistencia de controles previos y la práctica habitual que es poco proclive a la comunicación de situaciones dudosas que sean detectadas antes de la finalización de las subastas que tienen lugar en la red⁸³. El mero incumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación administrativa para la adquisición de bienes culturales quedaría configurado como un elemento indiciario que, unilateralmente considerado, no parece deba incluirse en la esfera de aplicación del derecho penal, debiendo ser corregido en el ámbito administrativo sancionador. Lo más razonable sería revestir a estas actividades comerciales de una serie de formalidades administrativas como la obligación activa de llevar a cabo una declaración formal de las piezas por sus propietarios, la acreditación del origen lícito de los bienes, el cumplimiento de controles administrativos efectivos o incluso la exigencia de certificaciones que permitan deducir con facilidad para cualquier comprador el origen lícito o ilícito de los bienes y la intervención oficial en su comercialización, junto a la creación de una *estructura documental* de la policía judicial⁸⁴.

Concretamente, tal y como ya hemos señalado y en lo que respecta al derecho positivo, el blanqueo de capitales aparece regulado en el Capítulo XIV, junto a la receptación y a través de los artículos 301 a 304, del Título XIII del Libro II del Código Penal que se refiere genéricamente a los *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*. La vinculación histórica del lavado de dinero con el narcotráfico determinó la configuración de una agravante específica, estableciendo que la pena señalada deba imponerse en su mitad superior, añadiendo la regulación penal española otras agravaciones por la cualidad del sujeto activo. La última reforma del precepto tuvo lugar en virtud de la Ley Orgánica 5/2010 que vino a establecer nuevas agravaciones específicas que no sólo vinculaban el lavado de dinero con el narcotráfico, sino con otras tipologías que tradicionalmente no se asociaban por la doctrina o la práctica policial con este fenómeno delictivo. Esta reforma permitió la imposición de la pena en su mitad superior⁸⁵, *cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX* (delitos de cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función y delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales) o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI (dedicado a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo). Como se ha manifestado por la doctrina, *resulta claro que se ha optado por responder con mayor dureza al blanqueo de bienes provenientes de la corrupción en el ámbito público en respuesta a sucesos que han sido objeto de gran atención mediática [...] Está por ver si estos delitos, en su modalidad ahora agravada, ganan terreno en los tribunales, que no tanto en la prensa, al gran protagonista de*

⁸² Sobre el particular; ROMEO CASABONA, C. M^º, *El Convenio del Consejo de Europa de 2017 Sobre Delitos Relacionados con los Bienes Culturales*, en *Expolio de Bienes Culturales. Instrumentos Legales frente al mismo*, V.V. A.A., Dir. y Coord. GUIASOLA LERMA, C., Valencia, 2017.

⁸³ *El Manual Europeo de Investigación Financiera* establece entre los indicadores de riesgo las “falsas subastas” que define en los siguientes términos; “Un traficante coloca objetos para su venta, con valor y origen difíciles de conocer: una moderna obra de arte o una estatuilla [...] Entrega dinero efectivo a un cómplice que adquiere el objeto durante la subasta. Entonces, el traficante obtiene como pago del subastador el dinero que quería blanquear. El cómplice devuelve el objeto al traficante y obtiene una comisión”, ob. cit.; página 25.

⁸⁴ FERNÁNDEZ GALLEGU, Ramón; “Falsificaciones y robo de obras ...” ob. cit.; pág. 88.

⁸⁵ La penalidad agravada alcanza la mitad superior de la pena de seis meses a seis años de prisión, esto es, e tres años y tres meses a seis años, además de una multa del duplo al triplo del valor de los bienes y la posibilidad de imponer motivadamente la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria de uno a tres años, así como, en su caso, la clausura temporal o definitiva de establecimiento o local. Para poder aplicar esta agravante, es necesario que el autor del blanqueo de capitales conozca tanto el origen ilícito de los bienes, como que estos proceden de la comisión los diferentes delitos que aparecen concretamente enumerados en el último párrafo del artículo 301.1 del Código Penal. En este sentido, vid, entre otros: MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales”. En *Foro FICP*, 2013 n^º 2, septiembre, págs. 52-107, en especial 70. BLANCO CORDERO, Isidoro. “El delito de blanqueo”. 4^ª ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2012, 976 págs.

los delitos de blanqueo de capitales, esto es, al blanqueo que se deriva del tráfico de drogas⁸⁶. En otros términos, la reforma obedece a la *dimensión actualmente* dominante en estos delitos que pasarían a convertirse en lo que se ha llamado un *medio de punición complementario*⁸⁷ en aquellos fenómenos criminales que generan una creciente sensación de impunidad y descrédito del sistema judicial, como ocurre con la corrupción política y financiera.

En mi opinión, no tiene sentido que las tipologías previamente citadas, algunas muy distantes de las consideraciones criminológicas que venimos señalando, sean merecedoras de esta especial atención punitiva y queden fuera de la previsión aquellas graves formas de delincuencia asociadas al apoderamiento o tráfico ilícito de los bienes culturales muebles en cualquiera de sus manifestaciones aunque, como ya hemos señalado, en la correcta configuración de la nueva agravante, lo esencial sería integrar igualmente la adquisición de bienes culturales con el dinero de procedencia ilícita.

La tendencia que presenta el blanqueo de capitales en nuestro tiempo es la continua ampliación de las modalidades comisivas y una mayor facilidad para su persecución, teniendo en cuenta la especial complejidad de esta figura delictiva y su normal acreditación sobre la única base de la prueba de indicios⁸⁸. Así lo demuestra la amplitud en la demostración probatoria de los hechos que viene reconociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando analiza el juicio lógico de inferencia realizado por los tribunales de instancia o la desaparición, en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, del requisito de la gravedad del *delito base* o precedente en el blanqueo de capitales que ahora, contrariamente a lo sostenido en la redacción anterior de nuestro Código Penal, no requiere que se trate de un delito grave y puede estar basado en *cualquier actividad delictiva*. Ya hemos señalado que el tráfico ilícito de bienes culturales, obtiene su protección penal en España a través de la Ley Orgánica 12/95, de 12 de diciembre, *de represión del contrabando* y ha merecido una especial atención en la legislación procesal española al considerarlo como una forma *posible* de criminalidad organizada que permite utilizar la figura del agente encubierto⁸⁹. Estas situaciones, en realidad, están muy próximas a la ocultación de bienes y nada debería impedir la tipificación de una modalidad agravada de *blanqueo de capitales* que establezca una mayor sanción (imposición de la pena en su mitad superior) y un decomiso inmediato a favor de las autoridades competentes cuando se *agote* cualquier actividad delictiva mediante la adquisición de bienes culturales, máxime si se trata de bienes que han sido objeto de tráfico ilícito.

Pero lo determinante en estos casos no sería el origen ilícito de los activos blanqueados obtenidos por el tráfico o expolio de los bienes culturales, circunstancia que nos conduciría, con los problemas prácticos de aplicación que ya hemos comentado, a una forma de receptación de bienes culturales, conforme aparece tipificada en la nueva agravación del artículo 298.1a) del Código Penal. Lo determinante en estos casos sería la adquisición de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español mediante efectos procedentes de una actividad delictiva de cualquier naturaleza y en términos similares a los establecidos en el artículo 301 del Código Penal, donde bastaría la adición de un nuevo inciso junto a las agravaciones específicas ya existentes.

Como podemos imaginar, esta pretensión de creación de una nueva penalidad agravada en la tutela indirecta del Patrimonio Histórico, estaría basada en sólidas razones de política criminal que se han visto incrementadas por la producción de grandes expolios a consecuencia de las últimas *Guerras de Identidad* que, a consecuencia del fanatismo, vienen sucediéndose en los

⁸⁶ FARALDO CABANA, Patricia; "El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010", artículo publicado en Revista de Inteligencia, Número 0, 2012, páginas 30 a 33.

⁸⁷ GONZÁLEZ RUS, Juan José; "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio económico (X). Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y *Blanqueo* de Capitales. En *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador): Editorial Dykinson, 2011; pág. 642.

⁸⁸ Por todos, ARANGÜEZ SÁNCHEZ, Carlos; *El delito de blanqueo de capitales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000.

⁸⁹ La figura del *agente encubierto* fue configurada en nuestro sistema procesal conforme a la reforma operada a través de la Ley Orgánica 5/99, de 13 de enero, que introdujo el artículo 282 bis en la Ley Enjuiciamiento Criminal que permite su actuación para la investigación, entre otros delitos, del tráfico ilícito de bienes culturales.

últimos años en diversos países caracterizados por su riqueza arqueológica. Parece evidente que aquellos que agreden salvajemente al Patrimonio Histórico a consecuencia de su religión o de su ideología, no se conforman con la mera destrucción de grandes monumentos, obras de arte, estatuas o yacimientos. El efecto destructivo y propagandístico normalmente va acompañado, de la búsqueda de una discreta y eficaz fórmula de financiación, mediante la introducción de bienes culturales o piezas arqueológicas, verdaderas o falsas, de incalculable valor en el mercado ilícito internacional. La famosa fetua o edicto religioso del jeque Omar contra los iconos que habría dado lugar a la completa destrucción de los budas gigantes de Bamiyán (Afganistán) en 2001, esculturas colosales (55 metros) de arte greco budista con 1.500 años de antigüedad, en realidad habría sido *una simple tapadera para ocultar un lucrativo negocio de venta de piezas arqueológicas y de manipulación de precios en los mercados internacionales*⁹⁰. Otra cuestión es que tales situaciones, a pesar de su extrema gravedad, vengán produciendo situaciones delictivas caracterizadas por una relevante impunidad.

4.5. Algunas notas sobre el contrabando de bienes del Patrimonio Histórico Español

Conforme a lo señalado en el artículo 2.2 apartado a) de la Ley 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando⁹¹, cometen delito de contrabando, *siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros*, los que ... *exporten o expidan bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito*. La pena, que se impone en su mitad superior (artículo 3) es la de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos. El mismo precepto, en su apartado quinto, señala que las anteriores conductas serán igualmente punibles cuando se cometan por imprudencia grave, en cuyo caso se les impondrá la pena inferior en grado. El apartado sexto establece que *las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en la acción u omisión en ellos descritas concurren las circunstancias previstas en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y en las condiciones en él establecidas*. Por último, el apartado séptimo, *cuando el delito se cometa en el seno, en colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica*, recuerda que le será de aplicación lo previsto en el artículo 129 del Código Penal. La Ley utiliza el criterio de la valoración material de los bienes que debe alcanzar los 50.000 euros y que, conforme a lo prevenido en el artículo 10.2 del mismo texto legal, tendrá que llevarse a cabo por *las autoridades competentes* para el asesoramiento del Juez de Instrucción. Al margen de la sanción privativa de libertad (de uno a cinco años) o de la pena de multa impuesta, puede decretarse el comiso de los efectos intervenidos e imponerse la pena en su grado máximo cuando las circunstancias de cada caso permitan inferir una *especial facilidad* para su comisión. Es evidente que la utilización de un criterio puramente material para establecer los límites de la infracción penal resulta muy problemática y poco aconsejable; sin que puedan, en mi opinión, alegarse de contrario razones de seguridad jurídica.

La doctrina más autorizada⁹² consideran que el bien jurídico protegido en esta clase de infracciones responde a *la confluencia de intereses estatales muy diversos: desde el recaudatorio, para evitar el fraude fiscal, hasta el sanitario, para preservar la salud pública, pasando por el cultural, para proteger nuestro Patrimonio Histórico-Artístico*. La afirmación anterior, teniendo en

⁹⁰ Crónica de ÁNGELES ESPINOSA publicada en el diario *El País*, el 22 de febrero de 2014 con el título *Las llaves que protegieron el milenario oro de Bactria*.

⁹¹ La determinación de esta cuantía tuvo lugar en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2011 de 30 de junio.

⁹² RENART GARCÍA, Felipe; en "Aspectos sustantivos del delito de contrabando de bienes culturales", artículo publicado en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, número 10, 2002, pág. 176.

cuenta la evolución mostrada por el conservacionismo cultural, terminaría por ceñirse con una mayor autoridad científica, no tanto al valor de los bienes culturales, sino a la idea de *la integridad y utilidad cultural del Patrimonio Histórico*. Esta especial configuración del bien jurídico puede generar algunos problemas, como hemos señalado con anterioridad, para la aplicación de la nueva receptación agravada que solo podría encontrar su origen en un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico. Para resolver esta situación cabría considerar, cuando menos teóricamente y como fórmula interpretativa para solucionar el problema, la naturaleza *instrumental*⁹³ del bien jurídico protegido por la ley especial que englobaría un amplio catálogo de intereses donde podríamos integrar la biodiversidad, el Patrimonio Histórico o también el orden socio económico.

De otra parte, cuando se analiza el catálogo de infracciones administrativas y sus sanciones, el art. 75 de la LPHE establece que la exportación, *de un bien mueble integrante del Patrimonio Histórico Español sin la previa autorización contemplada en el art. 5, constituirá delito o, en su caso, infracción de contrabando, de conformidad con la legislación en esta materia*. La redacción del precepto nos enfrenta al problema del objeto material de estos delitos ya que aparece doblemente limitado ante la exigencia del carácter mueble de los bienes exportados ilícitamente y la necesidad de su declaración formal como parece deducirse de la exigencia de su *integración* en el Patrimonio Histórico Español. Con respecto a la exigencia del carácter mueble de los bienes culturales exportados ilícitamente, RENART GARCÍA considera esta limitación *incomprensible*⁹⁴ y recuerda acertadamente el carácter amplio en la definición legal de bienes inmuebles que sostiene la propia LPHE en su artículo 14 cuando se refiere a los llamados *elementos consustanciales*⁹⁵, entendiendo que esta severa limitación del ámbito de protección del contrabando produce *cuando menos, cierta perplejidad*.

En lo que respecta a la necesidad de una declaración formal previa que otorgue valor cultural a los bienes exportados, recordemos que el Real Decreto 1.649/1998, de 24 de julio, en cuya virtud se desarrolla el Título II de la Ley 12/1995 de Contrabando, ya identifica en su artículo 2 e) a los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español como los que aparezcan *así definidos en su normativa específica*. Ello parece restringir el ámbito de aplicación de la ley únicamente a los bienes que, por conocidos y catalogados, precisan autorización o utilizando criterios automáticos de antigüedad y comporta, en definitiva, la utilización en esta ley especial de la técnica de los preceptos penales en blanco, generándose una crítica doctrinal muy solvente que recuerda la dificultad de protección, como ya apuntamos en otro capítulo, del llamado *Patrimonio Oculto* han habitual cuando nos referimos al Patrimonio Arqueológico. RENART GARCÍA lo expresa con toda claridad cuando nos recuerda el peligro que supone para esta riqueza que *se vería gravemente afectada por exigencias formales no requeridas por el texto constitucional*, máxime teniendo en cuenta las carencias que sigue presentando en España la catalogación de bienes y espacios culturales. El penalista, como nos indica este mismo autor, debe tener en cuenta *un concepto real de bien histórico, normalmente vinculado a la legislación específica pero no dependiente o por completo tributario de las decisiones administrativas o del alcance de los registros oficiales*⁹⁶.

Con independencia de las cuestiones anteriores, posteriormente añade el artículo 75 de la LPHE que *serán responsables solidarios de la infracción o delito cometido cuantas personas*

⁹³ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio; "Introducción a los capítulos VII y IX" en *Ordenación del territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2011, pág. 584.

⁹⁴ RENART GARCÍA, Felipe; en "Aspectos sustantivos ...", ob. cit., pág. 166.

⁹⁵ Conforme a lo establecido en el artículo 14.1 de la LPHE: "Para los efectos de esta Ley tienen la consideración de bienes inmuebles, además de los enumerados en el artículo 334 del Código Civil, cuantos ELEMENTOS PUEDAN CONSIDERARSE CONSUSTANCIALES con los edificios y formen parte de los mismos o de su exorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos."

⁹⁶ RENART GARCÍA, Felipe; en "Aspectos sustantivos ...", ob. cit., páginas 193 y 194. En el mismo sentido, PÉREZ ALONSO Esteban y OROZCO PARDO, Guillermo; "La tutela civil y penal del Patrimonio histórico, cultural o artístico. Madrid, 1995. Pág. 305.

hayan intervenido en la exportación del bien y aquellas otras que por su actuación u omisión, dolosa o negligente, la hubieran facilitado o hecho posible. Llama poderosamente la atención la extensión de la responsabilidad *solidaria* que establece el artículo y que sirve como argumento para reforzar la lógica *posición de garante* o la función de vigilancia y control *positivo* que corresponde a las Administraciones Públicas. En alguna ocasión he señalado⁹⁷ que dicha responsabilidad no parece entenderse que, cuando menos desde una perspectiva teórica, sea de carácter meramente civil pues el propio artículo 75 claramente establece que dicha responsabilidad lo será *de la infracción o delito cometido* y no solamente de las consecuencias dañosas que la infracción genera en el Patrimonio Histórico Español. Los especialistas no suelen pronunciarse sobre el particular⁹⁸ limitándose a reproducir el precepto. FARALDO CABANA, sin embargo, la entiende claramente referida única y exclusivamente a la posible responsabilidad civil, considerando que la *declaración no puede entenderse referida a la responsabilidad criminal, pues supondría un cambio de las reglas generales que rigen la autoría y participación que no cuenta con la jerarquía normativa adecuada*⁹⁹. Su afirmación parece evidente pero, como la misma autora reconoce, la disposición también rompe las reglas que sería aplicables al reparto de responsabilidades civiles, unificándola y extendiéndola a situaciones más que discutibles. No parece lógico que el precepto tenga como única finalidad, la de recordar simplemente que los autores o partícipes de la infracción deban responder solidariamente de las responsabilidades civiles contraídas. La Ley 12/1995 regula extensa y detalladamente el comiso de los efectos intervenidos y la satisfacción de todas las responsabilidades de esta naturaleza. Es obvio que se trataría de una extensión muy problemática de la responsabilidad penal, pero no imposible si tenemos en cuenta la especial naturaleza de la infracción y las obligaciones activas que desarrolla la legislación administrativa protectora de los bienes culturales. Recordemos que el Código Penal Francés de 1974, para los delitos de daños al Patrimonio Histórico y en su artículo 121.6 *prevé el tratamiento idéntico en términos de penalidad del cómplice con el autor del delito, entendiéndose por aquel, de acuerdo con el 121-7 al que, con su ayuda, coopera o facilita su preparación o ejecución*¹⁰⁰. En todo caso, esta controvertida disposición legal siempre deberá ser tenida en cuenta como un valioso elemento interpretativo, que acentúa las responsabilidades activas de quienes, funcionarios o profesionales, tienen el deber de velar activa y especialmente por la integridad del Patrimonio Histórico Español.

Por último, también desde un punto de vista criminológico, el contrabando de bienes culturales suele unirse a un acto delictivo previo, normalmente un delito contra la propiedad o bien una situación de expolio arqueológico; tratándose de un hecho *grave y frecuente*¹⁰¹ que puede asociarse en ocasiones con distintas formas de criminalidad organizada. Esta realidad determinó que el Consejo Fiscal reclamara¹⁰² la reforma de la Ley 12/1995 para permitir la incorporación a su articulado de la herramienta procesal del *agente encubierto* a la que alude el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; solicitud que no fue atendida por el legislador. Recordemos que, conforme a lo establecido en el apartado 4 o) del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se considera *delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer [...] delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley 12/95, de 12 de diciembre, de represión del contrabando*. Nos encontramos por ello ante una situación

97 GARCÍA CALDERÓN, Jesús M^º; *La defensa penal del ...* ob. cit.; página 208.

98 GUIASOLA LERMA, Cristina; "El expolio de bienes culturales", dentro del libro *El tráfico de bienes culturales*, coordinado por PÉREZ-PRAT DURBAN, Luis y LAZARI, Antonio; Editorial Tirant lo Blanc Monografías, Valencia, 2015, pág. 285.

99 FARALDO CABANA, Patricia; "Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando"; en *Ordenación del territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2011, pág. 598.

100 GUIASOLA LERMA, Cristina; "La protección del Patrimonio Histórico en el Derecho Comparado" artículo publicado en *Tres estudios jurídicos sobre el Patrimonio Histórico*, Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2005, pág. 90.

101 FIDALGO MARTÍN, Consuelo. "Sistema judicial y protección del Patrimonio Histórico" en *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 2006, pág. 56.

102 Informe del Consejo Fiscal de 1 de junio de 2010. La petición no fue atendida en la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 6/2011.

de descoordinación de ambas leyes que debiera haber sido corregida sin dificultad¹⁰³. Parece discutible que pueda existir una relación concursal entre alguna de las formas de tutela indirecta de los bienes culturales, normalmente las figuras de robo, hurto o apropiación indebida agravadas y el posterior delito de contrabando, máxime cuando no exista cierta inmediatez temporal. De cualquier manera, como señala la doctrina¹⁰⁴ cuando pueda acreditarse que el apoderamiento, la sustracción o el expolio era el medio necesario para una posterior exportación ilícita, podríamos apreciar una situación de concurso real.

La consumación del delito de contrabando tiene lugar incluso si su destino es otro Estado de la Unión Europea, en virtud de lo prevenido en el Reglamento 3911/92 del Consejo, relativo a la exportación de bienes culturales; el Reglamento 752/93, de la Comisión para la aplicación de la norma anterior y la Directiva 93/7/CEE relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un estado miembro de la Unión Europea¹⁰⁵ que fue incorporada al ordenamiento jurídico español en virtud de la Ley 36/1994, de 23 de diciembre y encarga expresamente este cometido al orden jurisdiccional civil¹⁰⁶. Conforme al artículo 1 de la Ley citada, se establece un concepto formal de bien cultural, al exigir que esté clasificado, antes o después de haber salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, como «patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional», con arreglo a la legislación o procedimientos administrativos nacionales en el marco del artículo 36 del Tratado de la Comunidad Europea, o bien se encuentre incluido en inventarios de instituciones eclesiásticas o forme parte de aquellas colecciones públicas que aparecen definidas en la ley, o bien que pertenezca a alguna de las numerosas categorías que se exponen en su articulado¹⁰⁷.

5. El problema del expolio invertido

Aunque, como ya hemos visto, la falsificación de bienes culturales y su posterior introducción en el mercado lícito puede configurarse como una figura simple de estafa, la verdadera cuestión radica en analizar con suficiente atención el *error* que podemos cometer al descartar que pueda ser considerada como una estafa agravada, conforme a las previsiones del apartado tercero del artículo 250.3º del Código Penal que acabamos de analizar y, especialmente, las diversas repercusiones que estas conductas, cada vez más frecuentes, puedan tener desde una perspectiva político criminal. Nos encontramos de nuevo ante otra limitación en la defensa penal de la cultura que debería merecer un análisis detenido del legislador español.

Nuestro errático sistema de tutela penal de la cultura no cae en la cuenta de que puedan existir casos, con una relativa frecuencia, en los que un bien cultural falsificado sea inventariado, catalogado o incluso declarado formalmente *Bien de Interés Cultural* con posterioridad a su adquisición por la víctima del delito, sea un particular o sea una entidad pública. Puede tener lugar esta declaración incluso con anterioridad al acto de disposición, una vez es conocida su existencia. Ello nos conduce a preguntarnos si tales situaciones de error o impericia de los expertos o de las autoridades culturales que le otorgan este valor formal, permitirían la normal aplicación del artículo 250.3º del Código Penal como una modalidad de estafa. Esta situación ha sido denunciada en casos de una especial relevancia y conocimiento público, señalando

¹⁰³ ROMA VALDÉS, Antonio; “La Fiscalía y el patrimonio cultural”, en *El patrimonio arqueológico y su protección penal*, Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, Revista PH, número 12, Sevilla 2012, págs. 75 y 76.

¹⁰⁴ GUIASOLA LERMA, Cristina; “El expolio ...”, ob. cit., pág. 284.

¹⁰⁵ Incorporada la Directiva por la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, esta resultó modificada parcialmente en virtud de la Ley 18/1998, de 15 de junio.

¹⁰⁶ Señala la breve Exposición de Motivos de la Ley 36/1994 que *la citada Directiva establece una obligación de restitución de los bienes que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, obligación que recae sobre el poseedor o tenedor del bien, y correlativamente una obligación de cooperación y concertación que recae sobre el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el bien cultural. El incumplimiento de la obligación de restitución otorga al Estado requirente (aquél de cuyo territorio ha salido el bien) una acción de restitución, ejercitable ante los Tribunales competentes del Estado requerido.*

¹⁰⁷ En términos generales; RODRÍGUEZ PINEAU, Elena y MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen; “La protección de los bienes culturales en la UE: Un régimen puesto a prueba”; en *El tráfico de bienes culturales*, coordinado por PÉREZ-PRAT DURBAN, Luis y LAZARI, Antonio; Editorial Tirant lo Blanc Monografías, Valencia, 2015, págs. 227 a 267.

distintas fuentes que grandes museos o pinacotecas contaban entre sus fondos con obras falsificadas que no se denunciaban por razones puramente estratégicas o *de prestigio* de la institución. Tendría lugar lo que podríamos llamar un expolio *invertido* que podría, en algunos casos, incluso producir un daño mayor que las situaciones de expolio habituales al conocimiento científico.

Si este debate choca con argumentos tan decisivos como el *muro* de la interpretación extensiva de un precepto penal o sancionador, siempre podría introducirse el debate, relativamente frecuente en materia de conservacionismo cultural, de crear una nueva tipología referida a los bienes culturales *falsificados*. Para una correcta respuesta del dilema y al margen de algunas consideraciones que ya han sido realizadas, creo que deberíamos exponer varios aspectos vinculados con el especial bien jurídico protegido en esta clase de delitos, caracterizado por su complejidad, para abordar la cuestión con mayores garantías.

En primer lugar, la falsificación de bienes culturales o piezas arqueológicas que se integren en alguna colección pública o privada y se muestren como auténticas, podrían constituir un fraude al sujeto colectivo que es el verdadero destinatario de la función social que el texto constitucional encomienda al Patrimonio Histórico (artículo 46 de la CE). Existe, además, una tendencia natural para no reconocer públicamente las piezas falsificadas de cualquier museo porque ello comportaría un inmediato desvalor de toda la colección y la situación abonaría una cierta dificultad para denunciar o afrontar los hechos¹⁰⁸. Esta falta de reconocimiento agravaría aún más el problema, perpetuando la agresión al bien jurídico protegido a través de la tutela directa de los bienes culturales y hasta podría generar, en algunos casos, alguna forma de responsabilidad administrativa. La doctrina ha señalado algún ejemplo en el derecho comparado en el que se requiere la causación de un daño efectivo al Patrimonio Histórico para que pueda consumarse el delito de falsificación de bienes culturales¹⁰⁹. Como uno de los ejemplos más expresivos de todo lo anteriormente manifestado, podíamos recordar la famosa autobiografía del pintor inglés residente en Italia Eric Hebborn (1934-1996), publicada por primera vez en 1991¹¹⁰ y en la que afirmarí rotundamente que más de mil falsificaciones de su autoría colgaban en grandes museos de todo el mundo¹¹¹.

En segundo lugar, la aparición o venta de piezas falsificadas puede generar gastos al erario público que abundarían en la necesidad de otorgarles su posible condición de objeto material de las infracciones que establecen una tutela indirecta del Patrimonio Histórico: La adquisición de bienes falsificados puede generar un daño al conocimiento científico, desautorizar teorías existentes sobre sociología estética o historia, exponerse de forma equivocada o generar toda clase de gastos (llegado el caso, incluso costosas excavaciones) que deberían repercutir en la conducta fraudulenta del agente, no solo como parte integrante de la responsabilidad civil sino como una forma delictiva autónoma. Es el Patrimonio arqueológico el que ofrece más claramente argumentos para sostener esta singular *convicción* cuando pensamos que un

¹⁰⁸ La discusión sobre la falsedad de bienes culturales de inmenso valor que forman parte de colecciones de los mejores museos o pinacotecas del mundo es relativamente frecuente. Puede consultarse; FERRER, Isabel; autora de la crónica “¿Pintó el Bosco los pecados de El Prado?”, publicada por el diario *El País* en su edición de 1 de noviembre de 2015. La crónica refiere una serie de grandes obras pictóricas sobre las que pesan criterios científicos de *desatribución* (*El coloso* de Francisco de Goya; *El hombre del yelmo dorado* de Rembrandt; *La infanta Margarita de Austria* y *La educación de la Virgen*, ambas de Velázquez y, por último, *Isabel de Este*, de Leonardo da Vinci).

¹⁰⁹ PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis; “La falsificación de obras de arte...” ob. cit., pág. 191: Recuerda que el Código Penal de Cuba (Ley 62/1987), en su artículo 246, introducido en virtud de una reforma operada en 1999, sanciona con privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas al que, *en perjuicio de su creador o del patrimonio cultural, falsifique una obra de arte o la trafique*. Un segundo apartado añade que *si como consecuencia de los hechos previstos en el apartado anterior se causa un grave perjuicio, la sanción es de privación de libertad de dos a cinco años*.

¹¹⁰ HEBBORN, Eric; *Draw to Trouble: Confessions of a Master Forger: A memoir*; New York, Random House, 1993.

¹¹¹ PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis; “La falsificación de obras de arte...” ob. cit., pág. 180. Refiere el autor el caso del famoso falsificador ERIC HEBBORN quien afirmarí, como hemos apuntado, en sus memorias que más de mil cuadros de su autoría se encontraban expuestos en museos de un gran prestigio. Este famoso falsificador fue asesinado en una calle de Roma en enero de 1996. Sobre la aparición de su libro de memorias puede consultarse la edición del diario *El País* de 22 de octubre de 1991 donde aparece la crónica, firmada por ENRIC GONZÁLEZ; *Un falsificador inglés afirma que mil cuadros suyos cuelgan en grandes museos*; citando expresamente, entre otros, el *British Museum* de Londres, la *National Gallery* de Washington o el Royal Museum de Copenhague.

yacimiento, conforme a su verdadera naturaleza y de acuerdo con las previsiones de la Ley 16/1985, es una riqueza *natural* generada con el curso del tiempo, un espacio susceptible de ser investigado con una metodología científica y que debemos valorar, al margen de los elementos materiales que nos ofrezca, como una fuente de información de inestimable valor, casi como un *documento* que ha sido voluntariamente depositado por la historia en un determinado lugar.

Por último y en tercer lugar, podemos encontrar un argumento *añadido* al referir el interés privado del coleccionista en el seno de un mercado lícito y documentado en el que cobra una especial importancia la idea de autenticidad. La forma básica de estafa puede resolver muchos de los supuestos a los que debemos enfrentarnos pero no acota algunos casos que pueden resultar especialmente graves y dañinos al referirse a bienes de incalculable valor. Hay que tener en cuenta que no todo el Patrimonio Histórico es de titularidad pública y que el mercado lícito de antigüedades puede conservar, recuperar o descubrir piezas de un valor enorme sobre las que también debe ejercer su especial protección y tutela el derecho penal. Es obvio que el notable incremento de falsificaciones comercializadas a muy altos precios, tarde o temprano, acabará *contaminando* a los bienes de titularidad estatal, bien por su adquisición, su dación en pago de impuestos o ante situaciones de mecenazgo o bien por su incautación en investigaciones policiales o judiciales de toda clase de fraudes o actuaciones ilegales muchas veces vinculadas con el crimen organizado y la corrupción, así como su posterior exposición pública una vez que son decomisados.

Todo el panorama que ha sido sucintamente expuesto nos lleva a considerar, sin incurrir en exageración alguna, que las formas de blanqueo de capitales realizadas a través de bienes culturales son, probablemente, las que se persiguen con una menor eficacia a pesar de la buena formación y del abnegado trabajo que se realiza por los cuerpos policiales especializados en la materia y del compromiso de diversas organizaciones internacionales para el desarrollo de la cultura como la UNESCO. Esta situación explicaría la falta de antecedentes numerosos, a salvo de algunos casos vinculados al contrabando, de estas formas delictivas. La falta de una correcta coordinación institucional, una cierta incoherencia legislativa, la mala regulación de los ilícitos penales, el abandono presupuestario y la consiguiente carencia de medios, así como la ausencia de una cultura *suficiente* de todos los valores que entraña el concepto jurídico penal de Patrimonio Histórico, son factores que deberían desaparecer en el futuro. Solo así se podrá promover un cambio de tendencia en la actuación pública que permita comprender la dimensión de un problema que viene creciendo de manera exponencial y que afecta directamente al correcto desarrollo de algunos derechos fundamentales vinculados con el acceso y disfrute de la cultura por todos los ciudadanos.