

**UNIVERSIDAD DE GRANADA**

**FACULTAD DE DERECHO**

Departamento de Derecho Penal



**TESIS DOCTORAL**

**LA DEFENSA PENAL DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO**

JESÚS M<sup>a</sup> GARCÍA CALDERÓN

GRANADA NOVIEMBRE 2015

Editor: Universidad de Granada.Tesis Doctorales  
Autor: Jesús María García Calderón  
ISBN: 978-84-9125-444-7  
URI: <http://hdl.handle.net/10481/41973>

Esta Tesis Doctoral es presentada para la obtención del Título de Doctor en el marco del Programa Oficial de Posgrado en Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Granada, a cargo del doctorando D. JESÚS M<sup>a</sup> GARCÍA CALDERÓN, realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. LORENZO MORILLAS CUEVA, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Granada.



El doctorando y el director de la tesis "La defensa penal del patrimonio arqueológico" garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección del director de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Granada, a 15 de noviembre de 2015

Director/es de la Tesis



Fdo.:

Lorenzo Morillas Cueva

Doctorando



Fdo.:

Jesús García Calderón

# LA DEFENSA PENAL DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO

JESUS M<sup>a</sup> GARCÍA CALDERÓN

## ÍNDICE

EL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO: UN RETO PARA EL DERECHO PENAL ..... 7

**Capítulo Primero EL PATRIMONIO HISTÓRICO COMO MODELO DE PROTECCIÓN EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO ..... 12**

1. Algunas notas sobre la cuestión jurídica del Patrimonio Histórico .....	21
2. El fundamento constitucional para la protección del Patrimonio Histórico..	25
2.1 Derecho Penal y Constitución cultural .....	28
2.2 Naturaleza y alcance de la previsión constitucional .....	34
2.3 Comentario adicional de los arts. 45, 46, 47 y 48 de la Constitución Española .....	38
3. La teoría de los bienes culturales y el Patrimonio Arqueológico.....	40
4. Infracciones administrativas e infracciones penales: <i>Non bis in ídem</i> .....	46
4.1 El principio de intervención mínima .....	46
4.2 La reserva de ley .....	50
4.3 Criterios para diferenciar ilícitos penales de los ilícitos administrativos	54
4.4 Aplicación del principio <i>non bis in ídem</i> .....	56

**Capítulo Segundo EL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO ..... 62**

1. Régimen jurídico de la arqueología .....	63
1.1. La regulación general de la LPHE .....	65
1.2. El dominio público arqueológico .....	71
1.3. La acción concertada .....	81
1.4. Los <i>Bienes de Interés Cultural</i> vinculados con la arqueología .....	83
2. Un bien jurídico “propio” para la defensa del Patrimonio Arqueológico ....	88
2.1. Medio Ambiente y Patrimonio .....	88
2.2. El concepto jurídico penal de Patrimonio Histórico .....	91
2.3. La funcionalidad de la riqueza arqueológica .....	93
2.4. El bien jurídico protegido con el Patrimonio Arqueológico .....	100
3. El Patrimonio Arqueológico <i>oculto</i> .....	104
4. El dolo de consecuencias necesarias .....	111

5. Las situaciones de error como factor criminológico .....	114
---	-----

**Capítulo Tercero** **LOS DELITOS *SOBRE* EL PATRIMONIO HISTÓRICO ARQUEOLÓGICO** ..... 118

1. Los defectos de la regulación penal española .....	122
2. La rúbrica <i>sobre</i> la condición histórica de los bienes integrantes del Patrimonio .....	125
3. El derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos (artículo 320 del Código Penal) .....	128
4. La inhabilitación especial para profesión u oficio .....	136
5. La prevaricación especial (artículo 321 del Código Penal) .....	140
6. Los daños dolosos al Patrimonio Histórico Arqueológico (artículo 322) ...	148
7. La imprudencia sobre yacimientos y bienes arqueológicos (artículo 323) .	151
8. El expolio: Un tratamiento jurídico imposible .....	154
9. Tipo objetivo. La idea de yacimiento como fuente de información .....	164
10. Tipo subjetivo: El dolo en las agresiones a bienes arqueológicos .....	166
11. La valoración del Patrimonio Arqueológico. El valor incalculable .....	169
12. La restauración de bienes dañados (artículo 323.2 del Código Penal) .....	177

**Capítulo Cuarto** **LA PROTECCIÓN PENAL INDIRECTA DE LOS BIENES CULTURALES**

1. El Código Penal y la protección <i>dispersa</i> de los bienes culturales .....	181
2. Ordenación del territorio y Patrimonio Arqueológico .....	186
3. Tipologías agravadas de hurto y robo .....	192
4. Tipologías agravadas de apropiación indebida .....	194
5. Tipologías agravadas de administración desleal o apropiación indebida del patrimonio público .....	199
6. La sustracción de cosa propia arqueológica a su utilidad social y cultural .	202
7. La nueva receptación de bienes culturales .....	206
8. El contrabando .....	208
9. La destrucción de bienes culturales en conflictos armados. Referencia Histórica .....	215
10. Las nuevas <i>Guerras de Identidad</i> .....	225
11. Referencia al Código Penal Militar Español .....	227

**Capítulo Quinto** **OTRAS POSIBLES FORMAS DELICTIVAS SOBRE EL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO** ..... 229

1. La excavación ilegal como figura delictiva .....	230
---	-----

1.1 Cuestiones previas .....	231
1.2 Dificultades de tipificación .....	234
1.3 Los detectores de metales y su relación con el expolio .....	236
2. El blanqueo de capitales desde la arqueología .....	238
3. La falsificación de piezas arqueológicas .....	244

## **Capítulo Sexto. EL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO SUBACUÁTICO .....** 252

1. La riqueza arqueológica subacuática .....	253
2. La importancia de la arqueología subacuática en la respuesta institucional .....	257
3. La <i>Convención</i> de la UNESCO de 2001 .....	261
4. La propiedad de los bienes arqueológicos subacuáticos. Territorialidad ...	264
5. Su incidencia en el ámbito penal. El expolio de la fragata <i>Nuestra Señora de las Mercedes</i> .....	270

## **Capítulo Séptimo LAS ZONAS PATRIMONIALES. EL PATRIMONIO HISTÓRICO MÚLTIPLE. LA ARQUEOLOGÍA DE LAS VÍCTIMAS .....** 276

1. Las Zonas Patrimoniales. El Patrimonio Histórico “Múltiple” .....	282
2. La explotación ilícita del Patrimonio Arqueológico .....	287
3. La <i>arqueología de las víctimas</i> . La <i>Memoria Histórica</i> .....	288
4. El papel de la arqueología en la investigación de los delitos <i>de lesa humanidad</i> .....	291
5. El Patrimonio Histórico Arqueológico como fórmula de cohesión social ..	292

## **Capítulo Octavo FORMAS LEVES DE AGRESIÓN AL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO**

1. La falsa percepción del grafito como una delincuencia ocasional.....	295
2. Los daños <i>invisibles</i> al Patrimonio Histórico en la estadística criminal....	299
3. Formas legales de protección ante los actos de vandalismo tras la reforma de 2015 .....	300
4. El grafito histórico como bien cultural .....	308

Anexo al Capítulo VIII.....	310
-----------------------------	-----

CONCLUSIONES .....	315
--------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA .....	320
-------------------------------	-----



## EL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO: UN RETO PARA EL DERECHO PENAL

No cabe duda que el concepto jurídico penal del Patrimonio Histórico es hijo de las grandes calamidades del siglo XX. Al despejarse el humo de la contienda, la finalización de la Segunda Guerra Mundial mostró los campos y ciudades de una Europa devastada en una imagen dantesca que debía promover una serena y profunda reflexión también para el derecho. En realidad, podríamos corregir la anterior afirmación y señalar que también el siglo XXI sigue aportando poderosas razones para reclamar su paternidad. Las salvajes *Guerras de Identidad* y la voluntaria destrucción de bienes monumentales de incalculable valor, generan en la opinión pública de todo el mundo civilizado una indignación intensa y un compromiso creciente con la protección de los bienes culturales, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren.

No ha sido la guerra el único enemigo del Patrimonio Histórico. El *desarrollismo* favorecido por la posguerra y la desordenada reconstrucción española y de buena parte del viejo continente en la segunda mitad del siglo XX, la especulación inmobiliaria, la corrupción urbanística, el utilitarismo presupuestario, el tráfico lícito o ilícito de bienes culturales incluso de carácter monumental, la dejadez administrativa y la concepción errónea del Patrimonio como una *realidad muerta*, han exigido en los últimos años la movilización institucional para su defensa y para que, además de pervivir, siga teniendo lugar su continuo desarrollo. El Patrimonio Histórico es un alimento para el futuro. Un concepto dinámico que promueve la cohesión social y nos aleja de la barbarie, también un concepto del *presente* que sigue incrementando su activo para la ciudadanía a la que sirve permitiendo que tenga lugar una relación satisfactoria entre los ciudadanos y el entorno cultural que los rodea, mejorando significativamente su calidad de vida. El Patrimonio Histórico, como la tierra y como la propia persona que lo disfruta, permite que pueda ser *cultivado* mediante la educación y la cultura y en esa noble labor es mucho lo que tiene que decirse y promoverse desde el terreno jurídico y desde el campo, siempre ingrato, del derecho penal.

La promulgación de la Constitución Italiana de 1947 y los trabajos parlamentarios realizados, algunos años más tarde, por la famosa *Comisión*



*Franceschini* abren un nuevo y esperanzador camino que fue seguido por otras constituciones europeas como la Constitución Española de 1978. Este nuevo concepto del Patrimonio Histórico, completamente alejado de la propiedad privada, vinculado con la realización efectiva de algunos derechos fundamentales y muy cercano al puro interés social, exigía la intervención del derecho penal para completar las fórmulas de protección ideadas para su conservación y transmisión a las generaciones futuras, pero su articulación como una categoría autónoma de protección no tiene lugar en España hasta la promulgación del Código Penal de 1995 con la creación de los nuevos delitos sobre el Patrimonio Histórico integrados en la tipologías propias de la delincuencia medioambiental.

La vieja discusión acerca de su consideración por el constituyente español como un principio rector de la vida social y económica o bien como un verdadero derecho fundamental con eficacia directa sobre la actuación jurisdiccional, debe conducirnos a una solución lógica que supere la discusión teórica sostenida en los últimos treinta años. La respuesta adecuada se encuentra en la misión cotidiana que emprende el Patrimonio Histórico, cuya defensa jurídica aparece como el exponente de un derecho subjetivo *en formación* o bien aparece construida como uno de aquellos *derechos fundamentales no articulados* que confluyen en el proceso constituyente español porque precisaron, ausentes de suficientes raíces históricas en nuestro derecho, de un desarrollo legislativo mínimo y posterior a la promulgación de la norma constitucional para alcanzar este rango como derecho fundamental.

Veinte años después, la dogmática penal española ha dedicado una atención limitada a los nuevos delitos sobre el Patrimonio Histórico poniendo de manifiesto de manera prácticamente unánime los graves defectos de técnica legislativa que contiene nuestro Código Penal y que al día de hoy, pese a las abundantes reformas planteadas desde su entrada en vigor, no han sido corregidos. A todo ello debemos unir la vieja cuestión procesal española ya que el defectuoso sistema de recursos de nuestra legislación procesal, ha impedido hasta la fecha que estos nuevos delitos alcancen, a través del cauce *casacional*, la interpretación unificadora y continua del Tribunal Supremo. Por último y en tercer lugar, la coexistencia de una tutela directa a través de varias figuras de daños y una tutela indirecta diseminada por el articulado del Libro II del Código Penal

genera una pequeña catástrofe sistemática que sigue dificultando la aplicación uniforme de la ley penal y una eficacia suficiente en la defensa penal de los bienes culturales.

Como un presupuesto básico de todas las consideraciones anteriores, podríamos añadir que aún son numerosas las cuestiones pendientes o los interrogantes referidos a la correcta delimitación del bien jurídico tutelado en la defensa de los bienes culturales desde el derecho penal. La razón es obvia. La heterogeneidad de tipologías que aluden a la cuestión y su inevitable relación, junto a la falta de pronunciamientos del Tribunal Supremo, son carencias que generan una especie de incoherencia interna de nuestro texto penal y una cierta incapacidad para abarcar el problema legislativo del Patrimonio Histórico con una imprescindible visión de conjunto.

Hasta la fecha, de otra parte, las expresiones del Patrimonio Histórico *particularizadas* han merecido una atención escasa. Los penalistas han tratado de delimitar las particularidades más relevantes del Patrimonio Histórico mueble o inmueble o de algunas categorías como el Patrimonio Documental, Bibliográfico o Industrial, incluso del propio Patrimonio Arqueológico, en una descripción comentada de la legislación administrativa aplicable y de su incidencia en la ciencia penal como presupuesto básico de aplicación. Las escasas monografías sobre el particular están referidas, en términos generales, a la dimensión medioambiental de los bienes culturales o a las distintas modalidades de delitos de daños sobre el Patrimonio Histórico. Al día de hoy, parece claro que esta respuesta dogmática, siendo obligado objeto de estudio por su gran interés y muchas veces brillante perfil, resulta a todas luces insuficiente y requiere una cierta actualización y desarrollo.

Con esta tesis pretendemos, de una parte, llevar a cabo un análisis diferenciado del Patrimonio Arqueológico, teniendo en cuenta las especiales características que presenta desde un punto de vista normativo y criminológico. La especial naturaleza de esta clase de bienes, su fragilidad y su enorme valor científico y material los coloca muchas veces en el centro de un complejo debate jurídico que representa un verdadero reto para el estudioso del Derecho Penal. Hemos de tener en cuenta que aquellos conceptos *proprios* o más característicos del conservacionismo cultural, en buena medida se han ido construyendo sobre el análisis de

agresiones a yacimientos arqueológicos que no han podido salvarse, total o parcialmente, de la actuación delictiva. Profundizar en su estudio puede proporcionarnos, al margen de la mejor comprensión del problema, nuevos elementos de juicio que nos permitan delimitar con mayor autoridad científica algunas líneas esenciales de este pequeño pero sustancial apartado que relaciona la ciencia penal con la protección material de la cultura.

La valoración de la arqueología en su relación con la tutela indirecta del Patrimonio Histórico a través de varias tipologías dispersas por el articulado del Código Penal, pone de manifiesta una incoherencia interna que encontraría su origen en la persistencia de bienes jurídicos que asocian el Patrimonio Histórico a fórmulas tradicionales de protección de la propiedad privada y no a los valores colectivos y de interés general que derivan de la lectura constitucional de los bienes culturales. La discusión sobre la oportunidad de crear algunas nuevas tipologías completa el análisis anterior y evidencia la complejidad de un problema que presenta signos cada vez más preocupantes en la evolución de la criminalidad.

Por último, el compromiso *real* del Estado, más allá de la mera declaración de intenciones, en la protección de los yacimientos arqueológicos presenta graves carencias demostradas por la tardía e incompleta ratificación de algunas convenciones internacionales. No cabe duda que estas decisiones, impropias de un país como España que encuentra en su Patrimonio Histórico una de sus primeras fuentes de ingreso y que podría desarrollar, como una sabia decisión estratégica de futuro, la llamada *Economía de la Cultura*; complican la exigencia de responsabilidad penal de autoridades y funcionarios públicos como autores, en asuntos de una especial gravedad, de distintas formas de prevaricación especial al dictar resoluciones que permiten la destrucción o el tratamiento completamente inapropiado de restos arqueológicos de incalculable valor.

No cabe duda que el conservacionismo cultural se vincula tanto con derecho como con la geografía. Las fórmulas de coordinación institucional apenas son conocidas en el ámbito penal y su estudio e incidencia en la exégesis de los preceptos penales requiere un apartado específico que recuerde el valor del yacimiento arqueológico como suelo o espacio abierto, relacionado con el paisaje y que precisa de una singular protección jurídica.

Una visión global de la riqueza arqueológica debe incidir en un reto tan importante para el jurista como el de la regulación y protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático. La búsqueda de soluciones para que esta singular e incalculable riqueza pueda ser protegida no solo por convenciones internacionales o recuperada conforme a procedimientos de derecho privado, comporta la intervención, siempre limitada, de un derecho penal que se enfrente al problema de la delincuencia transnacional y la territorialidad

Nuevos fenómenos sociales, a nivel nacional e internacional completan nuestro estudio; desde el costoso vandalismo urbano y la respuesta proporcionada que deba ofrecer el derecho penal para su completa erradicación, hasta la destrucción de grandes conjuntos monumentales en las llamadas *guerras de identidad* que tienen lugar en nuestros días y que nos recuerdan la fragilidad de cualquier civilización y la necesidad de comprender adecuadamente aquello que realmente protegemos cuando perseguimos la destrucción de bienes culturales, así como las razones que exigen esa protección como un imperativo inaplazable del Estado de Derecho.

## Capítulo Primero

### EL PATRIMONIO HISTÓRICO COMO MODELO DE PROTECCIÓN EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Desde hace algunos años, el estudio legal para la protección de la cultura material a través de los llamados bienes culturales ha venido marcado por dos tendencias muy fértiles y acusadas que han convertido esta labor en una disciplina científica particularmente compleja<sup>1</sup> y multidisciplinar que acabará, muy probablemente, por adquirir con el paso del tiempo los caracteres y dimensiones de una pequeña pero verdadera ciencia social<sup>2</sup>. No cabe duda que esa extensa trayectoria se encontrará especialmente enriquecida por la aportación de la arqueología, si recordamos una de las definiciones más afortunadas que existen de la cultura al concebirla como *la comprensión del hoy basada en la comprensión crítica del pasado*.<sup>3</sup>

En primer término puede observarse con facilidad el extraordinario carácter expansivo de los conceptos o nuevos principios que son descubiertos o desarrollados desde el conservacionismo cultural. Al margen de los términos que son utilizados habitualmente por la dogmática propia de distintas disciplinas científicas, se vienen formulando en el ámbito jurídico nuevas categorías de protección de los bienes culturales mediante el desarrollo, como regla general, de una normativa internacional que termina influyendo en la legislación administrativa comunitaria y nacional, tanto a nivel estatal como autonómico. Esta riqueza pone de manifiesto la importancia de la protección material de la cultura y de su relación, cada vez más estrecha, con los valores inmateriales que contiene y que la sociedad percibe y siente como una riqueza colectiva de naturaleza inmaterial de un incalculable valor y que se vincula de manera particularizada con el individuo porque resulta necesaria para el pleno disfrute de sus derechos.

Estas ideas empezaron a germinar en la contemplación de las ciudades históricas europeas y norteamericanas, mezclando este origen urbano con una vocación claramente universalista. Es obvio que las ciudades monumentales eran admiradas desde la antigüedad, pero es quizá la ciudad barroca el precedente de las nuevas ideas al ser la primera que se traza y diseña para una tímida integración de todos los ciudadanos en su disfrute estético, de manera que *el gusto monumental* o lo que se llamaba en la historiografía clásica el *gran estilo*, casi siempre referido a los cánones del mundo antiguo, deja de limitarse en su

---

<sup>1</sup> En el terreno jurídico, se ha venido acuñando por la doctrina la expresión “Derecho del Patrimonio Histórico”; así en su extensa recopilación: GARCÍA FERNANDEZ, Javier; *Estudios sobre el Derecho del Patrimonio Histórico*, Madrid, 2008.

<sup>2</sup> Definición gramatical de *ciencia* (“humana o social”) contenida en la última edición enmendada del Diccionario de la Real Academia Española (2012) como aquel *conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales*. Algunos trabajos científicos aluden al término Patrimonio Cultural o *disciplina del Patrimonio Cultural*.

<sup>3</sup> BIANCHI BANDINELLI, Ranuccio; *Introducción a la arqueología*, Akal Universitaria, 2ª reimpresión, Madrid, 2012, página 182.

comprensión a las clases dominantes o conservadoras y empieza a interesar a otros grupos sociales emergentes que reclaman una voluntad y capacidad artística propia<sup>4</sup>. No obstante, durante todo el siglo XIX, persisten estas ideas pero dependiendo en todo caso del límite infranqueable de la propiedad. La francesa Ley de Monumentos de 1830, conocida como *Ley Guizot*, hace girar la protección de los monumentos sobre la voluntad de los propietarios y toda la noción jurídica del Patrimonio Histórico encuentra un presupuesto básico en el respeto absoluto a la propiedad privada. Como señala GARCÍA FERNÁNDEZ, el mantenimiento de una concepción tan limitada y completamente alejada de los valores colectivos de los bienes culturales, tuvo consecuencias desastrosas en la conservación de inmuebles históricos y conjuntos monumentales<sup>5</sup>.

Como he tenido oportunidad de señalar con anterioridad<sup>6</sup>, el origen de una nueva percepción colectiva de los bienes culturales, quizá se plasma por primera vez en el famoso informe que fue suscrito en 1903 por el historiador del arte ALOIS RIEGL en la Viena imperial para mejora de la protección legal de los monumentos públicos de Austria y que se conoce en la historiografía actual como *El culto moderno a los monumentos, su carácter y sus orígenes*<sup>7</sup>. Es evidente que este prodigioso documento, aunque no tuvo excesiva difusión fuera de los Estados germánicos, marca un trascendental cambio de tendencia en la percepción social de los monumentos públicos y en toda la cultura europea, influyendo con lentitud pero decisivamente en las nuevas leyes francesas de 1913 y 1926, españolas de 1927 y 1933 y en la italiana de 1939<sup>8</sup>. El documento es un

---

<sup>4</sup> En *The Europe of the capitals: 1600-1700* del profesor y gran historiador del arte italiano, quien ejerciera funciones como Inspector de los Museos del Estado y Alcalde de Roma, Giulio Carlo Argan (1909-1992), Ginebra, 1964, donde señala, página 17: *el gusto de lo monumental, con su referencia a la antigüedad clásica, encuadraba bien a las clases dominantes, quienes se consideraban como llamadas por la divinidad a ejercer el poder y la autoridad. El "gran estilo" que no es mas que una extensión del concepto de monumento a todas las artes) llega a identificarse con los gustos y la cultura de la clase conservadora; así se explica como la clase media empieza a producir en contraposición su propia forma artística.* La cita aparece traducida en la introducción de John Beverley a las *Soledades* de Luis de Góngora, Editorial Cátedra, número 102 de la colección *Letras Hispánicas*, XVª edición, Madrid, 2012, página 39.

<sup>5</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier; "La función del derecho en la protección de los bienes culturales" en *Estudios sobre ...*; ob. cit., pág. 68.

<sup>6</sup> GARCÍA CALDERON, Jesús Mª. *Sobre la libertad de los monumentos*, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, publicación de la corporación, Granada, 2011.

<sup>7</sup> ALOIS RIEGL (1858-1905), *El culto moderno de los monumentos, su carácter y sus orígenes* primer capítulo del *Proyecto para la reorganización administrativa de la tutela de los monumentos en Austria* que realizara en 1903 y como Presidente de la Comisión Imperial de los Monumentos del Imperio Austro-Húngaro. Primera edición antológica y comentada en español por ARJONES FERNÁNDEZ, Aurora; Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, Sevilla, 2007. También, en ediciones anteriores; *El culto moderno a los monumentos: Caracteres y orígenes*; traducción de PÉREZ LÓPEZ, Ana; editorial Antonio Machado Libros, colección *La Balsa de Medusa*, Madrid, 2008 o *El culto moderno a los monumentos. Caracteres y origen* (1903), traducción de PÉREZ LÓPEZ, Ana; Editorial Visor, Madrid, 1987.

<sup>8</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier; en *Estudios sobre el Derecho del Patrimonio Histórico*, Madrid, 2008, ob. cit., pág. 69.



texto multidisciplinar -él mismo Riegl contaba con cierta formación jurídica- y estima especialmente necesaria, entre otras consideraciones acerca de la finalidad y de los distintos valores que guardan los bienes culturales (entre los que deben incluirse las ruinas y vestigios arqueológicos), una ley protectora que los tutelara adecuadamente.

La novedad radica en superar la idea de mera conservación material del monumento para alcanzar la protección de otros valores inmateriales que lo completan y se proyectan hacia el futuro y deben trasladarse a las siguientes generaciones. Tiene lugar, en definitiva, el descubrimiento de un nuevo valor aglutinador que comporta un valor instrumental y un valor artístico y podemos calificar como su *valor de contemporaneidad*<sup>9</sup>. El gran historiador de Linz es consciente del cambio que comienza a operar en su tiempo con la percepción subjetiva de *lo antiguo* que ahora se erige como una nueva forma de conciencia social y como un valor colectivo y hasta nos recuerda que cada ciudadano siente la ofensa hacia aquellos monumentos que han convivido con él y que asume como propios, como un gran dolor, casi tan grande como el desprecio de los principios religiosos o de los símbolos de la fe para un creyente.

Es evidente que la contemplación de los monumentos, de las ruinas o de cualesquiera obras de arte de un gran valor ha tenido desde la antigüedad una dimensión espiritual, pero lo importante es que ahora esa percepción se asocia con la gestión pública de estos bienes y con el nacimiento de nuevos derechos individuales que se proyectan sobre el disfrute de objetos con un marcado signo colectivo. La relación del ciudadano con la cultura monumental se expande para asentarse sobre un nuevo valor inmaterial que supera los límites de la vieja propiedad o de la riqueza y que empieza a resultar indispensable para el ejercicio de algunos derechos fundamentales vinculados con el entorno. Desde entonces, esta vertiente puramente anímica en la percepción de la cultura, ha sido una constante en el pensamiento europeo de nuestro tiempo al reclamar la correcta conservación de sus valores materiales y su disfrute colectivo y aún persiste en la actualidad con un sentido creciente, incluso con una mayor intensidad y con una vocación, además, claramente universalista favorecida por el desarrollo tecnológico y las comunicaciones. Los ejemplos que podrían socorrer estas afirmaciones serían muy abundantes y próximos en el tiempo. Desde una Europa abrumada como un territorio cultivado o *sembrado* por la cultura<sup>10</sup>, se afirma que *la destrucción de lejanas estatuas por fanáticos afganos, la mutilación de una obra maestra en un museo, nos hieren en el alma*. Nos lo señala, en uno de sus

---

<sup>9</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier; en *Estudios sobre el Derecho del Patrimonio Histórico*, Madrid, 2008, ob. cit., páginas 69 y siguientes.

<sup>10</sup> STEINER, George. *La idea de Europa*, traducción del francés de María Cándor, Biblioteca de Ensayo, Editorial Siruela, Madrid, 2004, páginas 9 y siguientes.

más conocidos trabajos, el autorizado magisterio del profesor y teórico de la cultura GEORGE STEINER<sup>11</sup>.

Los términos se invierten con el nacimiento de un nuevo proceso de percepción social de los monumentos, de gran importancia pero de una lentitud vegetal, que encuentra a comienzos del siglo XX un impulso decisivo porque el gran hallazgo de Alois Riegl y de la llamada *Escuela de Viena* es descubrir, además y al margen de esa conocida dimensión interior a la que acabamos de aludir, que el culto a los monumentos procura entre todos los ciudadanos un nuevo estado de ánimo liberador para cada sujeto en su relación con su entorno más próximo y en el ejercicio cotidiano de sus derechos más elementales, ya que la creación de normas legales para su disfrute pacífico, conforma con el ciudadano una forma de desarrollo tanto personal como social y hasta económico o, incluso, como un desarrollo de naturaleza espiritual o *inmaterial*. Los monumentos se protegen por la ley y *se disfrutan* por los ciudadanos, se convive y dialoga con ellos como una especie de necesidad natural que reclama su permanencia y hasta su consejo para superar las habituales dificultades a las que debe enfrentarse periódicamente cada sociedad. Desde entonces se propugna una forma de fructífera relación que mejora al individuo y cuida al entorno, que incrementa el equilibrio con la naturaleza y que lo hace merecedor de ser conocido, difundido, incrementado y protegido para su traslado a las generaciones futuras.

Estos primeros trabajos que aparecen en los albores del siglo XX, con algunos brillante precedentes, precisamente el siglo más devastador que ha existido para los bienes culturales, anuncian, en definitiva, la que podríamos llamar una especie de *libertad de los monumentos* porque estos inmuebles, a través de la adecuada protección legal, se desarrollan y superan sus límites físicos, se engrandecen con toda clase de elementos consustanciales y se ubican en el tiempo como una forma de propiedad compartida por los ciudadanos y siempre dirigida al futuro, alentada por una idea de dinámica permanencia. Conforme a esta nueva percepción su conservación, su estudio y su disfrute pacífico adquiere una especial significación en la consolidación subjetiva de algunos de los derechos fundamentales que marcarán la vida social y económica de las sociedades de nuestro tiempo. Con el tiempo esta percepción supera, de hecho, *lo monumental* para extenderse paulatinamente a todas las manifestaciones materiales de la cultura y trasciende, desde otra perspectiva, desde un ámbito puramente local hasta la universalización de algunos bienes culturales que terminan por proclamarse *Patrimonio de la Humanidad*. Pensemos

---

<sup>11</sup> STEINER, George. *El silencio de los libros*, traducción del francés de María Córdor, Biblioteca de Ensayo, Editorial Siruela, Madrid, 2011, página 58.

que no existe concepto más lejano de la vieja propiedad que esta novedad de los espacios o bienes que obtienen esa consideración formal de ser *Patrimonio de la Humanidad*, porque lo que pertenece a la humanidad entera y sin distinción alguna se aleja cuanto puede del pequeño lastre de la individualidad material.

En el caso del Patrimonio Arqueológico, la percepción social de su auténtico valor colectivo resulta más enrevesada y tardía y se vincula en primer término con la configuración de las ruinas como un elemento decorativo o, en todo caso, como aquel cofre escondido que puede guardar un tesoro estético y material. Aún es pronto para que el yacimiento arqueológico sea concebido como una fuente de información científica. Lo que deseaba el ciudadano del Barroco o del Renacimiento y aún más ferozmente el intelectual romántico, es materializar de algún modo y a través de la contemplación de las ruinas aquella sensación del lento paso del tiempo inapelable que demostraba la grandeza del pasado, su prestigio como modelo a imitar en el futuro<sup>12</sup> y su función en el presente como una elevada fuente de inspiración.

La superación de esta percepción superficial y desnaturalizada, a pesar de su aparente espontaneidad, de los exponentes sobresalientes de la cultura, cuenta con precedentes de una gran brillantez que abundan en la necesidad de respetar el contexto de las obras de arte o de cualesquiera elementos históricos materiales descubiertos por el hombre para comprender su verdadero valor y alcanzar su pleno disfrute. El arqueólogo y filósofo francés ANTOINE QUATREMÈRE DE QUINCY constituye un ejemplo de enorme lucidez digno de recordar cuando denuncia el terrible expolio que sufre Italia durante el Primer Directorio. Lo hará primero en sus visionarias *Cartas a Miranda* (1796)<sup>13</sup> y posteriormente en sus *Consideraciones morales sobre el destino de las obras de arte* (1815) que aborda las circunstancias de repatriación de las obras de arte que habían sido previa y salvajemente expoliadas durante las Guerras Napoleónicas. Nuestro autor sostiene la necesidad de creación de una entidad supranacional, de una *República de las Artes y las Ciencias* que supere las ataduras nacionales y sostenga una vocación claramente universalista<sup>14</sup>. No se trata de aglutinar o acotar toda la

---

<sup>12</sup> ASSUNTO, Rosario; *La antigüedad como futuro. Estudio sobre la estética del neoclasicismo europeo*. Este famoso estudio parte de la conocida frase del manifiesto (1755) suscrito por el historiador del arte JOANN JOACHIM WINCKELMANN: *El único camino para nosotros de llegar a ser grandes, y, si es posible, inimitables, es la emulación de los antiguos*. Publicado por Editorial Visor, colección *La balsa de Medusa*, Madrid, 1990.

<sup>13</sup> El destinatario de las siete cartas escritas por Antoine QUATREMÈRE DE QUINCY es el famoso General criollo y ciudadano cosmopolita, vinculado con la Revolución Francesa y con la Guerra de Independencia norteamericana Francisco DE MIRANDA Y RODRÍGUEZ (1750-1816) quien firmara el 5 de julio de 1811 el *Acta de la Declaración de la Independencia de Venezuela* y fuera designado *Dictador Plenipotenciario* del estado venezolano en 1812.

<sup>14</sup> *Cartas a Miranda* de Antoine Quatremere de Quincy, con traducción de PINTOR MAZAEDA, Ilduara; y con un interesante estudio preliminar de RICO CAMPS, Daniel; con el título *El Patrimonio integral y universal de Quatremère de Quincy*, Nausicaä Editorial Electrónica, Murcia 2007. En la obra aparece

riqueza cultural europea en un espacio determinado, sino de promover una forma de entender la cultura y sus testimonios materiales conforme a un interés que supera el egoísmo de cada nación. Su posicionamiento enfrenta las ideas imperialistas que aparecen en la Francia de su tiempo y justificaban el traslado forzoso de las mejores obras de arte para integrarse en un territorio redimido por el triunfo de las ideas revolucionarias que permiten el desarrollo de un *Patrimonio de la Libertad*. Lo que realmente se procura por el arqueólogo francés es sostener una verdadera legitimación moral que esté por encima de los intereses particulares de cada país o de cada modelo político, un espacio ideal que se complementa, para entenderlo en sus justos términos, con su *teoría del contexto* según la cual, las obras de arte no pueden mantenerse *fuera de su contexto original, alejadas del propósito y lugar específicos para el que fueron realizadas* y es allí donde deben, por ello y ante cualquier situación de expolio, ser inmediatamente restituidas. De lo contrario, tales exponentes culturales se empobrecen y se convierten en una materia sin alma, sin vida o sentimiento propios, en realidades seriamente limitadas por su separación del contexto original para el que fueron concebidas.

Especialmente brillante y muy recordada es su consideración sobre el expolio de Roma, que le resultaba particularmente doloroso, pronunciándose en siguientes términos que auguran construcciones dogmáticas que aparecen casi dos siglos después como el Patrimonio Intangible o Inmaterial: *El verdadero museo de Roma, aquel del que yo hablo, se compone, verdad es, de estatuas de colosos, de templos, de obeliscos [...] pero se compone igualmente de lugares, de sitios, de montañas, de canteras, de vías antiguas, de las posiciones respectivas de las ciudades en ruinas, de vínculos geográficos, de relaciones de todos los objetos entre sí, de recuerdos, de tradiciones locales, de costumbres todavía vigentes, de analogías y de comparaciones que solo se pueden hacer en el propio país*<sup>15</sup>. Estas sabias palabras mantienen una actualidad sobrecogedora y nos recuerdan un debate actual aún pendiente que debería, a través de diversos principios e instrumentos jurídicos, trasladarse al derecho del Patrimonio Histórico en los próximos años.

La Arqueología tiene su propia evolución pero también adquiere tintes sociales que permiten su integración tardía en todo el proceso anterior, si cabe con una mayor fuerza y claridad. Desde finales del siglo XIX, algunos

---

como Anexo, el *Inventario de los robos hechos por los franceses en los países que han invadido sus ejércitos*.

<sup>15</sup> La frase aparece recogida por el profesor MARTÍNEZ PINO, Joaquín en su artículo “La comisión Franceschini para la salvaguardia del patrimonio italiano. Riesgo, oportunidad y tradición de una propuesta innovadora”, publicado en la revista *Patrimonio Cultural y Derecho*, número 16, Fundación Hispania Nostra, Madrid, 2012.

historiadores del arte como Frank Wickhoff<sup>16</sup> o el propio Alois Riegl, como máximos exponentes de la citada *Escuela de Viena*, amplían la función y el sentido de la arqueología marcando el inicio de una nueva relación de esta actividad con la vida social, la naturaleza misma y el presente. El proceso se inicia cuando se libera a la Historia del Arte del concepto biológico de decadencia, al introducir nuevas finalidades como la búsqueda de la voluntad artística de un determinado momento histórico o la realidad imperante en un tiempo y espacio pasados mediante la llamada *teoría del gusto*. Según Riegl, *toda época de la historia determina un gusto propio y lo expresa en determinadas manifestaciones artísticas; no es lícito, pues, comparar el gusto de una época con el de otra y juzgar sobre la base del gusto de una época establecida a priori como ejemplar o "clásica". Se debe tratar, por tanto, de reconstruir, la problemática de los artistas de cada época y ver cuanto han sabido realizar de aquello que se habían prefijado*, abriendo la puerta con ello a una nueva *concepción idealista del arte*<sup>17</sup> en virtud de la cual el arqueólogo no solo debe buscar un modelo clásico de imitación o una explicación material de la decadencia. El arqueólogo debe buscar una serie de pruebas o vestigios y llevar a cabo un análisis contextualizado que explique una encrucijada histórica determinada sobre la que no tenemos una información suficiente y exponer posteriormente sus hallazgos a la sociedad desde una perspectiva científica o monumental, cuando estos tengan suficiente entidad.

Al margen de todas las ideas anteriores, torpemente esbozadas para enmarcar la cuestión en el campo jurídico; en segundo término, la otra gran tendencia advertida en la evolución del conservacionismo cultural desde la perspectiva del derecho, es que la defensa de los Bienes Culturales, ante la amplitud creciente que alcanza con el paso de los siglos, depara entre los juristas comprometidos<sup>18</sup> una constante sensación de incapacidad porque se percibe la necesidad, cada día más urgente, de corregir una sistemática caótica y completar una protección legal insuficiente para adecuarla en el futuro a las necesidades de la cultura, permitiendo que escape de la proclamación simbólica o meramente programática de algunos principios y del excesivo recuento en algún caso de leyes regionales en el ámbito administrativo sancionador. Una de las magnitudes pendientes para alcanzar tales objetivos de simplificación y eficacia sería implicar el concurso del derecho penal y el mayor esfuerzo de las instituciones

---

<sup>16</sup> Franz WICKHOFF (1853-1909) fue Inspector del Museo Austríaco de Arte y Oficios y profesor universitario, fundador de la llamada *Escuela de Viena*, introdujo el concepto de la originalidad del arte romano con respecto al griego. Es autor de *El Génesis de Viena* (1895).

<sup>17</sup> BIANCHI BANDINELLI, Ranuccio; *Introducción ...*, página 144 y siguientes.

<sup>18</sup> Sobre el particular, en términos generales y como denuncia de la falta de coordinación institucional en España, ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel; "Patrimonio Histórico, cultura y Estado Autonomico", en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria*, Universidad de Cantabria, Santander, 2003, págs. 713 a 720.

del Estado acometiendo una serie de reformas sustantivas y procesales que podrían realizarse sin un esfuerzo excesivo en una materia tradicionalmente alejada de la controversia política. Esta especie de *urgencia protectora* sobre el Patrimonio Histórico se extiende a cualesquiera de sus manifestaciones, incluso se ha incluido en ocasiones la idea de su posible extensión al llamado Patrimonio Inmaterial, pero resulta especialmente intensa en el caso de los bienes y yacimientos arqueológicos por razones muy numerosas entre las que podríamos destacar su enorme valor material y científico, la dificultad y complejidad de su interpretación, su mayor fragilidad, su frecuente carácter oculto, su facilidad para ser falsificados, trasladados e introducidos en el mercado ilícito o por ser especialmente vulnerables ante el desarrollo de procesos ferozmente especulativos que se asocian, en demasiadas ocasiones, con intereses económicos o especulativos y algunas formas de corrupción.

En el caso de los bienes o yacimientos arqueológicos sumergidos esta necesidad urgente de protección resulta, si cabe, aún mayor y ello en base a distintas razones que serán sucintamente expuestas más adelante y en un Capítulo independiente. Sin ánimo exhaustivo podríamos destacar una cierta parquedad normativa para la solución de un problema legal de enormes dimensiones o un nivel de incolumidad y abundancia mucho mayor del que cabría imaginar hasta hace pocos años. No cabe duda que los avances tecnológicos han jugado un papel decisivo a la hora de comprender la importancia del Patrimonio Arqueológico sumergido. Las anteriores circunstancias, entre otras muchas que aforan en la realidad cotidiana, determinan que resulten aún más vulnerables estos yacimientos y sean singularmente proclives, por su enorme valor material y su carácter generalmente oculto, al expolio sistemático y a su ilícita comercialización, reclamando una respuesta *propia* del derecho internacional público que resuelva el problema de la territorialidad y del propio derecho penal.

La *cuestión* del Patrimonio Histórico, por tanto, cuenta con una especial significación en el terreno de la arqueología hasta el punto de reclamar para esta ciencia un concepto propio de naturaleza puramente jurídica, incluso de una naturaleza propiamente jurídico penal, que le otorgue una mayor fortaleza y la asista para el cumplimiento de nuevas e importantes finalidades sociales que deberá cumplir en el futuro. Hoy día, por ejemplo, cabría sostener nuevas finalidades para el Patrimonio Histórico en general y el Arqueológico en particular, como un eficaz instrumento de cohesión social que alcance las zonas deprimidas de las grandes ciudades o regiones, imponiendo un *principio de incompatibilidad territorial* entre las nuevas apuestas urbanas y los espacios históricos más valiosos, que igualmente analizaremos más adelante de manera diferenciada.

A modo de conclusión cabría subrayar que tiene lugar en nuestro tiempo una singular coincidencia de aspiraciones que resalta el papel esencial del derecho en el futuro como una de las ramas más abundantes y prolíficas del árbol de las humanidades. Se ha puesto de manifiesto en los últimos años que el derecho ha sufrido una cierta invasión de términos y paradigmas puramente económicos que lo han enriquecido y que han mostrado su capacidad y eficacia para solventar las necesidades materiales de las sociedades de nuestro tiempo. También cabría sostener un análisis crítico que abundaría en la importación de un lenguaje muchas veces críptico y en la pérdida de algunos valores de suficiente entidad. Ahora cabría señalar que tiene lugar nueva conjugación con las humanidades en su conjunto y, en especial, con todas aquellas disciplinas científicas que convergen en el análisis y estudio del conservacionismo histórico y el disfrute social de la cultura material e inmaterial. Es verdad que se trata de una condición evidente, pero parece conveniente recordarla porque esta pertenencia innegable quizá había sido olvidada por demasiados juristas.

### **1. Algunas notas sobre la cuestión jurídica del Patrimonio Histórico**

Toda la compleja realidad anterior, muy brevemente expuesta, ha determinado que la protección legal del Patrimonio Histórico en España haya seguido, como en cualquier nación avanzada, un camino errático y se encuentre determinado por los conflictos sociales de la historia moderna. El caso español cuenta además, con otros factores decisivos como su riqueza abrumadora, su continuo engrandecimiento artístico por la reconocida creatividad de nuestro pueblo y por una falta de interés *tradicional* y generalizada por su innegable dimensión social por parte de los poderes públicos, impropia de un país desarrollado y heredada, quizá, por la escasa vigencia que tuvieron en España, al comienzo de nuestra labor codificadora, los postulados propios de la Ilustración.

Al margen del devenir histórico y en lo que ahora nos interesa, la protección legal de los bienes culturales se ha venido configurando en los últimos treinta años como un imperativo constitucional, discutible en su planteamiento, de indudable acierto y un relativamente escaso desarrollo. A estas alturas, la conciencia social española parece haber superado definitivamente aquellas ideas que han considerado en el pasado que la protección de los Bienes Culturales, aún admitiendo su sólido fundamento constitucional, debería sustanciarse a través de un amplio elenco de normas administrativas sancionadoras. Al margen de que la mejor manera de proteger los valores medioambientales, entre los que se incluye la protección de los bienes culturales, es el cumplimiento estricto de la legislación administrativa vigente, el concurso del derecho penal resulta indispensable por la importancia, reiteración y gravedad de las agresiones sufridas, su incremento con el paso del tiempo y por la creciente incidencia de la



gestión del Patrimonio Histórico en nuestra vida social y económica. Como ocurre con la gestión medio ambiental o urbanística, se trata de una gestión, además, sometida a continuas tensiones e intereses contrarios a la legalidad que exigen una firmeza suficiente al reclamar el cumplimiento suficiente de la legalidad y su correcta interpretación. Se trata además de una percepción global. No cabe duda de que el cambio operado, cuando menos en la opinión pública occidental, sobre el tratamiento punitivo de estas infracciones se ha visto profundamente afectado por las terribles informaciones o imágenes mostradas o transmitidas en cualquier soporte que reflejaban los más crueles atentados contra el Patrimonio Histórico a consecuencia de las salvajes *Guerras de Identidad* que han tenido y tienen lugar en los últimos años en distintas regiones del mundo, incluido el continente europeo.

El presente estudio debe comenzar recordando que el Código Penal de 1995<sup>19</sup> fue el primero en establecer en España como una categoría autónoma merecedora de protección penal en sus distintas manifestaciones, al Patrimonio Histórico. Con ello, el legislador no sólo pretendía dar respuesta a numerosas demandas sociales, académicas o institucionales, sino que daba cumplimiento al conocido mandato contenido en el artículo 46 de la Constitución Española de 1978 para la preservación de los Bienes Culturales como uno de los principios rectores de la política social y económica del Estado. Ciertamente y al margen de la exigencia constitucional, los Códigos Penales españoles siempre habían contemplado algunas tipologías delictivas concretamente referidas a los bienes culturales o, mejor dicho, a las llamadas *cosas históricas*, pero lo hacían, como es sabido, con una mentalidad puramente individualista y solo respetuosa con su valor económico o material de las piezas o inmuebles, entendiendo que podían ser robadas, falsificadas, sustraídas o malversadas generando con ello un mayor quebranto material a su poseedor, comprador o propietario en atención a su innegable valor. Se trataba de una especie de *daño añadido* que debía contemplar el derecho penal a la hora de establecer los límites de la sanción a imponer y se consagraba, en definitiva, un concepto primario y tradicional de los Bienes Culturales que solo eran entendidos como un tesoro particular que acaso alcanzaba, por su condición histórica, una cierta relevancia pública sin tener en cuenta su dimensión colectiva y social.

En todo caso y en determinadas situaciones, bien entrado el siglo XX, llegan a considerar algunos textos punitivos o constitucionales a los bienes culturales como una especie de explicación histórico artística de la nación o el

---

<sup>19</sup> Aprobado en virtud de la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, tuvo plena vigencia este Código Penal con fecha 24 de mayo de 1996.

estado<sup>20</sup>, circunstancia que los hacía, sólo por ello y al margen de cual fuera su valor material, merecedores de una especial protección y tutela. En este sentido, recordemos el antecedente de nuestra actual solución constitucional cuando, de forma muy descriptiva, el artículo 45 de la Constitución de la II República Española de 1931, dentro de su Capítulo II que estaba referido a la *Familia, Economía y Cultura*, señalaba que *toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado*. Podríamos añadir que esta configuración política del Patrimonio Histórico podría conducir con facilidad, como ha defendido algún sector de la doctrina, a sostener diferentes fórmulas de protección y a la necesidad de una nueva sistemática de las infracciones que también incluya, por ejemplo, las fórmulas de falsificación de los bienes culturales como una forma de agresión a su mercado lícito que debe ser contemplada por el derecho penal de una manera diferenciada. En realidad, como veremos más adelante, la naturaleza que establezcamos para definir el Patrimonio Histórico va a determinar de manera esencial el tratamiento jurídico penal y el sistema de sanciones establecido para su protección.

Podemos aventurar en estos párrafos iniciales que la inclusión en el Código Penal de 1995 de diversos preceptos alusivos al Patrimonio Histórico Español de una manera explícita, se configuraba, por tanto, como una forma de superación de las fórmulas tradiciones para su protección por el derecho penal porque, al crear un sistema de tutela directa, se reconocía de manera evidente ese valor inmaterial de nítidos perfiles sociales integrado en la naturaleza misma de toda clase de Bienes Culturales, situando estas infracciones, desde una perspectiva sistemática, en la órbita de la delincuencia medio ambiental o de la protección jurídico penal de lo que podríamos llamar el *entorno*. La iniciativa del legislador español de 1995 es consecuencia del nuevo concepto de Patrimonio Histórico que implanta la Constitución de 1978 al instaurar un modelo de Estado Social y Democrático que, conforme al criterio de JAVIER GARCÍA FERNÁNDEZ, vendría caracterizado por los siguientes rasgos definitorios: Su relevancia constitucional, el sometimiento del interés particular al interés colectivo y la imposición de algunas limitaciones a la propiedad privada, la actuación positiva de la Administración Pública, el establecimiento de nuevas categorías de

---

<sup>20</sup> En tal sentido podríamos citar la siguiente frase de tono premonitorio de José Luís Álvarez: *Las obras de arte existentes en una nación, sean muebles o inmuebles, interesan no sólo a su propietario sino también al país, son muestras de la cultura o el arte de un pueblo y son una fuente de enseñanza y cultura, y su examen y exhibición pueden considerarse un derecho de la colectividad*. La cita pertenece a su trabajo *La transmisión de obras de arte* publicado en Madrid en 1975 y es recogida por el profesor RENART GARCÍA, Felipe; en su trabajo *Aspectos sustantivos del delito de contrabando de bienes culturales* publicado en el número 5.427 del Diario *La Ley*, Madrid, 2001. Del mismo autor, su monografía *El delito de daños al Patrimonio Histórico Español: Análisis del artículo 323 del Código Penal* publicado por la Editorial Comares, Granada, 2002.

protección conforme a un proceso de expansión que aún subsiste en la actualidad y, por último, una vinculación también creciente con diversas disciplinas científicas y otras ramas del ordenamiento jurídico que tienen que relacionarse entre sí para la formulación de una dogmática propia que permite el cumplimiento de sus fines<sup>21</sup>.

La decisión de incluir en el Código Penal de 1995, esta nueva categoría de protección debe ser considerada, cuando menos en principio, como una iniciativa inevitable para cumplir adecuadamente el mandato contenido en el artículo 46 de la Constitución y además una decisión muy positiva aunque, como he tenido oportunidad de reiterar en varias ocasiones, se tratara de una inclusión precipitada y llena de defectos técnicos que, pese a la unánime y reiterada petición de los autores, no han sido adecuadamente corregidos. Recordemos que esta regulación específica se ubicó en el Capítulo II, bajo la rúbrica de *Delitos sobre el Patrimonio Histórico*, integrado en el Título XVI del Libro II de nuestro Código Penal que está genéricamente referido a los *Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del Patrimonio Histórico y del Medio Ambiente*.

Es preciso reconocer que, en un principio, se consideró por un amplio sector doctrinal que la introducción de esta nueva categoría de protección diferenciada y referida de manera genérica al Patrimonio Histórico, teniendo en cuenta algunos defectos notables de redacción, provocaba un indeseable fortalecimiento del siempre discutido *derecho penal administrativo*<sup>22</sup> y una fuerte dosis de inseguridad jurídica por la falta de catalogación suficiente de los bienes culturales y, en parte, por el conocido solapamiento de la legislación penal y la administrativa. La reforma se entendía como un exponente más de la tendencia expansiva observada en los más recientes códigos penales para la criminalización de algunas infracciones administrativas por razones coyunturales de política criminal que no siempre se estimaban, dicho sea de paso, muy afortunadas. La realidad criminal, sin embargo y como ocurriera con los nuevos delitos contra la ordenación territorial y otras formas delictivas *de nueva planta* incorporadas en 1995, ha demostrado, tanto en el caso de los bienes culturales como especialmente en el caso del Patrimonio Arqueológico, que tiene lugar una evolución criminológica *invertida* a lo que fuera vaticinado por este sector doctrinal.

---

<sup>21</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier, “Presupuestos jurídico-constitucionales de la legislación sobre Patrimonio Histórico”, Revista de Derecho Político, número 27-28, UNED, Madrid, 1988. En términos análogos, recoge estas ideas SALINERO ALONSO, Carmen; en su libro *La protección del Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995*, publicado por Cedecs Editorial, Derecho Penal, Barcelona, 1997, pág. 27.

<sup>22</sup> MILANS DEL BOSCH Y JORDAN DE URRIES, Santiago; *Derecho Penal Administrativo*, publicado por Editorial Comares, Granada, 1997.

El curso del tiempo demuestra, a mi juicio y una vez que contamos con una perspectiva temporal suficiente, que la necesidad de acudir a la ley penal es una necesidad tan urgente como indiscutible, máxime si tenemos en cuenta los firmes y crecientes valores sociales y económicos que el derecho administrativo incorpora al derecho penal, como veremos posteriormente, a través de la importación de la llamada *teoría de los bienes culturales*<sup>23</sup>. Esta necesidad viene determinada por el incremento cualitativo de distintas formas de criminalidad asociadas a toda clase de valores culturales formalmente protegidos y por la trascendente labor socio económica que tiene que desarrollar el Patrimonio Histórico para que tenga lugar en el futuro un desarrollo que permita su conservación y –sobretudo- su obligado *acrecentamiento*, función que se configura como un imperativo constitucional dirigida a los poderes públicos pero que incumbe a cualquier sociedad en su conjunto que pretenda ser calificada como una verdadera sociedad democrática.

Cuando han pasado mas de treinta años desde la promulgación del Código Penal de 1995, en definitiva, parece muy conveniente hacer una reflexión *suficiente* acerca de los resultados que han podido obtenerse a través de la tutela penal en España de los bienes culturales en general y, en especial, de una de sus manifestaciones más frágiles, abundantes y valiosas, como es el fruto que rinde a la sociedad de nuestro tiempo el desarrollo y estudio de la arqueología.

Antes de concluir este epígrafe debemos reflejar, aunque sea de forma muy somera, otra consideración esencial cuando abordamos algunos perfiles básicos del concepto de Patrimonio Histórico. Este término, en realidad, no alude al Patrimonio sino a la *tutela* jurídica del Patrimonio Histórico y esa tutela determina que no solo lo entendamos como la conservación de un determinado número de bienes materiales. Lo esencial es dirigirlo, como un bien colectivo, al ciudadano individual, permitirle su disfrute, incrementarlo y procurar un *estado cultural* en cuya virtud el ciudadano mejore su conocimiento del entorno y su calidad de vida.

## **2. El fundamento constitucional para la protección del Patrimonio Histórico**

El mandato legal que opera en España para la defensa del Patrimonio Histórico deriva de la Constitución de 1978 y de su implantación de un modelo de *Estado Social y Democrático de Derecho* 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

---

<sup>23</sup> SEVERO GIANNINI, Massimo; *I beni culturali*, Rivista trimestrale di diritto público, 1976.

mitad del siglo XX cuando abordan esta materia. Previsiones de un signo parecido, quizá con un menor sesgo imperativo, tienen lugar en las constituciones que se promulgan en el último tercio del siglo XX, una vez que empieza a difundirse y ha desarrollarse por todo el continente europeo la teoría de los bienes culturales y la protección de intereses colectivos que son llamados por un sector doctrinal *intereses difusos*. No obstante, al margen de las anteriores vinculaciones, hay que reconocer que la referencia constitucional a la tutela de una “cultura material” encuentra referencia en la mayor parte de los textos constitucionales del siglo XX, cuanta con numerosos antecedentes históricos y no puede ser reducida a una cuestión propia del constitucionalismo mediterráneo<sup>24</sup>. 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*<sup>25</sup>.

La Constitución portuguesa de 1976, fruto de la pacífica *Revolución de los claveles*<sup>26</sup>, aborda la cuestión en el capítulo correspondiente a los *Derechos y deberes sociales*, dentro de su Título 3º genéricamente referido a los *Derechos y deberes económicos sociales y culturales*. Su artículo 78 establece un deber general para *preservar, defender y valorizar el Patrimonio Cultural* que incumbe

---

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> RENART GARCÍA, Felipe en *El delito de daños ...* pág. 117.

<sup>26</sup> La actual Constitución de la República de Portugal fue promulgada el 25 de abril de 1976, justo al cumplirse el segundo aniversario del derrocamiento del *Estado Novo* o de la República Corporativa de Portugal que fuera instaurada en 1926 por Antonio de Oliveira Salazar por el llamado, en su escueto Preámbulo, *Movimiento de las Fuerzas Armadas*.

El artículo 66 2c de la Constitución, entre los derechos sociales, señala que corresponde al Estado, mediante órganos propios y la apelación a iniciativas populares, crear y desarrollar reservas y parques naturales y de recreo, así como clasificar y proteger paisajes y lugares, de tal modo que se garantice la conservación de la naturaleza y la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico.

De otra parte, el artículo 78 lleva la rúbrica de *Del disfrute y la creación culturales* y se expresa, con formulas un tanto ambiguas de cara a su efectiva realización, pero llenas de interés, en los siguientes términos:

1. Todos tienen derecho al disfrute y a la creación culturales, así como el deber de preservar, defender y valorizar el Patrimonio Cultural.
2. Corresponde al Estado, en colaboración con todos los agentes culturales.
  - 1) Incentivar y asegurar el acceso de todos los ciudadanos a los medios e instrumentos de acción cultural, así como corregir las disparidades existentes en el país en este campo.
  - 2) Apoyar las iniciativas que estimulen la creación individual y colectiva, en sus múltiples formas y expresiones, y una mayor circulación de las obras y de los bienes culturales de calidad.
  - 3) Promover la salvaguardia y valorización del patrimonio cultural, haciendo de él un elemento vivificador de la identidad común.
  - 4) Desarrollar las relaciones culturales de todos los pueblos, especialmente los de lengua portuguesa, y asegurar la defensa y la promoción de la cultura portuguesa en el extranjero.
  - 5) Articular la política cultural y las demás políticas sectoriales.

a todos los ciudadanos a quienes igualmente se les reconoce el derecho a disfrutar de la creación intelectual y la cultura. En un segundo apartado, el mismo precepto lleva a cabo una enumeración bastante heterogénea y quizá alusiva, en cierto modo, a determinadas fórmulas de mecenazgo, en la que manifiesta que incumbe al Estado, en colaboración con *todos* los agentes culturales y entre otras labores, *promover la salvaguardia y valorización del patrimonio cultural, haciendo de él un elemento vivificador de la identidad cultural común*. Al margen del precepto anterior, en el artículo 66 del texto constitucional y entre los derechos sociales, se contiene la expresa obligación estatal de garantizar *la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico*.

Otro texto constitucional promulgado en la misma década, la Constitución de Grecia de 1975, establece en su artículo 24<sup>27</sup> una expresión más detallada de las obligaciones del Estado, conjugando *la protección del ambiente natural y cultural*, con el desarrollo urbanístico y la ordenación territorial, señalando en el último apartado del precepto que *los monumentos, así como los lugares históricos y sus elementos* se encuentran bajo la protección del Estado, añadiendo que *la ley fijará las medidas restrictivas de la propiedad que sean necesarias para la realización de esta protección, así como las modalidades y la naturaleza de la indemnización a los propietarios afectados*.

---

<sup>27</sup> Por su interés, reproducimos íntegramente el artículo 24 de la Constitución de la República Helénica de 9 de Junio de 1975, que se expresa en los siguientes términos:

“1. Constituye obligación del Estado la protección del ambiente natural y cultural. El Estado estará obligado a adoptar medidas especiales, preventivas o represivas, con vistas a la conservación de aquél. La ley regulará las modalidades de la protección de los bosques y de los espacios forestales en general. Queda prohibida la modificación del destino de los bosques y espacios demaniales forestales, salvo si su explotación agrícola tuviese más valor desde el punto de vista de la economía nacional o si cualquier otro uso resultara necesario con vistas al interés público.

2. Quedan bajo la regulación y el control del Estado la ordenación del territorio, la formación, el desarrollo, el urbanismo y la extensión de las ciudades y de las regiones urbanizables en general, con objeto de garantizar la funcionalidad y el desarrollo de las aglomeraciones y las mejores condiciones de vida posibles.

3. Antes del reconocimiento de una zona como área urbanizable y con vistas a su urbanización efectiva las propiedades comprendidas en ella estarán obligadas a contribuir obligatoriamente, y sin derecho a indemnización por parte de los organismos implicados, a la disposición de los terrenos necesarios para la realización de las vías, plazas y demás espacios de uso o de interés público, así como a los gastos necesarios para la ejecución de las obras de infraestructura urbana, conforme a lo que la ley disponga.

4. La ley podrá prever la participación de los propietarios de un área caracterizada como zona urbanizable en la promoción y la ordenación general de aquélla, con arreglo a un plan de urbanismo debidamente aprobado. A cambio de esta participación los propietarios de los terrenos cedidos recibirán inmuebles o pisos de valor igual entre los terrenos que hayan de construirse o los edificios previstos en la zona.

5. Serán aplicables asimismo las disposiciones de los párrafos anteriores a la remodelación de las zonas urbanas existentes. Los terrenos que queden libres serán destinados a la creación de espacios públicos o serán vendidos para cubrir la financiación de la nueva ordenación, conforme a lo que la ley disponga.

6. Quedan bajo la protección del Estado los monumentos, así como los lugares históricos y sus elementos. La ley fijará las medidas restrictivas de la propiedad que sean necesarias para la realización de esta protección, así como las modalidades y la naturaleza de la indemnización a los propietarios afectados.

Mención especial merece la Constitución de la República Italiana promulgada el 27 de diciembre de 1947 ya que, aunque elaborada cuarenta años antes, es aquella que integra la cuestión de la defensa de los bienes culturales entre sus *Principi Fondamentali* en la parte más *noble* de su articulado. Efectivamente, su artículo 9º establece, de forma tan breve como expresiva, que *la República promoverá el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica*, añadiendo en su segundo apartado que *salvaguardará el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación* . Es lógico considerar que la relevancia otorgada a los bienes culturales se vincula en este caso con el enorme sacrificio monumental y artístico realizado por los italianos durante la primera mitad del siglo XX en las dos guerras mundiales y con la labor iniciada para su restauración y una futura protección, sin olvidar la importancia otorgada al paisaje. Estas tendencias fueron protagonizadas, además, por algunos intelectuales de gran prestigio como el historiador de la arquitectura ROBERTO PANE<sup>28</sup> o el internacionalista y político democristiano GIUSEPPE VEDOVATO. El gran mérito de la Constitución italiana es promover un nuevo modelo de conservación contextual cuando alude expresamente al paisaje, promoviendo, como veremos más adelante, la formulación de un nuevo concepto de bien cultural que tendrá una enorme trascendencia en el futuro.

Para completar esta breve referencia comparada, podríamos recordar otros textos constitucionales de la misma época como la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 que no integra entre sus derechos fundamentales referencia alguna al Patrimonio Histórico, aunque el artículo 74. 5a) si establece como legislación exclusiva de la Federación, *la protección del patrimonio cultural alemán contra la evasión al extranjero*. Algo parecido ocurre con la Constitución de la Quinta República Francesa de 4 de octubre de 1948 que tampoco contempla previsiones específicas aunque ha incorporado la llamada *Carta del Medio Ambiente*.

## 2.1 Derecho Penal y Constitución cultural

En lo que respecta a la Constitución Española de 1978, no puede citarse con carácter exclusivo su artículo 46 para explicar la relación entre nuestro texto constitucional y la defensa penal de los bienes culturales. De esta forma llevaríamos a cabo una visión 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

---

<sup>28</sup> Roberto Pane (1897-1987) fue arquitecto y exponente de la llamada *Escuela de la Restauración Crítica*. Profesor de la Universidad de Nápoles, fue un gran defensor del paisaje y de las ciudades históricas de Italia y de sus costas frente a los feroces procesos especulativos desarrollados pocos años después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial.



muchas ocasiones, respecto a la protección del Patrimonio Arqueológico. Como pone de manifiesto Carmen 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*<sup>29</sup>. 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 del Patrimonio Histórico, podríamos recordar, en primer término, el tenor literal de 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 Autónomas<sup>30</sup>, 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 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. Como veremos posteriormente, esta posibilidad del legislador constitucional, deseable para muchos, aunque fuera *aconsejable* no resultaba *posible* en el momento en el que se desarrolla en España el proceso constituyente<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...* ob. cit., pág. 28

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> El texto de los preceptos que han sido citados es el siguiente:

ARTÍCULO 44

1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.
2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

ARTÍCULO 45

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

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

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 explícita<sup>32</sup>. 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 referencial 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*<sup>33</sup>. 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 una relación *derivada* entre la Constitución y el Código Penal *reformado* de 1973. Tampoco parece que este

---

Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

ARTÍCULO 46

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

ARTÍCULO 48

Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “Función social ...”, ob. cit., pág. 18.

posicionamiento puede entenderse como una mera superación de los primeros postulados liberales porque el Estado Social no promueve a través de procesos constituyentes democráticos su ruptura sino, muy por el contrario, su desarrollo o incluso su corrección para que tenga lugar la implantación de un nuevo modelo que permita, en lo que respecta al medio ambiente y a la cultura, establecer una relación individualizada de cada ciudadano con el entorno monumental al que se *descubre* una dimensión espiritual de un claro perfil colectivo. De hecho, la 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 que implantan un nuevo 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. Pone de manifiesto SALINERO ALONSO al referirse al artículo 46 de la Constitución Española, *este precepto no es producto del azar* porque, como manifiesta la autora cita, 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*<sup>34</sup>.

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 han sido analizadas, desde una perspectiva multidisciplinar y de manera muy acertada para abordar el estudio de los delitos sobre el Patrimonio Histórico, por GUIASOLA LERMA<sup>35</sup> 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.

---

<sup>34</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...* ob. cit., páginas 39 y siguientes.

<sup>35</sup> 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).

- 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 establecer, incluso, un criterio *textual* o nominativo exigiendo 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 en todo caso en la defensa de tales valores y que el criterio de gravedad sea utilizado por el legislador penal para hilvanar una norma respetuosa en todo caso con los valores consagrados en la Constitución. Desde este punto de vista, 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 MATEU<sup>36</sup>, 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*<sup>37</sup>. 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 jurídico-constitucionales más amplias, el marco de referencia establecido por la norma constitucional promueve espacios abiertos para que el legislador pueda conformar 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*

---

<sup>36</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos; *Derecho Penal: Concepto y principios fundamentales*. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1996, pág. 79 y ss.

<sup>37</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina, *Artículos ...*, ob. cit., pág. 224.

*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*<sup>38</sup>.

- La tesis sostenida por VIVES ANTÓN, *iniciadora en la doctrina española contemporánea de la conexión entre derecho penal, bien jurídico y Constitución*<sup>39</sup> 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 Social y Democrático de Derecho 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*<sup>40</sup>. 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<sup>41</sup>. Esta situación tuvo lugar en España a través de sucesivas reformas parciales 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 a veces contradictorio 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 más de treinta años, de

---

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina, *Artículos ...*, ob. cit., pág. 219.

<sup>40</sup> VIVES ANTÓN, Tomas S.; “Reforma política y derecho penal”. En *La libertad como pretexto*, Editorial Tirant lo Blanch, 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.

<sup>41</sup> Resulta muy significativo que desde el ámbito político el Código Penal Español de 1995 fuera calificado como el *Código Penal de la Democracia*.

ahí que haya sido considerado como un *mandato excepcional al legislador democrático*<sup>42</sup>.

Hay que tener en cuenta que el Código Penal vigente durante la elaboración de la Constitución, el Texto Refundido de 1973, establecía algunas figuras agravadas entre los delitos contra la propiedad o la función pública que protegían limitadamente las *cosas culturales* pero este concepto en modo alguno puede equipararse con la definición constitucional que 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 instaura el concepto de Patrimonio Histórico como un principio rector de la política social o económica que deriva del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, 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.

## 2.2 Naturaleza y alcance de la previsión constitucional

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 los Derechos Fundamentales; trasladándolos al Capítulo III del mismo título, como uno de los *principios rectores de la política social y económica*. En cierta medida ya hemos mostrado nuestra opinión sobre el particular pero aún queda por aludir

---

<sup>42</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina, *Artículos ...*, ob. cit., pág. 233.

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*<sup>43</sup>. Es cierto que, conforme a lo establecido en el artículo 53 de la propia Constitución Española<sup>44</sup>, 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* del Capítulo I 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 primero como un principio rector, como un simple mandato que contara con

---

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> Hay que recordar que, conforme a lo establecido en el artículo 53 de la Constitución Española de 1978, podemos distinguir (textualmente) estas tres situaciones:

1. “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).
2. 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.
3. 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.”



suficiente eficacia jurídica en la práctica judicial, como un *encargo* sostenido en el tiempo que, informara la actuación de los poderes públicos y que, una vez cumplido, acabaría 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 ha obtenido, en definitiva y conforme a la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional<sup>45</sup>, el rango de derecho fundamental. GUIASOLA 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, en su condición de 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 considerar 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 Histórico<sup>46</sup>.

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*<sup>47</sup> o quizá, en mi opinión, como derechos fundamentales *en formación* que aún deben ser perfilados por el legislador pero que acabarán por convertirse necesariamente y una vez cumplido el mandato constitucional en verdaderos derechos fundamentales.

---

<sup>45</sup> 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)”.

<sup>46</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina, *Artículos ...*, ob. cit., pág. 243.

<sup>47</sup> 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.

Lo reconoce PRIETO SANCHÍS y lo recoge como argumento SALINERO ALONSO<sup>48</sup> 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 Constitución*<sup>49</sup>. 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*<sup>50</sup>. 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, 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 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 establecer 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 Código Penal de 1995 y ha obtenido con ello,

---

<sup>48</sup> SALINERO ALONSO, Carmen. *La protección...* ob. cit., página 63 y 64.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> PRIETO SANCHIS, Luis; *Los principios rectores de la política social o económica*, en Estudios sobre Derechos Fundamentales, Editorial Debate, Madrid, 1990.

con mayor o menor acierto, el desarrollo legislativo que necesitaba para alcanzar la naturaleza que verdaderamente le corresponde como derecho fundamental.

### 1.3 Comentario *adicional* de los artículo 45, 46, 47 y 48 de la Constitución Española

Al margen del debate anterior, el artículo 46 de la Constitución aún nos permite llevar a cabo una triple consideración *adicional* un tanto alejada de la controversia dogmático jurídica pero en modo alguno desdeñable y que debemos tener en muy en cuenta antes de proseguir. Su análisis nos depara una primera vertiente que abunda en la promoción cultural como principio rector de nuestra vida social o económica y en los deberes estatales conforme a una visión dinámica del Patrimonio Histórico que no puede entenderse como un simple caudal estático y vinculado solo con el pasado, sino como una magnitud que se vincula al futuro y sigue incrementándose o construyéndose con el paso del tiempo. La idea de acrecentamiento que señala la norma constitucional no solo debe entenderse, por tanto, como una simple acumulación material. Se trata de un enriquecimiento científico o técnico que permite el *crecimiento natural* de los bienes culturales, su desarrollo en condiciones de sostenibilidad. No solo protegemos el Patrimonio Histórico que vayamos inventariando o que sepamos reconocer con el paso del tiempo, debemos proteger, además y cuando las circunstancias así lo exijan, aquello que forma parte de su relación con los ciudadanos como la rehabilitación de los propios bienes (que deberá quedar suficientemente documentada) o de su entorno natural o cultural, su reparación material por las agresiones que puedan sufrir, su disfrute y hasta su análisis en situaciones especialmente significativas. Los bienes culturales deben someterse a una continua revisión, analizando la documentación que generen o la *depuración* científica o artística de sus valores, a través del estudio y diversas fórmulas de actividad creativa.

En segundo lugar, el Patrimonio Histórico se concibe con una visión anti formalista que permite su calificación como tal cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. Esta afortunada previsión, que ha permitido una correcta interpretación del llamado Patrimonio *oculto* por el Tribunal Constitucional y ha sido especialmente beneficiosa para el Patrimonio Arqueológico, exige que sean removidos todos los obstáculos que puedan plantearse en su relación con la propiedad privada y para el cumplimiento de sus fines, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 33.2 de la propia Constitución cuando proclama la función social de la propiedad y de la herencia para la delimitación de su contenido.

En tercer lugar, la alusión explícita a la ley penal es una singularidad propia de la Constitución Española que demuestra la firmeza del compromiso del nuevo Estado nacido de la *Transición Política* con la defensa de los bienes culturales. La escueta previsión tiene, como es obvio, un gran valor y no exige nivel de gravedad alguno, aunque debe tenerse en cuenta la aplicación racional del principio de intervención mínima del derecho penal si bien esta consideración no solo debe conjugarse con la intensidad de la agresión sino, además, sobre el valor innegable de los bienes culturales que resultan agredidos. La fórmula abierta que ha elegido el legislador constitucional y orgánico

De otra parte y en relación con el artículo 45 de la Constitución, habría que recordar que el concepto jurídico de Patrimonio Histórico se integra -en buena medida- dentro del concepto legal de *Medio Ambiente*. Esta situación resulta especialmente propicia en el caso de las piezas arqueológicas y así lo analizaremos en el capítulo correspondiente y en distintos apartados del presente trabajo. En lo que ahora nos interesa y al margen de diversos argumentos doctrinales que irán apareciendo, como argumento favorable a esta integración conceptual, que la Convención de París *sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural* de 1972<sup>51</sup> ya establecía una definición enumerativa de aquello que debía definirse como *Patrimonio Cultural* donde incluía *los lugares* que eran acertadamente definidos como *obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico*. El monumento aislado o la ciudad monumental se configuran como una síntesis afortunada de la historia en su relación con la naturaleza, como una *historia lograda* que incorpora a su presencia en el tiempo una serie heterogénea de indudables valores que la hacen merecedora de conservación pero de una conservación relacionada, siempre que sea posible, con el entorno al que pertenece.

Siguiendo con esta somera referencia a los artículos que aluden indirectamente a la protección de los bienes culturales y en lo que respecto al artículo 47, *la acción urbanística de los entes públicos* también encuentra su relación con el Patrimonio Arqueológico ya que la aparición fortuita de esta clase de bienes, debe relacionarse con el planeamiento urbanístico vigente que deberá ceder, por muy sustanciales que sean los beneficios materiales que pueda comportar cualquier labor constructiva, mediante su adaptación a los intereses colectivos de marcado acento social como los que protege el principio rector del artículo 46 de la Constitución. Justamente, esta capacidad de adaptación o

---

<sup>51</sup> Aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en 17ª Reunión, celebrada en París del 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972.

modificación del entorno urbano ante el hallazgo arqueológico y su conservación, en diferentes niveles, constituye el elemento definitorio de esta clase de bienes y de su especial valor. Cuestión distinta es que la realidad a la que debemos enfrentarnos, en tantas ocasiones, nos muestre ejemplos de incumplimiento de la legalidad o de una adaptación completamente forzada de la norma para proteger intereses materiales o especulativos que solo consienten, con el triste concurso de la impunidad, una conservación falsa y fragmentada de hallazgos completamente memorables.

Por último, en lo que se refiere al artículo 48, la participación ciudadana en el desarrollo cultural tiene que comportar necesariamente, como una de sus manifestaciones más importantes, el disfrute pacífico de los bienes culturales y su pervivencia, una conservación científica, responsable y que siempre deberá estar sometida a criterios técnicos. Su pleno disfrute tiene que estar garantizado sin otras limitaciones que las establecidas en la ley y las que resulten precisas para la garantía de su transmisión a las generaciones futuras, cobrando una importancia capital las medidas de fomento de naturaleza tributaria, los imperativos presupuestarios para la inversión en bienes culturales y el mecenazgo.

### **3. La teoría de los bienes culturales y el Patrimonio Arqueológico**

No cabe duda que la formulación de la teoría de los bienes culturales es la que marca verdaderamente un punto de inflexión para la protección del Patrimonio Histórico sobre la base de la función social y económica que debe cumplir en cualquiera de sus manifestaciones. Desde su formulación en Italia en la segunda mitad del siglo XX y en el curso de pocos años, ha tenido un amplio reflejo en la normativa internacional y en diversas disciplinas científicas que comenzaron a entender el papel que los bienes culturales debían desempeñar en el futuro, otorgando un especial protagonismo a la cultura tanto en la vida social como en la económica, formulando una generación de nuevos derechos vinculados con el entorno y elevando las aspiraciones individuales que superaban el concepto tradicional de medio ambiente como un elemento decisivo en la calidad de vida de los ciudadanos. La doctrina entiende que la locución *Bien Cultural es fruto de un cambio lento y profundo en el lenguaje jurídico* y le otorga una capacidad unificadora que, a mi juicio, resulta imprescindible para el desarrollo de un derecho del Patrimonio Histórico<sup>52</sup>.

El origen de la *teoría de los bienes culturales* se encuentra en los trabajos desarrollados por la llamada *Comisión Franceschini* creada mediante la Ley 310

---

<sup>52</sup> Sobre la polémica terminológica y su evolución en el campo del derecho, PRIETO DE PEDRO, Jesús; "Concepto ...", ob. cit., página 1.564.

de 26 de mayo de 1964 en la Republica Italiana como una *Comisión de Estado* para llevar a cabo una profunda reflexión acerca del deterioro de los bienes culturales y una reordenación de todo el sistema legal de protección del Patrimonio Histórico<sup>53</sup> y en la que se propone llevar a cabo, entre otras finalidades, *la formación de propuestas concretas que comprendan todo campo de la tutela y la valorización de las cosas de interés histórico, arqueológico, artístico y del paisaje*<sup>54</sup>. Esta comisión, presidida por el político demócrata cristiano Francesco Franceschini (1908-1987), desarrolló su trabajo 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. Su finalidad estaba dirigida a la elaboración de un texto legal y 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.

La gran aportación de la *Comisión Franceschini* fue, sin lugar a dudas, la consolidación de un concepto unitario de bien cultural y su aceptación internacional en pocos años, adaptándose por su formulación clara y abierta, a diversas disciplinas científicas implicadas en la defensa de la cultura tanto material como inmaterial. La expresión “bien cultural” había aparecido en algunas normas internacionales pero carente de una definición que no acudiera a las tradicionales fórmulas enumerativas para identificar el ámbito de protección de la cultura<sup>55</sup>. Los bienes culturales, en una nueva construcción dogmática que

---

<sup>53</sup> *Relazione della Commissione d'ingagine per la tutela e la valorizzazioni del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio* en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XVI, 1966. El debate sobre el particular verdaderamente arranca desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial y su efecto devastador sobre el arte y la cultura europeos.

<sup>54</sup> Discurso inaugural del senador italiano Francesco Franceschini, recogido por MARTÍNEZ PINO, Joaquín; “La comisión ... pág. 191.

<sup>55</sup> El artículo 1 de la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954, *para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado* lleva a cabo una definición de los bienes culturales en los siguientes términos: “Para los fines de la presente Convención, se considerarán bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario:

- a. Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos;
- b. Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles

no ha sido superada hasta la fecha<sup>56</sup> y conforme la famosa definición de MASSIMO SEVERO GIANNINI, se configuran desde entonces como aquellos *testimonios materiales dotados de un valor de civilización*.<sup>57</sup> Para alcanzar esta escueta definición, en estos bienes se observa un desdoblamiento entre su valor puramente material que sigue vinculado con su posesión o con la titularidad de quien es su propietario, de otro valor inmaterial que emana del mismo, nos proporciona información y lo relaciona con el entorno, como una especie de reflejo que brotara hacia el exterior. Es aquí donde el bien cultural encuentra el verdadero fundamento de su protección legal y de su carácter colectivo en lo que sería su “valor de civilización”. Esta consideración resulta especialmente significativa en el caso de la arqueología y supone la superación del reduccionismo material que imperaba con anterioridad para determinar el valor jurídico de las piezas arqueológicas, descubriendo ese espíritu *interior* proyectado hacia el futuro, una especial capacidad intrínseca para relacionarse con el entorno, un código de conducta y de vida social que llevan impreso y que nos transmiten a través del análisis científico compartido, una vocación de permanencia y una nueva forma de retórica social<sup>58</sup>.

Como se ha señalado con acierto<sup>59</sup>, *todas y cada una de las producciones materiales de cualquiera de los ámbitos de la vida en sociedad son el reflejo del mundo mental de quien las crea y utiliza, de donde proviene su valor inmaterial y, consiguientemente, su posibilidad de ser consideradas como bienes culturales*. Estas ideas deben trasladarse con suficiente cautela al derecho penal no sólo como el contorno más preciso del bien jurídico tutelado, ya que la protección penal no se agota con el respeto a este revolucionario concepto, sino que se conjuga respecto a otros valores mas o menos *clásicos* como ocurre con la propiedad o con la defensa del buen funcionamiento de la Administración Pública en la gestión del Patrimonio Histórico que también merecen estar protegidos por la norma. La noción de bien cultural se convertirá debe ser

---

definidos en el apartado a. tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a.;

c. Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a. y b., que se denominarán *centros monumentales*”.

<sup>56</sup> HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Francisca; *La conservación integral del Patrimonio* en *Complutum* Extra, número 6, 1996 con un análisis interesante sobre el modelo italiano que parte de la teoría de los bienes culturales.

<sup>57</sup> La referencia a la cultura o Patrimonio Inmaterial o Intangible no es en absoluto paradójica. Aunque la definición aluda al carácter *material* del testimonio, la idea de *valor de civilización* siempre comporta un elemento anímico o espiritual que aparece en cualquier categoría de bien cultural que podamos imaginar. Cualquier manifestación, por otra parte, de Patrimonio Intangible, tiene a su vez que *materializarse* de algún modo y en algún soporte físico para cobrar entidad.

<sup>58</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier; “La función del derecho en la protección de los bienes culturales”, en *Estudios sobre ...*; ob. cit., páginas 69 y siguientes.

<sup>59</sup> FERNÁNDEZ DE PAZ, Esther; “De tesoro ilustrado a recurso turístico: el cambiante significado del Patrimonio Cultural” en *Pasos*, Revista de Turismo y Patrimonio Cultural, número 4, 2006.

asumida en sus justos términos por el derecho penal, porque solo de esta manera, teniéndola en cuenta como un imprescindible elemento interpretativo, podremos comprender la protección que nos reclama el imperativo constitucional.

No olvidemos que la *Comisión Franceschini* es consecuencia del diagnóstico negativo que presentaba el asombroso Patrimonio Histórico italiano en el momento de su creación, pero debemos considerar que esta anómala situación, perfectamente trasladable a España o a cualquier otro país europeo a comienzos de los años sesenta, en la mayor parte de los casos venía determinada, no solo por la devastación de la guerra o por las grandes calamidades naturales, sino por la insoportable impunidad de conductas criminales contra el Patrimonio Histórico de signo muy diverso, favorecidas por la incultura y la escasa conciencia social acerca de la necesidad urgente de su persecución. Las valiosas propuestas de la *Comisión* se dividieron en tres partes, la primera de las cuales, genéricamente referida a los bienes culturales, estaba dividida en diversos títulos que analizaban bienes arqueológicos, artísticos e históricos, ambientales, archivísticos y documentales. Junto a diversas consideraciones organizativas y financieras de gran trascendencia práctica en el Estado italiano, las propuestas se concretaron en un total de 84 *Declaraciones* y hasta 9 *Recomendaciones*.

En lo que respecta a los bienes arqueológicos, se ha puesto de manifiesto que los trabajos de la comisión les afectaron especialmente por su especial naturaleza y por la encrucijada vivida en aquellos años por la arqueología, transformando una ciencia *hasta entonces eminentemente conservativa, y que ahora se veía inmersa en un importante proceso de transformación hacia el conocimiento*<sup>60</sup>.

Diversas *Declaraciones* (XXIII, XXVII, XXVIII, XXIX y XXX) de la *Comisión Franceschini* revisan la práctica arqueológica<sup>61</sup> y establecen una serie de postulados que inciden en la relación espacio temporal de estos bienes, perfectamente aplicables a la situación actual, coincidentes con los valores

---

<sup>60</sup> MARTINEZ PINO, Joaquín; “La comisión ...”, ob. cit., página 202.

<sup>61</sup> RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio; “la Comisión [...] procuraba erradicar los principales vicios de la práctica arqueológica italiana del momento. Junto a los problemas conceptuales, se ocupó de la necesaria publicación del producto de las mismas, como único medio de poner en circulación el incremento de conocimiento que toda excavación arqueológica debe suponer. En este mismo sentido, reducía la capacidad de los excavadores de demorar *sine die* la publicación de sus excavaciones, estableciendo un límite temporal para su efectiva difusión, aspecto que ya entonces era considerado como una de las principales lacras que imposibilitaban la función social de la investigación y sobre el que volveré más adelante. No obstante, la pertinencia de estos razonamientos, sobre todo del desplazamiento dentro del concepto de interés arqueológico de los objetos muebles e inmuebles, al modo en que se recuperan, atribuyendo importancia creciente a la fiabilidad del registro arqueológico, no hubiese sido posible sin el desarrollo del registro arqueológico, como metodología específica de la arqueología prehistórica, que la disciplina había experimentado en los últimos años y que fue presentado principalmente por los prehistoriadores consultados por la Comisión [...] En, *La arqueología herida*, artículo que puede consultarse en la página electrónica, <https://www.academia.edu>



defendidos por el ordenamiento jurídico penal en la actualidad y que podemos de resumir, sin ánimo exhaustivo, en los siguientes términos:

- Una nueva definición de *bienes arqueológicos* -sin que exista exigencia artística alguna- al entenderlos como *las cosas muebles e inmuebles constitutivas de testimonios históricos de épocas, de civilizaciones, de centros o asentamientos cuyo conocimiento se efectúe primordialmente a través de excavaciones y hallazgos*.
- La primacía del criterio técnico sobre el cronológico. En este sentido, guarda un especial interés el comentario que señala que *la cualidad de un bien arqueológico puede ser deducida de dos criterios: el uno cronológico en relación a la civilización del mundo antiguo; técnico el otro, en relación a los procesos de conocimiento, de descubrimiento y excavación*. La Comisión asume como discriminante el segundo criterio, a fin de obtener una mayor certeza y añade que *parece de hecho que no fuese posible establecer, en orden a la necesaria determinación cualificante de los bienes, en referencia a los distintos episodios históricos que han tenido por escenario el suelo italiano, un término preciso de limitación cronológica entre 'antigüedad' y las edades sucesivas; ni, más generalmente, indicar toda aquella época y civilización, cuyos testimonios fuesen calificables ut sic, como bienes arqueológicos*. La cualificación técnica consiente al contrario comprender sistemáticamente no solamente los productos de época antigua, sino también los de civilizaciones hipotéticamente más recientes, conocibles esencialmente a través de excavaciones y descubrimientos arqueológicos. Desde el punto de vista jurídico, la cuestión resulta de gran importancia porque la consideración de lo arqueológico, al margen de la supremacía del criterio técnico sobre el cronológico, siempre tendrá que venir *distinguida* por una conciencia o valor de relevancia histórica. El análisis científico de una fosa común, por ejemplo, tan vinculado a la llamada *arqueología de las víctimas*, podrá ser valorado como un yacimiento arqueológico si está referido al pasado con una distancia temporal suficiente; pero su vinculación con el presente le otorga un carácter primario de prueba, como el espacio de la comisión de un crimen que debe ser analizado para la exigencia de responsabilidad. En cualquier caso, lo normal es que la metodología forense y arqueológica puedan *fundirse* de manera que favorezcan el descubrimiento de la verdad,
- Un incremento del valor *relacionado* de la arqueología con el entorno y de los distintos bienes entre sí, acentuando la función investigadora que debe desarrollar una verdadera función social. Esta finalidad cognoscitiva aparece como el denominador común de la práctica arqueológica. A partir de los trabajos de la Comisión, resulta esencial considerar que el interés arqueológico queda desplazado desde la materialidad o comercialidad de los

bienes muebles o inmuebles hasta el *modo en el que se recuperan*, cuestión en la que resultó decisiva la influencia de los pre historiadores que fueron consultados por la *Comisión*.

- Un criterio de amplitud para la investigación arqueológica que puede extenderse a zonas no reservadas pero siempre bajo la tutela pública que debe realizar funciones de control a través de organismos científicos que acrediten la necesidad, suficiencia presupuestaria y adecuación de los medios empleados, salvo en situaciones de urgencia acreditada. La investigación arqueológica debe ser una actividad programada, reglada y planificada por la Administración competente conforme a diversos criterios de eficacia.
- Un principio de publicidad forzosa del resultado de los trabajos arqueológicos (la *Comisión* establecía que debían publicarse en el plazo de cinco años) ya que estos resultados, con las cautelas necesarias, no pueden quedar ocultos en cuanto pertenecen a la sociedad y a la comunidad científica que forma parte de ella y deben ser objeto permanente de un análisis crítico. Con ello se alumbraba un *principio de transferencia científica* de gran valor que debería afectar a los poderes públicos de manera positiva y podría ser reclamado por cualquier ciudadano.
- Desde mi punto de vista, esta publicidad no solo debe dirigirse a la comunidad científica sino que debe contar, además, con un interés divulgativo que permita dotar de una formación suficiente, adaptando adecuadamente el mensaje, a los aficionados a la arqueología y permitir una relación adecuada entre la verdadera ciencia y lo que se ha llamado en los países anglosajones *public archaeologic*<sup>62</sup> que tanto daño innecesario y hasta involuntario puede producir en el Patrimonio Arqueológico.
- Por último, con carácter general pero con una especial incidencia en los bienes arqueológicos, la Comisión plantea la declaración formal del bien cultural como un acto meramente declarativo que se limita a constatar su cualidad pero esta, su auténtico valor cultural, se reafirma de manera independiente porque ya se tenía con anterioridad a la decisión administrativa<sup>63</sup> (Declaración IV).

En realidad, como podemos comprobar, estas ideas se adaptan con tanta facilidad al *discurso penal* que parecen -en cierta medida- que han sido diseñadas para su aplicación en nuestro presente si las ponemos en relación, como veremos posteriormente, con los perfiles de la actividad criminal vinculada con el Patrimonio Arqueológico y con los caracteres que presentan en su evolución. En

---

<sup>62</sup> El tema aparece extensamente tratado por RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio; *Indiana Jones sin futuro. La lucha contra el expolio del Patrimonio Arqueológico*, publicado por JAS Arqueología, Madrid, 2012.

<sup>63</sup> ALEGRE AVILA, Juan Antonio; *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Colección Análisis y Documentos, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, pág. 539 del Tomo I.

definitiva, la definición unitaria que propone la *teoría de los bienes culturales* y su desarrollo posterior por el derecho administrativo, ha supuesto un avance extraordinario en la defensa legal de la cultura. Pero, lamentablemente, su defectuoso traslado hasta la ciencia penal (reconociendo que no se trataba de una tarea fácil) ha supuesto un tremendo escollo para articular un sistema de protección penal eficaz, especialmente en aquellos casos de acentuada fragilidad como ocurre con los bienes arqueológicos.

#### 4. **Infracciones administrativas e infracciones penales: *Non bis in ídem***

Como es habitual en lo que ha venido llamándose por buena parte de la doctrina, con un tono un tanto peyorativo, *Derecho Penal Administrativo*, al entenderlo como ejemplo paradigmático de la errónea expansión de la sanción penal, existen una serie de problemas recurrentes a consecuencia del posible solapamiento entre la ley penal y la administrativa. La correcta utilización del principio de intervención mínima, la cuestión del *non bis in ídem*, el planteamiento de cuestiones prejudiciales devolutivas y la relación que deba existir entre ambas legislaciones; son cuestiones que requieren, aunque sea muy brevemente, un pronunciamiento previo que aclare las situaciones de tensión que puede plantear una posible doble incriminación de conductas. Es evidente que el elenco de infracciones que contiene la LPHE a partir de su artículo 76, mantiene contenidos que pueden coincidir con las tipologías penales y que ambas tutelan los mismos valores jurídicos aunque con distinto fundamento.

##### 4.1 **El principio de intervención mínima**

Uno de los argumentos básicos tradicionalmente utilizado para descartar la necesidad del concurso del derecho penal en la solución de las infracciones contra el Patrimonio Histórico ha sido el de llevar a cabo una interpretación actualizada del principio de intervención mínima, considerando que la sanción administrativa resulta suficiente y más eficaz al no tener que soportar las garantías habituales o exigencias del proceso, imponiendo a veces sanciones materiales de una mayor entidad. En el caso de los bienes culturales la polémica resulta estéril si recordamos el mandato imperativo que señala el artículo 46 de la Constitución aunque, en cualquier caso, siempre será indispensable establecer los límites de la responsabilidad delictiva y asumir el debate sobre la *intervención* del ámbito penal. Como pone de manifiesto Carmen Salinero Alonso la remisión al derecho penal *por muy explícita y contundente que sea no puede ser entendida de forma absoluta*<sup>64</sup> de manera que resulte indispensable un criterio que distinga aquellas agresiones que por su importancia y efecto merezcan ser calificadas como delictivas. En este debate, en términos generales, encontramos, tres

---

<sup>64</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., pág. 134.

orientaciones que enfatizan la tendencia que deba seguir el derecho penal en el futuro:

a) Las infracciones penales de bagatela no deberían generar, salvo en casos excepcionales, la actuación del sistema de justicia penal. En el caso español la pretendida y reciente despenalización de algunas faltas en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, convertidas ahora en delitos leves, incrementaría esta percepción. La progresiva implantación de un limitado principio de oportunidad podría afectar a estas infracciones, pero se trata de una cuestión cuando menos controvertida en las situaciones de protección penal de intereses colectivos. El legislador español parece haber abandonado definitivamente estas veleidades, optando por la protección penal en todo caso, de las agresiones a bienes culturales de cierta gravedad con la nueva configuración como posibles delitos leves de los daños de escasa entidad, situaciones muy frecuentes y que serán objeto de un análisis diferenciado por sus peculiaridades criminológicas<sup>65</sup>. No obstante, en algunas tipologías dispersas por el articulado del Código Penal, se convierte en un argumento recurrente en el análisis interpretativo de algunos preceptos. Como ejemplo, podríamos recordar el delito de sustracción de cosa propia a su utilidad cultural del artículo 289 y la posible vulneración del principio de intervención mínima<sup>66</sup> al entender que el incumplimiento administrativo de las obligaciones del titular de los bienes se convierte en un ilícito penal.

b) El atentado a aquellos bienes jurídicos que no producen o han dejado de producir un claro rechazo social, podría alejarse definitivamente del sistema de justicia penal para albergar sanciones de naturaleza administrativa. En este sentido, los medios de comunicación suelen hacerse eco de algunas críticas que atacan las soluciones excesivamente protectoras con respecto al Patrimonio Histórico y es frecuente que por este motivo algunos bienes culturales sean tachados como elementos negativos o *lastres retóricos* que dificultan el mejor desarrollo de algunos espacios urbanos. Para conseguir influir en la opinión

---

<sup>65</sup> Sobre el particular y controversias de la reforma, puede consultarse: GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>. “Los delitos contra el patrimonio histórico español. Los daños dolosos a los bienes culturales (artículo 323 del Código Penal Español)”. En *Estudios sobre el Código Penal reformado* (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015). Dir. Morillas Cueva. Madrid, 2015, págs. 741-766. Asimismo: GUIASOLA LERMA, Cristina. “Delitos contra el patrimonio histórico: artículo 323 CP”. En *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Dir. González Cussac. Valencia 2015., págs. 995-999. DE LA CUESTA AGUADO, Paz M<sup>a</sup>. “La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico. El delito de expolio”. En *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*. Dir. Quintero Olivares. Navarra, 2015, págs. 645-652. JAÉN VALLEJO, Manuel-PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La reforma penal de 2015*. Madrid, 2015, págs. 151-154. Acerca del vandalismo y otros efectos nocivos sobre bienes culturales, puede consultarse el trabajo: ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos y GARCÍA CALDERÓN, Jesús María. “Grafito y Patrimonio Histórico”. *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, número 14, Fundación *Hispania Nostra*. Madrid, 2010 págs. 191-219.

<sup>66</sup> CORTÉS BECHIARELLI, Emilio; “Función social ...”; ob. cit., pág. 49.

pública, algunas veces se plantean resultados económicos desmedidos cuando, en realidad, normalmente nos encontramos ante simples intereses especulativos para llevar a cabo intervenciones urbanísticas muy delicadas que pueden determinar la destrucción total o parcial de bienes culturales de inmenso valor. Esta circunstancia criminológica debe ser valorada correctamente a la hora de cuestionar la persecución penal de algunos atentados a bienes culturales.

c) La criminalización de nuevas conductas puede ser necesaria pero siempre debe llevarse a cabo conforme a una mentalidad restrictiva, aunque de un marcado acento social. A título de ejemplo, podríamos recordar la persecución de conductas, a veces de naturaleza puramente *omisiva*, que afectan a bienes jurídicos valiosos y escasos que integrarían nuevos delitos relacionados con valores ambientales o colectivos. Estas situaciones quizá deban generar con el paso del tiempo una nueva teoría de los valores de las normas penales.

d) La necesidad de tutela del Patrimonio Histórico y el disfrute de los bienes culturales y la cultura derivan del artículo 46 de la Constitución Española y de la normativa comunitaria e internacional traspuesta o suscrita por España. Como ocurre con la protección de otros *intereses difusos* de marcado carácter social, la propia Constitución señala una forma de protección dual mediante la creación de un doble repertorio de sanciones penales y administrativas. La interpretación jurisprudencial (resulta especialmente importante la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 1.705/2001<sup>67</sup>) para establecer las relaciones que deban existir entre ambas fórmulas de sanción, en referencia con los valores ambientales proclamados en el artículo 45 de la Constitución Española, podría resumirse escuetamente en los siguientes elementos básicos que estimamos podrían trasladarse sin problema alguno a la protección de los bienes culturales:

- El Código Penal no tienen que ceder su vigencia ante el Derecho administrativo sancionador como una especie de aplicación subsidiaria o

---

<sup>67</sup> La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 81/2008, de 13 de febrero, la cita al recordar que “el medio ambiente que se puede considerar adecuado es un valor de rango constitucional puesto que el derecho a disfrutarlo y el deber de conservarlo aparecen proclamados en el art. 45.1 de la Norma fundamental. La importancia de este valor aconseja no recurrir con demasiada facilidad al principio de 'intervención mínima' cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de las sanciones legalmente previstas [...] al prever que la ley establecerá 'sanciones penales o, en su caso, administrativas' para los que violen el medio ambiente. Debe tomarse, en consecuencia, con ciertas reservas la afirmación [...] de que el derecho penal actúa, en la protección penal del medio ambiente, de forma accesorio y subsidiario con el respecto al derecho administrativo. Una cosa es que la realización del delito contra el medio ambiente presuponga que sea grave el peligro para la salud de las personas o el perjuicio en las condiciones de la vida animal o vegetal derivados de la acción típica y otra, completamente distinta y no acorde con la relevancia del bien jurídico protegido, es que la interpretación del art. 347 bis CP 1973 -y de los preceptos que lo han sustituido y ampliado en el capítulo III del título XVI CP 1995 -haya de hacerse sistemáticamente bajo la inspiración prioritaria del principio de intervención mínima " [...] si el hecho enjuiciado es típico -y en su momento veremos si lo es- la condena de quienes lo realizaron no sería infracción sino riguroso cumplimiento del principio de legalidad”.

accesoria por razones de política criminal. Aunque el Tribunal Supremo lo haya *deslizado* en alguna resolución<sup>68</sup>, la interpretación de algunos delitos de nueva planta de naturaleza ambiental no debe hacerse sistemáticamente *bajo la inspiración prioritaria del principio de intervención mínima*. Cuando un hecho es típico, la exigencia de la responsabilidad delictiva que corresponda para quienes lo realizaron, no constituye infracción alguna del citado principio de intervención mínima, sino que es producto del riguroso cumplimiento del principio de legalidad.

- La limitación que supone en la actuación de los tribunales el principio de intervención mínima es una limitación que afecta únicamente al legislador. Se trata de una cuestión de mera legalidad en la que cobra, por supuesto, una importancia básica la aplicación práctica de la norma. Como consecuencia de lo anterior, la aplicación del principio debe estar ausente del debate jurisdiccional o de la investigación criminal. No corresponde al Juez de Instrucción y menos aún al Ministerio Fiscal, como ha ocurrido en ocasiones, elucubrar sobre las circunstancias que pueden resultar aconsejables para su aplicación y decidir en consecuencia, todo ello al margen de las distintas posibilidades que el proceso ofrece para mitigar el rigor de la ley o adecuar el fundamento de la norma a la situación concreta que se plantee.
- El Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 96/2002, de 30 de enero) considera poco aconsejable la aplicación *con demasiada facilidad* del principio de intervención mínima en cualquier materia ambiental, como ocurre con el Patrimonio Histórico, al relacionarse con la tutela necesaria de un bien jurídico de signo colectivo. Este debate se enmarca en otro más general sobre la extensión que pueda cobrar en nuestros días este principio en su relación con el marco jurídico administrativo.
- Los tipos penales, por último, vienen limitados por la exigencia de una constatada peligrosidad potencial, que pueda ocasionar un perjuicio realmente grave para el equilibrio de los sistemas naturales, para la conservación de bienes culturales protegidos o para la salud de las personas. En el caso de los bienes culturales, las magnitudes que deben utilizarse giran en torno a otras consideraciones técnicas o de índole social como el carácter irreparable de los bienes que han sido dañados o agredidos, su pérdida, el destino que hayan tenido o la dificultad de reproducir los valores que podían transmitir en el entorno en el que se hallaban.

---

<sup>68</sup> Expresamente lo ponen de manifiesto las Sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 81/2008, de 13 de febrero o 7/2002, de 19 de enero; ambas al recordar textualmente los fundamentos de la sentencia dictada por la misma Sala con el número 1.705/2001.

Al margen de los anteriores criterios jurisprudenciales, el principio de intervención mínima ha sido nuevamente valorado en la regulación de estas tipologías a consecuencia de las últimas reformas operadas en la legislación penal española, concretamente en las reformas operadas en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Esta extensa y a veces contradictoria labor legislativa debiera *agotar* ya el debate pero lo alude en términos muy confusos, planteando su posible aplicación alternativa, en su *Preámbulo*<sup>69</sup> y, como hemos señalado, lejos de alejarlo de la polémica social y de la actuación jurisdiccional *concreta* de nuestros tribunales de justicia, plantea una extraña referencia que puede tener alguna incidencia práctica de importancia en el futuro.

Al día de hoy, en cualquier caso, no parece que deba conjugarse más allá de lo estrictamente necesario el debate sobre principio de intervención mínima y los delitos vinculados con el Patrimonio Histórico. La única duda que podría suscitarse sobre el particular vendría determinada por el mantenimiento de una defectuosa técnica legislativa en la descripción de las conductas punibles y la controversia doctrinal acerca de la necesidad de creación de alguna nueva tipología vinculada con el Patrimonio Arqueológico como la excavación ilegal o bien alguna nueva forma de agravación en delitos de otra naturaleza como el blanqueo de capitales.

#### 4.2 La reserva de ley

Desde un punto de vista material, los delitos contra los valores ambientales de distinto signo, incluidos los delitos sobre el Patrimonio Histórico, siempre deben partir de un doble presupuesto: El cumplimiento de las distintas modalidades comisivas que son descritas en los tipos penales y la vulneración de aquellas disposiciones legales de carácter general que son dictadas para su protección.

Siempre ha planteado problemas doctrinales de envergadura qué deba entenderse por tales *disposiciones de carácter general*. Nos limitaremos a señalar

---

<sup>69</sup> El *Preámbulo* de la Ley Orgánica 1/2015 al comentar la derogación del Libro III del Código Penal, indica expresamente que desaparece la falta de *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*, añadiendo escuetamente que *también puede acudir a la sanción administrativa*. No parece, sin embargo, que pueda decidirse o no su persecución en base a un simple criterio de oportunidad o por la aplicación genérica del principio de intervención mínima teniendo en cuenta, la especial naturaleza del bien jurídico protegido, de signo colectivo y marcado acento social y el carácter imperativo de la aplicación de la norma penal en detrimento de otras soluciones civiles o administrativas.

en este punto la superación jurisprudencial de la tesis partidaria de considerar que se trataba de una expresión contrapuesta a la de *disposición especial reguladora de sectores específicos* o bien con las disposiciones que dimanaban de la Administración autonómica o local (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 52/2003, de 24 de febrero). En ambos casos, la jurisprudencia ha establecido criterios diferenciados según el origen de la normativa. Parece claro que no presentan, en cualquier caso, duda alguna las disposiciones generales o leyes, incluso de carácter autonómico pues lo contrario, como ha manifestado el Tribunal Supremo, *sería desconocer* el reparto competencial que tiene lugar entre el Estado y las Comunidades Autónomas que proclaman los artículos 148 y 149 de la Constitución Española.

El Tribunal Supremo ha manifestado reiteradamente que el principio de reserva de ley orgánica en materia penal, superando las dudas inicialmente suscitadas por la doctrina, no impide la remisión a normas de un rango inferior siempre y cuando respeten un principio de jerarquía normativa. Es posible, pues, esta remisión a reglamentos y a leyes estatales no orgánicas teniendo en cuenta la complejidad de los valores protegidos y la realidad constitucional española<sup>70</sup>. La solución jurisprudencial que ha sido mantenida por el Tribunal Supremo podríamos, muy brevemente, resumirlas en los siguientes términos:

1. Tiene lugar un recordatorio general de la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio<sup>71</sup>, cuando estableció que, en el marco

---

<sup>70</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina; *Delitos ...* ob. cit., pág. 370. Recuerda que las Comunidades Autónomas *no tienen competencia directa para legislar en materia derecho penal [...] si bien ciertamente la legislación autonómica tendrá cierta incidencia indirecta y limitada*. LAMARCA PÉREZ, Carmen; en “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española”, recuerda que *tan solo cabría imaginar una cierta función complementaria a favor de la ley autonómica [...] dentro siempre de los límites que impone [...] la reserva absoluta ...* en Revista española de Derecho Constitucional, número 20, págs. 99 a 138; editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997. ARROYO ZAPATERO, Luís Alberto; se pronuncia sobre el particular en términos abiertos y en un breve epígrafe referido a las *Leyes de las Comunidades Autónomas*, al indicarnos textualmente: “Las leyes de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas no pueden regular la materia penal, por ser la legislación de este carácter, así como la penitenciaria, competencia exclusiva del Estado (art. 149,6), además de por operar sobre esta materia la reserva de ley orgánica del artículo 81.1. No obstante queda planteado el problema de la posible función de complemento de la legislación autonómica respecto de los tipos penales, tanto en lo que se refiere a los elementos normativos jurídicos del tipo penal como a las «remisiones» que el propio legislador estatal pueda hacer en la configuración del tipo a la legislación autonómica. Los límites de la indirecta relevancia penal de estas normas legales se han de establecer en concreto, en aplicación de los criterios que se han propuesto como complemento y adecuación del significado «absoluto» de la reserva de ley”. En “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, publicado en Revista española de Derecho Constitucional, número 8, págs. 9 a 46; editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983.

<sup>71</sup> En su extensa fundamentación, la sentencia, concretamente referida a la gestión de los Parques Naturales, señala: “El carácter complejo y polifacético que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente determina precisamente que afecte a los más variados sectores del ordenamiento jurídico (STC 64/1982) y provoca una correlativa complejidad en el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por eso mismo, el medio ambiente da lugar a unas competencias, tanto estatales como autonómicas, con un carácter metafóricamente «transversal» por incidir en otras materias



de la legislación básica, corresponde a las Comunidades Autónomas el desarrollo legislativo en la protección del medio ambiente y, como es lógico, de la protección del Patrimonio Histórico sobre la base de una idea de *transversalidad*. Un determinado *ámbito físico* no impide que puedan ejercerse varias competencias sobre un mismo espacio y con análoga finalidad, aunque con distinto fundamento, pudiendo coexistir títulos competenciales diversos y complementarios, como ocurre con la gestión material de la cultura. Ello ha permitido que pueda hablarse en España de un *Derecho penal autonómico* que ha tenido en los últimos años una especial incidencia en la protección de intereses colectivos a través de delitos de nueva planta, como ocurre con la ordenación territorial, con la protección de los recursos naturales o de los bienes culturales.

Es indudable, por tanto, que las Comunidades Autónomas tienen facultades para dictar leyes o disposiciones generales que gestionen la protección y tutela de cualesquiera bienes culturales que, vinculados con su territorio, formen parte del Patrimonio Histórico Español, todo ello conforme a las competencias establecidas en los respectivos Estatutos de Autonomía. La infracción de estas disposiciones puede atacar el elemento normativo integrado en alguno de los tipos que nuestro Código Penal mantiene para la protección del Patrimonio Histórico.

2. En cuanto al *papel* que puedan desempeñar las ordenanzas municipales y, en especial, las nuevas ordenanzas *de convivencia ciudadana*, estas cumplen una

---

incluidas también, cada una a su manera, en el esquema constitucional de competencias (artículo 148.1.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup>, 10.<sup>a</sup> y 11.<sup>a</sup> CE) en cuanto tales materias tienen como objeto los elementos integrantes del medio (las aguas, la atmósfera, la fauna y la flora, los minerales) o ciertas actividades humanas sobre ellos (agricultura, industria, minería, urbanismo, transportes) que a su vez generan agresiones al ambiente o riesgos potenciales para él. Es claro que la transversalidad predicada no puede justificar su «vis expansiva», ya que en esta materia no se encuadra cualquier tipo de actividad relativa a esos recursos naturales, sino sólo la que directamente tienda a su preservación, conservación o mejora. Como ya dijimos respecto de las aguas en la STC 227/1988 y más precisamente en la STC 144/1985, los recursos naturales son soportes físicos de una pluralidad de actuaciones públicas y privadas en relación a los cuales la Constitución y los Estatutos han atribuido diversas competencias. En tal sentido, hemos reconocido en más de una ocasión que un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en el espacio (SSTC 77/1982 y 103/1989), pudiendo pues, coexistir títulos competenciales diversos. Así, junto al medio ambiente, los de ordenación del territorio y urbanismo, agricultura y ganadería, montes y aprovechamientos forestales, o hidráulicos, caza y pesca o comercio interior entre otros. Ello significa, además, que sobre una misma superficie o espacio natural pueden actuar distintas Administraciones públicas para diferentes funciones o competencias con la inexorable necesidad de colaboración (SSTC 227/1988 y 103/1989) y, por supuesto, coordinación. No sólo hay que identificar cada materia, pues una misma Ley o disposición puede albergar varias (SSTC 32/1983 y 103/1989), sino que resulta inevitable a continuación determinar, en cada caso, el título competencial predominante por su vinculación directa e inmediata, en virtud del principio de especificidad, operando así con dos criterios, el objetivo y el teleológico, mediante la calificación del contenido material de cada precepto y la averiguación de su finalidad (SSTC 15/1989, 153/1989 y 170/1989), sin que en ningún caso pueda llegarse al vaciamiento de las competencias de las Comunidades Autónomas según sus Estatutos (STC 125/1984)”.  
.”

función complementaria del sistema legal de infracciones y sanciones para la protección de los bienes culturales que han adquirido un especial protagonismo en la persecución de infracciones de escasa entidad aunque muy agresivas contra el Patrimonio Histórico y, en muchas ocasiones, de incuestionable de relevancia penal <sup>72</sup> . Pueden imponer sanciones administrativas en tanto respeten el sentido de la norma general pero nunca podrían ser consideradas como tales *disposiciones generales*. Ello no es óbice para que puedan considerarse en el curso del proceso como un elemento valorativo de gran importancia que podría ser demostrativo de algunos aspectos esenciales de la investigación criminal como la intensidad o perfiles de la voluntad infractora o la acreditación de firmas o grafías realizadas sobre monumentos. No obstante, el Tribunal Supremo parece otorgarles el valor de las disposiciones generales en alguna situación vinculada con la protección del medio ambiente, siempre y cuando respeten *un principio de jerarquía normativa, de forma que el Derecho Interno de cada Estado está supeditado al comunitario y la normativa autonómica y local a la estatal*<sup>73</sup> .

3. Por lo que respecta al alcance del ordenamiento de la Unión Europea<sup>74</sup>, esta dispone de competencias para legislar sobre medio ambiente y las ejerce a través de reglamentos y directivas. La Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 52/2003, de 24 de febrero, recoge como el art. 189 del Tratado de la CEE dispone que los reglamentos cuentan con un valor general y una eficacia directa. No parece que exista problema para que su vulneración pueda

---

<sup>72</sup> A título de ejemplo, podríamos citar la *Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana* aprobada en 2015 en la ciudad de Barcelona o la *Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Granada* del año 2009. Iniciativas similares tienen lugar en otras ciudades españolas o a nivel internacional con grandes centros históricos como Madrid o Sevilla y al objeto de paliar el enorme gasto económico ocasionado por actos de vandalismo sobre elementos del transporte urbano, equipamientos públicos de toda clase y algunos bienes culturales (grafitos).

<sup>73</sup> La Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 916/2008, de 30 de diciembre, se refiere o incluye la normativa local y señala entre sus fundamentos jurídicos lo siguiente: “Con respecto al elemento normativo se refiere a la infracción de una norma extrapenal, esto es que la acción típica se verifique contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente. El nuevo texto legal da cabida tanto a disposiciones de rango superior (Directivas y Reglamentos de la Unión Europea (SSTS. 29.9.2001, 23.10.2992, 24.2.2003 ), como inferior (Ordenes Ministeriales, Decretos y Ordenes emanadas tanto de la Administración Central como de las autoridades Administrativas autonómicas y locales, de forma detallada se refiere a esta posibilidad la STC. 128/98 de 15.6 ).Esta normativa complementaria del tipo penal (Comunitaria, Estatal, Autonómica y Local) se rige en su aplicación por el principio de jerarquía normativa, de forma que el Derecho Interno de cada Estado está supeditado al comunitario y la normativa autonómica y local a la estatal, siendo nulas de pleno Derecho las disposiciones y actos jurídicos que vulneren la constitución; las Leyes u otras Disposiciones Administrativas de rango superior”.

<sup>74</sup> Tenemos que referir, en primer término, la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, *relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro*, así como el Reglamento (CEE) no 3911/92 del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, *relativo a la exportación de bienes culturales* y el Reglamento (CEE) no 752/93 de la Comisión, de 30 de marzo de 1993, para la aplicación del anterior.

integrar el tipo de algunos delitos contra el medio ambiente y el Patrimonio Histórico. Por lo que se refiere a las Directivas de la Unión Europea, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que las Directivas que no han sido traspuestas al Derecho interno de los estados no pueden integrarse en el tipo penal como disposición general. Sólo cabría su invocación a favor de los particulares. En este mismo sentido se expresa el TEDH (sentencia sobre vertidos sobre el *Río Chiese* con contaminación de las aguas y mortalidad de peces de 1987) con un argumento básico: Son documentos que van dirigidas a los Estados y no a los ciudadanos<sup>75</sup>.

### 4.3 Criterios para diferenciar ilícitos administrativos de los ilícitos penales

La Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 152/2012, de 2 de marzo, comentando el delito ecológico del artículo 325 del Código Penal, nos lleva a una conclusión básica: no basta con contravenir una disposición general protectora

---

<sup>75</sup> La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 52/2003, de 24 de febrero; repasa de manera muy completa y nítida la aplicación del principio de reserva de ley (Ponencia de Carlos Granados Pérez) para detenerse, entre sus fundamentos jurídicos, en la situación de los Reglamentos y Directivas comunitarias en los siguientes términos: “Una posición doctrinal, con base en Sentencias del Tribunal de Justicia, entiende que unas Directivas que no han sido traspuestas al Derecho interno de los Estados no puede integrarse en el tipo penal como Disposición General. Así, en la sentencia de 26 de septiembre de 1996 [...] el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró, ratificando su doctrina anterior, "que la posibilidad de invocar ante un órgano jurisdiccional nacional una Directiva a la que no se ha adaptado el Derecho interno sólo existe en favor de los particulares y respecto a "todo Estado miembro destinatario". De ello resulta que una Directiva no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede invocarse como tal contra dicho particular. En ese mismo sentido se expresa la sentencia de 11 de junio de 1987 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dictada en relación con una cuestión prejudicial planteada por la "Pretura" de Saló (Italia), en un proceso penal por delito ecológico incoado por la contaminación de aguas y muerte masiva de peces en el  *río Chiese*, cuando el Tribunal de Luxemburgo declaró que las Directivas de la Comunidad [...] no pueden por sí mismas determinar o agravar la responsabilidad penal, es decir, no puede tomarse en consideración su infracción como elemento del tipo penal por no estar dirigidas directamente a los ciudadanos sino a los Estados miembros (art. 189 del Tratado de Roma). Otro sector de la doctrina entiende, por el contrario, que el reenvío que nuestro Código realiza a Leyes y Disposiciones de carácter general obliga a tener en cuenta lo dispuesto por el Derecho Comunitario, que puede ampliar así las circunstancias delictivas, incluso vía Directiva con efecto directo, lo que habrá de apreciar el juez penal [...] en aquellos casos en que las disposiciones de una Directiva aparezcan desde el punto de vista de su contenido como incondicionadas y suficientemente precisas y el Estado no haya cumplido los plazos establecidos para acomodar su legislación a lo dispuesto en la Directiva. Hay otras sentencias del Tribunal Europeo que se oponen a esta interpretación como sucede con la Sentencia RATTI, de 5 de abril de 1979, precisamente porque los ciudadanos pueden hacer valer respecto del Estado que es quien ha incumplido su obligación de actuar la Directiva dentro del plazo, y en consecuencia no puede oponer a los particulares que se apoyan en la Directiva la inejecución por su parte de sus obligaciones (sentencia RATTI del TJCE, de 5 de abril de 1979). Al contrario, el Estado incumplidor no puede utilizar la Directiva no actuada contra los particulares [...] pues ello vulneraría el principio de legalidad y la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que admite la aplicación directa frente al Estado incumplidor pero no frente al particular. En consecuencia, para la integración del tipo penal del art. 325 del Código Penal han de tenerse en cuenta, como normativa administrativa cuya infracción integra el tipo, los Reglamentos de la Comunidad Europea que tienen aplicación directa y primacía sobre el Derecho interno, mientras que las Directivas pueden tener eficacia exclusivamente para restringir el tipo pero no para ampliarlo”.

del medio ambiente para que tenga lugar la comisión de un delito de esta naturaleza, es preciso que se produzca un *plus* apreciable de actividad infractora y este exceso sería el perjuicio grave para el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas, en cuyo caso se establecerá, además, una penalidad agravada. En el caso de la protección de los bienes culturales podríamos considerar que nos encontramos ante una situación análoga y cabe sostener el mismo criterio: El incumplimiento de la legalidad administrativa no comportará necesariamente la comisión de un delito sobre el Patrimonio Histórico salvo que, conforme a un criterio o juicio de gravedad sostenido de forma coherente y motivada, esta acción merezca su calificación como tal delito.

La tesis anterior comporta, desde una perspectiva lógica, que la sanción administrativa se configure como una forma de protección ordinaria de carácter preventivo o disuasorio con vocación puramente sancionadora. La protección penal protegería, por el contrario, la puesta en peligro grave del Patrimonio Histórico o la destrucción de bienes culturales merecedores de protección. Pero ¿cómo medir la gravedad de ese peligro o del daño realmente producido? La propia sentencia citada establece cuales son los criterios que debe seguir el juzgador en materia ambiental y reproduce los que ya habían sido expuestos en la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 916/2008, de 30 de diciembre<sup>76</sup>. Es evidente que estos criterios no serían aplicables a los bienes culturales porque no nos encontramos ante un delito de peligro concreto como ocurre con el artículo 325 del Código Penal, pero lo importante no es la reproducción de los criterios particulares que son aplicables a cada modalidad delictiva sino el mecanismo de diferenciación entre la ley penal y la administrativa sobre la base de un criterio objetivo de gravedad.

Desde una perspectiva gramatical, *grave* es aquello que puede producir importantes consecuencias nocivas. Ello comporta un juicio de valor complejo que debe establecer un tipo medio de gravedad referencial y tener en cuenta, como norma general, la valoración de las pruebas periciales y, cuando existe, del atestado policial que relaciona la situación de hecho primaria que se traslada al sistema de justicia penal. El Ministerio Fiscal, por su parte, tiene que realizar en su función acusatoria una sólida labor de concreción de la acción realizada, del riesgo que haya tenido lugar y del daño efectivamente ocasionado, aprovechando su capacidad para comparar otras situaciones análogas que haya perseguido y que

---

<sup>76</sup> En el mismo sentido, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 81/2008 de 13 de febrero exigía, entre los elementos del delito medioambiental, *la infracción de una norma extrapenal, elemento normativo igualmente exigido de manera explícita en forma de contravención de alguna de las leyes o disposiciones normativas reguladoras de aquel tipo de actividades.*

luego tendrá que motivar el tribunal sentenciador. El problema se intensifica ante la falta de suficientes elementos referenciales. En cualquier caso, el Tribunal Supremo utiliza en estos casos criterios muy variados que inciden en la intensidad del acto agresivo y en el incremento del riesgo producido cuando hablamos de un daño caracterizado por la persistencia temporal.

Si en materia medioambiental, se barajan como posibles criterios concurrentes para la concreción de un daño como grave, la relación con el espacio donde tiene lugar el delito, la reiteración de la conducta, la proximidad de espacios habitados, la dificultad de restablecimiento del equilibrio natural que ha sido alterado o los beneficios materiales que sean cuantificables y estén relacionados con el entorno agredido, todo ello en una enumeración que debe tener siempre un carácter abierto; en materia cultural podremos indicar criterios muy similares siempre que tengan su origen en la lectura constitucional del valor de los bienes culturales. En una enumeración abierta y nunca exhaustiva podría considerarse el valor científico de los bienes, la continuidad temporal de la agresión, la afectación de intereses económicos o su valor material conforme a criterios de mercado, la posibilidad de su reparación, los gastos de restauración ocasionados a la administración competente, la dificultad de encontrar manifestaciones culturales del mismo signo en el territorio, la importancia histórica o artística de los bienes dañados y su tratamiento administrativo, el carácter irreparable del daño producido o hasta la posible existencia de móviles de odio contra manifestaciones materiales de alguna cultura determinada.

#### **4.3 Aplicación del principio *non bis in idem***

La aplicación del principio *non bis in idem* constituye otro elemento decisivo en la relación entre la ley penal y la ley administrativa. La cuestión ha sido abordada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en términos muy clarificadores. La ya citada Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 152/2012 acepta que pueda producirse la triple identidad entre sujetos, hechos y fundamento de la sanción y que se admita la concurrencia de sanciones administrativas y penales, teniendo en cuenta dos criterios. En primer lugar que la sanción administrativa constituya solo una parte de los hechos que han sido enjuiciados en el curso del proceso penal y, en segundo lugar, que la sanción económica establecida como pena en el proceso penal pueda ser posteriormente *descontada* del importe de la multa administrativa que pueda corresponder.

En tales casos, los hechos que son objeto de sanción penal son más extensos que los sancionados por la Administración. Pero ¿qué ocurre cuando sucede lo contrario? Parece complicado resolver el problema de la doble sanción conforme a un criterio de signo tan puramente utilitarista pero ha sido avalado en

distintas ocasiones por el Tribunal Supremo. Aunque no parece un criterio de suficiente rigor científico cuenta con un innegable sentido práctico que, en la coyuntura de nuestro tiempo, no es un argumento en absoluto desdeñable. Además se ha reconocido igualmente la posibilidad de que la previa sanción administrativa comporte una posible valoración económica que sirva para *dosificar* la posterior imposición de la pena de multa en el ámbito penal.

En materia de Patrimonio Histórico esta cuestión se aborda en la LPHE de manera explícita cuando su artículo 76 establece un amplio catálogo de infracciones administrativas *salvo que sean constitutivas de delito*. Desde una perspectiva procesal, la solución no tendría que generar ningún problema ya que, como señala CARMEN SALINERO ALONSO, *la cuestión, desde un punto de vista formal, no ofrece mayores problemas que el constatar a priori y ex ante si la acción u omisión queda subsumida en el supuesto de hecho de la norma penal*<sup>77</sup>.

Desde un punto de vista material, la solución previamente apuntada y parcialmente basada en un criterio puramente naturalista de la proscripción de la doble sanción, ha sido avalada igualmente por el Tribunal Constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre<sup>78</sup> y 177/1999, de 11 de octubre<sup>79</sup>). Nuestra doctrina parte de una triple consideración que contemplaría una lectura constitucional del principio:

---

<sup>77</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., pág. 155.

<sup>78</sup> Desde una perspectiva procesal, la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, ya estableció que “la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada.

La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por Sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema.

El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de justicia es que la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe *a posteriori*, el planteamiento fáctico que aquellos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del art. 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto”.

<sup>79</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional 177/99 sostiene que “irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este

- El fundamento material del principio no es otro que evitar una exasperación del castigo, con un sentido puramente retributivo, señalando en tales casos la necesidad de proclamar una subordinación de la ley administrativa a la ley penal. Es la desproporción lo que debemos evitar, la acumulación de sanciones no prevista en la norma y de manera que tenga lugar un segundo reproche que carezca de justificación.
- A consecuencia de lo anterior, el juez penal y previamente el Ministerio Fiscal deben comprobar si existen sanciones administrativas previas para proceder posteriormente a su *descuento* siempre que aprecien una situación en la que tenga lugar la triple identidad de sujeto, objeto y fundamento de la sanción.
- Al margen de los anteriores, señala la jurisprudencia otro criterio puramente temporal para que pueda tener lugar la duplicidad de las sanciones. Considera el Tribunal Supremo y la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero<sup>80</sup>, que es la prolongación de la actividad delictiva en el tiempo la que permite la imposición de una doble sanción. Ello exigirá una segunda revisión de oficio por el órgano jurisdiccional para establecer claramente el desarrollo temporal de los hechos. En tales situaciones y al margen del *descuento* punitivo que pueda finalmente aplicarse, será necesario acotar temporalmente con suficientes garantías el desarrollo de la actividad delictiva y valorar la respuesta institucional que sea necesaria para su persecución.

Las posiciones defendidas por la jurisprudencia insisten, en definitiva y teniendo en cuenta la complejidad de los valores medioambientales que son protegidos por el derecho penal, en una posición excesivamente utilitarista que

---

núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche aflictivo”.

<sup>80</sup> La extensa Sentencia del *Pleno* del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero, declara entre sus fundamentos que “no puede dejar de reconocerse que los órganos penales , al enjuiciar el caso , se encontraban en una situación paradójica , pues, aunque no podían dejar de condenar penalmente al recurrente, dado su sometimiento estricto a la ley en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 117.1 CE), tampoco podían dejar de ser conscientes de que la sanción penal por ellos impuesta al mismo podía suponer una reiteración sancionadora constitucionalmente prohibida por el art . 25.1 de la Constitución Española. El hecho de que la legislación no prevea expresamente solución para los casos en los que la Administración no suspenda el expediente administrativo , estando un procedimiento penal abierto , puede explicar su actuación . Sólo al legislador corresponde establecer los mecanismos normativos de articulación del ejercicio de la potestad punitiva por la Administración y por la jurisdicción penal para evitar la reiteración sancionadora y contemplar las consecuencias que deriven de su incumplimiento [...] Atendiendo a los límites de nuestra jurisdicción de amparo , una solución como la adoptada en este caso por el órgano judicial no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto , al haber sido descontada la multa administrativa [...] permite concluir que no ha habido una duplicación —bis— de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art . 25.1 de la Constitución Española.

permite sostener una visión crítica. Como ya hemos apuntado, en los casos de exceso material de la sanción administrativa sobre la pena que pueda imponerse en la jurisdicción, no parece que la solución resulte plenamente satisfactoria si comprendemos que pena y sanción administrativa pueden tener un distinto fundamento. De otra parte, cuando se plantea la pregunta retórica *¿qué hacer?* (como hace el propio Tribunal Constitucional) ante aquellas actuaciones administrativas que, pudiendo tener sospecha acerca de la relevancia penal de los hechos, han permitido la continuidad del expediente sin dar cuenta a la jurisdicción y el dictado de una resolución sancionadora y se responde que en tales supuestos la jurisdicción penal no puede dejar de actuar y solo tiene que descontar el importe de la multa previamente impuesta, tampoco parece que sea esta una respuesta dogmática *suficiente* aunque comprensible. Parece evidente que la compatibilidad de sanciones tendría que estar basada en la acreditación, total o parcial, de un fundamento diferenciado para cada una de ellas que nos devuelve una y otra vez al profundo debate del bien jurídico protegido en esta clase de delitos. Debemos reconocer que se trata de una solución pragmática que parece imponerse paulatinamente y que no plantea en materia cultural, cuando menos hasta la fecha, situaciones tan complejas o controvertidas como las que ofrecen otros procesos seguidos para la defensa y reposición del medio natural.

Algo parecido ocurre con las llamadas *cuestiones prejudiciales* en materia de Patrimonio Histórico al contar con una menor incidencia de la que puedan tener las que se plantean en relación con el urbanismo o con la defensa de los recursos naturales. Ello no es óbice para que la cuestión sea objeto de diversos comentarios por los especialistas y en ocasiones este debate haya contado con un especial rigor y servido para una mejor delimitación de los conceptos propios del derecho penal en la protección de bienes culturales. Cuando el Código Penal de 1995 vino a completar nuestro sistema de protección constitucional del Patrimonio Histórico, la coexistencia entre normas penales y normas administrativas sancionadoras para su protección, así como la construcción de algunas tipologías utilizando elementos normativos o referenciales propios de la actuación administrativa, provocó que buena parte de la doctrina manifestara su pesimismo<sup>81</sup> al entender que, inevitablemente, tendrían que plantearse con el tiempo numerosas cuestiones devolutivas que restarían eficacia a la protección penal, incrementarían la lentitud de los procesos y hasta podrían producir una cierta dosis de impunidad. En realidad, estas posiciones incidían en la censura habitual frente a una actitud excesivamente expansionista del derecho penal que

---

<sup>81</sup> En términos generales, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis; “¿Hacia un derecho penal privado y secundario?” (*Las nuevas cuestiones prejudiciales suspensivas*) en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 251, junio de 1996.



criminalizaba conductas que tradicionalmente podían ser objeto de una sanción suficiente en el ámbito puramente administrativo.

Aunque siempre debemos partir de la indudable prevalencia del orden jurisdiccional penal sobre la actuación sancionadora de la Administración, esta preferencia puede ceder temporalmente ante la necesidad de obtener una resolución aclaratoria de cualquier situación jurídica con carácter previo a la decisión judicial, planteándose la llamada *cuestión prejudicial* que tendrá un carácter no devolutivo cuando la resuelve el juez en la propia sentencia o bien un carácter devolutivo, cuando son resueltas por el juez del orden jurisdiccional que corresponda según la naturaleza de la cuestión y al objeto de garantizar un principio de seguridad jurídica.

Superadas las dudas iniciales tras la promulgación del Código Penal de 1995, parece acertada la idea de aquella parte de la doctrina que entiende debe tener lugar una posición de *autonomía del juez penal en la valoración de los términos normativos previstos en los delitos contra el Patrimonio Histórico*<sup>82</sup>. Creo que esta debe ser, a salvo de alguna situación completamente excepcional que pueda darse acerca de las condiciones jurídicas de algún bien cultural muy concreto, la posición que debe adoptarse teniendo en cuenta el carácter abierto y anti formalista que la Constitución ha querido otorgar al concepto de Patrimonio Histórico Español. Los tipos penales guardan una relación evidente con la normativa administrativa, pero en modo alguno establecen requisitos formales que comporten una previa declaración jurídica determinada sobre algún aspecto esencial que deba acreditarse en el curso del proceso. Incluso la introducción de elementos normativo en el tipo resulta, en el fondo, bastante discutible si tenemos en cuenta la falta de concordancia entre la normativa penal y la normativa administrativa. Podríamos establecer, salvo en el caso del artículo 321 del Código Penal, una forma de relación indirecta y sometida a la consideración de conceptos caracterizados por su amplitud y por un carácter cambiante que puede modificarse con el curso del tiempo. Es evidente que la actuación desarrollada por la Administración Cultural tiene que ser valorada y resulta normalmente determinante para las decisiones que sean adoptadas en sede jurisdiccional, pero estas se adoptan de forma independiente, sin que puedan plantearse trabas o condiciones para establecer el valor de los bienes culturales que el derecho penal tiene que proteger.

Suele considerarse, por último y al margen de la escasa incidencia de la cuestión, su tratamiento anacrónico en los artículos 3 y siguientes de nuestra Ley

---

<sup>82</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina; *Los delitos ...*, ob. cit., págs.. 376 y ss. En tales términos, por todos, puede recordarse la posición sostenida por MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 1999, páginas 544 y siguientes.

de Enjuiciamiento Criminal, valorándose de forma positiva la solución que establecía el artículo 28 del Anteproyecto de Código Procesal Penal que presentara el Gobierno en 2011 y que lamentablemente no tuvo tramitación parlamentaria, así como el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que fuera presentado anteriormente en 2011 y que tampoco pudo ser aprobado al concluir la legislatura<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> El artículo 28 del Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2011 se expresaba, bajo la rúbrica *Cuestiones prejudiciales no penales*, en siete breves apartados en los siguientes términos:

1. “Los Tribunales penales extenderán su conocimiento a las cuestiones civiles, laborales o administrativas cuya resolución resulte necesaria, a efectos prejudiciales, para la aplicación de la Ley Penal.
2. La resolución de la cuestión prejudicial carecerá de los efectos materiales de la cosa juzgada y no impedirá el planteamiento de la cuestión ante los Tribunales que la tengan atribuida ni les vinculará.
3. En caso de contradicción entre el Tribunal penal y otro Tribunal en el conocimiento de una cuestión resuelta prejudicialmente por el Tribunal penal podrá presentarse recurso de revisión en favor del condenado.
4. Excepcionalmente los Tribunales penales podrán suspender el proceso penal hasta la resolución de la cuestión por los Tribunales a quienes corresponda el conocimiento del asunto cuando concurren todos los requisitos siguientes:
  - a) que la cuestión sea determinante de la culpabilidad o la inocencia;
  - b) que la índole o complejidad de la cuestión aconseje disponer del pronunciamiento previo de dichos Tribunales;
  - c) que el proceso no penal sobre la cuestión prejudicial se encuentre iniciado.
5. La suspensión sólo podrá acordarse por el Tribunal de Juicio, de oficio o a instancia de parte, al inicio de la vista.
6. En caso de que se acuerde la suspensión, el plazo de prescripción del delito quedará interrumpido hasta la fecha en la que dicte resolución firme que ponga término al proceso sobre la cuestión.
7. El Ministerio Fiscal podrá mostrarse parte en el proceso que se siga en relación con la cuestión prejudicial, tanto si se acuerda como si se rechaza la suspensión de la causa penal”.

Por su parte, el artículo 7 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, presentado por el Gobierno anterior, bajo la rúbrica *Cuestiones prejudiciales penales*, señalaba lo siguiente:

1. “Las cuestiones prejudiciales que deban ser valoradas exclusivamente con arreglo a las normas del Derecho Penal serán resueltas en todo caso por el tribunal penal que conozca del proceso.
2. Sin embargo, el tribunal podrá suspender el procedimiento cuando el hecho punible a enjuiciar dependa del resultado de otro proceso penal que constituya su antecedente y cuya acumulación por conexión no sea posible”.

## Capítulo Segundo

### EL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO

No cabe duda que la protección penal de los bienes culturales debe partir de su protección administrativa mediante el cumplimiento de la abundante normativa que se encuentra vigente y ha sido promulgada a nivel internacional, comunitario, estatal y autonómico. Aunque el Código Penal no utiliza preceptos penales en blanco, ni se remite de una manera explícita a los numerosos conceptos que se barajan en la legislación administrativa, la relación entre la norma penal y administrativa debe ser permanente, de manera que permita llevar a cabo una interpretación coherente de la realidad para que los hechos a los que deba enfrentarse el jurista puedan ser correctamente calificados.

Dentro de esta normativa específica, ha sido especialmente relevante a lo largo del siglo xx la regulación administrativa sobre la actividad arqueológica en España<sup>84</sup>, considerándola algún especialista *de honda raigambre en nuestra tradición legislativa*<sup>85</sup>.

### **1. Régimen jurídico básico de la arqueología**

Naturalmente, la norma básica administrativa que debemos considerar es la Ley 16/1985, de 25 de junio, *del Patrimonio Histórico Español*, (en adelante LPHE) que se ha mantenido vigente durante los últimos treinta años<sup>86</sup>.

Conforme a lo establecido en el apartado primero de su artículo 1 *son objeto de la presente Ley la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español que, conforme a lo establecido en su apartado segundo, estaría integrado por los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo –añade,- el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico y antropológico. El precepto concluye recordando que también forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes que integren el Patrimonio Cultural Inmaterial, de conformidad con lo que establezca su legislación*

---

<sup>84</sup>Ley de Excavaciones Arqueológicas de 7 de julio de 1911, Reales Decretos de 1 de marzo de 1912 y 9 de agosto de 1926 *sobre protección y conservación de la riqueza artística*, Ley de 10 de diciembre de 1931 *sobre enajenación de bienes artísticos, arqueológicos e históricos de más de cien años de antigüedad*, Ley relativa al Patrimonio Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933, Reglamento de 16 de abril de 1936, Orden de 9 de julio de 1947 *sobre hallazgos arqueológicos Submarinos*, Decreto de 12 de junio de 1953 *sobre Inventario del Tesoro Artístico Nacional* y Ley de 22 de diciembre de 1955 *sobre conservación del Patrimonio Histórico-Artístico*, Decreto 2055/1969 de 25 de septiembre, *sobre actividades subacuáticas* y Orden de 16 de marzo de 1972 *sobre supervisión de los programas de restauración del Patrimonio Artístico y del Programa de Investigación del Tesoro Arqueológico*.

<sup>85</sup> RENART GARCÍA, Felipe; *El delito ...*, ob. cit., pág. 25.

<sup>86</sup> En virtud del el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, que operaría como una norma complementaria, fue desarrollada parcialmente la ley anterior regulando el Consejo del Patrimonio Histórico, la Junta de calificación, valoración y exportación de bienes del Patrimonio Histórico Español y otros órganos consultivos al servicio de la Administración del Estado.

*especial*. La LPHE establece, por tanto, un concepto muy amplio, de naturaleza claramente finalista que, de acuerdo con una correcta lectura constitucional, crea una nueva relación jurídico-pública que se vincula con el derecho subjetivo de todos los ciudadanos al disfrute colectivo de los llamados Bienes Culturales.

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<sup>87</sup> en las que ha tenido lugar un paulatino proceso reformador que alcanza una segunda y hasta una tercera generación legislativa. En materia arqueológica no han tenido lugar modificaciones sustanciales. Parece una opinión unánime entre los autores considerar que la LPHE requiere una actualización que establezca, entre otras cuestiones, una relación más clara con la norma penal utilizando, total o parcialmente, conceptos similares o lenguajes análogos; debería, en segundo término, introducir los nuevos principios y paradigmas que han venido tejiéndose en la comunidad internacional en todos estos años para el desarrollo del conservacionismo cultural e informando la normativa aplicable en distintos niveles territoriales<sup>88</sup> y en tercer lugar, además, debería complementarse esta normativa protectora con una nueva *Ley del Mecenazgo* que complete la vigente Ley 49/2002, de 23 de diciembre, *de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo* para ofrecer una respuesta adecuada y suficiente a la urgente necesidad de financiación que permita llevar a cabo urgentes procesos de rehabilitación de Bienes Culturales de inmenso valor, combatir graves situaciones de expolio, así como la criminalidad organizada asociada al Patrimonio Histórico y el sostenimiento de una serie de instituciones y corporaciones de derecho público que resultan indispensables para la defensa del Patrimonio Histórico Español conforme a su naturaleza y múltiples finalidades sociales.

Entretanto, las *medidas de fomento* establecidas en la LPHE se contienen en el Título VIII que incluye los artículos 67 a 74 de la norma; destacando por su incidencia práctica el llamado *uno por ciento cultural* en cuya virtud y conforme al apartado primero del artículo 68, *en el presupuesto de cada obra pública,*

---

<sup>87</sup> A título de ejemplo, la Comunidad Autónoma de Andalucía desarrolló un ordenamiento jurídico propio para la protección del Patrimonio Histórico, promulgando en primer término la Ley 1/1991, de 3 de julio, *de Patrimonio Histórico de Andalucía* que ha sido sustituida por la vigente Ley 14/2007, de 26 de noviembre, *del Patrimonio Histórico de Andalucía*. Este proceso de renovación legislativa encuentra varias motivaciones y una de ellas, quizá la más importante, es la propia renovación que tiene lugar en diversos Estatutos de Autonomía. En términos generales, las normas estatutarias subrayan la importancia de este competencia compartida con el Estado.

<sup>88</sup> Es preciso recordar, como veremos posteriormente, que España ha ratificado el Convenio de La Valeta de 1992 y ha denunciado su antecedente, el Convenio de Londres de 1969; instrumentos internacionales básicos en la protección de bienes arqueológicos (*Instrumento de Ratificación* de fecha 1 de marzo de 2011, publicado en el BOE número 173 de 20 de julio de 2011).

*financiada total o parcialmente por el Estado, se incluirá una partida equivalente al menos al 1 por 100 de los fondos que sean de aportación estatal con destino a financiar trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español o de fomento de la creatividad artística, con preferencia en la propia obra o en su inmediato entorno.*

### **1.1. La regulación general de la Ley del Patrimonio Histórico Español**

Aunque la norma penal puede relacionarse con toda la legislación existente a cualquier nivel, es obvio que la determinación de conductas ilícitas tendrá lugar con la referencia básica a las normas generales propias del derecho administrativo. En este sentido, la LPHE cuenta con un total de setenta y nueve artículos y dedica uno de sus nueve títulos, concretamente el Título V<sup>89</sup>, a diseñar

---

<sup>89</sup> El Título V de la Ley 16/1985 *del Patrimonio Histórico Español*, lleva la rúbrica *Del Patrimonio Arqueológico* y se integra por los seis preceptos siguientes:

Artículo cuarenta

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º 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. Forman parte, asimismo, de este Patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes.

2. Quedan declarados Bienes de Interés Cultural por ministerio de esta Ley las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre.

Artículo cuarenta y uno

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.

3. Se consideran hallazgos casuales los descubrimientos de objetos y restos materiales que, poseyendo los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español, se hayan producido por azar o como consecuencia de cualquier otro tipo de remociones de tierra, demoliciones u obras de cualquier índole.

Artículo cuarenta y dos

1. Toda excavación o prospección arqueológica deberá ser expresamente autorizada por la Administración competente, que, mediante los procedimientos de inspección y control idóneos, comprobará que los trabajos estén planteados y desarrollados conforme a un programa detallado y coherente que contenga los requisitos concernientes a la conveniencia, profesionalidad e interés científico.

2. 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. En ningún caso será de aplicación a estos objetos lo dispuesto en el artículo 44.3 de la presente Ley.

3. Serán ilícitas y sus responsables serán sancionados conforme a lo dispuesto en la presente Ley, las excavaciones o prospecciones arqueológicas realizadas sin la autorización correspondiente, o las que se hubieren llevado a cabo con incumplimiento de los términos en que fueron autorizadas, así como las obras de remoción de tierra, de demolición o cualesquiera otras realizadas con posterioridad en el lugar donde se haya producido un hallazgo casual de objetos arqueológicos que no hubiera sido comunicado inmediatamente a la Administración competente.

Artículo cuarenta y tres

La Administración competente podrá ordenar la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas en cualquier terreno público o privado del territorio español, en el que se presuma la

la que podemos considerar la regulación básica o general del Patrimonio Arqueológico en España. Esta regulación, resulta poco extensa aunque muy sustancial y tiene lugar a través de seis únicos preceptos (los artículos 40 a 45) de poca extensión pero mucha trascendencia jurídica.

El Patrimonio Arqueológico, considerado como parte integrante del Patrimonio Histórico Español, aparece definido en el artículo 40 de la LPHE cuando establece que comprende legalmente aquellos *bienes muebles o inmuebles que son susceptibles de ser estudiados con terminología 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*<sup>90</sup>. Un segundo inciso del precepto integra expresamente los *elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y*

---

existencia de yacimientos o restos arqueológicos, paleontológicos o de componentes geológicos con ellos relacionados. A efectos de la correspondiente indemnización regirá lo dispuesto en la legislación vigente sobre expropiación forzosa.

Artículo cuarenta y cuatro

1. 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. El descubridor deberá comunicar a la Administración competente su descubrimiento en el plazo máximo de treinta días e inmediatamente cuando se trate de hallazgos casuales. En ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil.

2. 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.

3. El descubridor y el propietario del lugar en que hubiere sido encontrado el objeto tienen derecho, en concepto de premio en metálico, a la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya, que se distribuirá entre ellos por partes iguales. Si fuesen dos o más los descubridores o los propietarios se mantendrá igual proporción.

<sup>4</sup> El incumplimiento de las obligaciones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo privará al descubridor y, en su caso, al propietario del derecho al premio indicado y los objetos quedarán de modo inmediato a disposición de la Administración competente, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar y las sanciones que procedan.

<sup>5</sup> Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo el hallazgo de partes integrantes de la estructura arquitectónica de un inmueble incluido en el *Registro de Bienes de Interés Cultural*. No obstante el hallazgo deberá ser notificado a la Administración competente en un plazo máximo de treinta días.

Artículo cuarenta y cinco

Los objetos arqueológicos adquiridos por los Entes Públicos por cualquier título se depositarán en los Museos o Centros que la Administración adquirente determine, teniendo en cuenta las circunstancias referidas en el artículo 42, apartado 2, de esta Ley.

<sup>90</sup> Sobre las disposiciones de la Ley 16/85 y este régimen general administrativo de la arqueología, puede consultarse el extenso trabajo de ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel; *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, publicado en la Colección “Análisis y Documentos” del Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, Tomo I, páginas 378 a 381; del mismo autor “El Patrimonio Arqueológico: Aspectos de su régimen jurídico”, artículo publicado en la revista *Patrimonio Cultural y Derecho*, número 1, Madrid, 1997, páginas 121 y siguientes. Otros trabajos desde la perspectiva constitucional o administrativa sobre Patrimonio Arqueológico, “La nueva legislación española sobre Patrimonio Arqueológico” de GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier; en *Estudios sobre el Derecho del Patrimonio Histórico* [...] páginas 529 a 563; asimismo *El Patrimonio Histórico Español* de BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, Félix; publicado por Editorial Comares, Granada, 1995 que cuenta con un Capítulo dedicado al Patrimonio Arqueológico. Igualmente el trabajo *Régimen jurídico de la Arqueología* de LAFUENTE BATANERO, Luís; publicado en la obra colectiva *El Patrimonio Histórico Artístico Español* dirigido por José Antonio Ribot García y publicado en 2002 por la Sociedad Estatal Nuevo Milenio.

*antecedentes*<sup>91</sup>. Por último, se establece en el párrafo segundo del artículo citado la declaración automática como Bienes de Interés Cultural por ministerio de la ley cualesquiera *cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre*. Para completar esta definición, es preciso recordar que, conforme a las previsiones del propio artículo 1 de la ley, se plantean dos espacios en los que puede tener lugar la aparición o el hallazgo de nuevos bienes arqueológicos que serían *los yacimientos y zonas arqueológicas*; estableciendo en su artículo 15.5 la definición de estas últimas como *aquel 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*.

Estas sencillas previsiones legales, que no ha sido objeto de modificación alguna desde la promulgación de la LPH y han sido ampliamente desarrolladas por la legislación autonómica, permiten establecer una serie de características en la delimitación del concepto jurídico de las piezas arqueológicas que resulta importante para su tutela por el derecho penal y que no coincide necesariamente con la idea habitual que aún tiene el *imaginario colectivo* sobre esta peculiar forma de riqueza. Hay que tener en cuenta, además que, como veremos posteriormente y al margen de las valiosas definiciones legales que nos proporciona el derecho administrativo, tendremos que defender un concepto jurídico *propio* del Patrimonio Histórico Arqueológico que permita deslindar la actividad delictiva que deba ser perseguida por el derecho penal, de otros incumplimientos e infracciones que merecen otra respuesta sancionadora.

Antes de proseguir tenemos que recordar que las descripciones legales anteriores a la promulgación de la LPHE solían otorgar, en principio, al concepto de Patrimonio Arqueológico un sentido o una delimitación mucho más limitada de signo puramente estético o material, cuando establecían diferencias en el tratamiento de las *ruinas monumentales* y las *antigüedades*. Aunque la Ley de Excavaciones de 7 de julio 1911<sup>92</sup> establecía un sistema de autorización administrativa y un régimen de atribución beneficioso para los intereses colectivos, con esta nueva normativa administrativa se introduce por primera vez en España, además de un elemento social que deriva de su fundamento constitucional, un nuevo elemento puramente inmaterial vinculado al contexto de aparición de las piezas y a la condición principal del yacimiento arqueológico como fuente de información científica. Esta percepción deriva de la caracterización que se lleva a cabo en el artículo 40 de la LPHE cuando se alude

---

<sup>92</sup> Considerada como la primera ley española dictada para la defensa del Patrimonio Histórico, mantuvo su vigencia, con algunas normas adicionales, tras la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1933 *del Patrimonio Histórico Artístico Nacional* promulgada por la Segunda República Española.



a la identificación de los bienes arqueológicos como tales, al ser susceptibles de estudio a través de la metodología científica o arqueológica. La formulación legal que realiza la norma administrativa, como veremos posteriormente, resulta indispensable para llevar a cabo una protección *suficiente* de los bienes culturales arqueológicos desde una perspectiva penal y para entender la enorme dificultad que entraña la valoración del daño producido.

En esta idea contextual del yacimiento arqueológico, la norma española sigue el camino iniciado previamente por la *Comisión Franceschini* y por la legislación internacional. De hecho, ya el *Convenio Cultural Europeo para la protección del Patrimonio Arqueológico*, conocido como *Convenio de Londres* de 1969 consideraba bienes arqueológicos aquellos *vestigios y los objetos o cualesquiera otras trazas de manifestaciones humanas que constituyan un testimonio de épocas y de civilizaciones cuya principal, o una de las principales, fuentes de información científica está asegurada por excavaciones o descubrimientos*<sup>93</sup>.

Al comentar la legislación administrativa, pone de manifiesto GARCÍA FERNÁNDEZ, que el concepto de Patrimonio Arqueológico, como parte integrante del *concepto omnicomprendido* del Patrimonio Histórico, descansa sobre tres criterios claramente diferenciados que operarían como tres *perspectivas complementarias*: Instrumental, material y descriptivo material<sup>94</sup>. Conforme al primer criterio o perspectiva instrumental, lo esencial es que el concepto legal se aparta de la idea de temporalidad o de cualquier exigencia cronológica y lo refiere únicamente a la utilización de una metodología arqueológica, es decir, de un mecanismo científico, una visión que se supone ya implícita en la investigación geológica o paleontológica que cita expresamente el artículo 40 de la LPHE. De esta manera, se amplía considerablemente el campo de actuación legal de la arqueología y tiene lugar una incidencia práctica notable, como veremos posteriormente, en el campo jurídico al asociar, cuando menos de forma potencial, estas actividades con algunas labores de investigación con un gran impacto social.

En segundo lugar, la perspectiva material asocia el concepto de Patrimonio Arqueológico con el objeto de la actividad desplegada y lo refiere, en iguales términos de amplitud, tanto a bienes muebles como inmuebles citando especialmente *las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre*, para llevar a cabo una fórmula de protección especial mediante su declaración automática como Bienes de Interés Cultural. Desde esta perspectiva, es importante señalar que el concepto legal se aproxima igualmente a una

---

<sup>93</sup> Ratificado con fecha 18 de febrero de 1975 y denunciado por España en 2011.

<sup>94</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier; *Estudios ...*, ob. cit., págs. 529 y siguientes.

concepción de la arqueología asociada al contexto físico o histórico donde aparecen los bienes, como lo demuestra tanto la inclusión de los inmuebles como la utilización del término *lugares* para la protección de las manifestaciones de arte rupestre, ya que tales *lugares* deben entenderse como un entorno territorial de suficiente amplitud y significación histórica.

De otra parte y conforme a la tercera perspectiva descriptiva, en realidad nos encontramos con un tercer *criterio de actividad*, de manera que la LPHE se preocupa, para completar el concepto, de diferenciar distintas acciones vinculadas con la actividad arqueológica, que están caracterizadas por su amplitud y porque resultan imprescindibles para que pueda tener lugar una correcta regulación al tratarse de una actividad tantas veces vinculada a una búsqueda particular, materialista y asistemática, desplegada con una finalidad puramente individual y, casi en la inmensa mayoría de las ocasiones, de forma completamente equivocada y sin ningún rigor científico. Estas actividades tienen que ser fiscalizadas por la administración, reservadas durante algún tiempo pero sometidas posteriormente a un proceso de transparencia al estimarse que resultan especialmente valiosas desde una perspectiva social.

Conforme a las ideas anteriormente esbozadas, la doctrina administrativa también ha definido la arqueología como aquella ciencia que *estudia todo tipo de evidencia que sirva para conocer mejor el marco global en el que vivió el hombre a lo largo de la historia, desde las características ambientales del medio que ocupó hasta las extremas transformaciones del mismo para su aprovechamiento industrial*<sup>95</sup>.

Por su parte, las actividades arqueológicas se describen en la LPHE en los siguientes términos;

- El artículo 41 de la LPHE considera, en primer lugar, como *excavaciones* arqueológicas aquellas actividades que se dirigen a una finalidad determinada y las describe como *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*.
- En segundo lugar se definen, en el mismo precepto y con la misma técnica, las que se identifican como *prospecciones* arqueológicas *aquellas exploraciones superficiales o subacuáticas, sin remoción del terreno*,

---

<sup>95</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 204.

*dirigidas al estudio, investigación o examen de datos sobre cualquiera de los elementos a que se refiere el apartado anterior.*

- Se consideran *hallazgos casuales*, por último, los descubrimientos de objetos y restos materiales que, poseyendo los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español, se hayan producido por azar o como consecuencia de cualquier otro tipo de remociones de tierra, demoliciones u obras de cualquier índole. En tales casos, se describe el hecho de su descubrimiento sin enmarcarlo en actividad o finalidad alguna.

En la regulación administrativa nos encontramos, en definitiva, ante la descripción de todas las posibles intervenciones que puedan tener lugar sobre un yacimiento arqueológico, ya sean voluntarias o casuales, ya estén destinadas a su posterior excavación completa y al hallazgo sistemático de resultados materiales o bien a su valoración científica, analizando sobre el terreno las vicisitudes necesarias para su futura explotación.

Como complemento de todo lo anterior y para la defensa de los valores arqueológicos, la LPHE establece en su artículo 42 un riguroso régimen de autorización administrativa, ya que toda excavación o prospección arqueológica, incluso la que es realizada en un terreno propio, deberá ser expresamente autorizada por la Administración competente que será, como regla general, la Comunidad Autónoma en la que se encuentra el yacimiento y que, *mediante los procedimientos de inspección y control idóneos, comprobará que los trabajos estén planteados y desarrollados conforme a un programa detallado y coherente que contenga los requisitos concernientes a la conveniencia, profesionalidad e interés científico*. Esta autorización administrativa obliga a los beneficiarios a entregar todos los objetos que sean encontrados, *debidamente inventariados, catalogados y acompañados de una memoria, al museo o centro que la Administración competente determine y en el plazo que se fije*. El apartado tercero del precepto, considera ilícitas todas aquellas *excavaciones o prospecciones arqueológicas realizadas sin la autorización correspondiente, o las que se hubieren llevado a cabo con incumplimiento de los términos en que fueron autorizadas, así como las obras de remoción de tierra, de demolición o cualesquiera otras realizadas con posterioridad en el lugar donde se haya producido un hallazgo casual de objetos arqueológicos que no hubiera sido comunicado inmediatamente a la Administración competente*.

Este régimen de autorización administrativa ha sido considerado uno de los elementos estructurales del concepto jurídico de Patrimonio Arqueológico. Así lo pone de manifiesto ALEGRE ÁVILA que considera que el otro elemento estructural vendría determinado por el régimen de atribución de los hallazgos.

Ambos elementos ya se consagraban en la Ley de Excavaciones de 7 de julio de 1911 y han constituido una constante del ordenamiento de los bienes históricos de carácter arqueológico<sup>96</sup>. La LPHE, sin embargo, comporta un superación de lo establecido en el artículo 8 de la norma anterior y el artículo 40 de la Ley del Patrimonio Histórico Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933, que atribuían la propiedad de los hallazgos arqueológicos realizados en las excavaciones autorizadas a sus descubridores.

## 1.2 El dominio público arqueológico

Para comprender la importancia de este régimen general, su carácter profundamente innovador<sup>97</sup> y su incidencia en el derecho penal, es preciso aludir al concepto de *dominio público arqueológico* por la decisiva influencia que tiene sobre la posible calificación de conductas delictivas o irregulares. Hay que recordar que, tradicionalmente, se ha señalado que la riqueza arqueológica presenta mayores riesgos de destrucción<sup>98</sup> que otros elementos integrantes del Patrimonio Histórico Español y que, justamente por ello, la LPHE establece esta fórmula de *hiperprotección* creando el llamado *Dominio Público Arqueológico* cuando otorga a los bienes arqueológicos que puedan ser descubiertos o hallados en el futuro, la condición de bienes de dominio público.

Parece evidente que la finalidad real de esta decisión legislativa debe relacionarse con la preservación del Patrimonio *oculto* y con la necesidad de que no sean cegadas por el expolio estas fuentes de información científica. Recordemos que el artículo 44 considera *bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar*. De esta forma, la LPHE establece una forma de tutela singularizada, una forma especial de posesión potencial del Estado<sup>99</sup> sobre cuantos bienes arqueológicos

---

<sup>96</sup> En general, ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel; *El Patrimonio Arqueológico: Aspectos de su régimen jurídico*, Estudio publicado en la revista Patrimonio Cultural y Derecho, Fundación *Hispania Nostra*, número 1, Madrid, 1997.

<sup>97</sup> ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel; *Evolución ...*; ob. cit., páginas 345 y siguientes.

<sup>98</sup> PASTOR MUÑOZ, Mauricio y PACHÓN ROMERO, Juan Antonio; en términos generales señalan como factor de riesgo y *segunda forma de destrucción* del Patrimonio Arqueológico español la falta de medios materiales. En “¿Quién protege nuestro Patrimonio Arqueológico?” Revista de Arqueología, nº 111, Madrid, 1990. Por su parte, la profesora GUIASOLA LERMA, Cristina; sobre la base anterior, llega a establecer como *causa indirecta* de la destrucción del Patrimonio Arqueológico, *cierta ausencia de capacidad de gestión de un Patrimonio tan rico por parte de la Administración* española, en *Los delitos ...*, ob. cit., página 638.

<sup>99</sup> Como recuerda BARCELONA LLOP, Javier; en “El dominio público arqueológico” trabajo publicado en el número 151 de la *Revista de Administración Pública*, Madrid, 2000, este dominio público se extiende a las piezas arqueológicas pero no al lugar donde son encontradas, todo ello al margen de los instrumentos jurídicos en poder del Estado para otorgar la protección suficiente al yacimiento. Señala expresivamente este autor “El lugar donde los restos se encuentren es irrelevante a los efectos de la

desconocidos puedan encontrarse ocultos en nuestro subsuelo, en la plataforma continental o en el mar territorial<sup>100</sup>.

Hemos de tener en cuenta que esta acusada tendencia hacia la demanialidad *ope legis* de todos los bienes arqueológicos (no solo de las piezas arqueológicas) se viene acentuando, como posteriormente veremos, con el desarrollo sostenido de la legislación autonómica e internacional. A nivel estatal, en tales casos, el artículo 44 de la LPHE establece una fórmula de habilitación general que resuelva los problemas de reserva de ley respecto de las previsiones del Código Civil que pueda suscitar el desarrollo de la legislación autonómica, desarrollo que presenta un indudable interés doctrinal. Concretamente, en sucesivos preceptos y apartados, la LPHE desarrolla un sistema legal bastante complejo que contiene las previsiones que comentamos a continuación.

En todo caso, el descubridor de los bienes arqueológicos que cuente con la pertinente autorización tiene el deber de comunicar a la Administración competente su descubrimiento en el plazo máximo de treinta días y de forma inmediata cuando se trate de hallazgos casuales<sup>101</sup>. Esta formal inmediatez debe ser interpretada teniendo en cuenta las circunstancias de cada hallazgo concreto, la condición del sujeto, así como la facilidad para deducir con mayor o menor facilidad, cual pueda ser su relevancia histórica pero siempre desde una

---

dominialidad (sic). El artículo 40.1 de la Ley 16/1985 es exhaustivo: superficie, subsuelo, mar territorial y plataforma continental. Pero, por supuesto, el dominio público arqueológico se circunscribe a los objetos, no a su nicho natural, cuyo régimen jurídico será el que corresponda conforme a otras reglas. Esto es, y por ejemplo, el subsuelo no es de dominio público porque en él existan bienes arqueológicos, ni el mar territorial tampoco. Este es dominial (sic) porque lo impone el artículo 132.2 de la Constitución, y el primero lo será o no según lo que el ordenamiento ajeno al régimen jurídico de los bienes arqueológicos disponga. Por lo mismo, la declaración de una Zona Arqueológica (art. 15.5 de la Ley 16/1985) no comporta la dominialización (sic) del lugar o paraje, sin perjuicio de la posible aplicación de la técnica de la expropiación forzosa si se considera oportuno y de la sujeción de la Zona al régimen propio de los Bienes de Interés Cultural” (página 155).

<sup>100</sup> Esta regulación administrativa, en buena medida, deriva de distintos instrumentos internacionales que venían advirtiendo de lo pernicioso del fenómeno del expolio arqueológico. En lo que respecta a las llamadas *excavaciones ilícitas*, el artículo 3 del Convenio para la Protección del Patrimonio Arqueológico de 1969 (Edición de La Valeta de 1992) disponía que, *con el fin de preservar el patrimonio arqueológico y garantizar el significado científico del trabajo de investigación arqueológica*, cada Parte se compromete a desarrollar distintos procedimientos de autorización y control de las excavaciones para prevenir toda excavación o desplazamiento ilícito de bienes arqueológicos. Además, en el artículo 10, se regulaba la prevención de la circulación ilícita de los bienes arqueológicos, obligándose las Partes a organizar el intercambio de información entre autoridades e instituciones científicas sobre las excavaciones ilícitas que hayan sido identificadas y a dar a conocer a las autoridades competentes, cualquier oferta sospechosa de proceder de excavaciones ilícitas o de un acto ilegal cometido en una excavación oficial, así como proporcionar todos los detalles posibles al respecto. En cuanto a las llamadas *excavaciones incontroladas* la edición del Convenio de 1969 ya establecía el compromiso de emprender *una acción educativa con el fin de despertar y desarrollar en la opinión pública una concienciación sobre el valor de los bienes arqueológicos y del peligro que representan para este patrimonio las excavaciones incontroladas*. Las afirmaciones anteriores deben conectarse con la habitual alusión a situaciones de error que realizan, en su defensa penal, los acusados de expolio.

<sup>101</sup> La falta de comunicación del descubrimiento o el incumplimiento de las normas del depósito legal constituyen una infracción leve de acuerdo con lo establecido en el artículo 76.1 a) de la LPHE.

perspectiva contextual y no del objeto material encontrado. Merece ser destacada por su importancia práctica la controvertida solución ofrecida en la Ley 14/2007 de Patrimonio Histórico de Andalucía<sup>102</sup>, cuando establece en su *Disposición Transitoria Cuarta* el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley para que tanto las personas físicas como jurídicas *de cualquier naturaleza* puedan poner en conocimiento de la Consejería de Cultura la posesión de cualesquiera bienes integrantes del Patrimonio Arqueológico, mediante *relación detallada que incluya su identificación, descripción, localización y título de adquisición válido en Derecho*. Conforme a su apartado segundo, la falta de cumplimiento de esta disposición acarrea la consideración inmediata de tales bienes como bienes de dominio público *salvo que se acredite su adquisición por cualquier título válido en Derecho* con carácter previo a la creación, en virtud de la LPH, del *Dominio Público Arqueológico*. Tiene lugar con ello la instauración de un amplio sistema para la recuperación de estos bienes y una considerable extensión de la *demanialidad ope legis* para los bienes arqueológicos *desconocidos* cuya posesión no sea puntualmente comunicada a la administración competente,

---

<sup>102</sup> El Artículo 68 del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007 atribuye a la Comunidad Autónoma, reiterando la tradicional y muy discutible *formula enumerativa*, siempre incompleta, la competencia exclusiva en materia de protección del patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico.

Sobre la atribución competencial en materia de Patrimonio Histórico, el *Dictamen* del Consejo Consultivo de Andalucía número 121/2003, de 10 de abril, emitido con ocasión de la tramitación del *Reglamento de Actividades Arqueológicas de Andalucía*, resulta muy expresivo al señalar lo siguiente: “Esta cuestión ha sido objeto de examen por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, pudiendo citarse, entre otras, las sentencias nº 49/1984, 106/1987 y la nº 17/1991, de 31 de enero (FJ 2 y 3), por la que se resolvieron los recursos de inconstitucionalidad acumulados interpuestos contra la Ley 16/1985...Con apoyo en la doctrina constitucional que deriva de la fundamentación de dichas sentencias cabe señalar que los bienes integrantes del patrimonio histórico, por su propia naturaleza, forman parte, de modo importante, del acervo cultural del país y, por tanto, de ese genérico concepto de *cultura* a que se refiere la Constitución no sólo en su artículo 149.2, sino, también en el 44.1. De ello es posible deducir un fundamento que justifique una competencia estatal más amplia que la que resulta de los estrictos términos del artículo 149.1.28ª de la Norma Fundamental. Como ha indicado el Tribunal Constitucional, *la cultura es algo de la competencia propia e institucional, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas...razón a que obedece el art. 149.2 C. E. en el que después de reconocer la competencia autonómica se afirma una competencia estatal, poniendo el acento en el servicio de la cultura como deber* [...] Por ello, puede decirse que las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de cultura es concurrente, corriendo paralelamente a la acción autonómica específica sobre los ámbitos concretos de ese espacio más amplio la del Estado dirigida a la preservación del patrimonio cultural común y en aquellos aspectos que precisen un tratamiento general o exijan su actuación cuando los fines culturales no puedan ser atendidos desde otras esferas institucionales.

No obstante, de esa integración del patrimonio histórico en el concepto *cultura* no cabe deducir una extensión de la competencia estatal a ámbitos no queridos por el constituyente, ya que ello podría vaciar de contenido tanto las competencias estatutariamente asumidas por las Comunidades Autónomas como los propios título competenciales que se refieren a porciones definidas del amplio espectro de aquel concepto (STC 17/1991, F. J. 3). Debe, pues, concluirse afirmando, con base en la doctrina del Tribunal Constitucional, que el Estado ostenta la competencia exclusiva en lo tocante a la defensa del patrimonio histórico contra la exportación y la expoliación, y la Comunidad Autónoma de Andalucía en el resto de aspectos relacionados con el mismo, de acuerdo con la previsión de su Estatuto de Autonomía, sin que ello pueda suponer que se dejen de lado otros títulos competenciales del Estado en materias que puedan presentar incidencia respecto de la que nos ocupa o, incluso, la afectación de intereses generales, que pueden actuar como límites respecto de la competencia autonómica y, en tal sentido, deben ser oportunamente ponderados en el ejercicio de ésta”.

configurándose esta disposición legal, además, como un posible (y siempre discutible) elemento indiciario para valorar la posible existencia de antiguos expolios con trascendencia penal, sobretudo en el caso de profesionales dedicados a la venta de antigüedades, de personas jurídicas implicadas en infracciones urbanísticas o vinculadas con el blanqueo de capitales o de grandes coleccionistas.

Es evidente que la alusión de la ley andaluza a la posible aportación del *título de adquisición válido en Derecho* dirigido a demostrar situaciones de licitud en la posesión de bienes culturales de esta naturaleza, supone un cierto avance sobre otras previsiones anteriores contenidas en diferentes legislaciones autonómicas con rasgos más próximos a la pura incautación de estos bienes. En cualquier caso, es preciso reconocer que, la aplicación práctica y normalizada del precepto puede acarrear algunos problemas de importancia en su relación con diversas instituciones del derecho civil.

La doctrina venía considerando que la operatividad de este rígido mecanismo legal contaba con la limitación cronológica de que tales bienes fueran adquiridos con posterioridad a 1986, cuando tiene lugar la creación, como acabamos de señalar y en virtud de la promulgación de la LPHE, del comentado *Dominio Público Arqueológico*. En este sentido cabría recordar el problemático y criticado<sup>103</sup> artículo 86.1 y la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 11/98, de 13 de octubre, *de Patrimonio Cultural de Cantabria* que extendían esta fórmula de recuperación hasta la Ley de Excavaciones de 1911<sup>104</sup> o la Disposición

---

<sup>103</sup> En general, ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel; *Patrimonio Histórico, cultura y Estado Autonomico ...* o el trabajo anteriormente citado de BARCELONA LLOP, Javier.

<sup>104</sup> Recordemos que el artículo 86 de la Ley 11/1998 de 13 de octubre, *de Patrimonio Cultural de Cantabria*, bajo la rúbrica *Poseción de objetos arqueológicos*, establece lo siguiente:

1. Los poseedores de objetos arqueológicos pertenecientes al Patrimonio Cultural de Cantabria, sean personas privadas o entes públicos de cualquier naturaleza, tienen el deber de declarar la existencia de los objetos que por cualesquiera circunstancias posean con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, en la forma y plazo que se determinan en la disposición transitoria cuarta de esta Ley, así como de entregarlos en los supuestos previstos en el apartado 2 de dicha disposición transitoria. Los efectos de retroactividad tendrán como año límite el de 1911, año en que se promulgó la Ley de Excavaciones y Antigüedades.

2. Los poseedores son responsables de la conservación y seguridad de los objetos arqueológicos en tanto no los entreguen en la forma establecida. Cualquier deterioro de su estado, pérdida o sustracción será sancionada conforme se dispone en esta Ley.

3. Las personas que entreguen objetos o colecciones arqueológicas en los Museos establecidos a tal efecto, tendrán derecho a que se haga constar tal circunstancia en los rótulos de exposición de dichos bienes. En ningún caso se podrá condicionar la exhibición de lo entregado a que los fondos de una misma colección o legado se presenten físicamente juntos, en salas especiales, o cualquier otra circunstancia que interfiera en la correcta exposición y entendimiento de los materiales depositados.

Por su parte la Disposición Transitoria Cuarta señala lo siguiente:

1. En el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de esta Ley, las personas privadas y entidades públicas y privadas que por cualquier título o motivo, incluso en concepto de depósito, posean objetos arqueológicos, deberán comunicar la existencia de los mismos y las condiciones de su obtención al órgano competente de la Administración de la Comunidad Autónoma, o depositarlos en el Museo Arqueológico Regional, cuya dirección dispondrá las medidas oportunas para su documentación y

Transitoria Cuarta de la Ley 14/1999, de 15 de marzo, *de Patrimonio Histórico de Canarias* que se expresaba en términos muy parecidos<sup>105</sup>. El precepto de la ley andaluza, quizá por la contestación doctrinal que encontraron los preceptos anteriores, supone un cierto avance clarificador porque parece concretar definitivamente el régimen transitorio para la utilización de esta recuperación de oficio y enfatiza la necesidad, en todo caso, de que medie un expediente administrativo contradictorio que permita llevar a cabo esta ingrata labor institucional para la recuperación de bienes arqueológicos con las garantías necesarias. Hasta el momento de la entrega efectiva, resulta plenamente aplicable al poseedor de los bienes arqueológicos que sean descubiertos el régimen del depósito legal.

El descubridor y el propietario del lugar en el que hubiere sido encontrado el objeto tienen derecho, en concepto de premio en metálico, a la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya, que se distribuirá entre ellos por partes iguales. Si fuesen dos o más los descubridores o los propietarios se mantendrá igual proporción. La determinación de la cuantía tiene lugar tras la incoación de un expediente contradictorio y conforme a lo dispuesto en la legislación de expropiación forzosa, previos los informes técnicos que se consideren oportunos y esta decisión podrá ser impugnada tanto en la vía administrativa como en la jurisdicción contencioso administrativa. Con esta previsión el precepto administrativo excepciona el régimen establecido para el *tesoro oculto* en el

---

depósito definitivo.

2. Los objetos señalados que, por razón de la legislación aplicable en el momento de su adquisición, sean considerados de dominio público, deberán entregarse en cualquier caso en el plazo previsto en el apartado anterior. Transcurrido dicho plazo, y previo requerimiento, la Administración procederá a su recuperación de oficio.

<sup>105</sup> La norma citada de la Ley 14/1999, de 15 de marzo *de Patrimonio Histórico de Canarias* establece que *en el plazo de un año, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, las personas privadas y entidades públicas, que por cualquier título o motivo, incluso en concepto de depósito, posean objetos arqueológicos pertenecientes al patrimonio histórico canario, deberán comunicar la existencia de los mismos y las condiciones de su obtención al órgano competente de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, o depositarlos en el museo arqueológico de la isla de su domicilio. En este último caso, la dirección del museo dará cuenta al mencionado centro directivo, que dispondrá las medidas oportunas para su documentación y depósito definitivo.* Un segundo apartado de la Disposición indica que tales objetos, considerados de dominio público, *deberán entregarse en cualquier caso en el plazo previsto en el apartado anterior; para concluir que, transcurrido dicho plazo, y previo requerimiento, la Administración Pública de la Comunidad Autónoma procederá a su recuperación de oficio.*

En términos similares, las Disposiciones Transitorias Tercera y Quinta de la Ley 10/1998, de 9 de julio, *de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid*, establecían para los poseedores de objetos arqueológicos de cualquier naturaleza, el deber de declarar su existencia por cualquier circunstancia con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y en el plazo máximo de un año. Igualmente las entidades públicas que, incluso en concepto de depósito, tuvieran en su poder objetos arqueológicos o bienes muebles de especial relevancia para el Patrimonio Histórico, tenían el deber de comunicar su existencia al órgano competente de la Comunidad de Madrid. De lo contrario, se podía considerar que tenía lugar una *posesión ilegal, procediendo el organismo competente, previo requerimiento a su recuperación de oficio.* Resulta sintomático y muy significativo a la hora de valorar la eficacia práctica de estas iniciativas, que estas disposiciones hayan quedado derogadas por la nueva Ley 3/2013, de 18 de junio, *de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid* que no contiene previsión alguna sobre el particular.



artículo 351 del Código Civil Español<sup>106</sup>. Como señala el apartado quinto del artículo 44, se exceptúa de este régimen el hallazgo de las *partes integrantes de la estructura arquitectónica de un inmueble que se encuentre incluido en el Registro de los Bienes de Interés Cultural*, aunque persiste en estos casos la obligación de notificar el hallazgo a la Administración competente en el plazo de 30 días.

Es importante resaltar que esta tasación pericial, cuestión francamente compleja siempre que tratamos con bienes culturales, no parece que tenga que coincidir con el valor que los bienes culturales alcancen o puedan alcanzar en el mercado de antigüedades por diversas razones que inciden, como luego veremos, tanto en su posible *valor incalculable* como en la valoración de algunas magnitudes ajenas a la tasación propiamente dicha como los costos que pueda generar el descubrimiento, gastos de reparación o la posible recuperación de los bienes tras la investigación que corresponda o incluso su posterior explotación. Hay que tener en cuenta, además, que cada vez resulta más difícil, considerar como criterio el valor material del objeto en el mercado lícito de algunos bienes arqueológicos sobre los que pesa, cuando menos en algunos instrumentos jurídicos internacionales, una creciente tendencia a la prohibición de su comercialización y, de hecho, el régimen legal del Patrimonio Arqueológico, especialmente su consideración como bienes de dominio público, lo que determina es su exclusión del tráfico. De otra parte, en los hallazgos que puedan ser calificados como *relativamente casuales* –pensemos en el espeleólogo que descubre en el curso de su actividad piezas arqueológicas- no suele reconocerse por los tribunales el derecho al premio. Como es lógico, el incumplimiento de las anteriores obligaciones previstas privará al descubridor o al propietario del derecho al premio indicado y los objetos quedarán de modo inmediato a disposición de la administración competente, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar y las sanciones administrativas o penales que procedan.

En un principio sostuvo la doctrina que tales bienes pertenecerían al Estado conforme al criterio sostenido por la jurisprudencia constitucional y al entender que los bienes arqueológicos se configuran como una categoría completa o *entera* de bienes y se vinculan con el desarrollo del principio de

---

<sup>106</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 351 del Código Civil *el tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare. Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento en propiedad ajena, o del Estado, y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor. Si los efectos descubiertos fueran interesantes para las Ciencias o las Artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá en conformidad a lo declarado.* Juan Manuel Alegre Ávila señala al respecto que *la declaración de demanialidad del dominio arqueológico arrumba definitivamente las construcciones de la doctrina civilista acerca de la adquisición del tesoro o hallazgo arqueológico.* En *El Patrimonio Arqueológico: Aspectos de su régimen jurídico*, [...] página 126.

igualdad constitucional<sup>107</sup>. Posteriormente, algunas leyes autonómicas, como ocurrió con la Ley 9/1993, *de Patrimonio Histórico de Cataluña*, otorgaron estos bienes a la administración autonómica en aquellos supuestos en los que era la que abonaba el importe del premio al descubridor<sup>108</sup>. Sucesivas leyes autonómicas incidieron en el mismo criterio y en su consideración de administración *adquirente* de los bienes. En mi opinión, cierto desajuste normativo ha determinado que se haya sostenido igualmente por la doctrina, en especial por el profesor BARCELONA LLOP, que el *dominio público arqueológico* es de titularidad autonómica, teniendo en cuenta el silencio que deliberadamente mantiene la LPHE y conforme al criterio del pago del premio realizado por la administración competente, aunque ello no sea óbice para que, como señala el mismo autor<sup>109</sup>, en determinadas ocasiones, esta titularidad corresponda al Estado cuando es quien realiza materialmente el pago por los hallazgos casuales o cuando se trata de objetos vinculados con bienes gestionados por la administración estatal o que pertenezcan al Patrimonio Nacional. Al día de hoy, aunque se trate de una situación controvertida, la realidad práctica y el desarrollo normativo parece imponer este segundo criterio. Cabría añadir como argumento, que la práctica cotidiana de los tribunales de la jurisdicción penal, en situaciones de expolio o daños a bienes arqueológicos, llevan cabo el ofrecimiento de acciones a la Comunidad Autónoma y que el Ministerio Fiscal, como regla general, reclama en su favor y conforme al criterio anterior las indemnizaciones

---

<sup>107</sup> Sentencia de Tribunal Constitucional número 227/1988, de 29 de noviembre. Aunque no referida a una controversia vinculada con bienes culturales sino con la Ley *de Aguas*, en su fundamentación jurídica, alude a las “categorías enteras de bienes” que asocia con el dominio público del Estado. Concretamente señala lo siguiente: *Pero es que, además, las normas constitucionales relativas a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que inciden directamente sobre el régimen jurídico de la titularidad de los bienes conducen a la misma conclusión. Si la técnica jurídica del dominio publico supone ante todo la segregación de determinados bienes del tráfico jurídico privado, es obvio que la inclusión en el mismo de categorías enteras de bienes, definidas por sus elementos naturales, constituye una línea divisoria, de alcance general, respecto de la clasificación de los bienes en susceptibles o no de ser objeto del derecho de propiedad privada. Las normas jurídicas establecen así una “suma divisio” que, sin perjuicio de la afectación singular de otros bienes que pueden ser indistintamente objeto de apropiación privada, repercute de manera directa en el régimen jurídico del derecho que reconoce el art. 33.1 de la Constitución, al que fijan un límite objetivo esencial. En consecuencia, aquella forma de afectación general al dominio publico mediante ley de todo un genero de bienes definidos por sus características naturales compete en exclusiva al Estado, y ello tanto porque se debe entender incluida en el concepto material de legislación civil, a que se refiere el art. 149.1.8.a de la Constitución, como porque atañe a las condiciones básicas o posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, respecto de los que el Estado debe garantizar la igualdad sustancial, mediante su propia regulación, de acuerdo con el art. 149.1.1.a de la Constitución.*

<sup>108</sup> El artículo 53 de la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, *del Patrimonio Cultural Catalán*, bajo la rúbrica *Titularidad de los descubrimientos*, señala que los bienes que de acuerdo con la Ley del Patrimonio Histórico Español, tienen la consideración de dominio público y son descubiertos en Cataluña se integran en el patrimonio de la Generalidad. No obstante, si los derechos económicos a los que hace referencia el artículo 51.4 son satisfechos por otra Administración pública, los bienes se integran en el patrimonio de esta Administración.

<sup>109</sup> BARCELONA LLOP, Javier; “El dominio ...; ob. cit., páginas 143 y siguientes.

que correspondan. No cabe duda que algunos principios propios del conservacionismo cultural, como la idea de contextualización de los bienes arqueológicos y su vinculación con el espacio físico o histórico inmediato en el que aparecen, parecen abonar esta tesis sobre la anterior.

Cuestión de gran interés que no podemos obviar es la determinación de la extensión objetiva del premio que deba obtenerse una vez producido el hallazgo arqueológico, teniendo en cuenta que, en la mayoría de las ocasiones, estará delimitado por un contexto material de cierta amplitud y que alcanzará por sí mismo una condición relevante desde un punto de vista histórico. Como ejemplo práctico para ilustrar este problema y las soluciones que puedan ofrecerse para el régimen legal consagrado en nuestra LPHE, podríamos recordar algunos antecedentes que son especialmente significativos.

El excepcional descubrimiento de la famosa *Dama de Baza* por el historiador y arqueólogo español FRANCISCO JOSÉ PRESEDO VELO (1923-2000) el 21 de julio de 1971, dio lugar a la sentencia del la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1976, dictada conforme a la regulación anteriormente vigente. La conocida y extraordinaria escultura<sup>110</sup>, tras su descubrimiento, fue calificada como *antigüedad* según el artículo segundo de la Ley de Excavaciones 7 de julio de 1911 y otras disposiciones de la Ley de 13 de mayo de 1933, declarándose la aplicación del artículo 350 del Código Civil que atribuía la propiedad al dueño del terreno en el que se encontrara la propiedad aunque esta regla general contaba con la excepción del hallazgo casual, en cuyo caso, la propiedad se atribuía al Estado. No pudo declararse este descubrimiento como un hallazgo casual porque el descubridor comenzó, con la oportuna autorización ministerial, la excavación en terreno de su propiedad pero se extralimitó en su permiso al invadir un terreno ajeno y continuar su excavación de forma irregular e impidiendo con su conducta que el hallazgo, que tuvo lugar fuera del perímetro autorizado, se entendiera como casual produciéndose, además, la pérdida de todos sus derechos. Declarada la propiedad del Estado y sostenida la controversia sobre la falta de autorización, solo fue fijado el derecho a la indemnización a favor del dueño del terreno. Resulta curioso que en este caso, el descubridor previamente realizó un acto de donación a favor del Estado del hallazgo arqueológico pero el Tribunal Supremo lo estimó inválido, al tratarse de una excavación que consideró no autorizada y declarando la vigencia del viejo principio *nemo dat quod non habet*.

---

<sup>110</sup> Se trata de una escultura íbera del siglo IV a. C., realizada en piedra caliza y policromada que se expone en el Museo Arqueológico Nacional de Madrid. Fue descubierta en el lugar conocido como *Cerro del Santuario*, en la necrópolis de Baza (Granada).

Junto al caso anterior, más recientemente, podríamos recordar otro famoso descubrimiento como el de la villa romana descubierta en Carranque, en la provincia de Toledo, un conjunto monumental de finales del siglo IV, que tuvo lugar en el año 1983 cuando un agricultor descubrió, mientras araba en el lugar conocido como *Suertes de Abajo*, una serie de mosaicos de extraordinario valor. El lugar es hoy conocido como *Villa Materno*, una lujosa residencia de la época del emperador Teodosio y de unos mil cien metros cuadrados, al aparecer ese nombre en la cartela del dormitorio principal. El complejo se integra por una basílica (la basílica cristiana más antigua de la Península Ibérica), un ninfeo y la villa citada que cuenta con una serie de lujosas estancias alrededor del peristilo en las que destacan hasta un total de 23 mosaicos dedicados a Aquiles o Adonis, además de un espectacular mosaico del corredor principal que representa al dios Océano. Traemos a colación este descubrimiento casual porque dio lugar a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de fecha número 114/1992, de 19 de enero. En un principio, el descubridor solo recibió el 25% del valor del mosaico encontrado pero, disconforme con esta decisión, planteó una serie de recursos que terminaron por el dictado de la resolución citada que vino a darle la razón, estableciendo que el premio económico recibido debía valorar el conjunto monumental en su integridad. Esta sentencia establece, conforme con otros criterios de naturaleza análoga que se incluyen en la propia LPHE<sup>111</sup>, ya vigente cuando tiene lugar este pronunciamiento jurisdiccional, una interpretación integrada y científica de los restos o vestigios arqueológicos, teniendo en cuenta el carácter unitario de los mosaicos y la unidad arquitectónica y temporal de un conjunto claramente delimitado y que ha sido considerado, como expresamente se establecía en la sentencia, *como un verdadero hito en la historia de la arqueología española*<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> Entre otros el concepto de elementos consustanciales del artículo 11 la Ley 16/85 respecto a los *Bienes de Interés Cultural* o la propia definición de las llamadas *zonas arqueológicas* del artículo 15.5 del mismo texto legal.

<sup>112</sup> Conforme al Fundamento Cuarto de la Sentencia 114/92 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el hallazgo casual del recurrente se inició "cuando -según sus propias palabras" comenzó a arañar el suelo para distraer el tiempo o entretenerse» mientras pastaba el rebaño que cuidaba en finca ajena, permitió el descubrimiento de un mosaico completo, primero, y después de los otros mosaicos en excelente estado de conservación. En las circunstancias descritas el hallazgo del actor no puede ser calificado como alega la Administración a los efectos de fijar el permiso previsto para el inventor como un "bien mueble» por el hecho de haber sido arrancado y depositado en un museo, con la aplicación consiguiente de los arts. 614 y 351 del Código Civil. El mosaico primeramente descubierto y los demás que después fueron hallados eran elementos de un mismo conjunto arquitectónico, como pavimento de las dependencias que lo componían, y su naturaleza de bien inmueble del todo y de los mosaicos descubiertos resulta del art. 334, núm. 1.º respecto a la construcción y núm. 4.º del Código Civil en cuanto a los mosaicos como elemento de ornamentación colocado en el edificio por su dueño originario con el evidente propósito de unirlos de un modo permanente al edificio. En consecuencia, las normas del Código Civil relativas al tesoro oculto no son de aplicación por tratarse de un bien inmueble y por no haber sido descubiertas solamente por el actor que se limitó a comunicar a las Autoridades lo que había descubierto sin haber tenido otra intervención ni en los trabajos de descubrimiento y traslado del mosaico entero ni en las subsiguientes del

Para completar este epígrafe y concluir nuestra referencia básica a la regulación administrativa de la actividad arqueológica, tenemos que recordar que la LPHE contiene una definición de expolio que, alejada de la percepción habitual del término, enfatiza la posición activa que debe mantener en todo caso la Administración para la defensa de los bienes culturales, especialmente de aquellos bienes que son tan frágiles como los arqueológicos. Así, el artículo 4 de la ley citada 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 tales casos la Administración del Estado, con independencia de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas, en cualquier momento, podrá interesar del Departamento competente de Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente la adopción con urgencia de las medidas conducentes a evitar la expoliación. Si se desatendiere el requerimiento, la Administración del Estado dispondrá lo necesario para la recuperación y protección, tanto legal como técnica, del bien expoliado.* Como veremos posteriormente, este concepto administrativo de expolio no puede coincidir en modo alguno con un concepto penal de los *actos de expolio* que ahora, tras la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, aparecen expresamente referidos en el artículo 323 del Código Penal. Esta falta de coherencia mínima entre la legislación administrativa y la norma penal constituye un serio escollo para llevar a cabo una interpretación unitaria en materia de daños, dolosos o imprudentes, al Patrimonio Histórico Español en general y al Patrimonio Arqueológico en particular.

Por último y para concluir con nuestro breve análisis de esta regulación básica y conforme a lo establecido en el artículo 43 de la LPHE, hay que reseñar que la Administración, para el desarrollo de una correcta política cultural, podrá ordenar la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas en cualquier terreno público o privado del territorio español, en el que se presuma la existencia de yacimientos o restos arqueológicos, paleontológicos o de componentes geológicos con ellos relacionados, con aplicación de lo establecido en la legislación en la materia de expropiación forzosa.

---

hallazgo de los restos de toda una villa romana que han requerido cuatro años de trabajos y gastos sufragados por la Administración demandada. No procede, por tanto, aceptarse la conclusión de la sentencia apelada coincidente con el criterio de la Administración de que a efectos de la indemnización que reclama, el descubrimiento del recurrente fue solamente el mosaico que resultó corresponder a una estancia de la villa, separando artificialmente el mosaico hallado no sólo del suelo al que estaba unido sino de las demás estancias con las que forma un resto arqueológico de conjunto que ha sido calificado como "un verdadero hito en la historia de la arqueología de nuestro país», y que se ha considerado como el conjunto de mosaicos romanos más importante hallado hasta ahora en la Península."

### 1.3 La acción concertada

El sistema constitucional español y el normal desarrollo del Estado de las Autonomías guarda alguna complejidad que se extiende, por aplicación de lo previsto en el artículo 148.1 de la Constitución de 1978<sup>113</sup>, a la gestión del Patrimonio Histórico al tratarse de uno de los ejemplos más significativos de la llamada competencia compartida. Ello exige la creación permanente de instrumentos jurídicos de cooperación institucional que permitan el cumplimiento del Principio General de Colaboración que siempre debe presidir la relación del Estado con las Comunidades Autónomas y que, conforme a nuestra jurisprudencia constitucional, se concreta en el intercambio recíproco de información y de auxilio. Esta necesidad se ha hecho cada día más necesaria con el desarrollo de una normativa nacional e internacional que promueve un desarrollo creciente de la tutela de nuevas categorías de protección de los bienes culturales y por acciones delictivas marcadas por algunas notas propias de la criminalidad organizada como su carácter transnacional<sup>114</sup>.

Como se ha señalado desde la doctrina<sup>115</sup>, la promulgación de la LPHE, contaba entre sus finalidades principales la de facilitar el desarrollo de esta acción concertada. Un ejemplo de esta actividad estatal podría venir determinado por la adjudicación de aquellas piezas arqueológicas que son incautadas en el territorio de una determinada Comunidad Autónoma cuando se tiene constancia de su expoliación en otra distinta. En tales casos y conforme a los principios que inspiran la legislación protectora de los bienes culturales, parece razonable que pueda gestionarse su adjudicación al territorio originario al que pueda vincularse su hallazgo.

Se ha puesto de manifiesto la necesidad de una especial coordinación en materia tan sensible como la declaración de Bienes de Interés Cultural que, en un principio, se realizaba a nivel estatal pero que han terminado asumiendo en parte las Comunidades Autónomas, tras el dictado de la trascendental Sentencia 17/1991, de 31 de enero, por el Tribunal Constitucional<sup>116</sup>. El desarrollo de

---

<sup>113</sup> Conforme a lo señalado en los apartados 15<sup>a</sup>, 16<sup>a</sup> y 17<sup>a</sup> del apartado 1 del artículo 148 de la Constitución Española de 1978, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma; patrimonio monumental de interés para la Comunidad Autónoma y fomento de la cultura.

<sup>114</sup> Sobre el particular, *Cooperación y Coordinación Cultural*, publicación oficial *sin autor* del Ministerio de Cultura, Madrid, 1995 (179 páginas).

<sup>115</sup> ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel; *Evolución ...*, ob. cit., págs. 754 y siguientes.

<sup>116</sup> El Tribunal Constitucional señaló en la Sentencia 17/1991 de 31 de enero, que “la categoría legal de los bienes de interés cultural dentro del Patrimonio Histórico Español está integrada por los más relevantes del mismo, normalmente situados en alguna de las Comunidades Autónomas. Y a ellas, en cuanto la tengan asumida estatutariamente, debe corresponder la competencia para emitir su declaración formal, sin perjuicio de la del Estado en los supuestos singulares en que esta le viene atribuida por la Constitución”.

registros propios y la creación de nuevas categorías de protección, plantea como un riesgo real una posible falta de uniformidad que debe ser corregida mediante la coordinación institucional<sup>117</sup>.

No podemos olvidar, por último, la importancia de la actuación del Ministerio Fiscal<sup>118</sup> en estos últimos años para conseguir que tenga lugar una actuación especializada<sup>119</sup> que procure la aplicación uniforme de la ley penal que se configura, teniendo en cuenta el continuo desarrollo en la materia de la legislación autonómica, como otro elemento esencial para sostener esta forma de acción concertada en la defensa y preservación de los bienes culturales de todo el Estado. Sobre este particular conviene recordar, aunque de forma muy sucinta, como se agudiza este problema anterior por la llamada *cuestión procesal española* ya que nuestra anacrónica Ley de Enjuiciamiento Criminal dificulta, con su defectuoso sistema de recursos y teniendo en cuenta la penalidad señalada en el Código Penal, el pronunciamiento habitual del Tribunal Supremo a través del Recurso de Casación. Esta cuestión se vera afectada positivamente por la

---

<sup>117</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina; *Delitos ...*; ob. cit., páginas 369 y siguientes. Alerta previamente del problema GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier; en *La protección jurídica del Patrimonio Cultural. Nuevas cuestiones y nuevos sujetos a los diez años de la Ley del Patrimonio Histórico Español*, publicado en la revista Patrimonio Cultural y Derecho, número 1, páginas 33 y siguientes.

<sup>118</sup> El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981, tras la reforma operada en 2007, en su artículo 20.2 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, que ejercerá las siguientes funciones:

a) Practicar las diligencias a que se refiere el artículo Cinco a intervenir, directamente o a través de instrucciones impartidas a los delegados, en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, referentes a delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, la protección de la flora, fauna y animales domésticos, y los incendios forestales.

b) Ejercitar la acción pública en cualquier tipo de procedimiento, directamente o a través de instrucciones impartidas a los delegados, cuando aquella venga prevista en las diferentes leyes y normas de carácter medioambiental, exigiendo las responsabilidades que procedan.

c) Supervisar y coordinar la actuación de las secciones especializadas de medio ambiente y recabar los informes oportunos, dirigiendo por delegación del Fiscal General del Estado la red de Fiscales de medio ambiente.

d) Coordinar las Fiscalías en materia de medio ambiente unificando los criterios de actuación, para lo cual podrá proponer al Fiscal General la emisión de las correspondientes instrucciones y reunir, cuando proceda, a los Fiscales integrantes de las secciones especializadas.

e) Elaborar anualmente y presentar al Fiscal General del Estado un informe sobre los procedimientos seguidos y actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente, que será incorporado a la memoria anual presentada por el Fiscal General del Estado.

Para su adecuada actuación se le adscribirá una Unidad del Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil, así como, en su caso, los efectivos necesarios del resto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que tengan competencias medioambientales, de conformidad con la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Igualmente, podrán adscribirse los profesionales y expertos técnicos necesarios para auxiliarlo de manera permanente u ocasional. La Fiscalía podrá recabar el auxilio de los agentes forestales o ambientales de las administraciones públicas correspondientes, dentro de las funciones que estos colectivos tienen legalmente encomendadas”. Estas funciones han sido asumidas desde su creación por el Fiscal Antonio Vercher Noguera.

<sup>119</sup> RODRÍGUEZ LEÓN, Luis Carlos; Coordinador del trabajo *Protección Jurídica del Patrimonio Cultural*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 2009; en particular, “El Fiscal en los delitos contra el Patrimonio Histórico”, páginas 211 y siguientes.

reciente instauración de la segunda instancia penal a través de la reforma realizada a través de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*.

#### 1.4 Los *Bienes de Interés Cultural* vinculados con la arqueología

La doctrina española distingue dos ámbitos de protección de los bienes culturales. Un ámbito material que combate su degradación física y un ámbito de naturaleza jurídica de mayor complejidad que procura la creación de instrumentos jurídicos que posibiliten su disfrute cotidiano por la colectividad<sup>120</sup>. Dentro de los citados instrumentos jurídicos, el elemento máximo de protección administrativa de cualesquiera de las categorías de bienes que integran el Patrimonio Histórico Español es su declaración formal como *Bien de Interés Cultural* por la administración competente. Su regulación básica aparece detallada en el Título I de la LPHE y comprende los artículos 9 a 13 de la norma, preceptos que deben completarse con las medidas de protección a las que se alude en el Título IV (artículos 25 a 39) y otras disposiciones legales de menor rango, al margen del amplio desarrollo producido en los últimos treinta años en las Comunidades Autónomas. Este régimen de protección administrativa, en lo que a la legislación estatal se refiere, se completa con la posible inclusión de los bienes muebles no declarados de interés cultural pero singularmente relevantes, en el llamado *Inventario General* (artículo 26 de la LPHE) que confecciona la Administración del Estado con las demás Administraciones competentes<sup>121</sup>.

Las características principales de esta declaración interesan al ámbito penal y pueden resultar determinantes, como es lógico. Para establecer con suficientes garantías la existencia de responsabilidades penales. La relación entre la ley penal y la administrativa debe tener lugar teniendo en cuenta que es preciso construir una teoría jurídico penal propia que sea respetuosa con la diversidad territorial y legislativa española<sup>122</sup>. Conforme a las disposiciones contenidas en la LPHE, estas características pueden resumirse en los siguientes términos:

- Se trata de un instrumento jurídico administrativo trascendental para el conservacionismo cultural que se adopta, tras la incoación de un expediente contradictorio, y tiene la finalidad de otorgar a determinados bienes

---

<sup>120</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier; “Función del derecho en la protección de los bienes culturales”; en *Estudios sobre el derecho del Patrimonio Histórico*, Madrid, 2008, pág. 46.

<sup>121</sup> Señala el artículo 26 de la LPHE que *la Administración del Estado, en colaboración con las demás Administraciones competentes, confeccionará el Inventario General de aquellos bienes muebles del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural que tengan singular relevancia*.

<sup>122</sup> GARCÍA CALDERÓN, Jesús; “La relación del Patrimonio Histórico con el derecho penal”; en *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*, Ministerio de Cultura, Madrid, 2006.



culturales, teniendo en cuenta su especial valor, una singular protección y tutela que se concreta en el control e intervención de la Administración Pública, estatal o autonómica, ante situaciones de expolio, licencias, restauración o cualesquiera otras intervenciones que puedan generar algún riesgo de pérdida o destrucción. Se trata de una *declaración administrativa individualizada* a través de la *técnica más depurada y decantada por el ordenamiento jurídico protector* de los bienes culturales<sup>123</sup>.

- Se trata de un acto administrativo de naturaleza constitutiva, ya que no se limita a constatar la cualificación del bien para que tenga lugar su ingreso en el ámbito de protección singular del Patrimonio Histórico. Aunque la doctrina italiana vincula esta declaración como un “acertamiento”, una mera constatación de la cualidad de la cosa; la administración competente cuenta con un margen suficiente para realizar un juicio de valor o ponderación que determina su naturaleza constitutiva<sup>124</sup>.
- La declaración como *Bien de Interés Cultural* igualmente comporta una serie de obligaciones para su propietario, sea particular o público, de manera que pueda el bien declarado como tal, cumplir su función constitucional. Podríamos destacar la necesidad de autorización de la Administración competente para obras que les afecten (artículo 19 de la LPHE).
- En términos generales y a salvo de diversas peculiaridades de potestad estatal, puede declararse por el Estado y por las Comunidades Autónomas, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 1//1991, de 31 de enero que declaró la constitucionalidad del artículo 9 de la LPHE<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel; *Evolución ...*; ob. cit., pág. 411. Cita como antecedente histórico la Ley de 14 de marzo de 1915, “la primera que consagra normativamente la técnica aquí reseñada a través de la creación de la categoría de Monumento Arquitectónico Artístico”.

<sup>124</sup> ALEGRE ÁVILA, Juan Antonio; *Evolución ...*; ob. cit., págs. 515 y siguiente del Tomo I

<sup>125</sup> El fundamento jurídico décimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1992, de 31 de enero que sirve de base para declarar la constitucionalidad del artículo 9 de la LPHE; señala lo siguiente: “El art. 9 es impugnado por todos los recurrentes, articulándose en torno al mismo la pretendida inconstitucionalidad de otros preceptos de la misma Ley, con lo cual viene a constituir un nudo esencial en el régimen de competencias debatido.

Los recurrentes alegan que este precepto, al prescribir la declaración de interés cultural para gozar de singular protección «mediante Real Decreto», relegaría a las Comunidades Autónomas a la mera tramitación del expediente. Coinciden en señalar que el Estado carece de competencias ejecutivas en esta materia que no sean las estrictamente encaminadas a la defensa contra la exportación y la expoliación, y que corresponde a las Comunidades Autónomas que estatutariamente hayan asumido competencias, la declaración de interés cultural de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español radicados en cada Comunidad.

La calificación formal como bienes de interés cultural de «los más relevantes» del Patrimonio Histórico Español (art. 1.3 de la Ley) constituye un requisito para que puedan gozar de singular protección y tutela (art. 9.1) y también por tanto para su defensa contra la exportación y la expoliación; pero lo es asimismo para la sumisión a un régimen singular derivado de su importancia cultural y que en su propia complejidad abarca medidas de estricta protección y defensa junto a otras que no lo son y tienen naturaleza jurídica variada.

La amplitud de consecuencia de la resolución que califica y declara un bien de interés cultural tiene, por lo tanto, un alcance general respecto al régimen del mismo y no sólo en relación con su defensa frente a la expoliación y la exportación. La categoría legal de los bienes de interés cultural dentro del Patrimonio

- Pueden ser declarados *Bienes de Interés Cultural* tanto bienes muebles como inmuebles. Existe una prohibición expresa (artículo 9.4 de la LPHE) ya que no podrá ser declarada *Bien de Interés Cultural la obra de un autor vivo, salvo si existe autorización expresa de su propietario o media su adquisición por la Administración.*
- La solicitud de incoación del expediente, que produce la aplicación provisional de este régimen de protección de forma inmediata, puede realizarla cualquier persona a quien deberá notificársele la decisión adoptada.
- El expediente debe ser sustanciado en el plazo máximo de 20 meses y deberá concluir en virtud de una resolución *que deberá describir el Bien de Interés Cultural claramente.* En el supuesto de bienes inmuebles, *delimitará el entorno afectado por la declaración y, en su caso, se definirán y enumerarán las partes integrantes, las pertenencias y los accesorios comprendidos en la declaración* (artículo 11 de la LPHE). La delimitación y descripción del bien resulta trascendental y especialmente necesaria en el caso de los yacimientos arqueológicos, así como el que cuente con una señalización adecuada.
- Con respecto a los bienes inmuebles es necesario incorporar al ámbito de protección del Expediente los llamados *elementos consustanciales* que aparecen definidos en el artículo 14.1 de la LPHE como aquellos elementos que formen parte de los edificios o de su entorno 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. En los

---

Histórico Español está integrada por los más relevantes del mismo, normalmente situados en alguna de las Comunidades Autónomas. Y a ellas, en cuanto la tengan asumida estatutariamente, debe corresponder la competencia para emitir su declaración formal, sin perjuicio de la del Estado en los supuestos singulares en que a éste le viene atribuida por la Constitución y se señalan en el apartado b) del citado art. 6. En consecuencia, el inciso final del art. 9.1 («Declarados de interés cultural mediante Real Decreto de forma individualizada») no se ajusta al bloque de la constitucionalidad mas que si se entiende referido solamente a aquellos supuestos en que es competente el Estado para la ejecución de la Ley, es decir, los mencionados en el párrafo b) del citado art. 6. Pero sería contrario a aquél si se le considerase aplicable en todo caso. Así depurado el precepto de su exceso competencial (incluso el inciso inicial del párrafo 2) el resto de sus normas no implican extralimitación y son aplicables a todos los expedientes de declaración tanto los de competencia del Estado como de las Comunidades Autónomas.

Cuestión distinta es la declaración «por ministerio de esta Ley», puesto que se trata de una medida legislativa cuyo objeto es el de remitirse a supuestos concretos contenidos en la propia Ley y no impugnados, donde se definen las categorías de esos bienes, o bien, según la Disposición adicional primera (que tampoco se impugna), a atribuir la nueva denominación y las consecuencias derivadas de su inclusión en el régimen que la Ley establece para los que ya estaban declarados o incluidos con anterioridad en inventario.

En conclusión, procede declarar que el inciso final del art. 9, párrafo primero, de la Ley («mediante Real Decreto de forma individualizada»), es constitucional en relación con la declaración de interés cultural de los bienes sólo cuando ésta corresponda formularla a la Administración del Estado, o sea, en los supuestos del art. 6 b); y otro tanto cabe decir del apartado 5 del mismo artículo, puesto que su contenido es el mismo, aunque de signo contrario.

Idéntica conclusión debe aplicarse a la Disposición transitoria sexta, 1, en cuanto también en ella aparece como prescripción impugnada la de que la resolución tenga lugar en todo caso mediante Real Decreto”.

Expedientes a Bienes Inmuebles se establece, además, un período público de información, con audiencia a los Ayuntamientos interesados.

- Para la *Declaración de un Bien de Interés Cultural* es necesario el informe favorable de alguna de las instituciones consultivas que son citadas en el artículo 3.2 de la LPHE al margen del *Consejo del Patrimonio Histórico* o de las instituciones análogas existentes en las Comunidades Autónomas<sup>126</sup>.
- Todas las declaraciones serán incluidas en un Registro General dependiente de la Administración del Estado. Este registro se realiza en la actualidad por la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales y de Archivos y Bibliotecas, a través de la Subdirección General de Protección del Patrimonio Histórico.
- Bien de oficio o bien a instancia del titular de un interés legítimo y directo, puede instarse de la Administración competente que quede sin efecto la declaración de *Bien de Interés Cultural*, siendo necesario contar en tal caso con el informe favorable de alguna de las instituciones consultivas previamente aludidas.

El concepto de *Bien de Interés Cultural* no es utilizado, ni directa o indirectamente, por la norma penal aunque el artículo 320 de nuestro Código al referirse al *derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos* parece estar pensando en esta fórmula de protección. En cualquier caso, no parece que pueda limitarse el ámbito de protección penal por la exigencia previa de esta declaración administrativa aunque tendrá siempre un extraordinario valor probatorio en toda clase de infracciones penales que puedan tener lugar por conductas dolosas e imprudentes. Esta importancia se extiende, como es lógico, a todo el proceso administrativo contradictorio, donde los documentos aportados por instituciones consultivas, particulares, organizaciones ciudadanas o la propia administración, pueden resultar muy interesantes y determinar la aplicación de la norma penal en determinadas situaciones.

En lo que respecta a los bienes arqueológicos en particular, la protección puede extenderse a una zona arqueológica determinada conforme a su definición legal, a uno o varios yacimientos o a bienes individuales que hayan sido

---

<sup>126</sup> En el artículo 3.2 de la LPHE se indica que, sin perjuicio de las funciones atribuidas al Consejo del Patrimonio Histórico, son instituciones consultivas de la Administración del Estado, a los efectos previstos en la presente Ley, la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, las Reales Academias, las Universidades españolas, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y las Juntas Superiores que la Administración del Estado determine por vía reglamentaria, y en lo que pueda afectar a una Comunidad Autónoma, las instituciones por ella reconocidas. Todo ello con independencia del asesoramiento que, en su caso, pueda recabarse de otros organismos profesionales y entidades culturales. En lo que respecta a las Reales Academias, deberían integrarse en esta relación, aquellas corporaciones históricas y periféricas que ostentan la condición de Academias *asociadas* al Instituto de España, todo ello conforme a las *Normas para la relación de las Academias Provinciales o Territoriales con el Instituto de España de 20 de octubre de 1979*.

previamente extraídos; así como a ruinas y vestigios que presenten un cualidad más o menos monumental. No presentan ninguna característica diferenciadora, aunque en estos casos resulta especialmente necesaria la acreditación documental del valor y a ser posible del origen de los bienes, así como la delimitación del perímetro que debe ser objeto de protección y la oportuna explicación histórica del entorno. Aunque no es un atributo exclusivo de los bienes arqueológicos, este valor del contexto y la relación existentes entre los bienes afectados cobra una especial significación y debe promover un criterio en virtud del cual se promueva, siempre que sea posible, la conservación *in situ* de los bienes descubiertos. Conforme a lo establecido en el artículo 15 de la LPHE y para el caso de inmuebles, al margen de las zonas arqueológicas, cada declaración debe identificarse con alguna de las categorías de protección que son definidas en la norma, teniendo en cuenta que los restos arqueológicos pueden formar parte de alguna declaración más compleja que albergue otros valores monumentales de distinta importancia. De hecho los trabajos arqueológicos podrían operar como elementos consustanciales que incrementan el valor de monumentos, conjuntos monumentales, jardines o sitios históricos<sup>127</sup>.

De acuerdo con lo establecido artículo 27 de la LPHE los bienes muebles, incluidos los arqueológicos, integrantes del Patrimonio Histórico Español podrán ser declarados Bienes de Interés Cultural. La ley extiende esa posible declaración para aquellos bienes muebles que están *contenidos* en un inmueble o vinculados con el y que haya sido objeto de dicha declaración siempre y cuando se reconozcan *como parte esencial de su historia*. Aunque se trata de un situación excepcional puede tener lugar, con relativa frecuencia, con algunas piezas arqueológicas de gran valor o incluso colecciones que hayan sido depositadas durante siglos en inmuebles o incluso utilizadas como elemento decorativo o

---

<sup>127</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 15 de la LPHE,

1. Son Monumentos aquellos bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería u obras de escultura colosal siempre que tengan interés histórico, artístico, científico o social.
2. Jardín Histórico es el 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.
3. Conjunto Histórico es la agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo es Conjunto Histórico cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúna esas mismas características y pueda ser claramente delimitado.
4. Sitio Histórico es el 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.
5. Zona Arqueológica es 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.

característico del espacio cultural protegido; situaciones, todas ellas con una posible incidencia práctica en el ámbito penal.

Por último, conforme a lo establecido en el artículo 20 de la LPHE, la declaración como bien de interés cultural de una Zona Arqueológica, determina la aplicación de un rigurosos régimen de autorización administrativa para la realización de obras o modificaciones, además de la obligación municipal de redactar un *Plan Especial de Protección* de las áreas afectadas u otro instrumento similar del planeamiento urbanístico y hasta su aprobación definitiva no se permitirán alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones<sup>128</sup>.

## 2. Un bien jurídico *propio* para a tutela del Patrimonio Arqueológico

No debe extrañarnos, conforme a todas las consideraciones anteriores, que el bien jurídico tutelado por la norma penal en cualesquiera agresiones al Patrimonio Histórico que consideremos relevantes, esté caracterizado por su complejidad y por su carácter colectivo, multidisciplinar, difuso y cambiante que exige una relación coordinada con las autoridades responsables de la gestión cultural e incluso con las unidades policiales especializadas que investigan los delitos vinculados con el Patrimonio Histórico cuando nos proporcionan con su experiencia algunos elementos criminológicos de inestimable valor. Para establecer los perfiles de ese bien jurídico protegido es preciso, en primer término y como presupuesto lógico, realizar algunas breves consideraciones acerca de la relación existente entre el Patrimonio Histórico, arqueología y Medio Ambiente.

### 2.1 Medio Ambiente y Patrimonio Histórico

Como ya pusimos de manifiesto, la *Comisión Franceschini* incluyó en su primera parte un apartado específico y referido a los llamados *Bienes Culturales Ambientales*, considerando como tales en su Declaración XXXIX, *las zonas geográficas que constituyen paisajes, naturales o transformados por la obra del hombre, y las zonas delimitadas que constituyen estructuras de asentamientos, urbanas y no urbanas, que presentan particular interés por sus valores de civilización*. Conforme a la descripción anterior los bienes ambientales podrían clasificarse como hace MARTÍNEZ PINO<sup>129</sup> en dos grandes grupos, diferenciando los paisajísticos de los urbanísticos y, a su vez, dentro de los primeros, cabría distinguir entre las *áreas naturales* que serían grandes espacios vinculados con algún accidente geográfico; *áreas ecológicas* que serían espacios más limitados o territorios con un particular interés por la existencia de flora y fauna relacionada

---

<sup>128</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier; “La nueva regulación española sobre el Patrimonio Arqueológico”; en *Estudios sobre el derecho del Patrimonio Histórico*, Madrid, 2008, pág. 545.

<sup>129</sup> MARTÍNEZ PINO, Joaquín; “La comisión ...”; ob. cit., pág. 205.

con el entorno y, por último, los llamados *paisajes artificiales* que serían los contruidos por el hombre por razones agrícolas o para la instalación de diversas infraestructuras que faciliten el trabajo o las comunicaciones. Por su parte, los bienes urbanísticos pueden asociarse a grande centros históricos o bien a distintos asentamientos urbanos de todo tipo o *estructuras menores* como castillos, villas albergues, fábricas, factorías, poblados, abadías, etc

Conforme a la tesis anterior, las bienes culturales no serían una subdivisión o subgrupo dentro de los bienes ambientales sino al contrario. Los bienes relacionados exclusivamente con el medio ambiente *natural* se integrarían entre los paisajísticos y, más concretamente, como una manifestación de las grandes áreas naturales o de las áreas ecológicas protegidas. El resto, vendría determinado por los paisajes artificiales y los bienes ambientales de naturaleza urbanística. Al margen de cualesquiera clasificaciones teóricas, parece lógico considerar que la idea de medio ambiente se desdobra en su vertiente *natural* o *histórica* con toda normalidad y que tales magnitudes, como partes de un todo, se relacionan entre sí sin limitación alguna. De ahí que deba estimarse muy apropiada la sistemática utilizada por el Código Penal de 1995 al incluir el capítulo correspondiente a los delitos sobre el Patrimonio Histórico en el título correspondiente a la delincuencia medioambiental, al margen de la discusión generada por las *otras* tipologías defensoras de los bienes culturales y desperdigadas por su articulado.

Para apoyar este argumento, es preciso recordar que algunos instrumentos jurídicos internacionales que fueron desarrollados hace varias décadas para sentar las base de una protección integral de los bienes culturales y para llevar a cabo su adecuada delimitación conceptual, como es el caso de la Convención de París de 23 de Noviembre de 1972 sobre *Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural*<sup>130</sup> llevan a cabo definiciones afortunadas porque conjugan el Patrimonio Cultural y el Patrimonio Natural, configurándolos como magnitudes integrantes de un *todo* o como las dos caras de una misma moneda<sup>131</sup>.

Ya hemos señalado que, conforme a lo establecido en el artículo 1 de la Convención de París, dentro del Patrimonio Cultural cabe incluir algunos lugares conocidos, de manera muy expresiva, como *obras conjuntas del hombre y la*

---

<sup>130</sup> La ratificación por España tuvo lugar con fecha 18 de Marzo de 1982 (BOE nº 156 de 1 de Julio de 1982). Las sesiones se celebraron con motivo de 17ª Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura que tuvo lugar entre los días 17 y 21 de octubre de 1972.

<sup>131</sup> Sobre el particular y sobre las líneas diferenciales que pueden existir entre bienes ambientales y culturales puede consultarse la opinión de Concepción Barrero Rodríguez en *La Ordenación Jurídica del Patrimonio Histórico*, publicado por Editorial Civitas, Madrid, 1990.

*naturaleza*.<sup>132</sup> En puridad, debemos hablar de un solo concepto de Patrimonio Histórico con una naturaleza perdurable y relevante para nuestra especie, integrado tanto por elementos naturales como por aportaciones culturales que el paso del tiempo, conforme a la concepción diacrónica de la arqueología, ha *naturalizado* y convertido en un *testimonio material dotado de un valor de civilización*, siguiendo la famosa definición que acuñara MASSIMO SEVERO GIANNINI en su teoría de los bienes culturales.

Como es lógico, todas estas ideas de afección recíproca entre la labor humana y la naturaleza, se encuentran presentes con una especial intensidad en los bienes arqueológicos y ello se traduce en distintas disposiciones que vinculan la protección de los bienes arqueológicos con su entorno y en distintas formas para su protección legal. En la *elaboración* de un espacio físico determinado la aplicación de la naturaleza a la conformación del lugar se produce con el paso del tiempo y esta condición otorga una especial *condición de historicidad* que puede ser muy importante para distinguir un yacimiento arqueológico integrado en el concepto de Patrimonio Histórico de aquel otro que, aun siendo susceptible de análisis conforme a una metodología científica o arqueológica, no cuenta con el tiempo necesario para adquirir esa relevancia o condición de historicidad. Esta singular medida de la percepción histórica también vincula especialmente a los bienes arqueológicos con el medio ambiente y los distingue de otras manifestaciones materiales de la cultura.

Como veremos más adelante, la relación del Medio Ambiente con la arqueología es sin duda la más clara y evidente, aunque no la única, de las que

---

<sup>132</sup> Concretamente, en el artículo primero de la *Convención de París* de 1972 se considera “patrimonio cultural” a

1. Los monumentos: Obras arquitectónicas, de cultura o pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas, y grupos de elementos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia del arte o de la ciencia.
2. Los conjuntos: Grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia del arte o de la ciencia.
3. Los lugares: Obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.

Por su parte, el artículo 2º considera, a los efectos de la Convención, como “patrimonio natural”

1. Los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de estas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.
2. Las formaciones geológicas o fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal o vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.
3. Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural.

Recordemos, como aportación especialmente significativa, que en virtud de su artículo 8, la Convención creó en el seno de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura un Comité intergubernamental de protección del patrimonio cultural y natural de valor universal excepcional, denominado “el Comité del Patrimonio Mundial”.

existen entre las distintas modalidades comprensivas del Patrimonio Histórico y ello tiene su importancia a la hora de sostener la existencia de un complejo bien jurídico protegido que sea *propio* de los bienes arqueológicos.

## 2.2 Concepto jurídico de Patrimonio Histórico

Resulta muy curioso que en el breve Preámbulo de la LPHE se ofrezcan hasta tres definiciones de Patrimonio Histórico. Comienza el texto afirmando que *el Patrimonio Histórico Español es el principal testigo de la Contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea*. Posteriormente, se refiere a un *conjunto de bienes descritos en la ley<sup>133</sup> que en sí mismos han de ser apreciados, sin establecer limitaciones derivadas de su propiedad, uso, antigüedad o valor económico*. Afirma, por último y en tercer lugar, que *el Patrimonio Histórico Español es una es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal*. Las tres frases resultan elocuentes y afortunadas pero las limitaciones que comportarían conceptualmente pueden resultar excesivas si consideramos, por ejemplo, que no parece necesario exigir que el Patrimonio Histórico Español haya sido realizado por únicamente por los españoles sino que bastará que guarde, por diversos motivos, una vinculación con España. Tampoco tendría en todo caso que configurarse únicamente conforme a una idea de relevante contribución histórica. Con este concepto, en definitiva, tiene lugar una paradoja frecuente entre aquellos que son o deben ser importantes para nuestro desarrollo individual y social: Resultan tan fáciles de identificar como difíciles de definir.

Normalmente, cuando definimos el Patrimonio Histórico lo que realmente hacemos es describir el catálogo, muchas veces incompleto, de aquellos bienes que lo integran conforme a las disposiciones administrativas que lo regulan. Sin embargo, la definición que debemos promover no es la del Patrimonio Histórico *en sí mismo considerado* como un extenso repertorio, sino las distintas razones que determinan la tutela dispensada por el ordenamiento jurídico en general y, en particular, por el derecho penal. Para construir un concepto jurídico de Patrimonio Histórico (no existe otro) habría que partir necesariamente de los siguientes elementos estructurales:

1. En primer término es un conjunto de bienes y ese conjunto necesariamente tiene que modificarse con el curso del tiempo no solo por la aparición de nuevos bienes o categorías, sino por el incremento de nuevos elementos

---

<sup>133</sup> Es muy habitual en la doctrina penal identificar el concepto de Patrimonio Histórico con un extenso resumen del amplio catálogo de bienes o modalidades de protección que se describen o tutelan en la LPHE. Así, por todos, Salinero Alonso, Carmen; *La protección ...*, página 67 y siguientes.



sustanciales que puedan aparecer en los bienes que ya son conocidos. Además, ese conjunto tiene que ser relacionado, investigado, difundido, conservado y transmitido a las generaciones futuras.

2. La naturaleza de esos bienes es múltiple ya que pueden ser materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, conocidos o desconocidos, perdidos o recuperados en el curso del tiempo ... la cuestión no radica en una previa declaración administrativa de su valor, sino en el hecho de que objetivamente merezcan esa valoración con independencia de que haya o no haya tenido lugar y tales decisiones pueden ser continuamente revisadas conforme a criterios técnicos.
3. Cada uno de los bienes que integran el conjunto deben guardar una relación reflejada hacia el exterior, un sustrato común que los diferencia, una distinción entre su dimensión física o material y otra dimensión espiritual que sería su *valor de civilización* o, expresado en términos más claros, su *condición de historicidad*, el valor histórico que los envuelve al relacionarse con el presente.
4. Cada uno de estos bienes, con independencia de la persona o entidad que tenga su titularidad, pertenece a la comunidad en su conjunto, como un valor social que debe disfrutarse de manera siempre compatible con su correcta conservación.
5. Las circunstancias anteriores determinan que sean merecedores de protección por el ordenamiento jurídico a distintos niveles, incluso con el concurso de la ley penal en supuestos de suficiente gravedad y para que tenga lugar su conservación, acrecentamiento, difusión y transmisión a las generaciones futuras.

De acuerdo con esos cinco elementos básicos, podríamos definir el PATRIMONIO HISTÓRICO como aquel CONJUNTO DE BIENES DE CARÁCTER MATERIAL O INMATERIAL QUE CUENTAN CON LA PROTECCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y DE LA LEY PENAL PARA SU INVESTIGACIÓN, CONSERVACIÓN, ACRECENTAMIENTO Y TRANSMISIÓN A LAS GENERACIONES FUTURAS, ASÍ COMO PARA EL DESARROLLO DE SU FUNCIÓN SOCIAL, POR ESTAR OBJETIVAMENTE DOTADOS DE UN VALOR HISTÓRICO O CULTURAL. Con este concepto podríamos, en principio, referirnos a todas las categorías de protección material o inmaterial de los bienes culturales que, en términos generales, señala nuestro ordenamiento jurídico. En lo que respecta a una posible concepción jurídico penal del concepto, este solo vendría determinado conforme a un criterio objetivo de gravedad basado en la intensidad de la agresión o del daño producido

que tendría que fundamentarse en la lectura constitucional de los bienes culturales y de su función social utilizando, por ejemplo, magnitudes como su carácter irreparable, la escasez de otras manifestaciones análogas o hasta su valor material.

En el caso concreto de la arqueología, el concepto es perfectamente aplicable pero debemos considerar que no hay que confundir el Patrimonio Histórico Arqueológico con el régimen de dominio público diseñado en la LPHE. Pueden existir piezas arqueológicas acerca de las que el Estado plantea su propiedad, pero que no alcancen, tras su análisis científico, suficiente relevancia histórica y cultural. Aquí la normativa administrativa cubre su señalada función preventiva, como ha indicado la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, para posibilitar un tratamiento y metodología arqueológica de posibles yacimientos futuros. De esta manera, aunque el concepto de Patrimonio Histórico Arqueológico no cuente con peculiaridad alguna, sí podría tener lugar singularidad a la hora de establecer el bien jurídico porque, en la actividad arqueológica más que en ninguna otra, se protege igualmente la fuente de información científica que, cuando menos potencialmente, el objeto descubierto o hallado casualmente, por humilde y desdeñable que parezca, promueve o puede promover en nuestro presente.

Como se ha puesto de manifiesto desde el campo arqueológico, *es justamente la disponibilidad de esa información [...] el núcleo fundamental de la utilidad pública o interés general del patrimonio arqueológico, conectado con el derecho a la cultura como bien esencial que los poderes públicos deben garantizar*<sup>134</sup>. Esta disponibilidad debe entenderse en un sentido amplio y no solo referida a su conocimiento y estudio por expertos o instituciones sino que alcanza a la divulgación con fines educativos *para llegar a capas más amplias de población o la educación informal* dirigida a los aficionados. En realidad, lo esencial es su acceso y posible utilización, en distintos niveles, por el sistema educativo público, donde deberían trasladarse aquellas piezas incautadas de un menor valor y que no alcanzan relevancia para su exposición, conformando pequeñas colecciones en centros territoriales con una finalidad docente.

### **2.3 La funcionalidad de la riqueza arqueológica**

Para llevar a cabo una correcta interpretación de los preceptos penales que son actualmente aplicables para la defensa de nuestro Patrimonio Arqueológico, una vez conocido el concepto de Patrimonio Histórico y su régimen legal básico

---

<sup>134</sup> RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio y MATAS ADAMUZ, Francisco Javier; “Arqueólogos contra piteiros: Superar una incompreensión”, trabajo publicado en *Arqueología Pública Española*, JAS Arqueología, Madrid, 2013, pág. 199. En términos generales, ALONSO IBAÑEZ, *El Patrimonio Histórico. Destino Público y valor cultural*, Madrid 1992.

diseñado por la normativa administrativa para la actividad arqueológica, conviene realizar algunas puntualizaciones previas que escapan del ámbito estrictamente jurídico, pero que guardan una directa relación con la posible aplicación de la norma penal o incluso de la legislación administrativa sancionadora.

No se trata de conformar una especie de guía o prontuario que establezca una mayor seguridad jurídica para la aplicación de la ley porque el derecho y, más aún, el derecho penal, debe procurar soluciones que deriven de sus propios principios informadores aunque, en determinados casos, tengan en cuenta las características esenciales de aquellas conductas que deben ser enjuiciadas. No debe tener lugar, por tanto, una traslación del debate académico al ámbito jurisdiccional, sino un conocimiento previo de las finalidades que debe perseguir la actividad arqueológica conforme a su lectura constitucional para establecer seguidamente aquellos criterios de protección que puedan ampararse con las leyes penales vigentes.

Como una incuestionable premisa inicial, es preciso recordar que la arqueología no puede concebirse desde el derecho como si se tratara de una *realidad muerta* o de una ciencia auxiliar de la Historia que ha modificado sus finalidades con el paso del tiempo para adquirir una innegable dimensión social. Cuando hablamos de *vestigio* no sólo debemos referirnos a la primaria de sus acepciones gramaticales que está referida a la huella del pie del hombre sobre la tierra. *Vestigio* significa ruina pero también es indicio, también rastro inmaterial que nos permite inferir un pasado con el que hemos perdido una relación *informada* y sobre el que debemos establecer una serie de conjeturas. La importancia de los vestigios arqueológicos viene configurada, al margen de su valor material, por su importancia como fuente de conocimiento científico y, lo que resulta mucho más importante desde el punto de vista jurídico, por su capacidad real para provocar la modificación imperativa del entorno si tenemos en cuenta su relevancia constitucional. Esta extraordinaria capacidad puede extenderse a los distintos valores jurídicos que son protegidos con las tipologías que persiguen la delincuencia medioambiental pero es preciso recordar que solo en el caso de la arqueología, salvo hallazgos especialmente excepcionales de otra índole que cuesta trabajo imaginar, podemos establecer la protección de una *realidad oculta* que es amparada por el derecho desde el momento mismo de su descubrimiento y, además, con un sentido puramente preventivo. Ciertamente, otros valores culturales o recursos naturales, la propia traza de otras intervenciones en el territorio o cualesquiera –en definitiva- manifestaciones de un *principio de autoridad ambiental* presentan condicionantes que normalmente son conocidos por las autoridades o por los particulares con anterioridad a su

protección y que no provocan modificaciones imperativas de cualquier planeamiento o no lo hacen en modo tan intenso como debe o, quizá tengamos que decir, como debería ocurrir en el caso de la arqueología.

Con esta capacidad potencial, la arqueología aparece como una ciencia autónoma que se aproxima audazmente a la geografía y que puede ser *iluminada* por el derecho ya que se desarrolla, tanto en el espacio como en el tiempo, como una disciplina espacial y *diacrónica* ya que *alumbra* no solo nuestro pasado sino también nuestro futuro<sup>135</sup> y debe tener, si respetamos los valores constitucionales que se conjugan con ella, esa capacidad real para modificar el entorno que nos rodea en el presente por consolidado que en principio nos parezca. Efectivamente, los habituales hallazgos arqueológicos, conforme al compromiso reflejado en el artículo 46 de la Constitución Española de 1978, una vez acreditada su importancia y su verdadero alcance, deben ser conservados y protegidos y este compromiso se configura como uno de los principios rectores de nuestra convivencia y, conforme a nuestra comentada consideración de los derechos subjetivos no articulados o *derechos subjetivos en formación*, como un derecho fundamental. Deberían contar, por tanto, con una capacidad suficiente para modificar, si fuera preciso y con todas las cautelas necesarias, nuestra ordenación territorial o hasta el trazado de las grandes comunicaciones. Es evidente, por todo ello, que esta nueva dimensión jurídica de la arqueología, tiene un extraordinario valor social y es de una gran importancia para el desarrollo y respeto de la cultura en la sociedad del futuro.

No olvidemos que el significado fundamental del derecho penal es el de ser un *ordenamiento pacificador y protector de las relaciones sociales*<sup>136</sup> y que una de las relaciones sociales primarias es la que se abre entre el ciudadano y su entorno histórico con el que debe sostener, tanto desde una perspectiva individual como colectiva, una forma de diálogo permanente que debe ser protegido eficazmente por el derecho. La arqueología, por tanto, como veremos posteriormente, debe contemplarse también desde el derecho penal con una percepción de conjunto que sea lo suficientemente extensa y que permita vislumbrar todo su valor de futuro y la necesidad de protección ante la extrema fragilidad de los bienes arqueológicos, el enorme valor que poseen, tanto material como inmaterial y la frecuente imposibilidad, una vez que son destruidos, sustraídos o dañados, de llevar a cabo su completa recuperación. Pocas

---

<sup>135</sup> “El tiempo histórico *puede* precipitarse hacia delante porque no reposa en sí mismo, porque su centro de gravedad no está en el presente [...] El tiempo tiene sentido en tanto que progresa ...”. BYUNG-CHUL HAN, *El aroma del tiempo. Un ensayo filosófico sobre el arte de demorarse*. Pensamiento Herder, Barcelona, 2015, pág. 35.

<sup>136</sup> JESCHECK, Hans Dietrich y WEIGEND, Thomas; en su *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducido por OLMEDO CARDENETE, Miguel; Editorial Comares, Granada, 2002. Pág. 2.

manifestaciones de la humanidad guardan tan claramente esta dimensión de *lo irreparable*.

En este punto resulta muy interesante llevar a cabo algunas consideraciones, como hace IGLESIAS SKULJ, acerca del papel del derecho penal como *asegurador del futuro*<sup>137</sup>. Desde este punto de vista, el derecho penal vinculado con la sociedad del riesgo queda revestido de una idea de funcionalidad que le reclama, teniendo en cuenta un principio de solidaridad con las generaciones futuras, el aseguramiento de bienes colectivos de singular valor y que resultan imprescindibles para el desarrollo personal y para la sociedad en su conjunto. La conservación de los bienes culturales no tiene como única finalidad material la de su acumulación o depósito porque lo realmente esencial es que, siendo el Patrimonio Histórico un concepto dinámico y jurídico, se mantenga a través de su protección legal la capacidad para generar nuevos bienes y para que siga enriqueciéndose con aportaciones de un variado signo.

Al margen de las *utilidades* de la ley, la enorme utilidad social que tienen los bienes culturales y, en especial, los bienes arqueológicos debería estar fuera de toda duda y abandonarse por ello la vieja y trasnochada idea que sigue relacionando el cuidado y la preservación del Patrimonio Cultural como una forma de *lastre* económico para la administración pública que solo resulta compensada por el cumplimiento de un compromiso ético y social sostenido por razones melancólicas y asociadas con un cierto respeto a nuestro pasado. La utilidad *material* de la arqueología supera con creces el esfuerzo que comporta la aplicación estricta de la ley penal y administrativa. Ciertamente, el derecho penal tiene la misión de proteger, en determinadas situaciones de suficiente gravedad, esta riqueza o utilidad social pero lo hace porque con ello sirve al desarrollo socio económico y actualiza distintos derechos fundamentales que están relacionados y no *reñidos* con nuestra vida cotidiana.

Esta nueva percepción en el estudio y la protección de los bienes arqueológicos viene plasmándose en la idea de una *arqueología social* que tiene necesariamente que relacionarse y ser completada con el ordenamiento jurídico de una manera mucho más amplia, generando una serie de nuevas perspectivas que nos permitirán comprender con mayor rigor las necesidades que debe cubrir la ciencia penal. En cierto modo, esta *arqueología social* debe analizar, al margen de otras cuestiones materiales, la agresión a los derechos y el papel de la legalidad en el pasado.

---

<sup>137</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina; en *Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, obra colectiva dirigida por FARALDO CABANA, Patricia y coordinada por PUENTE ABA, Luz María; Editorial Tirant lo Blanc, Tratados, Valencia 2011.

Un país que cuenta con el Patrimonio Histórico de España tiene la necesidad de procurar, mediante el desarrollo de la llamada *economía de la cultura*, algunas alternativas a las fórmulas más tradicionales de turismo, algunas de las cuales se encuentran francamente agotadas y resultan difícilmente conciliables con una idea de sostenibilidad. Hablamos, además, de la protección de una *utilidad* tan heterogénea como necesaria que puede extenderse sobre aspectos inmateriales y que viene aportando distintas ideas para la superación de algunos graves conflictos sociales. Es evidente que el concepto jurídico de la arqueología puede rendir un valioso servicio a la sociedad española. Pensemos en la recientemente llamada *arqueología de las víctimas*, singularmente desarrollada tras la reunificación alemana para estudiar las leyes eugenésicas impuestas en su día por el estado nacional socialista, como una muestra más de la continua expansión del concepto de patrimonio cultural y que podría servirnos para afrontar con garantías -sin caer en utilizaciones partidistas y en la complejidad que siempre comportan otros procedimientos penales de una dudosa virtualidad- la llamada recuperación de la *memoria histórica* de España y respetar el derechos de numerosos ciudadanos que reclaman conocer la suerte de familiares desaparecidos<sup>138</sup>.

Efectivamente, la legislación administrativa al regular los bienes arqueológicos los sitúa siempre en un entorno con el que deben ser jurídicamente relacionados. Esta relación tiene lugar por imperativo legal como lo acredita la propia definición de las llamadas *Zonas Arqueológicas* que aparecen descritas en el artículo 15.5 de la LPHE como aquellos *lugares o parajes donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas*. Como ejemplo y conforme a lo anterior, en términos menos extensos se pronuncia la Ley 14/2007, de 26 de noviembre de Patrimonio Histórico de Andalucía (artículos 26 y 29) al definir las como *espacios claramente delimitados* en los que se tenga constancia de la existencia de restos arqueológicos relevantes. Esta menor extensión resulta bastante engañosa porque se encuentran, sin embargo, afectadas por rígidos controles urbanísticos pero realizados desde la propia administración cultural ya que, según la norma citada, su identificación determina la declaración de una servidumbre legal, el desarrollo de amplias funciones de inspección de las actividades desarrolladas y la adopción de medidas de control puramente urbanístico ya que los planes proyectados en los suelos urbanos no consolidados,

---

<sup>138</sup> Desde una perspectiva histórica, puede consultarse el trabajo “Arqueología de la Justicia: Arqueología de las víctimas de la Guerra Civil española y de la represión franquista” de BARRAGÁN MALLOFRET, Daniel y CASTRO FERNANDEZ, Juan Luis; publicado en el número 7 de la *Revista Atlántica Mediterránea de prehistoria y arqueología social*, 2005.

en los suelos urbanizables y en los llamados *sistemas generales*, ante el simple indicio de la presencia de restos arqueológicos relevantes, deben contar con un *Estudio Arqueológico* suficiente sobre el particular que podría determinar la aplicación protectora de la ley administrativa y, en su caso, evidenciar la existencia, de no respetarse su integridad, de una actividad criminal. De hecho, la propia Ley establece que los Planes que incidan sobre las *Zonas de Servidumbre Arqueológica* deberá remitirse a la Consejería competente en materia de Patrimonio Histórico para que emita, en el plazo de dos meses, un *Informe* que tendrá carácter preceptivo cuando se trate de instrumentos de ordenación territorial y carácter tanto preceptivo como vinculante *cuando se trate de instrumentos de ordenación urbanística o de planes o programas sectoriales*. La falta de emisión del *Informe* en el plazo señalado determina, en una discutible previsión legal, que se entienda como favorable.

Al margen de todo lo anterior y de la enorme incidencia práctica que implica esta inevitable conjugación de la arqueología con la *Ordenación Territorial* o el *Medio Ambiente*, la existencia de un bien jurídico *propio* se vincula con las distintas singularidades que presentan los bienes arqueológicos desde una perspectiva criminológica.

En primer lugar, los restos arqueológicos resultan especialmente proclives, en muchas ocasiones, a su ocultación, imitación, tráfico, falsificación, destrucción o introducción en el mercado ilícito. Estas características determinan que sean -en definitiva- especialmente proclives a la actividad delictiva por su elevado valor, por la imposibilidad para su reparación en muchas ocasiones y por su capacidad de generar un gran beneficio económico o una intensa satisfacción moral<sup>139</sup>.

En segundo lugar, la Arqueología también presenta una dimensión monumental o arquitectónica. Pueden aparecer ruinas, vestigios o yacimientos con restos constructivos que les otorguen una dimensión arquitectónica<sup>140</sup> tanto desde un punto de vista material como virtual ya que como *f fuente de información científica* el yacimiento puede ser proyectado o reconstruido tras un proceso científico de estudio. El yacimiento arqueológico, por tanto, proyecta la dimensión urbana de la zona excavada y sus condiciones principales de vida. La doctrina se ha referido a la necesidad de proteger lo que denomina *yacimiento de papel* señalándose que la destrucción del reflejo documental de la actividad científica desarrollada sobre el yacimiento puede considerarse, en algunas

---

<sup>139</sup> JAEN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis; *La reforma penal de 2015*; Editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 152.

<sup>140</sup> El artículo 1 de la Convención de París de 1972 se refiere al definir al Patrimonio Cultural a *estructuras de carácter arqueológico*.

situaciones especialmente relevantes en las que prima la idea de *descubrimiento*, como la destrucción física del propio yacimiento. En este punto podría aludirse a la discusión acerca de la propiedad intelectual que puede tener el arqueólogo sobre la actividad profesional que desarrolla en el yacimiento y que plasma en un documento científico. Se trata de una materia controvertida y no adecuadamente resuelta en nuestra legislación, aunque ya abordada en la teoría de los bienes culturales al imponer un *principio de transparencia científica en favor de los ciudadanos*. En primer término, parece razonable que una actividad como la arqueológica, profusamente reglada y siempre sometida al control administrativo, pudiera aclarar en los propios instrumentos de concesión los límites del compromiso técnico que se contrae por el director de la excavación y por sus colaboradores más directos. En cualquier caso, la *Memoria* de sus actividades debería configurarse como un documento afectado por la misma demanialidad *ope legis* que afecta a las piezas arqueológicas, como una especie de *prolongación natural* del proceso legal de protección del yacimiento como fuente de información científica<sup>141</sup>. Pero una cosa es la necesidad de documentar adecuadamente la actividad que ha sido desarrollada en un yacimiento y otra bien distinta la interpretación que pueda hacerse por el arqueólogo o el restaurador en un estudio doctrinal para comprender correctamente ese tiempo con el que hemos perdido una relación informada. En estos casos, el estudio puede completar o unirse al *yacimiento de papel* pero su propiedad y posible divulgación debe permanecer, salvo que se haya establecido un régimen distinto en la autorización administrativa concedida, en poder de su autor.

Por último, en tercer lugar, el yacimiento arqueológico comporta una forma de riqueza natural<sup>142</sup>. De hecho, la propia palabra yacimiento, conforme a su sentido gramatical y geológico, se identifica con el lugar donde naturalmente aparece una roca, mineral o fósil. El yacimiento arqueológico es un lugar donde aparece, de forma igualmente natural y por el simple paso del tiempo, otra forma

---

<sup>141</sup> La Orden de 23 de julio de 1992 por la que se regula la composición y funciones de la *Junta Superior de Excavaciones y Exploraciones Arqueológicas*, establece en su norma segunda que tiene las siguientes funciones: a) Elevar al Director general de Bellas Artes y Archivos las propuestas que considere convenientes para la mejor investigación, conservación, enriquecimiento, protección y difusión de los bienes que integran el patrimonio arqueológico, con sujeción al artículo 6, b) de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español. B) En general, asesorar e informar sobre cuantos asuntos relativos a las materias enumeradas en el apartado anterior le sean consultadas por el Director general de Bellas Artes y Archivos en los términos de la citada Ley y sus normas de desarrollo.

Ejercerá estas funciones de asesoramiento e información a solicitud de la Dirección General de Bellas Artes y Archivos y, a través de ésta, del Consejo del Patrimonio Histórico, así como de cualquier órgano o Entidad de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas que tengan a su cargo la protección del Patrimonio Arqueológico”.

A nivel autonómico existen diversas normas sobre el particular como el detallado *Reglamento de Actividades Arqueológicas de Andalucía*, aprobado por Decreto 168/2003, de 19 de junio; o bien el Decreto 6/1990, de 23 de enero *sobre el régimen de autorización de excavaciones arqueológicas o paleontológicas* de Aragón

<sup>142</sup> En contra, BARCELONA LLOP, Javier, “El dominio ..., ob. cit., pág. 147.



de extraordinaria riqueza. Se trata, por tanto, de un *recurso* y más concretamente de un *recurso natural* cuya extracción comporta o puede comportar una posterior distribución en circuitos comerciales y una sustancial ganancia económica. En este último inciso habría que añadir la importancia que, desde una perspectiva puramente utilitarista, puede tener el hallazgo arqueológico y que puede verse frustrado por la labor del expoliador que agrede con sus acciones tanto al orden socioeconómico de la comunidad como a los valores históricos que atesoran estos bienes culturales. No debe entenderse como exceso alguno que entendamos el yacimiento arqueológico como una *riqueza natural* como tampoco dudamos en calificar como paisaje artificial el que ha ido a través de un cultivo milenario modelando la mano del hombre.

Volviendo al sentido gramatical de las palabras, tan necesario muchas veces para la comprensión del derecho, recordemos que lo natural no solo es lo que pertenece a la naturaleza, sentido que no sería ajeno a esta pretensión académica; lo natural, también es lo *conforme a la cualidad o propiedad de las cosas* o, incluso, con una identidad aún mayor con nuestro propósito lo que es *nativo de un pueblo o nación* circunstancia que no siempre tendrá que referirse a la condición de persona<sup>143</sup>.

## 2.4 El bien jurídico protegido con el Patrimonio Arqueológico

La construcción del bien jurídico en los delitos de nueva planta, como ocurre con los de naturaleza cultural, 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 contenido<sup>144</sup>. 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, entendiendo 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 PUIG<sup>145</sup>, los bienes jurídicos serían realmente *condiciones para la participación* ciudadana en una sociedad que ha establecido a través de la Constitución y exige un proceso democrático de organización. Tiene lugar, por tanto, una vinculación decisiva entre constitucionalismo y sociología que distingue entre un desarrollo integral de los ciudadanos a través de diversos instrumentos jurídicos de participación y un desarrollo colectivo de la

---

<sup>143</sup> Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª edición, Madrid, 2001.

<sup>144</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., páginas 163 y siguientes.

<sup>145</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10 ed., Barcelona 2015, págs. 171-175.

sociedad en su conjunto que, a consecuencia de lo anterior, hace funcionar al sistema social en su conforme a principios democráticos.

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 Derecho<sup>146</sup>. El bien jurídico protegido se *desdobla* en diversos aspectos o funciones que debe cumplir por su pertenencia al Patrimonio Histórico y en su relación con la vida social: En primer término, 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, de convivencia cívica con los bienes culturales a través de la participación de la ciudadanía en su conocimiento y disfrute y, por último, una tercera función socio económica que se vincula con el desarrollo de las sociedades democráticas para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos por el Patrimonio Histórico, como concepto esencialmente dinámico, se incrementa continuamente y debe configurarse como un elemento de cohesión social a través de una distribución racional y democrática de los bienes culturales, facilitando el acceso sin limitaciones de todos los segmentos de la población.

Si recapitulamos veremos que, conforme a lo indicado anteriormente, el *Patrimonio Arqueológico* se configura como un conjunto de bienes con un valor jurídico esencialmente colectivo, relacionado 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 urbanístico ya que, en demasiadas ocasiones, el incumplimiento de la normativa protectora destroza las expectativas de la ciudadanía en su conjunto y se impide el respeto a nuestros valores constitucionales en situaciones de indiscutible gravedad. Como he tenido oportunidad de reiterar, aunque el concepto de Patrimonio Histórico sea, desde una perspectiva jurídica, un concepto normativo, en términos generales es un concepto expansivo que sigue creciendo con el transcurso del tiempo y al que vienen añadiéndose, desde su creación, nuevas categorías conceptuales de

---

<sup>146</sup> 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.

protección con un extraordinario valor<sup>147</sup> 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 relevancia<sup>148</sup>.

La *protección penal del entorno necesario para una digna calidad de vida*<sup>149</sup> o la *utilización racional del territorio*<sup>150</sup> son valores esenciales en los que se concilian derechos subjetivos de 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*<sup>151</sup> o del derecho administrativo puramente sancionador. La doctrina reciente llega a relacionar la protección del Patrimonio Histórico con el

---

<sup>147</sup> 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.

<sup>148</sup> VERDUGO SANTOS, Jesús; *El territorio como fundamento de una nueva retórica de los bienes culturales*, número 53 de la Revista PH, Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, Abril de 2005.

<sup>149</sup> 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.

<sup>150</sup> La *Carta Europea de Ordenación del Territorio*, fue aprobada en Torremolinos el 20 de mayo de 1983 por los Ministros responsables 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 *supraregional* 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.

<sup>151</sup> 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.

desarrollo mismo de una nueva democracia participativa<sup>152</sup> mediante su relación con el paisaje. Como ha puesto de manifiesto la Carta Europea de 1983<sup>153</sup>, la Ordenación del Territorio, dentro de la que podría incluirse este concepto esencialmente geográfico del Patrimonio Histórico, *es a la vez una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como un enfoque interdisciplinario y global cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio según un concepto rector*. De manera más sencilla la doctrina ha venido considerando la ordenación territorial como una fórmula de *distribución geográfica óptima*<sup>154</sup> que, con respeto a los derechos individuales, asegura o procura las mejores condiciones de vida<sup>155</sup>. No cabe duda que dentro de esas condiciones los derechos culturales tienen que ocupar un papel muy relevante. La propia *Carta* lo expresa cuando incluye entre sus objetivos aspectos propiamente culturales y señala, al referirse a las llamadas *regiones urbanas*, la necesidad de que tenga lugar la *revalorización del patrimonio arquitectónico, de los monumentos y de los parajes pintorescos*, considerando que esta actividad debe integrarse de forma lógica y permanente en el marco de una política general para la ordenación del territorio urbano. Estas afirmaciones nos recuerdan los comentarios esbozados al comentar la rúbrica de nuestra Constitución al referirse a los *principios rectores de la vida social y económica* y a la hora de plasmar algunos derechos sociales de carácter colectivo que derivan de la articulación *natural* de una sociedad democrática.

Conforme a todo lo anterior, es preciso señalar que la protección penal del Patrimonio Arqueológico defiende un bien jurídico extraordinariamente amplio, de naturaleza tanto pública como privada y 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 que comporta su preservación e incluso, hasta el entorno natural o urbanístico donde se encuentran los yacimientos o zonas arqueológicas que hayan sido o puedan ser dañadas o expoliadas. El bien jurídico protegido, por tanto, en el caso de la arqueología, participa del que pueda apreciarse en cualesquiera agresiones a los bienes culturales pero engloba, con mayor nitidez que ningún otro aspecto del Patrimonio Histórico, una serie de valores medioambientales y sociales que

---

<sup>152</sup> Sobre el particular, se puede consultar el trabajo del geógrafo Florencio Zoido Naranjo bajo el título *El paisaje, patrimonio público y recurso para la mejora de la democracia* publicado en el número 50 de la Revista PH publicada por el Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, Sevilla, 2004.

<sup>153</sup> La *Carta Europea para la Ordenación del Territorio* señala entre sus objetivos, además de las regiones urbanas, otra serie de territorios como las regiones rurales, regiones fronterizas, regiones de montaña, regiones con debilidades estructurales y con malas condiciones de vida y las llamadas regiones en decadencia.

<sup>154</sup> FEAL LAGO, Carlos; en *La ordenación del territorio en Europa*, Madrid 1970, Ministerio de la Vivienda.

<sup>155</sup> LÓPEZ RAMÓN, Fernando; *Estudios Jurídicos sobre Ordenación del Territorio*, Editorial Aranzadi, 1995, página 63.

demuestran la necesidad e importancia que debe cobrar en el futuro. Podemos hablar, en síntesis y para concluir, de un bien jurídico que protege tanto el valor material como el valor cultural de los bienes arqueológicos 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 vinculado con el ejercicio de un derecho colectivo para la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos mediante su conocimiento y disfrute.

### **3. El Patrimonio Arqueológico *oculto***

La idea de descubrimiento y ocultación parece consustancial al estudio de la arqueología. No hablamos, de la vieja condición del tesoro escondido que aparece descubierto por azar o por las informaciones obtenidas a través de documentos crípticos o investigaciones prospectivas, hablamos de una ocultación natural y muchas veces deliberada, difícil de superar y que se relaciona con actuaciones sociales del pasado de un extraordinario interés científico y que escapan por completo del ámbito puramente material. Esta idea del Patrimonio Arqueológico *oculto* y la fragilidad que suele afectar a los bienes que no son conocidos, ha sido *decisiva* para llevar a cabo una delimitación adecuada de la protección penal del Patrimonio Histórico en España. La razón es esta peculiaridad arqueológica o dificultad añadida para su correcta regulación que radica en la habitual ocultación de estos bienes en el subsuelo o en espacios sumergidos ya que otros bienes culturales de distinta naturaleza pueden ser escondidos pero no tendrían la consideración de bienes arqueológicos a no ser que para su ocultación fueran enterrados y transcurriera un prolongado espacio de tiempo.

Sin temor a incurrir en ninguna exageración, podríamos considerarla una *aportación* de la arqueología al terreno jurídico que tuvo lugar al desencadenarse en España la discusión acerca de la determinación del ámbito objetivo de protección de aquellos bienes culturales merecedores de la tutela penal, discusión que tuvo lugar tras la promulgación del Código Penal de 1995 y la aparición de algunas nuevas tipologías. La doctrina trataba de establecer con suficientes garantías si debían ser protegidos o no aquellos bienes culturales que no contaban con una previa declaración que formalmente estableciera su protección singularizada o, cuando menos, su inclusión en algunos de los inventarios o listados de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español. El argumento básico que se exponía por quienes establecían esta especie de tutela selectiva o limitada para los bienes culturales desde el derecho penal, tutela que enmarcaban en el ámbito del llamado *Derecho Penal Administrativo*, es que no era posible

una fórmula coherente de protección sin que existiera una previa declaración formal que catalogara estos bienes, por razones de simple seguridad jurídica<sup>156</sup>. El Patrimonio Histórico Español se configuraba, conforme a estos criterios, como un catálogo cerrado, al margen de su periódica revisión, que establecía con suficientes garantías el ámbito objetivo de protección de estos delitos, dotando a la ley penal de una mayor eficacia<sup>157</sup>.

La doctrina más autorizada<sup>158</sup> siempre ha reconocido, no obstante, la necesidad de que la tutela penal recaiga sobre el Patrimonio Cultural *real*, de manera que pueda extenderse a *todos aquellos bienes que posean de modo intrínseco valor cultural “in re ipsa”*. Esta necesidad nos conduce, como ya puso de manifiesto MANTOVANI, a una *perenne dialéctica entre exigencia de tutela y exigencia de certeza*<sup>159</sup>.

El Tribunal Supremo, sin embargo, a finales de los años ochenta del pasado siglo, se había pronunciado en distintos supuestos de graves daños en yacimientos arqueológicos por la realización de obras residenciales, recordando que el propio artículo 46 de la Constitución Española estableció que la protección de los bienes culturales tendría lugar cualquiera que fuera *su régimen jurídico y su titularidad*. Ello implica la adopción de una visión no formalista de la cuestión ya que, de otra forma, la protección del Patrimonio Histórico Español y, en especial, de los bienes arqueológicos, resultaba prácticamente imposible. Es preciso recordar, antes de proseguir, la importancia de estos *viejos* pronunciamientos jurisprudenciales, importancia que viene determinada por el defectuoso sistema procesal español, consecuencia de la aplicación de la anacrónica Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1881. Efectivamente, la mayor parte de los delitos introducidos como nuevas tipologías en el Código Penal en 1995, como ocurrió con los delitos sobre el Patrimonio Histórico, han sido enjuiciados, por imperativo de lo señalado en el artículo 14.3 de la ley procesal citada y el límite punitivo que no supera los cinco años de prisión, por órganos jurisdiccionales unipersonales cuyas sentencias sólo son recurribles en apelación y ante las respectivas Secciones de las Audiencias Provinciales, sin que quepa ulterior recurso de apelación ante los Tribunales Superiores de Justicia o recurso de casación ante el Tribunal Supremo cuando tenga lugar la aplicación de

---

<sup>156</sup> En este sentido, por todos, CÁCERES RUIZ, Luis; *Delitos contra el Patrimonio Histórico. Sustracción de cosa propia a su utilidad cultural*, Visión Libros, Madrid, 2008, páginas 68 a 70.

<sup>157</sup> Partidario de esta concepción formalista, MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, Santiago; *Delitos ...*; ob. cit., pág. 268.

<sup>158</sup> RENART GARCÍA, Felipe; *El delito ...*; ob. cit., pág. 134, quien sostiene un criterio claramente anti formalista. El mismo autor, más extensamente, considerando que la posición formalista constituye *dejar la puerta abierta a la impunidad*, pág. 363. GARCÍA CALDERÓN, Jesús; “La protección penal del Patrimonio Histórico” en Estudios del Ministerio Fiscal, Madrid, 1997, pág. 407.

<sup>159</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., pág. 184.

criterios divergentes o equivocados<sup>160</sup>. Este grave problema fue denunciado reiteradamente por la doctrina española y por la propia Fiscalía General del Estado<sup>161</sup> vaticinándose una enorme dificultad práctica a la hora de establecer criterios uniformes de aplicación de la ley penal, como ha venido ocurriendo en estos últimos años.

Afortunadamente, la cuestión pudo ser resuelta, cuando menos en sus perfiles más básicos, al pronunciarse el Tribunal Constitucional en Sentencia 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<sup>162</sup>. En la resolución se reiteran, entre otros, alguno de los

---

<sup>160</sup> La instauración de la segunda instancia penal en España al objeto de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha sido una solución fallida en distintas ocasiones de manera incomprensible. Ya un Proyecto de Ley Orgánica de 2005 para la reforma el recurso de casación y generalización de la doble instancia penal, culminaba así un proceso iniciado con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en virtud de la Ley 19/2003, de 23 de Diciembre. Este nuevo *diseño* del procedimiento venía exigido, de un lado, por la necesidad de *satisfacer las exigencias derivadas del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ante las reiteradas resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU que declaran el incumplimiento de España del citado precepto* y, de otra parte y como señalaba el texto citado, para *ceñir* a la casación a su verdadera naturaleza como un *recurso extraordinario con finalidad unificadora*. Muy recientemente ha sido presentado por el Gobierno el Proyecto de Ley (121/000138) *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*, concretamente el pasado 13 de marzo de 2015, estableciendo una solución análoga. En el apartado IV de su *Exposición de Motivos* se expone textualmente lo siguiente: “Pese a que la Ley Orgánica del Poder Judicial establece las oportunas previsiones orgánicas para la generalización de la segunda instancia en el proceso penal, en desarrollo del derecho reconocido por del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al cual todo condenado por delito podrá someter a revisión la causa ante un tribunal superior, la ausencia de regulación procesal del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, previa celebración de juicio ante dichos órganos judiciales, mantiene una situación insatisfactoria que, al tener que compensarse con mayor flexibilidad en el entendimiento de los motivos del recurso de casación, desvirtúa la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley penal. Por ello, se procede a generalizar la segunda instancia, estableciendo la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo penal en el proceso abreviado, si bien adaptándola a las exigencias tanto constitucionales como europeas”.

<sup>161</sup> Aunque las alusiones al Patrimonio Histórico en las *Memorias* de la Fiscalía General del Estado siguientes a la publicación del Código Penal han sido ciertamente escasas, así se puede desprender de lo indicado respecto a la delincuencia urbanística en la Memoria del año 1996 publicada en 1997 (Fiscal General Sr. Cardenal Fernández) cuando, en su página 463, *a sensu contrario*, establece la importancia de contar en primera instancia con sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales. La *Memoria* citada consideraba, en previsión del problema, *imprescindible* que tuviera lugar un *continuo cambio de información jurisprudencial entre los Fiscales*. Posteriormente, la *Memoria* de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 1998 (Fiscal General Sr. Cardenal Fernández), publicada en 1999, páginas 334 y 335, lo señala de forma explícita al indicar lo trascendente que resulta, en la persecución de todos los delitos medioambientales, *la imposibilidad de interponer Recurso de Casación* añadiendo que todo ello supone *un paso atrás en la protección penal de los delitos contra el medio ambiente*.

<sup>162</sup> Señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/98 en sus antecedentes que “el relato de hechos probados describía, en síntesis, que los acusados habían adquirido la propiedad y el derecho de superficie del solar denominado *C'an Partit*, sito en Vía Romana núm. 38 de Ibiza, para construir un bloque de viviendas, conociendo que el mismo se hallaba enclavado en una zona de posibles yacimientos arqueológicos y para lo cual habían obtenido una licencia municipal de obras condicionada a las resultas de la prospección arqueológica que se inició posteriormente por el Museo Arqueológico, una vez obtenidas las oportunas licencias y habilitaciones presupuestarias del *Consell Insular*. Cerrado el solar e

argumentos anteriormente descritos 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 su declaración como Bienes de Interés Cultural no significa que *queden extramuros del concepto de Patrimonio Histórico Español*<sup>163</sup>.

Hay que tener en cuenta, para completar el argumento anterior, que la configuración de este ámbito objetivo de protección no solo tiene lugar conforme a las previsiones de la legislación estatal: las leyes autonómicas, en atención a las peculiaridades de cada territorio, suelen establecer nuevas fórmulas *extensas* de protección que no siempre tienen equivalente en la LPHE y ello podría determinar situaciones difícilmente conciliables con la indispensable aplicación uniforme de la ley penal. La situación, por tanto, se afronta con más autoridad desde esta posición anti formalista, desde una visión pragmática que, sin olvidar la enorme importancia de las declaraciones formales que califiquen el valor los bienes desde el punto de vista administrativo, ponga un mayor énfasis en su valor real desde una perspectiva histórica y cultural.

Todo ello nos permite concluir, para intentar resolver el problema de una manera definitiva, que el Patrimonio Histórico, desde una dimensión jurídico penal y teniendo en cuenta que se trata de un concepto normativo, se podría definir como aquel que se integra por cualesquiera bienes materiales o

---

iniciadas las catas correspondientes, la importancia de los restos hallados en el yacimiento y la incompatibilidad del mismo con la construcción del bloque de viviendas proyectado determinó que por la Consellería de Cultura se diese orden verbal de paralización de las obras, pese a lo cual, el 11 de mayo de 1986, una pala mecánica contratada por los recurrentes penetró en el solar, tras romper la valla colocada, y destruyó los restos arqueológicos más evidentes. Dichas obras se prolongaron durante tres días más, hasta que el 15 de mayo siguiente se ordenó la paralización de las mismas. La orden fue levantada el 10 de febrero de 1987 ante la falta de interés arqueológico en que había quedado el solar”.

<sup>163</sup> Expresamente indica en su fundamentación: “Si se atiende a la regulación contenida en la citada Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico español, su art. 1º, párrafo. 2º, comprende en su ámbito a los yacimientos y zonas arqueológicas, y si bien es cierto que otorga una especial protección a aquellos que han sido inventariados o declarados de interés cultural, según resulta del párrafo 3º del mismo artículo, en relación con el art. 9 y 14 y siguientes de la misma Ley, ello no significa que los bienes no declarados de interés cultural queden extramuros del concepto de Patrimonio Histórico Español. Así lo prueba el art. 40 de la Ley, cuando afirma que tanto “los bienes muebles como inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto se encuentren en la superficie como en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental” forman parte del Patrimonio Histórico Español, sin perjuicio de que puedan ser declarados como bienes de interés cultural, como “zona arqueológica”, una vez que se tramite y resuelva el expediente administrativo correspondiente (arts. 14 a 25 de la Ley 16/1985)”.



inmateriales que ostentan un valor cultural e histórico innegable, definición lo suficientemente abierta como para contener la falta de necesidad de catalogación o inventario previo, la protección del llamado patrimonio *oculto*, desconocido o no declarado, la discrecionalidad judicial basada en criterios científicos y la convicción de acerca de la relevancia histórica de los bienes que, cuando menos de forma aproximada, debe poseer el agresor. Esta interpretación, como manifiesta el Tribunal Constitucional en la Sentencia 181/1998 no puede considerarse en modo alguno una interpretación extensiva del tipo penal.

Cabría plantearse qué ocurrirá, sin embargo, con otros bienes culturales *conocidos* que no se encuentren formal y previamente protegidos, sobretodo, si nos referimos a bienes *notorios* que por sus especiales condiciones, hubieran debido ser declarados de interés cultural o inventariados conforme a las disposiciones de la LPHE y no lo fueron por las autoridades culturales competentes. En tales casos, parece muy discutible que tales bienes puedan formar parte del llamado *ámbito objetivo de protección* del Patrimonio Histórico Español.

- En primer lugar, su conocimiento público determina una especie de tácita valoración institucional, de manera que una actitud puramente omisiva de las autoridades competentes debe ser tenida en cuenta a la hora de considerar apropiada la persecución penal de los hechos. No podemos descartar, por ejemplo, que esta situación degrade una hipotética responsabilidad penal y la traslade hasta las autoridades responsables, en algunos casos, por su reconocida *posición de garante*.
- En segundo término, resulta muy discutible que pueda establecerse un control externo desde la jurisdicción penal sobre algunas decisiones administrativas en orden a la no catalogación o inventario de determinados bienes culturales con un valor más o menos discutible y de carácter completamente notorio. Considerar el orden penal como un instrumento de control, supone admitir la posible existencia de otros posibles mecanismos legales con idéntica finalidad y, a consecuencia de una correcta aplicación del principio de intervención mínima, parece que *el derecho penal solo debe intervenir [...] cuando resulten ineficaces los demás medios de control de que dispone el orden social*<sup>164</sup>.
- En tercer lugar, por último, resulta igualmente muy discutible hacer recaer sobre el autor de los daños la falta de celo de la autoridad cultural a la hora de aplicar o no fórmulas legales de protección a determinados bienes que

---

<sup>164</sup> SALINERO ALONSO, Carmen, *La protección ...*, ob. cit., pág. 171.

debieran haberlo merecido. Casi sería más lógico trasladar en esos casos la responsabilidad por omisión a la autoridad que mantiene una actitud incoherente o pasiva para su protección. Es preciso reconocer, además, que los criterios que deban adoptarse en orden a los niveles de protección adecuados de los bienes culturales y su posible restauración no siempre son criterios pacíficos y presentan frecuentes correcciones temporales y geográficas, teniendo en cuenta las peculiaridades históricas de cada territorio y la evolución científica de distintas disciplinas.

- En cualquier caso, esta posible limitación en la protección jurídico penal de los bienes notorios resultaría mucho menos compleja y más discutible en las situaciones de expolio, destrucción o apoderamiento de piezas arqueológicas, a consecuencia del carácter que les otorga la ley como bienes de dominio público y su capacidad de relación con el entorno en el que tiene lugar el hallazgo. Si será perfectamente aplicable a colecciones particulares o públicas de piezas arqueológicas que se encuentren expuestas o conservadas conforme a distintos criterios. En cualquier caso, teniendo en cuenta su especial naturaleza, esta idea de notoriedad parece más alejada del Patrimonio Arqueológico que de otras manifestaciones del Patrimonio Histórico, tanto de carácter mueble como inmueble.

A modo de conclusión, podemos establecer que la única manera de interpretar adecuadamente la carencia de una declaración formal declarativa del valor innegable de los bienes culturales que resultan agredidos en estas situaciones de completa notoriedad, será la de diferenciar cada supuesto concreto acudiendo al nivel de conocimiento público de los que se vean afectados por alguna conducta con posible trascendencia delictiva que deberemos poner relación con su importancia objetiva y con las actuaciones documentadas de la Administración de las que se tenga constancia. Podemos establecer, además, otros elementos de valoración de distinto signo como el lugar físico que ocupen estos bienes, sus condiciones de conservación y las fórmulas de determinación del depósito en caso de haber existido, plazo de tiempo en una situación de posible abandono, las circunstancias particulares de la agresión producida y su motivación, las referencias históricas que les sean aplicables y, naturalmente, además de su titularidad pública o privada, también la valoración pericial<sup>165</sup> que

---

<sup>165</sup> Como muestra, la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/1998, previamente citada, recuerda en sus antecedentes que “intervinieron como peritos un Catedrático de Arqueología de la Universidad de Sevilla, otro de la Universidad de Bolonia, Director además del Instituto para la Civilización Fenicia y Púnica, otra Catedrática de Prehistoria de la Universidad Autónoma de Barcelona y uno más, asimismo Catedrático de Prehistoria, de la Universidad Complutense de Madrid, declaró probado la realidad e importancia de los daños causados por los acusados y valoró los mismos en 350.000.000 de pesetas, concluyendo que los restos destruidos forman parte del Patrimonio Histórico sin necesidad de que existiese declaración expresa al respecto, por disponerlo así los arts. 1.3º, 40.1º y 44.1º de la Ley 16/1985,

se realice para demostrar su valor cultural, histórico y material, todo ello en el transcurso de una investigación judicial o fiscal siempre sometida a los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa<sup>166</sup>.

---

de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, que integra el tipo penal del art. 558.5ª del Código Penal, a la vez que declaraba inaplicable al caso el subtipo agravado del art. 563 bis a) del mismo Código” ...

<sup>166</sup> Este fue el criterio sostenido por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía por la lamentable destrucción de la rotativa del antiguo *Diario Patria*. En su *Decreto de Archivo* de fecha cuatro de mayo de 2007, el Ministerio Fiscal llevó a cabo un análisis de la notoriedad como elemento valorativo en la calificación de los daños al Patrimonio Histórico. La denuncia de varios particulares se refería a la destrucción de una rotativa marca *Koenig Bauer* para 16 páginas y cuatro cilindros del antiguo *Diario Patria* de Granada, que, al parecer, se decía que era propiedad nominalmente del *Museo Nacional de la Ciencia y Tecnología* (que nunca llegó a existir) o de un pretendido *Museo de la Prensa* y que se encontraba en el año 2005 depositada en una dependencia de la planta de baja de la Facultad de Biblioteconomía y Documentación de la Universidad de Granada, concretamente en el edificio conocido como *Colegio Máximo* y en una dependencia conocida como *Calderas Antiguas*.

La rotativa, pese a su incuestionable valor y conforme al Informe que fue emitido por la Delegación Provincial en Granada de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, no se encontraba protegida por ninguno de los instrumentos jurídicos existentes en la Ley 16/85, de 25 de junio, *del Patrimonio Histórico Español* o en la Ley 1/91, de 3 de julio, *del Patrimonio Histórico Andaluz*, entonces vigente. No constaba comunicación alguna de la realización de la obra a la Delegación Provincial en Granada de la Consejería de Cultura y resultó destruida por un chatarrero al afrontar una serie de obras menores en la remodelación del edificio. La fundamentación del Decreto de Archivo del Ministerio Fiscal, entre otros argumentos, señalaba los siguientes: “Es evidente que los perfiles esenciales previamente aludidos y la necesidad de protección del llamado patrimonio oculto, singularmente del Patrimonio Arqueológico, requieren una conceptualización amplia que permita una aplicación suficiente de la ley penal; pero también lo es que la ley penal debe respetar la posible aplicación de las diferentes categorías de protección desarrolladas en la ley administrativa estatal y autonómica y las decisiones que sean adoptadas por la autoridades culturales para establecer fórmulas suficientes de protección, buscando una fórmula de conciliación de ambos espacios legales.

En tales casos y en opinión del Fiscal, puede ser muy discutible que aquellos bienes culturales que resultan públicos y son perfectamente conocidos por la autoridad competente en la materia, puedan formar parte de llamado *ámbito objetivo de protección del Patrimonio Histórico Español* tanto por su conocimiento notorio como porque resulta dudoso que pueda establecerse un control jurisdiccional penal acerca de cuales sean las más adecuadas decisiones administrativas para la protección de bienes culturales. En el caso que nos ocupa, es cierto que no existe constancia de que la obra fuera oficialmente conocida por la Delegación de Cultura pero también lo es que la obra se encontraba, cuando menos desde hace unos treinta años, depositada o expuesta en un centro educativo público. De otra parte, según se desprende de la documental aportada, no se sometió a ningún control ajeno a la propia Universidad de Granada cuando se planteó su destrucción por la realización de una obra menor. Es también probable que de haber conocido la autoridad cultural el uso que pensaba darse a la rotativa hubiera actuado y hubiera impedido su desaparición, adoptando las medidas pertinentes, máxime cuando, lamentablemente, es la propia administración, lejos de lucrarse, la que abona el importe por el traslado y por la destrucción del objeto.

La circunstancia anterior conduce al Ministerio Fiscal a considerar que la negligencia tiene su origen, sirviendo este como tercer argumento a todo lo que ha sido anteriormente esgrimido, en la falta de comunicación y esta conducta se encuentra expresamente tipificada en el artículo 76.1 a) de la Ley 16/85, en relación con el artículo 26 del mismo texto legal, que castiga como una posible infracción administrativa contra el Patrimonio Histórico y con pena de multa el incumplimiento por parte de los propietarios o poseedores de bienes muebles que puedan tener relevancia histórica de la obligación de comunicar a la Administración competente la existencia de tales bienes y su futura disposición por terceros. Corresponde a la Administración autonómica determinar si esta comunicación queda circunscrita a los objetos previamente inventariados o catalogados o se extiende a todos aquellos que bienes muebles, como la *Rotativa Patria* cuentan con un valor indudable al margen de su protección legal.

Como conclusión de todo lo anterior, el Fiscal considera que los hechos tienen mejor encaje como infracción administrativa que como un delito de daños por imprudencia al Patrimonio Histórico, ante la

#### 4. El dolo de consecuencias necesarias

Como complemento de las anteriores precisiones y antes de abordar el análisis detallado de alguna de las tipologías que ofrece nuestro Código Penal, conviene llevar a cabo, aunque someramente, algunas consideraciones generales acerca del dolo exigible en las infracciones contra bienes culturales y, en especial, en aquellos casos en los que resultan dañados o destruidos yacimientos o piezas arqueológicas. En ocasiones, no queda plenamente acreditada cual sea la intención real del agente o no se puede concluir con garantías si pretendía llevar un aprovechamiento determinado con su acción criminal. Para establecer los criterios básicos que han sido exigidos por nuestra jurisprudencia resulta necesario señalar, desde una perspectiva muy general, algunas consideraciones previas sobre el debate actual en la doctrina.

En el derecho penal contemporáneo, ha sido JAKOBS quien ha planteado la articulación del *dolo como conocimiento*. Desde esta perspectiva, el análisis de la conducta realizada por el agente, al separar dolo e imprudencia, recuerda la importancia de la *cognoscibilidad de los hechos*, de la intensidad del conocimiento que posea en cada caso concreto el autor. Se entiende que el dolo puede tener lugar, siempre que la ejecución comporte la realización del tipo, aún cuando el resultado no sea realmente querido por sí mismo. *Dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias*<sup>167</sup>. Desde otro punto de vista, para ROXIN el dolo directo de segundo grado *abarca las consecuencias o circunstancias cuya realización no es intencionada, pero de cuya producción [...] con seguridad se percata el sujeto, ocasionándolas conscientemente*<sup>168</sup>. En este caso, el dolo se configura como un *querer* aunque el resultado incluso resulte desagradable para el sujeto. Concretando el análisis del dolo para aquellas tipologías que cuentan con un elemento normativo, para JESCHECK y WEIGEND se requiere el pleno conocimiento de su significado como ocurre, a título de ejemplo, con el carácter mueble y ajeno de la cosa o con su valor cultural; sin embargo no resulta necesario que *el autor conozca la definición jurídica del concepto correspondiente (de lo contrario, solo los juristas podrían*

---

falta –principalmente- de cualquier forma de protección legal de un bien cultural de indudable valor que no resultó catalogado o inventariado pese a su exposición pública y a su prolongada posesión por una institución cultural en un edificio docente porque tales circunstancias impiden dudar de la culpabilidad, siempre desde una perspectiva criminal, de quienes adoptaron la decisión de destruir un objeto de tanto valor”. La decisión fiscal de Archivo no dio lugar a ningún procedimiento judicial posterior. La Fiscalía dio cuenta de su decisión a la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía para que procediera, de estimarlo oportuno, a incoar un expediente administrativo sancionador.

<sup>167</sup> JAKOBS, Gunther; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición traducida por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis; Marcial Pons, Madrid, 1997, páginas 312 a 319.

<sup>168</sup> ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I; 2ª edición traducida por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y DE VICENTE REMESAL, Javier; Editorial Civitas, Madrid, 2006, páginas 423 y 424.

*actuar dolosamente) sino que basta con que posea una idea de cuáles son los hechos a los que el legislador quiso extender la protección de la norma penal. De manera francamente clarificadora, los autores citados añaden que en relación con los elementos normativos del tipo el dolo presupone que el autor vislumbra por sí mismo, a su propio nivel de comprensión, la valoración del legislador materializada en el concepto correspondiente*<sup>169</sup>.

En relación con todo lo anterior, MIR PUIG, al comentar el actual debate sobre el dolo en la doctrina alemana, expresivamente señala que debe exigirse que *el sujeto “tome en serio” la posibilidad del delito y, por otra parte, que el mismo se conforme con dicha posibilidad, aunque sea a disgusto [...] Conformarse con la posible producción del delito significa, por lo menos, “resignarse” a ella siquiera sea como consecuencia [...] desagradable cuya posibilidad no consigue hacer desistir al sujeto [...] significa el grado mínimo exigible para que pueda hablarse de “aceptar” y por tanto de “querer”*<sup>170</sup>. Todas las ideas anteriores nos permiten delimitar con suficiente nitidez el dolo exigible en las agresiones a bienes arqueológicos en las que no apreciamos un dolo directo e indubitado de dañar o destruir el Patrimonio Histórico y su función cultural. En tales casos, el agente se encuentra guiado por un cúmulo de intereses personales y materiales que determinan su conducta y le hacen incurrir en responsabilidad penal.

La protección de yacimientos arqueológicos desconocidos que resultaban dañados a consecuencia de obras de construcción, hace casi treinta años, sirvió para que otra vez el Tribunal Supremo, afortunadamente, perfilara el dolo exigible en los delitos cualificados de daños producidos en *el Patrimonio Histórico Artístico Nacional* y tipificados en el apartado 5º del artículo 558 del viejo Código Penal de 1973<sup>171</sup>. La Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 3.182/1995, de 3 de junio, vino a establecer la necesidad exclusiva del llamado *dolo de consecuencias necesarias*, no estimando exigible ningún dolo específico que acredite la intención del autor de producir un daño sobre el Patrimonio Histórico Español. Este *dolo de consecuencias necesarias* se encontraba íntimamente vinculado con la búsqueda de una finalidad (la terminación de las obras) para eludir la actuación de las autoridades culturales; considerando que la conducta comportaba necesariamente la destrucción del hallazgo y que el agente

---

<sup>169</sup> JESCHECK, Hans- Heinrich y WEIGDEN, Thomas; *Tratado de Derecho Penal*; 5ª edición traducida por OLMEDO CARDENETE, Miguel; Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 316

<sup>170</sup> MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición; Editorial Reppertor, Barcelona 2015, pág. 274.

<sup>171</sup> El precepto, que en su redacción original (BOE número 300 de 15 de diciembre de 1973) imponía la pena de presidio menor y multa, establecía la agravante para los daños producidos “en un archivo, registro, museo, biblioteca., gabinete científico, institución análoga o en el Patrimonio Histórico Artístico Nacional”.

era conocedor, cuando menos, de la condición relevante de los bienes agredidos. La propia concesión de la licencia estaba condicionada a la aparición de algún hallazgo y la sucesión de actuaciones desarrolladas era claramente indicativa de un determinado grado de protección legal. Conforme a la anterior idea, la acción delictiva aunque no requiere la intención directa de agredir el Patrimonio Histórico Español, debe ser relacionada con una previa convicción acerca de la *historicidad* o de la relevancia histórica de los bienes dañados<sup>172</sup>.

Poco tiempo después, la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 507/1997, de 29 de Enero, reiteró la exigencia del *dolo de consecuencias necesarias* en relación con la *condición relevante o historicidad* en otro supuesto referido a los daños ocasionados en los restos de una casa romana que aparecieron en el centro histórico de la ciudad de Palencia por unos constructores a los que se requirió verbalmente para que suspendieran la obra, estimándose que el riesgo probable de causar algunos daños en el yacimiento descubierto, son base suficiente para configurar el dolo, cuando menos, de *consecuencias necesarias* en relación con la innegable *historicidad* de los restos que resultaron finalmente destruidos y que contaban, sin duda alguna y como manifestó la Audiencia Provincial, con un valor incalculable. En este caso, la sentencia manifiesta en su fundamentación que el conocimiento (aunque fuera verbal) realizado por los responsables de la Delegación de Cultura de *la prohibición existente y el riesgo de causar daños si no se atendía ni acataba el mandato prohibitivo, conforman adecuadamente si no el propósito directo de perjudicar* , *al menos un dolo de consecuencia necesarias derivado de la finalidad lucrativa directamente perseguida*. Especialmente significativas son las circunstancias que rodean el extraordinario hallazgo próximo a la famosa catedral románica de la ciudad y rodeado por un entorno monumental que también se habría visto severamente perjudicado con esta acción delictiva.

---

<sup>172</sup> La Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 3.182/1995, indica en su fundamentación, entre otros argumentos lo siguiente: “Cierto es que la jurisprudencia de esta Sala no resulta a lo largo del tiempo inequívoca en orden a la exigencia de tal elemento subjetivo del tipo . Así, en las SS . de 30 de enero de 1960, 9 de octubre de 1961, y 24 de febrero de 1981 se exigen la tendencia finalística o intención de causar el daño, pero lo cierto es que otras resoluciones, de la que es significativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1976, acorde con la más moderna y autorizada doctrina científica española, estima que no es preciso tal elemento subjetivo del injusto y que basta con la existencia de un dolo de consecuencias necesarias , y ello fundamental y básicamente en virtud del carácter residual del tipo genérico del daño [...] por lo que basta con la existencia de un dolo genérico para reputar existente el tipo básico o genérico; en este caso existente si se tiene en cuenta el ahora incólume [...] relato histórico de la sentencia recurrida que expresa que la decisión final de las recurrentes se produjo “viendo fundamentalmente peligrar las expectativas puestas en la construcción ” lo que implica ciertamente no la existencia de un propósito directo de perjudicar , pero sí la de un dolo de consecuencias necesarias derivado de la finalidad lucrativa directamente perseguida”. Conforme a las consideraciones anteriores, se estima por la sentencia que el “conocimiento por parte de los acusados de la condición relevante de los restos arqueológicos y de la intencionada destrucción de los mismos a fin de poder culminar la edificación” permite la aplicación de la agravante al entenderla como agresión a bienes de valor histórico.

Los comentarios jurisprudenciales anteriores, recordemos que están referidos a las tipologías del Código Penal de 1973, vigente en el momento de producción de los hechos, concretamente a la agravante respecto al delito de daños prevista en el antiguo artículo 558.5 que, por razón de la pena establecida permitía, el acceso a la casación conformes a las reglas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, circunstancia que lamentablemente desaparecerá con las nuevas tipologías que introduce el Código Penal de 1995 y, en especial su artículo 323.

## 5. Las situaciones de error como factor criminológico

Los procedimientos penales incoados en España tras la promulgación del Código Penal de 1995, en lo que respecta a la destrucción de bienes arqueológicos, han tenido en muchas ocasiones, entre otras, la dificultad *añadida* para su eficaz persecución y castigo de encontrar la alegación sistemática de una situación de error padecida por el agente para degradar su conducta hasta límites muchas veces ridículos. La alegada ignorancia acerca de la importancia de los bienes destruidos se ha visto favorecida, por la falta de señalización de los yacimientos, por su desconocimiento público, por la falta de implicación de la administración cultural y por otros muchos factores de carácter social y económico entre los que no puede olvidarse el amplio desconocimiento de la legislación internacional, estatal y autonómica sobre la materia.

No cabe duda que a todo ello habría que sumar algunos otros factores de importancia. En primer lugar, el análisis de la jurisprudencia provincial en los años que siguen a la promulgación del Código Penal de 1995, muestran cierta falta de sensibilidad de un gran número de tribunales territoriales que siguieron considerando durante años que se trataba de un debate *ajeno* al derecho penal y estimaban, de manera más o menos explícita, que resultaba más apropiada y más eficaz la persecución de estas conductas como infracciones administrativas graves que podían ser sancionadas con suficiente dureza, teniendo en cuenta el habitual solapamiento de ambas legislaciones. De otra parte y en segundo lugar, la posible corrección del criterio anterior resultaba prácticamente imposible en muchas ocasiones a consecuencia del *viejo* problema procesal español que imposibilitaba, por su arcaico y defectuoso sistema de recursos y como ya hemos señalado en otro apartado de este mismo capítulo, el pronunciamiento normalizado de nuestro Tribunal Supremo a través del *Recurso de Casación* y su necesaria labor *nomofiláctica* para la unificación doctrinal. Todo ello determinó una ausencia de pronunciamientos condenatorios o de resoluciones motivadas de archivo durante la fase de instrucción que, al igual que ocurrió con otras tipologías del mismo Título como los delitos contra la Ordenación Territorial, propició una fuerte dosis de impunidad, dificultando además, la coordinación con

la administración cultural y con las escasas unidades de policía judicial especializadas.

Hay que reconocer que la utilización de elementos normativos en algunos tipos penales ha favorecido la presencia del error en algunas conductas destructivas del Patrimonio Histórico y que puede resultar complejo establecer si en estos casos nos encontramos ante un error de tipo o un error de prohibición<sup>173</sup>. La cuestión, en definitiva, debe resolverse con claridad diferenciando entre aquellos casos en los que el agente desconoce el verdadero valor de los bienes culturales agredidos y piensa, en consecuencia, que puede destruirlos sin incurrir en responsabilidad alguna de aquellos otros supuestos en los que, siendo consciente de su valor cultural, cree erróneamente que los puede destruir. En el primer caso nos encontraríamos ante un error de tipo, normalmente vencible, *sobre un hecho constitutivo de la infracción penal* que, conforme a lo establecido en el artículo 14.1 del Código Penal, excluye la responsabilidad criminal. El mismo precepto señala que *si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente*. Las otras situaciones descritas en las que existe un error sobre *la sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal*, tal y como indica el apartado tercero del mismo artículo 14, nos llevarían a la misma situación punitiva, diferenciando igualmente el carácter vencible o invencible del error. La distinción anterior es importante ya que en los supuestos de error de tipo, la solución imprudente solo podremos aplicarla en aquellas tipologías que la admiten, como ocurre con el delito especial de daños del artículo 323 del Código Penal, pero no en aquellas otras tipologías, como el derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos del artículo 321 del mismo texto legal, que solo permitiría su comisión dolosa.

En lo que respecta al conocimiento del significado normativo o de la relevancia de los bienes culturales que resultan destruidos, en consonancia con la idea del dolo exigible en esta clase de delitos, bastaría con tener un conocimiento o una convicción aproximada de su valor y de su significación cultural o social, siguiendo en este punto algunos autores como GUIASOLA LERMA, los postulados de la doctrina alemana<sup>174</sup> al exigir, como pusiera de manifiesto EDMUND MEZGER, *un conocimiento paralelo, en la esfera de lo profano, del juicio de valor* que contiene el elemento típico del delito.

---

<sup>173</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina. *Delitos...*; ob. cit., págs. 373 a 376. Citado igualmente por JESCHECK, Hans- Heinrich y WEIGDEN, Thomas; *Tratado ...*, ob. cit., pág. 316.

<sup>174</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina, *Delitos ...*, ob. cit., página 374. La conocida formulación de Edmundo Mezger, en *Strafrecht*, 3ª, 1949, páginas 3328 y siguientes; *Tratado*, 1946, páginas 145 y siguientes. Igualmente se cita la fórmula de Hans Welzel, *un enjuiciamiento paralelo en la esfera del sujeto*; *Strafrecht*, 11ª, 1969, páginas 75 y siguientes.



En el ámbito de la arqueología hay que reconocer que resulta más factible que nos encontremos ante situaciones de error sobre la condición ajena de las cosas apropiadas por el agente. Aunque la idea de dominio público arqueológico resulta cada vez más extendida, es posible que los restos encontrados azarosamente o buscados de propósito ante su falta de relevancia puedan generar situaciones de error. Esta alegación -que puede tener lugar con cierta frecuencia entre jóvenes y aficionados recientes al coleccionismo arqueológico- resulta cada vez más inverosímil por la difusión masiva del régimen legal de los bienes culturales y de las obligaciones que incumben a los ciudadanos. Estas situaciones de error sobre la ajenidad deben considerarla como un elemento normativo del tipo de injusto, de manera que su tratamiento adecuado será, al igual que en caso anterior, el de un error de tipo<sup>175</sup>.

Como hemos adelantado, desde la entrada en vigor del Código Penal y desde una perspectiva práctica, muchas veces equivocada, la *jurisprudencia provincial* ha venido utilizando la aplicación del error vencible como una fórmula de atenuación encubierta, aproximando de esta forma la sanción penal a la simple multa administrativa al considerar que la respuesta penal podría resultar algo desmesurada. Esta situación ha sido frecuente en la producción de daños a yacimientos arqueológicos y en las parcelaciones ilegales y construcciones no autorizadas en terrenos protegidos por su valor cultural. Una situación parecida a la anterior ha podido tener lugar por la aplicación *residual* del tipo de daños por imprudencia respecto a situaciones *reales* de daños dolosos al Patrimonio Histórico en general y, en especial, a los bienes arqueológicos.

La interposición de numerosos *Recursos de Apelación* ante las Audiencias Provinciales y la difusión de estos procedimientos ante la opinión pública por el Ministerio Fiscal, siempre dentro de los límites establecidos en el artículo 4 apartado 5 de su Estatuto Orgánico<sup>176</sup>, ha sido frecuente y ha generado una atención persistente en los medios de comunicación de manera que el *margen de alegación* de estas situaciones de error resulta cada día más escaso, contribuyendo a que tenga lugar en la actualidad un apreciado punto de inflexión en la persecución penal de estas conductas. La única manera de avanzar y superar esta problemática es mantener una política cultural y educativa que otorgue a los bienes culturales la difusión necesaria, lleve a cabo las señalizaciones pertinentes

---

<sup>175</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., pág. 245.

<sup>176</sup> Sobre la interpretación del precepto, puede consultarse la Instrucción 3/2005 de la Fiscalía General del Estado *sobre la relación del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación* dictada por el Fiscal General Cándido Conde-Pumpido Touron. Recordemos que el apartado 4, del artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece, entre sus funciones, la de *informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados*.

(incluso en los bienes radicados en zonas urbanas) y sostener una continua labor divulgativa, en la que debe desempeñar un papel esencial el Ministerio Fiscal, informando a la opinión pública de su actividad en los términos que establece el artículo 4.5 de su Estatuto Orgánico y procurando siempre una actuación coordinada con las autoridades competentes y con la Policía Judicial que debería contar, en la medida de lo posible, con una estadística diferenciada y un grado suficiente de especialización<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> Como ejemplo práctico de esta coordinación puede citarse el *Convenio de Colaboración* que fue firmado por la Fiscalía General del Estado con la Junta de Andalucía en 2004 para la formación especializada de fiscales en materia de Urbanismo, Medio Ambiente y Patrimonio Histórico. El desarrollo de este Convenio determinó que tuvieran lugar una serie de actuaciones de gran valor para la protección del yacimiento arqueológico de *Medina Azahara*, en Córdoba, que venía sufriendo el problema de la parcelación ilegal y un expolio casi sistemático. La actuación coordinada de la dirección del Conjunto Monumental y de la Fiscalía Provincial propició la presentación de numerosas denuncias por delitos de daños sobre el Patrimonio Histórico. Tras varios pronunciamientos dubitativos de los Juzgados de lo Penal comenzaron a dictarse sentencias condenatorias por la Audiencia Provincial y en este cambio de tendencia jurisprudencial se ha visto favorecido por los sucesivos informes que fueron confeccionados por la Fiscalía sobre la situación padecida en el yacimiento. Su difusión al ser incluidos en sus respectivas *Memorias* anuales, han sido uno de los factores decisivos para la protección de este Conjunto Monumental, debilitando las habituales alegaciones de error de algunos infractores.

## Capítulo Tercero

### LOS DELITOS SOBRE EL PATRIMONIO HISTÓRICO ARQUEOLÓGICO

El mandato dirigido en el artículo 46 de la Constitución Española al legislador penal para la defensa del Patrimonio Histórico ya encontraba una respuesta muy limitada en el Código Penal de 1973, al no valorar su dimensión inmaterial o colectiva. Debemos entender, por tanto, que el cumplimiento de este decisivo mandato para nuestra vida social, solo tiene lugar con la promulgación del Código Penal de 1995 y con la inclusión de un Capítulo referido concretamente a los *Delitos sobre el Patrimonio Histórico* e integrado en el Título XVI de su Libro II que, como ya hemos señalado, está genéricamente referido a los *Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*. Se aprecia en la doctrina penal, al margen de entender muy necesaria esta nueva categoría de protección, una *armonía* crítica que ha llegado a calificar esta decisión legislativa como meramente *formal*<sup>178</sup> y que, de forma unánime, ha valorado negativamente la técnica legislativa utilizada y la falta de solución a diversos problemas para su aplicación que podrían haber sido resueltos con relativa facilidad y en alguna de las numerosísimas reformas operadas en el texto penal desde su promulgación. Esta armonía crítica, sin embargo, también ha reconocido, casi con mayor unanimidad, la importancia y necesidad de creación de estas nuevas tipologías que configuran una nueva categoría<sup>179</sup> de protección con un *bien jurídico autónomo*<sup>180</sup> para la defensa penal de los bienes culturales.

La Sala 2ª del Tribunal Supremo, ya en la Sentencia 507/1997, de 29 de enero, ponía de manifiesto, al comentar la destrucción de un yacimiento arqueológico en el centro urbano de una pequeña ciudad histórica, muy expresivamente que “ciertamente que son pocos los delitos de daños que han propiciado la intervención casacional de este Tribunal. Menos aún los que con referencia al patrimonio histórico y artístico se han enjuiciado en cualquier órgano jurisdiccional. Curiosamente, sin embargo, hace poco tiempo la Sentencia de 3 de junio de 1995 conoció de un supuesto penal de muy parecidas características al que hoy es objeto de atención aquí. Quizás sea un anticipo o signo premonitorio de unos hechos que, si siempre tuvieron lugar, no en todos los casos llegaban por distintas razones a los Juzgados. La concienciación de la sociedad y la preocupación del Poder legislativo han dado luz, [...] a los que denomina "Delitos sobre el patrimonio histórico " a través de los artículos 321 al 324. 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

---

<sup>178</sup> CORTES BECHIARELLI, Emilio, “Función social ...”, ob. cit., pág. 18.

<sup>179</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert; “El derecho penal y los principios rectores de la política social y económica”, en *Derecho Penal Constitucional*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director), JARIA MANZANO, Jordi (coordinador); Valencia, 2015, págs.. 486 a 490.

<sup>180</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; La protección ...; ob. cit., pág. 295.

*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.*

El nuevo Capítulo II, del Título XVI contiene solamente cuatro preceptos<sup>181</sup> que, con una penalidad relativamente reducida, al margen de las distintas penas de multa y, en algunos casos, como veremos posteriormente, una perturbadora pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, estarían referidos a distintas conductas todas ellas generadoras de daños a bienes muebles o inmuebles integrados en el Patrimonio Histórico Español. Es evidente que la idea del daño producido debe englobar, en todos los casos, tanto la dimensión material como inmaterial de los bienes culturales afectados. Los cuatro preceptos están referidos a las siguientes tipologías:

- El derribo o alteración grave de *edificios singularmente protegidos* por su interés histórico, artístico, cultural o monumental contemplado en el

---

<sup>181</sup> El Capítulo II bajo la rúbrica *De los delitos sobre el patrimonio histórico*, se integra por cuatro artículos que se expresan en los siguientes términos:

ARTÍCULO 321

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.

ARTÍCULO 322

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.

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.

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.

(Este precepto fue modificado por el número doscientos seis del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

ARTÍCULO 324

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

artículo 321 del Código Penal, precepto en cuya virtud se imponen penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años. Este mismo artículo, en su párrafo segundo, establece que puede ordenarse de forma motivada en la sentencia y siempre con cargo al autor o autores de los hechos, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones que puedan corresponder a terceros de buena fe.

- La adopción de acuerdos en organismos administrativos o la emisión de informes favorables para llevar a cabo estos derribos o alteraciones como una forma de prevaricación especial del artículo 322 del mismo texto legal. Concretamente, el precepto anteriormente citado se refiere a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración (debe entenderse alteración *grave* aunque el precepto no la cita), de edificios singularmente protegidos imponiendo, además de la pena establecida en el artículo 404 del Código Penal para las formas genéricas de prevaricación administrativa<sup>182</sup>, la pena de prisión de seis meses a dos años o la pena de multa de doce a veinticuatro meses. El párrafo segundo del precepto aclara que 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.
- Los daños dolosos del artículo 323 en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos son castigados con la pena de seis meses a tres años de prisión y con una pena de multa de doce a veinticuatro meses. El precepto contiene un segundo apartado con una reclamada agravación específica que permite la imposición de la pena superior en grado *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*. El apartado tercero del artículo establece la facultad potestativa del tribunal para ordenar con cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien

---

<sup>182</sup> El artículo 404 del Código Penal se expresa en los siguientes términos: “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. Este precepto fue modificado por el número doscientos seis del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo).

dañado. Este precepto sería el único que ha sido modificado desde la promulgación del nuevo Capítulo en 1995 y en virtud, como veremos posteriormente, de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

- Los daños por imprudencia grave del artículo 324 del Código Penal, 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 son castigados con la pena de multa de tres a 18 meses, atendiendo a la importancia de *los mismos*. De acuerdo con esta modalidad delictiva, los daños culposos por cuantía inferior a la señalada serían impunes y estarían, en todo caso, contemplados en el régimen administrativo sancionador que establece el artículo 76 de la LPHE o en las distintas leyes protectoras de bienes culturales que han sido promulgadas por las Comunidades Autónomas como ocurre, a título de ejemplo, con la Ley 14/2007 del Patrimonio Histórico de Andalucía y el régimen sancionador previsto en sus artículos 106 y siguientes.

En mi opinión, las cuatro tipologías que han sido citadas pueden afectar directamente a bienes arqueológicos. Expresamente los daños dolosos del artículo 323 hacen referencia directa a situaciones de *expolio* y, además, se incluyen expresamente en el ámbito objetivo de protección de los artículos 323 y 324, los yacimientos arqueológicos. Este tratamiento punitivo resulta, como analizaremos posteriormente, muy controvertido y francamente desafortunado.

Cabría añadir, por último y como complemento a los preceptos que han sido brevemente reseñados, la *Disposición Común* a los Capítulos que están referidos a las distintas formas de delincuencia medioambiental que está contemplada en el artículo 340 del Código Penal y que establece la imposición de la pena inferior en grado si el culpable *hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado*; disposición que puede plantear algunas dudas interpretativas con respecto a la rehabilitación de bienes culturales ordenada de forma motivada en la sentencia condenatoria por el tribunal competente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 321 y 323 del Código Penal.

## **1. Los defectos de la regulación penal española**

Desde la promulgación del Código Penal de 1995, la doctrina ha reiterado la existencia de una serie de graves defectos técnicos en este Capítulo que aún no han sido corregidos<sup>183</sup>. Incluso la propia *Memoria* de la Fiscalía General del

---

<sup>183</sup> 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

Estado correspondiente al año 1998, ya establecía una serie de reformas que se estimaban necesarias, añadiendo la *necesidad de llevar a cabo la oportuna reforma sistemática incluyendo en el capítulo de los delitos sobre el Patrimonio Histórico* el resto de tipologías protectoras dispersas a lo largo de su articulado<sup>184</sup>. Tampoco se han planteado por el legislador alternativas más o menos discutibles en las sucesivas reformas operadas en el Código Penal en los últimos veinte años. El origen de esta situación parece encontrarse en la atropellada inclusión del Capítulo, aprobado íntegramente durante su tramitación parlamentaria que tuvo lugar en el trámite de *Enmiendas* del Senado<sup>185</sup>. Estos defectos, que tendrían una especial incidencia en la protección de los elementos arqueológicos, podrían resumirse en los cinco puntos siguientes:

- El problema sistemático, ya que existen más tipologías referidas a la protección de los bienes culturales que se encuentran fuera del Capítulo dedicado a los *Delitos sobre el Patrimonio Histórico*, integrado por solo cuatro preceptos. Se habría incumplido, además, una de las razones

---

*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 no 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.

<sup>184</sup> 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”.

<sup>185</sup> La inclusión tuvo lugar por la aceptación de la *Enmienda* número 373 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista que contenía la totalidad de los artículos que fueron definitivamente aprobados. Con anterioridad, en el Proyecto que fue presentado por el Gobierno, los ataques al Patrimonio Histórico se encontraban dispersos en diversos Títulos del Libro II, siguiendo la pauta tradicional de establecer agravaciones específicas en las formas comunes de delincuencia económica o como algunas nuevas formas delictivas contra la Administración Pública. Es curioso observar, como prueba de lo manifestado, que la *Exposición de Motivos* del Código Penal de 1995 no refiere en ningún momento la introducción de los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español. Sí hacía referencia a los nuevos capítulos que introducen las figuras delictivas sobre la ordenación del territorio y la protección de los recursos naturales. Sólo cabe apuntar que la referencia al nuevo Capítulo es aludida en la genérica frase en la que se indica la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja para justificar la acción del legislador, como si se tratara de una injerencia en el ámbito sancionador administrativo. Por si fuera poco, las dos fundamentaciones recogidas en la Enmienda tampoco se cumplieron: Ordenar sistemáticamente las infracciones contra el Patrimonio Histórico en el Código Penal y trasladar los conceptos propios de la normativa administrativa vigente, en particular, los contenidos en la LPHE. Ninguna de las dos finalidades resultó cumplida. De una parte se mantuvo un sistema de doble tutela a través de nuevas tipologías y viejas agravaciones y, de otra parte, no tiene lugar la utilización de los conceptos barajados en la ley administrativa como el Bien de Interés Cultural.



expresamente alegada para incluir en el Código Penal un capítulo específico dedicado a los bienes culturales ya que, como puede comprobarse en las sesiones del debate parlamentario, una de las finalidades perseguidas por el legislador español era la sistematización de las tipologías dispersas a lo largo de su articulado.

- Aún cuando no nos encontramos, en ningún caso, ante *preceptos penales en blanco*, la falta de correspondencia existente entre los conceptos jurídicos de la legislación administrativa y los delitos descritos en la ley penal resulta extremadamente perturbadora. Como ejemplo, el uso de la expresión *edificio singularmente protegido* no puede ser interpretado con garantías ante la falta de concordancia con la LPHE, que utiliza el concepto, mucho más amplio y profusamente reglado, de *Bien de Interés Cultural* que, además, no tiene que estar necesariamente referido a bien inmueble.
- La falta de uniformidad terminológica *interna* en la relación de bienes que deben ser protegidos, tal y como aparecen descritos en los distintos preceptos del Código Penal conforme a una desafortunada técnica enumerativa que suele resultar o redundante o incompleta y que, en su deseo de alcanzar mayores niveles de protección, puede acabar generando inseguridad jurídica y una fuerte dosis de impunidad. El problema se agrava teniendo en cuenta el viejo esquema procesal español vigente, el de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1881, que contiene un defectuoso sistema de recursos que dificulta, en muchas ocasiones, la uniformidad jurisprudencial.
- La ausencia de algunas tipologías especialmente reclamadas por la doctrina más autorizada para la adecuada tutela de los bienes culturales como ocurre con la excavación ilegal o expolio arqueológico como delito autónomo<sup>186</sup> o con la receptación de bienes culturales, con independencia de la naturaleza del delito *inicial* y como una forma especialmente efectiva para el desarrollo de una actividad criminal de la importancia del blanqueo de capitales. Recientes actuaciones policiales desarrolladas en España para combatir la corrupción urbanística demuestran esta urgente necesidad. De otra parte, algunos Códigos Penales relativamente recientes contienen alguna de estas tipologías como ocurre, por ejemplo, con la *exploración arqueológica ilegal* que aparece descrita en el artículo 247

---

<sup>186</sup> ROMA VALDÉS, Antonio; “Las excavaciones ilegales y la protección penal del Patrimonio Histórico”, Revista de Derecho Ambiental, número 17, 1996, págs. 59 a72. GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>, “La protección penal del Patrimonio Arqueológico”, número 4 de la Revista *Patrimonio Cultural y Derecho*, Madrid, 2004, págs. 99 a 123.

del Código Penal de Cuba de 1987 (Ley número 62) dentro del Título correspondiente a los *Delitos contra el Patrimonio Cultural*<sup>187</sup>.

- El sistema de penas resulta defectuoso y ambiguo ya que debería elevarse en algunos supuestos y aclararse o desaparecer la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio. De otra parte, las medidas de reparación ordenadas judicialmente deberían extenderse en todo caso a los daños imprudentes.

No se trata de llevar a cabo una enumeración exhaustiva ya que podríamos, como veremos posteriormente en el análisis detallado de las distintas formas delictivas, añadir otros graves defectos de redacción o deficiente técnica legislativa que podrían haber sido corregidos con una relativa facilidad y que, sin embargo, aún persisten en nuestro Código Penal. Es obvio que la falta de solución de estos problemas denota un evidente desinterés legislativo que se ha visto incrementado cuando la última reforma operada en el Código Penal a través de la Ley Orgánica 1/2015, la primera desde su promulgación que afecta a los delitos sobre el Patrimonio Histórico, se refiere únicamente al artículo 323 y a la despenalización de la falta del antiguo artículo 625, proporcionando soluciones muy discutibles, como la integración del expolio en un concepto amplio de daño a los yacimientos arqueológicos o la consideración como delitos leves y genéricos de daños, para las pequeñas, problemáticas, costosas y frecuentes agresiones contra los bienes culturales.

## **2. La rúbrica *sobre* la condición histórica de los bienes**

La doctrina penal ha polemizado extensamente acerca de la terminología más correcta para referir la categoría de protección de la tutela legal de los bienes culturales. Contrariamente a lo señalado por un sector de la doctrina, no parece que se trate de una cuestión especialmente significativa o *determinante*, pero hay que reconocer el enorme valor del lenguaje normativo a la hora de concretar nuevas tipologías penales porque, en ocasiones, la búsqueda de un término afortunado puede resolver problemas interpretativos de la norma, así como describir la verdadera finalidad de algunos preceptos. Sobre este particular, abundan en la doctrina penal numerosas precisiones semánticas o gramaticales<sup>188</sup> que critican los términos utilizados por el legislador en la rúbrica general del

---

<sup>187</sup> El precepto establece: *El que, sin autorización del organismo estatal competente, realice trabajos materiales de exploración arqueológica mediante excavaciones, remoción de tierras u otros medios, incurrirá en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.*

<sup>188</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina. *Delitos...*; ob. cit., pág. 414. CARMONA SALGADO, Concepción. "Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico". En *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 2ª ed., Madrid 2005, págs.. 682-684.

Título XVI o en la que concretamente refiere el capítulo específico que venimos comentando.

Es significativo, por ejemplo, que el Código Penal de 1995 haya optado por la utilización en la rúbrica del Capítulo la preposición *sobre* y por el término *Histórico* para designar el ámbito objetivo de protección, cuando menos en los delitos de esta naturaleza y al margen de otras tipologías protectoras de los bienes culturales, desperdigadas por su articulado. La sustitución de la habitual preposición *contra* por la preposición *sobre*, por ejemplo, es una singularidad lingüística de la rúbrica de estos delitos que puede tener cierta importancia porque gramaticalmente la significación de ambos términos es muy distinta. La preposición *contra* denota una nítida oposición y contrariedad con algo mientras que *sobre*, señala aquello que está encima, cerca de algo o alrededor de una cuestión determinada. Como ya he tenido oportunidad de comentar en alguna ocasión anterior<sup>189</sup>, esta sutileza terminológica pudiera vincularse con alguna intencionalidad adoptada por el legislador para evidenciar, consciente o inconscientemente y conforme a su sentido gramatical, bien una exigencia de menor intensidad en el dolo exigible en esta clase de delitos y en situaciones de agresión a bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o bien la agresión a un bien jurídico colectivo y muy complejo donde confluyen intereses sociales de diversa índole pero que afectan a la calidad de vida de los ciudadanos.

En lo que respecta a la utilización del término *histórico*, la experiencia forense también demuestra que la exégesis de los delitos *de nueva planta* requiere una inicial aclaración terminológica que aclare la posición de la doctrina y facilite la labor jurisdiccional. Esta necesidad tampoco ha tenido una respuesta adecuada en materia de Patrimonio Histórico. No se trata de un problema endémico referido de forma exclusiva al tratamiento jurídico penal de los bienes culturales ya que otros fenómenos delictivos de extraordinaria gravedad, como ocurre con la delincuencia urbanística, han vivido situaciones similares que generan algunas formas de inseguridad jurídica ante la desigual respuesta realizada por los tribunales territoriales y hasta distintas dosis de impunidad.

Todo ello determina que parezca adecuada una sucinta alusión a la discusión *primaria* acerca de cual sea la denominación más precisa para designar el legado cultural histórico-artístico que debe contar, conforme al mandato del artículo 46 de la Constitución Española, con un sistema de protección jurídica que incluya el ámbito sancionador penal como un eficaz instrumento para su preservación. Algún sector de la doctrina, como es el caso de GUIASOLA

---

<sup>189</sup> GARCÍA CALDERÓN, Jesús. “Los delitos ...“ ob. cit., pág. 741

LERMA<sup>190</sup> se inclina por la expresión *Patrimonio Cultural*, considerando que de esta forma podría integrarlo obras de arte de autores contemporáneos, siguiendo en este punto la opinión ya expresada en su día por ÁLVAREZ. Hay que reconocer que el término *cultural* cuenta con una virtud omnicomprendiva que permite su aplicación a las nuevas manifestaciones que siguen apareciendo en el desarrollo dogmático del conservacionismo cultural. Además, parece enlazar con mayor facilidad con la idea del entorno físico y de la dinámica social y aparece referido en documentos jurídicos de un extraordinario valor.

Personalmente me inclino, sin embargo, por la expresión finalmente utilizada en la rúbrica del Capítulo, *Patrimonio Histórico*, cuando menos en el ámbito estrictamente penal, en el que tiene cierto arraigo, al margen de su utilización en la normativa administrativa, a la hora de configurar el dolo en esta clase de delitos, la idea de una *conciencia de historicidad* según la jurisprudencia que ya fue dictada por nuestro Tribunal Supremo con anterioridad a la promulgación del Código Penal de 1995. De otro lado, separar la protección penal de las distintas categorías de protección que integran el Patrimonio de una mínima idea de relevancia histórica podría llevar a una extensión desmedida de la tipicidad y contribuir a generar una inseguridad jurídica a la que, como exponemos, es proclive nuestro sistema procesal penal por las conocidas carencias o limitaciones del sistema de recursos. Hay que añadir, además, la expresa prohibición contenida en el artículo 9.4 de la Ley 16/85 de Patrimonio Histórico Español de 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 habría que añadir, por último, un argumento gramático de gran valor, teniendo en cuenta el carácter prácticamente normativo que el Congreso de Bogotá de 1960<sup>191</sup> otorgara, desde una perspectiva panhispánica, al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua que, en su vigésima tercera edición y en su versión enmendada, 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*.

---

<sup>190</sup>Al margen de otras publicaciones de la autora con 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 la obra, ya citada, *Delitos sobre el Patrimonio Cultural ...*, páginas 387 y siguientes.

<sup>191</sup> *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.

### 3. El derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos (artículo 321 del Código Penal)

El primero de los delitos específicos sobre el Patrimonio Histórico alude en el artículo 320 de nuestro Código Penal a quienes producen el *derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos*. El precepto establece una penalidad relativamente grave que alcanza los tres años de prisión, al margen de la pena de multa y la perturbadora pena de inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a cinco años. Se trata de una tipología que no cuenta con antecedentes en la legislación penal española.

La doctrina española ha venido reiterando, con alguna matización, diferentes elementos perturbadores en la tipología que podríamos comentar en los siguientes términos, con una expresa valoración de su incidencia en las agresiones sufridas por el Patrimonio Arqueológico. Tales defectos son los que delimitan con mayor claridad los perfiles y naturaleza de esta controvertida tipología:

- 1) Se ha puesto de manifiesto, en ocasiones, la posible insuficiencia del término *edificio* para establecer el ámbito objetivo de protección. La definición gramatical se refiere a una *construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos*<sup>192</sup> y no resulta tan inapropiada o limitada como pudiera parecer en un principio conforme a la crítica unánime que ha sido realizada por la doctrina.

Es cierto que asociamos la palabra *edificio* a la construcción residencial o habitacional del ser humano o al espacio físico donde se desarrollan algunas actividades sociales pero el concepto gramatical es mucho más amplio y algunas obras históricas de gran valor como puentes, puertos, acueductos, fortificaciones, acequias, calzadas o distintas formas de *edificios* para la explotación de cualesquiera recursos naturales como minas o factorías; podrían integrarse sin dificultad en este concepto gramatical gracias a su posible aplicación a *otros usos* diferenciados de *la habitación humana*. La idea fundamental del concepto radica en la intención de permanencia, en la fijeza de la construcción y en la resistencia de los materiales que son utilizados. No obstante, queda un margen de duda de suficiente entidad que puede producirse en cuanto a la posible extensión del concepto a los refugios naturales o a los yacimientos arqueológicos, incluidos los pecios o los restos de edificaciones sumergidas. En el primer caso, las cuevas o abrigos que hayan sido aprovechadas por el hombre, por ejemplo, no serían propiamente

---

<sup>192</sup> Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición.

*construcciones*<sup>193</sup> pero no cabe duda que su destrucción, a mi juicio, debería integrarse en el precepto. Si estos lugares contienen manifestaciones de arte rupestre podríamos entender que el uso habitacional continuado o su significación ritual, así como el acondicionamiento o adaptación de diversos espacios del interior, les transfieren esa condición de *construcción fija* aunque deba entenderse como una obra conjunta del hombre con la naturaleza que es un concepto ya utilizado, como ya pusimos de manifiesto, en la Convención de París de 1972 para definir el *patrimonio cultural*.

En cuanto a los yacimientos arqueológicos tendríamos que considerar, de una parte, que pueden contener una o varias construcciones derruidas que merezcan la consideración de *edificio* porque el tipo penal no exige que la construcción se encuentre incólume y, de otra, que pueden existir ruinas monumentales o vestigios que, por su estado de conservación, podrían merecer igualmente la misma calificación. La única solución que parece lógica sería analizar, en cada supuesto concreto, las circunstancias que presenta la construcción derribada para decidir si es correcta la aplicación de este tipo penal, conforme a un criterio lógico en el que prime la valoración del entorno y la vocación de permanencia de la construcción realizada y tenga en cuenta, además, que no sería en todo caso preciso que tales construcciones se encontraran excavadas, cuando resultaran visibles o pudiera deducirse su importancia con relativa facilidad.

- 2) Las dos acciones comisivas se centran en la idea de derribar o alterar gravemente un edificio, conductas que se encuentran penalmente equiparadas. En ambos casos, creo que serían necesarias importantes puntualizaciones respecto a lo manifestado por la doctrina. Con respecto al acto de *derribar* y su relación con la alteración grave, parece que la tipología alude a la destrucción completa del inmueble, aunque podría entenderse que diversas formas de restauración que atentan completamente contra sus valores históricos podrían considerarse como formas de alteración grave equiparadas penalmente al derribo. Gramaticalmente, el derribo se equipara a la demolición, a la destrucción total del edificio, pero hay que tener en cuenta que un edificio o construcción histórica (por ejemplo, un pequeño arco de triunfo) puede ser derribado pero no destruido llevando a cabo el traslado material de todos sus elementos constructivos hasta otro lugar<sup>194</sup>. En tales

---

<sup>193</sup> RODRÍGUEZ MORO, Luis; *Los delitos sobre el Patrimonio Histórico*. En *Ordenación del territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y legislación especial*. Dir. FARALDO CABANA-PUENTE ABA, Valencia, 2011, página 182.

<sup>194</sup> Como ejemplo próximo y relativamente reciente, podemos citar el caso del *Templo de Debod* que fue trasladado desde Alejandría a Madrid en 1970 donde fue reconstruido con no pocas dificultades y utilizado la técnica de la *anastilosis* (reposición de nuevos elementos de forma diferenciada) por el arqueólogo Almagro Basch. El Templo de Debod, con 2.200 años de antigüedad, fue un regalo de la

casos, la realidad alterada solo tiene lugar con respecto a la ubicación del inmueble pero no cabe duda que el desgarró físico de su entorno comporta su destrucción desde una perspectiva ambiental y, ante situaciones de ilicitud de variado signo como la falta de permiso previo o la arbitrariedad de la autorización administrativa concedida, puede determinar la aplicación del precepto legal, al margen del posible apoderamiento de los elementos que integran el edificio afectado. Esta situación no debe reputarse extravagante o extraña, si tenemos en cuenta el frecuente traslado de hallazgos arqueológicos que pueden constituir *edificios* desde una perspectiva gramatical o arquitectónica, aunque tales edificios se encuentren enterrados. En tales casos, el traslado de estos bienes, total o parcialmente para su *musealización* como puede ocurrir con grandes mosaicos, puertas o arcos monumentales, basílicas, villas, murallas o reductos militares *cerrados*; puede considerarse una demolición del edificio histórico que, conforme a los criterios expresados en la LPHE y teniendo en cuenta su incalculable valor, debieran ser conservados *in situ* para llevar a cabo una lectura constitucional del Patrimonio Histórico.

Es llamativo que la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo número 114/1992, de 19 de enero; al referirse al descubrimiento de los famosos mosaicos de Carranque (Toledo), ya puso de manifiesto, al considerar que la indemnización al descubridor del primer mosaico tenía que valorar la totalidad del conjunto monumental, que *ni el mosaico podía aislarse del conjunto descubierto sin menoscabo de su valor arqueológico, ni ese conjunto puede separarse del suelo de la villa sin atentar contra la integridad arqueológica*<sup>195</sup>. Hay que tener en cuenta que el pronunciamiento anterior, aunque no tuvo lugar en la jurisdicción penal, solo estaba basado en la normativa de la LPHE, ya vigente en el momento de su publicación, al tener lugar antes de la promulgación del Código Penal de 1995. Esta necesidad de conservar *in situ* los restos arqueológicos de relevancia resultaría mucho más exigible en la actualidad, teniendo en cuenta

---

Republica Árabe de Egipto a España en 1968 en compensación por la ayuda prestada tras el llamamiento internacional que fue realizado por la Unesco para salvar los templos de la región de Nubia, principalmente el Templo de Abu Simbel, en peligro de desaparición debido a la construcción de la presa de Asuán y reubicado hoy sobre una colina artificial. Fueron donados hasta cuatro de los templos que fueron *salvados* de quedar sumergidos a distintas naciones colaboradoras: El templo de Dendur a los Estados Unidos (se encuentra desde 1968 en el interior del Metropolitan Museum de Nueva York); el templo de Ellesiya a Italia (cuenta con una sala propia en el Museo Egipcio de Turín y fue restaurado en 1990), el templo de Taffa a los Países Bajos (se encuentra en el Rijksmuseum van Oudheden de Leiden) y el templo de Debod a España, que se encuentra junto al Paseo Pintor Rosales y el Parque del Oeste de Madrid. Ha sido declarado *Bien de Interés Cultural* por la Comunidad Autónoma el 17 de abril de 2008 y ha sufrido diversos actos de vandalismo que dificultan su conservación, así como algunos usos inadecuados en el pasado.

<sup>195</sup> Un comentario de la sentencia citada, relativamente extenso, lo realiza BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, Félix; *El Patrimonio Cultural Español*, Granada, 1995, páginas 407 a 409.

la promulgación del texto punitivo y la normativa internacional de mayor relieve dictada sobre bienes arqueológicos, en especial la desarrollada por el Consejo de Europa a través del fundamental *Convenio Europeo sobre la Protección del Patrimonio Arqueológico* que fue suscrito en la ciudad de La Valeta el 16 de enero de 1992, cuyo artículo 1º incluye en el concepto de Patrimonio Arqueológico las *estructuras, construcciones, grupos de edificios, obras de ingeniería civil, objetos transportables y monumentos de cualquier otro tipo, así como su contexto, sea sobre tierra o bajo el agua.*

Además, en su artículo 5º, entre otras obligaciones, el Convenio establece la *necesidad de tomar medidas para la conservación, in situ cuando sea posible, de los elementos del patrimonio arqueológico que se descubran durante la realización de cualquier tipo de obras.* Lamentablemente el Convenio anterior se encuentra pendiente de ratificación por España<sup>196</sup> pero creo que ello no debe impedir que podamos, para llevar a cabo una correcta interpretación de la norma penal, tener en cuenta o valorar los principios internacionales que inspiran la protección de esa dimensión constructiva de los yacimientos arqueológicos. Posteriormente veremos, al analizar la prevaricación especial del artículo 322 del Código Penal, que la *distanciada* relación sostenida en España con esta normativa internacional, por su innegable trascendencia práctica, puede obedecer a intereses completamente ajenos al concepto de Patrimonio Histórico que parte de su consideración constitucional como un principio rector de la vida social y económica convertido con el desarrollo normativo en un derecho fundamental.

- 3) Sí parece evidente que la utilización del término *edificio*, excluye de la tipología a los bienes muebles aunque esta apreciación merece también alguna puntualización si consideramos el régimen legal señalado para los llamados *elementos consustanciales* que aparecen definidos en el artículo 11 de la LPHE<sup>197</sup> a la hora de extender el verdadero concepto de inmueble cultural. Desde este punto de vista, hay que tener en cuenta que la destrucción de algunos de los llamados *elementos consustanciales* podrían dar lugar a la consideración de los hechos como una alteración grave y permitir su

---

<sup>196</sup> Si aparecía ratificado por España alguno de sus antecedentes como el *Convenio Europeo para la protección del patrimonio Arqueológico* firmado en Londres el 6 de mayo de 1969; pero en virtud de *Nota Verbal* dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, el Convenio fue denunciado por España con fecha 1 de octubre de 2011.

<sup>197</sup> 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, 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.*



persecución penal, aunque esta posibilidad tendrá lugar, ciertamente, en situaciones completamente excepcionales en las que encontremos elementos ornamentales o históricos vinculados con el edificio de manera tan evidente, desde una perspectiva cultural, que alteran gravemente su destino o su finalidad, su razón de ser, como si no pudieran ser entendidos al disociarlos del elemento que contienen. Ello podría ocurrir con grandes mausoleos en los que sea destruida la urna funeraria o los restos que contiene de algún personaje histórico, legendario o generador de una intensa devoción religiosa. El término edificio, por tanto, debe ser interpretado de manera integral y amplia, valorando los aspectos inmateriales que se asocian a la protección de los bienes culturales inmuebles y que permiten una interpretación que no debemos considerar como una extensión inadecuada del tipo penal sino, en todo caso, como una interpretación coherente del espíritu inspirador de la norma.

- 4) Las anteriores consideraciones no permiten, como señala la doctrina de forma casi unánime, considerar que son perfectamente asumibles formas imperfectas de ejecución como la tentativa acabada o inacabada conforme a lo expresado en el artículo 16 del Código Penal. La cuestión no me parece tan clara como a primera vista parece<sup>198</sup> ya que habrá que diferenciar, como ocurría con los sentidos de la demolición o la alteración grave, supuestos diferenciados que merecen un tratamiento legal distinto. En mi opinión, el artículo 321 del Código Penal consagra un delito de resultado material que podrá ser perseguido como tentativa solo en aquellos supuestos en los que no sufra daños el inmueble afectado o estos sean de muy escasa consideración y pueda acreditarse, no obstante, la voluntad delictiva del agente. En el caso de que tengan lugar daños apreciables sobre elementos valiosos del edificio creo que tendríamos que acudir a la tipología del artículo 323 de daños dolosos al Patrimonio Histórico, que no excluye de su aplicación los producidos en bienes inmuebles en concurso con el delito de derribo ilegal en grado de tentativa. Hay que tener en cuenta, en relación con lo establecido en el artículo 8 del Código Penal, que no parece existir una relación de especialidad, subsidiaridad o complejidad entre el derribo o la alteración

---

198 Sin ánimo exhaustivo y entre los autores que abordan de manera específica el tema; SALINERO ALONSO, Carmen, quien considera *que se trata de un delito de resultado material que como tal admite sin ningún tipo de problema las formas imperfectas de ejecución, ya se trate de tentativa acabada o inacabada*; obra citada, página 305. En los mismos términos, FERNANDEZ APARICIO, Juan Manuel quien alude a la imposibilidad de efectuar la demolición por causas ajenas a la voluntad del agente, obra citada, página 81. Por su parte, GUIASOLA LERMA, Cristina, señala que *la configuración del tipo legal como de resultado material conduce a la admisión, de forma casi unánime en la doctrina de a tentativa como forma imperfecta de la ejecución del delito, tanto en su versión acabada como inacabada* [...]; obra citada, página 468. Por último, RODRÍGUEZ MORO, Luis; no encuentra obstáculos para apreciar la tentativa acabada o inacabada; obra citada, página 191.

grave de edificios protegidos del artículo 321 del Código Penal y los daños dolosos al Patrimonio Histórico que son tipificados en el artículo 323 del mismo texto legal.

En cuanto a las alteraciones no graves o daños de escasa cuantía, deberán ser calificados conforme al delito especial de daños al Patrimonio Histórico o incluso, conforme a la discutible reforma operada en 2015 que luego analizaremos, como un delito leve de daños genéricos del artículo 263.1 del Código Penal, según la valoración que merezcan.

- 5) Persiste la dificultad de interpretar el término *singularmente protegido* y considerar si equivale a edificios que hayan sido previamente declarados *Bienes de Interés Cultural* o hayan iniciado el expediente administrativo para que tenga lugar tal declaración. Los habituales argumentos de seguridad jurídica han manifestado la necesidad de que los bienes derruidos cuenten con la previa declaración administrativa pero, en realidad, el origen de la polémica se encuentra en la defectuosa técnica legislativa utilizada, en especial la elección del adjetivo *singular* que resulta coincidente con el utilizada en la LPHE para establecer el fundamento de la declaración de *Bienes de Interés Cultural*<sup>199</sup>. Conforme a una perspectiva gramatical, lo *singular* es lo raro, lo extraordinario o lo excelente y esta consideración no puede extenderse automáticamente a todo el ámbito objetivo de protección integrado en el Patrimonio Histórico Español. Conforme a la concepción anti formalista del Patrimonio Histórico no parece que sea exigible en todo caso este carácter extraordinario previamente declarado en una compleja resolución administrativa y baste con alguna protección legal determinada por su valor cultural indiscutible como ocurre, a título de ejemplo, con grandes ciudades históricas que establecen formulas de protección en un perímetro determinado e inventarían los edificios afectados, aunque no tenga lugar una declaración individualizada.

Creo que lo importante, en contra de lo manifestado por buena parte de la doctrina<sup>200</sup> y en alguna situación por el Tribunal Supremo, es que pueda acreditarse el valor histórico del inmueble y que sean analizadas, en cada supuesto concreto, las distintas fórmulas legales de protección, urbanísticas o

---

<sup>199</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 9.1 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, gozarán de singular protección y tutela los bienes [...] declarados de interés cultural por ministerio de esta ley o mediante Real Decreto de forma individualizada. Recordemos que el artículo fue declarado constitucional por la Sentencia 17/1991, de 31 de enero y debe extenderse la capacidad a las Comunidades Autónomas.

<sup>200</sup> Por todos, SALINERO ALONSO, Carmen, *La protección ...*, ob. cit., quien lleva a cabo una aplicación restrictiva del tipo por razones de política criminal y seguridad jurídica, pág. 309.

culturales, con las que pueda contar el edificio demolido<sup>201</sup>. Sostiene una visión restrictiva, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 654/2004, de 25 de mayo, que lleva a cabo un análisis formal de lo que deba entenderse por *singularmente protegido*. Se refiere al derribo de una casa montañesa integrada dentro del perímetro del *Conjunto Histórico Artístico* de Alceda, en la localidad cántabra de Corvera de Toranzo, que había sido declarado como tal por Real Decreto 34/1985, de 24 de marzo por el Gobierno de Cantabria pero entiende la Sala que, al no declararse como conjunto histórico todas las edificaciones de ese conjunto, no pueden reputarse todas como singularmente protegidas, considerando que las declaraciones de estos conjuntos históricos o monumentales que establecen un perímetro amplio de protección pero sin delimitar de manera individualizada cada uno de los inmuebles objeto de protección, solo tendrán la consideración de edificios singularmente protegidos aquellos que merecen una calificación individualizada. Además, la sentencia viene a identificar la singular protección con la declaración administrativa como *Bien de Interés Cultural* del inmueble. La posibilidad de que la jurisprudencia provincial siga el mismo camino ha sido comentada por la doctrina con preocupación<sup>202</sup>.

Tampoco puedo compartir el parecer doctrinal<sup>203</sup> que negaba la protección penal para aquellos edificios incluso con expedientes incoados para su declaración como *Bien de Interés Cultural* cuando todavía no había recaído la resolución y no se tenía en cuenta la protección que provisionalmente le dispensa la LPHE en su artículo 11.1 cuando establece que la incoación del expediente determinará *la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes declarados de interés cultural*. En este sentido se pronuncia OLMEDO CARDENETE cuando critica la solución adoptada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 7 de abril de 2007, al no considerar singularmente protegido un molino que se encontraba pendiente de ser declarado *Bien de Interés Cultural* aunque con el

---

<sup>201</sup> VERCHER NOGUERA, Antonio, ya señalaba que *la autoridad judicial deberá basar su decisión en las circunstancias materiales que caracterizan al edificio en cuestión [...]* en “Delitos contra el Patrimonio Histórico”, Diario Expansión, Madrid, 1996.

<sup>202</sup> NÚÑEZ SÁNCHEZ, Ángel; “El expolio de ...”, ob. cit., pág. 197. Establece la sentencia citada en unos de sus fundamentos: “Este art. 321, al recoger en su texto la expresión referida, está definiendo un elemento normativo del tipo que, como acabamos de decir, confiere a este artículo el carácter de norma penal en blanco, para cuya integración hemos de acudir al ya citado art. 9.1 de la Ley 16/1985 sobre patrimonio histórico español. 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”.

<sup>203</sup> RODRÍGUEZ MORO, Luís, “Los delitos ...”, ob. cit., pág. 187.

expediente iniciado y en fase de información y exposición pública. Como expresivamente nos señala, al margen del olvido de la posible aplicación del artículo 11.1 de la LPHE, el tipo penal no exige que se trate de edificios *declarados* singularmente protegidos<sup>204</sup>.

- 6) Aunque no cabe duda de que se trata de un delito eminentemente doloso, la doctrina se inclina por admitir la comisión por omisión cuando se cumplan los requisitos del artículo 11 del Código Penal. Normalmente la responsabilidad omisiva debería recaer sobre las autoridades locales o autonómicas de los responsables de la conservación del Patrimonio Histórico, especialmente entre quienes otorgan licencias en el ámbito municipal.
- 7) La previsión contenida en el párrafo segundo del precepto al establecer la posibilidad de 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*, debe tener especialmente en cuenta las condiciones de la restauración y la posibilidad de hacerla extensiva a todos los partícipes del delito. Esta previsión parece adecuarse a situaciones en las que haya tenido lugar una rehabilitación inadecuada o destructiva de edificios históricos con un destino residencial o puramente comercial. Esta previsión tendría una especial incidencia para los casos de construcciones integradas en yacimientos arqueológicos que son destruidos y en los que la restauración del daño podría exigir la demolición de la obra realizada.
- 8) Nos encontramos con una penalidad insuficiente, válida en algunos supuestos de protección urbanística por razón cultural en diversos espacios, pero claramente insuficiente en la destrucción de Conjuntos Monumentales, yacimientos arqueológicos con vestigios constructivos de incalculable valor o en el caso de *Bienes de Interés Cultural* que, teniendo en cuenta su naturaleza o sus especiales características, nunca podrán ser reconstruidos. Estas conductas podrían parecer impensables hace pocos años pero la experiencia local, regional, nacional e internacional nos muestra que son posibles y que merecen una reflexión suficiente desde una perspectiva penal.

Al margen de las cuestiones anteriores, el análisis de la jurisprudencia provincial demuestra que no tiene lugar una aplicación *homogénea* del precepto quizá por la insuficiente coordinación existente entre la Administración Cultural y las Fiscalías de Medio Ambiente o las escasas unidades especializadas de la Policía Judicial con carácter territorial. Tampoco podemos olvidar la conducta

---

<sup>204</sup> OLMEDO CARDENETE, Miguel; “Los delitos relativos al patrimonio histórico”. En *Sistema de Derecho Penal Español, Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coordinador) ; Madrid, 2011, página 721.

descoordinada que tiene lugar en ocasiones entre la Administración Cultural autonómica y la estatal al no entender que la aplicación de este precepto debiera extenderse en muchas ocasiones al Patrimonio Arqueológico<sup>205</sup> en peligro que se descubre en distintos espacios, especialmente en zonas urbanas con alta densidad de población y fuertes intereses especulativos, que suele ser destruido o bien *musealizado* adoptando decisiones francamente dudosas.

Siendo perfectamente conscientes de la necesidad de sostener en la aplicación de la ley penal criterios restrictivos, parece que esta tipología debiera plantearse con mayor frecuencia en la defensa de algunos yacimientos arqueológicos que presentan aspectos monumentales y que debieran ser tenidos en cuenta por las autoridades culturales como edificio o conjunto de edificios merecedores de una singular protección y tutela, una vez que la actividad arqueológica permite establecer con garantías una proyección científica de la magnitud de la construcción pendiente de excavar. Esta situación será aún más indiscutible en el supuesto de ruinas que resulten completamente visibles y constructivas que alcanzarían sin dificultad alguna la consideración de edificios no conforme a su sentido usual, sino como construcciones fijas y perdurables, de acuerdo con la más extensa acepción gramatical que se extiende a distintas finalidades y que parece actualmente asumida por la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes.

#### **4. La inhabilitación especial para profesión u oficio**

La correcta aplicación de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio establecida en el artículo 321 para castigar el derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos, es una cuestión compleja que merece algún comentario particularizado. La doctrina ha planteado desde la promulgación del Código Penal, la duda acerca de la naturaleza del delito del artículo 321 del Código Penal como un delito especial que exigía una determinada condición profesional del agente vinculada con la construcción.

El problema es muy similar a la problemática surgida con respecto a los delitos contra la ordenación territorial y a otras formas delictivas introducidas como *delitos de nueva planta* en 1995 y, a su vez, se encuentra relacionado con los dos problemas que, *prima facie*, se han presentado por la dogmática como los de un mayor vigor para impedir una aplicación generalizada del Código Penal en

---

<sup>205</sup> En contra de esta extensión, MIGUEL OLMEDO CARDENETE señala que la idea de edificio debe vincularse con un bien arquitectónico, con una *edificación susceptible de ser derribada*. El autor cita como argumento añadido para excluir de la aplicación del artículo 321 del Código Penal a los yacimientos arqueológicos, el hecho de que aparezcan expresamente citados en el artículo 323 al tipificar los daños dolosos al Patrimonio Histórico. OLMEDO CARDENETE, Miguel. *Delitos....*, ob. cit., pág. 721. De otra parte, por su interés puede consultarse la comentada Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 18 de febrero de 2005.

esta clase de delitos: La problemática específica que gira en torno a la posible infracción del *ne bis in idem* y la polémica acerca de la naturaleza de algunos delitos urbanísticos o contra los bienes culturales como delitos especiales propios, naturaleza que comportaría muy claras limitaciones a la hora de establecer el posible círculo de sujetos activos responsables de algunas infracciones contra los bienes culturales. No olvidemos que los delitos *sobre la ordenación territorial*, en sus diferentes modalidades, también ejercen una tutela penal sobre el Patrimonio Histórico al proteger el suelo que resulte protegido en atención a su valor cultural.

La *jurisprudencia provincial*, con mal criterio, en demasiadas ocasiones y prácticamente desde que comenzó la aplicación del artículo 319 del Código Penal de 1995, a pesar del limitado sistema de recursos que impone nuestra mas que centenaria ley procesal y de la inevitable falta de intervención –en demasiados casos- del Tribunal Supremo, llevó a cabo el dictado de frecuentes sentencias absolutorias firmes que conducían a la inaplicación de algunos tipos protectores del urbanismo y, en su caso, de los bienes culturales. En realidad, bajo el argumento exculpatorio amparado en la consideración del delito como un delito especial, podía vislumbrarse un cierto *principio de huida del derecho penal* buscando la solución para sancionar estas infracciones, a pesar de su gravedad y de su incidencia social, en el ámbito puramente administrativo. A ello habría que unir una cierta confianza de la jurisdicción penal en que las autoridades administrativas competentes podrían reponer -en la mayor parte de los casos y con una relativa facilidad- la legalidad urbanística o cultural incumplida con el auxilio de la jurisdicción contencioso administrativa. Efectivamente, la confluencia de la potestad administrativa sancionadora y de la potestad jurisdiccional y la dependencia conceptual de las tipologías penales del Derecho Administrativo<sup>206</sup>, ha propiciado notable problemas de colisión entre los que cobran una singular relevancia los conflictos de jurisdicción, las cuestiones de competencia y prejudiciales, así como la adopción de medidas cautelares.

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 1.250/2001, de 26 de Junio, planteaba la discusión acerca del carácter del delito *sobre la Ordenación del Territorio* como un delito especial propio que sólo podía ser cometido, teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 319 del Código Penal, por las personas que reúnan las condiciones fijadas en el tipo y que, en este caso, obligaría a entender que solo *los promotores, constructores o técnicos directores* que lleven a cabo una construcción pueden ser, como profesionales de esta actividad que conocen o deben conocer perfectamente las normas urbanísticas

---

<sup>206</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *Delitos contra la Ordenación del Territorio* publicado por la Revista La Ley, número 4354, Madrid, Agosto de 1997, páginas 1.332 a 1.341.

que sean de aplicación, autores de estos delitos. Al margen de la enumeración explícita que lleva a cabo el artículo de los posibles sujetos activos, como argumento fundamental para sostener la anterior interpretación se utilizaba el de la existencia de una pena de inhabilitación especial para profesión u oficio que igualmente aparece recogida en el precepto y que, por su propia naturaleza, sólo debería ser impuesta a estos profesionales *constructivos*.

El Tribunal Supremo utilizó diversos argumentos para negarlo, algunos de carácter extra penal, llevando a cabo una delimitación muy diferente de este posible círculo de sujetos activos<sup>207</sup>. Uno de los criterios esgrimidos, quizá uno de los de mayor importancia, estaba referido a la correcta interpretación de esta pena de inhabilitación especial que contiene el artículo 319 del Código Penal y que también se reproduce en el artículo 321, ya que nuestro Tribunal Supremo consideraba en la sentencia citada que esta previsión no puede excluir de la autoría del delito a las personas que promuevan o construyan sin licencia o excediéndose de la que les haya sido concedida aunque no sean profesionales de la construcción, por cuanto no deja de tener sentido dicha inhabilitación puesto que tales actividades están sujetas al régimen de licencia y autorización y ello comporta una relación reglada con la administración que sea competente y que puede sostenerse en el futuro.

Como puede comprobarse este argumento podría ser perfectamente trasladable al caso de los bienes culturales y, en especial, a la construcción en suelo protegido por su valor cultural o a los derribos o daños graves producidos en yacimientos arqueológicos que presenten un carácter *edificativo* o monumental. Esta pena, se viene a configurar, por tanto, como una forma de

---

<sup>207</sup> Entre otros y sin ánimo exhaustivo, el artículo 264 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, Texto Refundido por la Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998 que consideraba personas responsables de las obras que se ejecutasen sin licencia o con inobservancia de la concedida al promotor, empresario de las obras y técnico director de las mismas, sin definir el alcance de dichas actividades y profesiones. Asimismo, el artículo 1.588 del Código Civil al referirse a las obras por ajuste o precio alzado en el contrato de arrendamiento de obras y servicios, alude a los contratistas, arquitectos, dueños de la obra o propietarios y tampoco establece las condiciones profesionales que deban apreciarse en cada uno de estos cometidos. Igualmente, la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de Noviembre de 1999, promulgada con posterioridad al Código Penal, la que finalmente fijó el contenido y habilitación de los llamados Agentes de la edificación al definirlos como todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación integrando posteriormente en el concepto al promotor, proyectista, constructor, director de la ejecución de la obra y propietarios. En la relación anterior algunos de los Agentes de la Edificación citados sí precisarán estar en posesión de la correspondiente titulación académica, habilitación o capacitación profesional como ocurre con los proyectistas y los directores técnicos. No ocurre así con la figura del promotor que es definido en la sentencia comentada como aquella persona física o jurídica, pública o privada que, de forma individual o colectiva decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título. Conforme a la previsión legal anteriormente señalada, el promotor, sea o no sea propietario, no precisa condición profesional alguna. En cuanto al constructor, sólo deberá contar con las condiciones exigibles para el desarrollo de su labor profesional, estar capacitado –en definitiva- para asumir las obligaciones contractuales pactadas con el promotor.

inhabilitación especial para profesión u oficio de signo *coyuntural* que puede ser descrita y motivada, concretada en atención a las circunstancias de cada caso y conforme a lo señalado en el artículo 45 del Código Penal, en el texto de la sentencia condenatoria<sup>208</sup>. Conforme a esta interpretación, la persona responsable del delito quedaría inhabilitada para solicitar en el futuro otras licencias urbanísticas preceptivas para actuar sobre bienes o espacio culturales que se encuentren protegidos por la norma.

De otra parte, la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio se encuentra muy vinculada, asimismo, con la problemática y el estudio de la llamada imprudencia profesional ya que estas situaciones, cuando alcanzan relevancia penal, comportan la imposición de una pena de esta naturaleza con una clara finalidad preventivo-especial que ha sido claramente buscada por el legislador. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sostenido una concepción amplia para valorar el carácter *profesional* de la imprudencia que, a mi juicio, cabría extender –en términos generales- a cualesquiera actividades delictivas que son *profesionalizadas* con el argumento de la imposición de esta penalidad. Conforme a la Sentencia de 23 de abril de 1992 (*Caso del aceite de colza*) la actividad profesional no debe abordarse desde una perspectiva meramente formal asociada a la necesidad de una titulación o de una habilitación determinada sino que debe valorarse como una situación de hecho respecto de quien desarrolla una actividad *de forma habitual y continuada*, como si se tratara de *un medio de vida*<sup>209</sup> pues de lo contrario y conforme al criterio extensamente expuesto por la doctrina, el profesional no titulado se vería en estos casos injustamente privilegiado.

Es evidente que el legislador español de 1995 quiso añadir un sólido carácter preventivo y especial al artículo 321 del Código Penal, determinando que los expertos vinculados a la construcción o a la rehabilitación e implicados en los derribos o alteraciones graves de nuestros edificios históricos que cuenten con una especial protección, encontraran un argumento punitivo disuasorio al margen de una pena privativa de libertad que, por su duración y en la inmensa mayoría de las ocasiones, no se traduciría en un ingreso carcelario efectivo al ser

---

<sup>208</sup> Recordemos que, de otra parte, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 689/2003, de 14 de Mayo, reitera los argumentos anteriores al reproducir la definición de promotor que -subraya- lo puede ser, incluso de forma ocasional, añadiendo que la ley no constituye esta figura jurídico penal sino que se limita a tomarla de una realidad preexistente en la que cualquiera, de forma individual o colectiva, puede tomar la iniciativa de promover, financiar o llevar adelante una obra que puede generar un daño con relevancia penal en el suelo protegido. Esta idea de promotor no se aborda desde el ámbito empresarial, urbanístico o puramente constructivo sino que pertenece al lenguaje corriente y nos sirve para describir una iniciativa que no sólo esta referida al ámbito inmobiliario. Hablamos, en definitiva, de un concepto *naturalístico* de la promoción.

<sup>209</sup> En este sentido, GUIASOLA LERMA, Cristina, en *La imprudencia profesional*, Editorial Tirant lo Blanch, Colección *Los delitos* número 67, Valencia, 2005, páginas 32 y siguientes.



concedida su remisión condicional. Ello no debe conducirnos, sin embargo y al igual que ocurre con la delincuencia urbanística, ha considerar que sólo pueden contraer responsabilidad penal al derribar o alterar edificios históricos determinados agentes *profesionalizados*. El Código Penal señala una pena de inhabilitación especial que deberá adaptarse a las circunstancias que concurran en cada caso, que deberá *concretarse expresa y motivadamente* en la sentencia<sup>210</sup> y que, incluso, puede llegar a ser *inaplicable* por la falta de cualquier relación entre los hechos y la condición profesional del agente. En materia arqueológica siempre cabrá, no obstante y como nos indicaba el Tribunal Supremo en la Sentencia anteriormente citada, acudir al régimen general de autorización administrativa para materializar la sanción, impidiendo que el sujeto activo obtenga durante el plazo señalado en la sentencia cualesquiera autorizaciones para llevar a cabo labores de excavación o prospección arqueológica o que incluso no le sea permitido el cobro del premio señalado para los hallazgos casuales en la legislación administrativa.

La mejor manera de *implicar* esta pena o medida de seguridad<sup>211</sup> en la preservación efectiva del Patrimonio Histórico Español, aún reconociendo todas sus limitaciones, sería la de acudir a la regla general contenida en el artículo 56 del Código Penal<sup>212</sup> para reclamar su aplicación como pena accesoria en todas aquellas situaciones en las que pueda apreciarse una *relación directa* entre la profesionalidad del agente y el delito cometido.

## 5. La prevaricación especial (artículo 322 del Código Penal)

Nos encontramos ante una forma de prevaricación especial y específica que viene determinada por el ámbito de protección referido en el artículo anterior. Nuevamente la técnica legislativa parece desafortunada. Baste señalar que no se acota en este caso la alteración como grave sino que aparece descrita la simple alteración sin adjetivo alguno, probablemente por un simple olvido del

---

<sup>210</sup> En tales términos, el artículo 46 del Código Penal.

<sup>211</sup> Cabría recordar la polémica suscitada en la doctrina española acerca de la naturaleza jurídica de la inhabilitación especial como pena o medida de seguridad. Sobre el particular y a modo de resumen puede consultarse el trabajo de GUIASOLA LERMA, Cristina en *La imprudencia ...*, ob. cit., página 33.

<sup>212</sup> Recordemos que el artículo 56 del Código Penal, la regula entre las penas privativas de derechos y establece lo siguiente:

1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

1. Suspensión de empleo o cargo público.
2. Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
3. Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código.

2. Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas.

legislador. Como ya hemos señalado, se trata de una modalidad agravada de la prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal, del mismo signo de las que contiene el texto legal respecto de los delitos contra la ordenación del territorio, manteniendo ambos preceptos una relación de género a especie *lo que significa que nos es descartable que aunque se absuelva por el segundo, pueda condenarse sin embargo por el primero [...] si la conducta es prevaricadora pero el informe o la licencia no recaen sobre un edificio que goce de singular protección*<sup>213</sup>.

El precepto señala, para la *autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos*, además de la pena de inhabilitación prevista en el artículo 404, la pena de prisión de seis meses a dos años o la pena de multa de doce a veinticuatro meses de forma alternativa. Como en el supuesto del artículo anterior, se trata de una penalidad adecuada en supuestos de edificios protegidos por su valor histórico e integrados en zonas urbanas protegidas o bien para el caso de edificios individualizados y revestidos de un cierto valor histórico aunque más relativo y trasladable a otros inmuebles de similar importancia, pero no para conjuntos monumentales o bienes culturales excepcionales, máxime cuando no es posible su reconstrucción. En tales supuestos, parece que debiera establecerse alguna penalidad agravada, como ahora ocurre, desde la reforma operada en 2015, con el artículo 323 referido a los daños dolosos al Patrimonio Histórico.

Respecto a las modalidades omisivas, la doctrina las considera, aunque no de forma unánime, *en absoluto tampoco descartables* cuando procede el régimen general del artículo 11 del Código Penal y teniendo en cuenta el sentido de la jurisprudencia conforme al *Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997 que ha estimado la viabilidad de la prevaricación administrativa en comisión por omisión*<sup>214</sup>. Desde una perspectiva práctica, se viene considerando que, teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad exigida en este tipo penal, resultarán difícilmente imaginables situaciones de comisión por omisión<sup>215</sup> pero no resulta tan claro si tenemos en cuenta que, conforme al reparto de competencias administrativas en la materia, puede corresponder a varias administraciones, normalmente local y autonómica, las labores de control en la concesión de licencias para la intervención en toda clase de construcciones históricas. Algunas situaciones de pasividad grave podrían generar responsabilidad como si de una forma de

---

<sup>213</sup> OLMEDO CARDENETE, Miguel; “Delitos...”, ob. cit., pág. 723.

<sup>214</sup> OLMEDO CARDENETE, Miguel; “Delitos...”, ob. cit., pág. 723.

<sup>215</sup> RODRÍGUEZ MORO, Luis, “Los delitos ...”, ob. cit., pág. 203.

prevaricación omisiva se tratare, en términos parecidos a los señalados en los artículos 320 y 329 del Código Penal para el silenciamento de las infracciones ambientales o de naturaleza urbanística.

Resulta interesante la idea que, siguiendo a MUÑOZ CONDE, expone SALINERO ALONSO<sup>216</sup> de que el precepto, si queremos mantener la coherencia interna en la protección penal del Patrimonio Histórico, solamente será aplicable en aquellos supuestos en los que no tiene lugar de forma efectiva el derribo o alteración grave ya que, de lo contrario, siendo completamente esencial para la obtención del fin delictivo la actuación de autoridades y funcionarios públicos, estos serían autores del artículo 321 que señala una penalidad mayor *a través del expediente de la cooperación necesaria*. De hecho, la condena en tales casos del artículo 322 generaría una menor sanción que la solución punitiva que nos hubiera ofrecido acudir al tipo básico de la prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal en concurso con el artículo 321 del mismo texto legal. La situación de complica, no obstante, ante posibles situaciones de error de tipo vencible que exigirían la responsabilidad como una forma imprudente.

El precepto tampoco contiene una previsión similar a la establecida en el párrafo segundo del artículo 321, cuando permite que se ordene de forma motivada en la sentencia condenatoria y con cargo al autor del hecho la reconstrucción o restauración de la obra. En aquellos casos en los que tenga lugar el acuerdo prevaricador y la posterior destrucción del edificio, solo podría ordenarse esta labor reparadora al autor material de la demolición, del derribo o de la alteración grave y aunque hubiera parecido aconsejable extender esta responsabilidad al caso de la prevaricación, al tratarse de un delito especial propio cometido por autoridades o funcionarios públicos que llevan a cabo actuaciones *desviadas*, al no producir directamente los daños, parece que nunca sería posible encontrar soluciones legales para que concurran en las labores de restauración que sean ordenadas judicialmente. Tampoco parece que pudiera aplicarse en estos casos lo establecido en el artículo 340, incluido entre las *Disposiciones Comunes* a todos los capítulos del Título XVI, al permitir que se imponga por el tribunal la pena inferior en grado cuando el culpable procede voluntariamente a reparar el daño causado, aunque en tales casos siempre podría modularse esta situación a través de una motivación suficiente en la sentencia.

Nuevamente tenemos que recordar la enorme fragilidad de los yacimientos arqueológicos y, en especial, de la información científica que mantienen, en aquellos supuestos, relativamente frecuentes y con resultados muchas veces devastadores, en los que confluyen intereses especulativos que pueden

---

<sup>216</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., pág. 313.

determinar su destrucción con diversas justificaciones más o menos ocultas o razonables. Como ya pusimos de manifiesto al comentar el artículo anterior, no debemos considerar la necesidad de protección de los bienes arqueológicos a través del precepto como una forma de interpretación extensiva de la norma penal. Hay que tener en cuenta que esta será la única forma de obtener una protección suficiente para aquellos bienes patrimoniales de una mayor fragilidad, muchas veces ocultos e irreparables y, bajo su aparente sencillez, en ocasiones con un mayor valor inmaterial. No olvidemos que, al margen del bien jurídico protegido que venimos asociando al Patrimonio Histórico, esta tipología contiene un delito de marcado carácter pluriofensivo. No solo se protege, por tanto, la función cultural y el valor histórico de los edificios singularmente protegidos que se derriban; se protege igualmente y como pone de manifiesto la doctrina, el interés colectivo en su conservación y disfrute o el correcto funcionamiento de la función pública que exige *que las resoluciones administrativas sean conformes a la ley y al Derecho*<sup>217</sup> o incluso, podríamos llegar a señalar que se protege una correcta lectura constitucional de la gestión de los bienes culturales por la Administración Pública.

En cualquier caso, situaciones de derribo sobre yacimientos o bienes arqueológicos monumentales, normalmente no serán actuaciones que constituyan una finalidad en sí misma. Lo lógico es que vengan asociadas con actuaciones urbanísticas que podrían dar lugar a la aplicación del artículo 319 del Código Penal como un delito contra la Ordenación del Territorio. En tales casos, si la aprobación o la ejecución de instrumentos de planeamiento comportan el derribo previo de restos arqueológicos de cualquier tipo que pudieran ser calificados como construcciones o edificios, ello comportaría la posible aplicación de ambas tipologías en situación de concurso real.

Como pone de manifiesto NÚÑEZ SÁNCHEZ en su excelente trabajo sobre el expolio arqueológico<sup>218</sup> las conductas con una posible trascendencia penal vinculadas con esta actividad delictiva, al margen de las que tienen lugar en situaciones de conflicto armado, son las que derivan de actuaciones públicas urbanísticas, actos de vandalismo, excavaciones ilegales y remociones de tierra

---

<sup>217</sup> GUIASOLA LERMA, *Delitos ...*, ob. cit., pág. 562. La opinión anterior aparece recogida y comentada por RODRÍGUEZ MORO, Luis, “Los delitos ...”, ob. cit., pág. 195.

<sup>218</sup> NÚÑEZ SÁNCHEZ, Ángel; “El expolio de los yacimientos arqueológicos”, publicado en el trabajo colectivo *La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales*, Ministerio de Cultura, Madrid, 2006. Textualmente señala, casi al comienzo de su trabajo: “En un sentido más estricto, ya centrado en las agresiones que se perpetran sobre los propios yacimientos arqueológicos, suele considerarse que las conductas más frecuentes de expolio son las derivadas de actuaciones urbanísticas y de obras públicas, los actos vandálicos, las excavaciones ilegales, la remoción de tierras y el uso de detectores de metal. De manera que, en todos estos casos, 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 elementos”.

para la sustracción de piezas, además del llamado *detectorismo* de metales con distintas finalidades.

Las ideas anteriores merecen una somera reflexión *añadida* en lo que respecta a las actuaciones públicas urbanísticas. Hay que recordar que los postulados consagrados en la normativa internacional para la protección de bienes arqueológicos, en algún caso, coinciden plenamente en su planteamiento con la necesidad de esta extensión racional de la protección penal partiendo de un nuevo concepto social del yacimiento arqueológico. El *Convenio Europeo para la Protección del Patrimonio Arqueológico* que fue aprobado en Londres el 6 de mayo de 1969, así lo establecía y en su origen *está conectado con el deseo de algunos países mediterráneos de controlar el expolio del Patrimonio Arqueológico, y el subsiguiente tráfico ilícito de bienes; sin embargo, el texto resultante se centra más en el control de las excavaciones y de la información [...] no se tuvo en cuenta entonces la importancia del impacto de las obras públicas en la conservación o destrucción del Patrimonio Arqueológico, obras que inmediatamente después, en el desarrollismo de los años 70, se multiplicaron de una forma casi imprevisible. Habrá que esperar a que la Unión Europea imponga la necesidad de los estudios sobre el impacto ambiental causado por las obras públicas, para que se comprenda la importancia de este punto en el tema de la gestión del Patrimonio Arqueológico. Mientras tanto, un porcentaje difícil de evaluar pero en todo caso impresionante de restos arqueológicos, se perdieron para siempre*<sup>219</sup>. España tardó algún tiempo pero finalmente acabó por ratificar el Convenio en 1975<sup>220</sup>.

Los postulados y principios de la Convención de Londres, que tenía su precedente en el artículo 5º del Convenio Cultural Europeo firmado en París el 19 de diciembre de 1954<sup>221</sup>, en un principio solo obligaban de una manera genérica y conforme a su artículo 3 a la conservación y el control de los bienes arqueológicos frente a las excavaciones clandestinas y a la persecución eficaz del tráfico ilícito. La revisión del Convenio tuvo lugar a través de la firma de un nuevo texto en la ciudad de La Valeta con fecha 19 de enero de 1992 (*Convención de Malta*) y esta vez podemos asegurar que supuso un paso trascendental en la protección los bienes arqueológicos al establecer una serie de postulados o principios de un gran valor y que, en algunos casos, pueden incidir

---

<sup>219</sup> MARTÍNEZ DIAZ, Belén y QUEROL FERNANDEZ, María Ángeles en “El Patrimonio Arqueológico en la normativa internacional”, publicado en la Revista Complutum Extra, número 6, Madrid, 1996, pág. 297.

<sup>220</sup> Boletín Oficial del Estado núm. 160, de 5 de julio de 1975, páginas 14599 a 14600 (2 páginas).

<sup>221</sup> El artículo 5 del Convenio Cultural Europeo establecía lo siguiente : “Cada parte contratante considerará los objetos que tengan un valor cultural europeo que se encontraren colocados bajo su vigilancia como parte integrante del patrimonio cultural común de Europa , tomará las medidas necesarias para conservarlos y facilitará el acceso a los mismos”

de manera notable en el ámbito jurídico penal. Podíamos recordarlos, sin ánimo exhaustivo, en los siguientes términos:

- 1) *Se amplia notablemente el concepto de Patrimonio Arqueológico al englobar los restos, objetos y cualquier otra huella de la humanidad que, en el territorio de cada uno de los Estados firmantes, ayuden a reconstruir la historia de la humanidad y su relación con el entorno natural a través de excavaciones o descubrimientos. Expresamente se integran (artículo 1º.3) en el concepto las estructuras, construcciones, grupos de edificios, obras de ingeniería civil, objetos transportables y monumentos de cualquier otro tipo, así como su contexto, sea sobre tierra o bajo el agua.* Estas ideas ya se encontraban presentes en las teorías sobre restauración defendidas en Europa a comienzos del siglo XX y que había introducido en España, el arquitecto y arqueólogo Leopoldo Torres Balbás<sup>222</sup>.
- 2) El Convenio reconoce en su Preámbulo que el patrimonio arqueológico europeo *está gravemente amenazado por el deterioro debido a un número cada vez mayor de grandes planes urbanísticos , además de los riesgos naturales, las excavaciones clandestinas o no científicas y la insuficiente sensibilización del público .* Estima necesario establecer procedimientos adecuados administrativos y de supervisión científica , asegurando que *la necesidad de proteger el patrimonio arqueológico debería quedar reflejada en las políticas de planificación urbanística y rural y de desarrollo cultural.*
- 3) La responsabilidad de la protección del patrimonio arqueológico europeo no corresponde sólo al Estado directamente implicado sino a todos los países europeos, siendo el objetivo reducir el riesgo de deterioro y promover la conservación mediante el intercambio de expertos y la comparación de experiencias.
- 4) Se establecen a lo largo de su articulado, numerosas medidas para su identificación, protección, control y supervisión de los elementos arqueológicos descubiertos, que comportarían una larga serie de obligaciones *activas* de las autoridades competentes y de los responsables de su gestión. Sin ánimo exhaustivo, podríamos recordar el almacenamiento en lugares adecuados, la formación científica exigible de los responsables de las excavaciones, la necesidad de realizar inventarios, la exhibición pública de los hallazgos, el intercambio de información científica, las adquisiciones de piezas en el mercado de antigüedades solo bajo control estatal, etc.

---

<sup>222</sup> TORRES BALBÁS, Leopoldo; “Granada: La ciudad que desaparece”, en Revista Arquitectura, V, Madrid, 1923, página 305.

5) Tiene una especial relevancia la llamada *conservación integrada del patrimonio arqueológico* que establece su artículo 5º y que podríamos resumir en los siguientes puntos:

- Reconciliar los intereses de la arqueología y los planes de desarrollo urbanístico, permitiendo a los arqueólogos participar en las políticas de planificación que se elaboren con el fin de establecer estrategias bien equilibradas para la protección, la conservación y el fomento de lugares de interés arqueológico y en las distintas fases de los planes de desarrollo.
- Conseguir que arqueólogos, municipios y planificadores se consulten sistemáticamente entre sí con el fin de permitir la modificación de los planes de desarrollo que puedan tener efectos negativos sobre el patrimonio arqueológico; así como la asignación de tiempo y recursos suficientes para el estudio científico apropiado de la excavación y la publicación de los hallazgos que tengan lugar.
- Tomar las medidas necesarias para que los estudios de impacto medioambiental y las decisiones resultantes tengan totalmente en cuenta los lugares de excavación arqueológica y su entorno.
- Tomar medidas para la conservación, *in situ* cuando sea posible, de los elementos del patrimonio arqueológico que se descubran durante la realización de cualquier tipo de obras.
- Asegurar que la apertura de excavaciones arqueológicas al público, especialmente las obras estructurales que se realicen para la recepción de grandes cantidades de visitantes, no perjudique el carácter arqueológico y científico de dichas excavaciones y su entorno.
- Alguno de estos principios chocaron frontalmente con la aparición de hallazgos que, conforme a sus previsiones, debieran haber paralizado grandes obras públicas y toda clase de intervenciones en centros urbanos de ciudades históricas. Como ha puesto de manifiesto NÚÑEZ SÁNCHEZ, la protección internacional va marcando, durante años caracterizados por un desarrollo urbano completamente desordenado, una especie de punto de inflexión en la protección de los hallazgos arqueológicos que procura soluciones administrativas adecuadas en su difícil tensión con el urbanismo y con la ordenación territorial<sup>223</sup>. De ahí que no resulte extraño que esta valiosa

---

<sup>223</sup> NÚÑEZ SÁNCHEZ, Ángel; “El expolio ...”, *ob. cit.*, página 191, donde textualmente señala: *A partir de aquí, en lo que ahora nos interesa, el Convenio establece un régimen jurídico con referencias al tráfico comercial y científico de objetos arqueológicos, con la necesidad de adoptar medidas para la delimitación y protección de zonas arqueológicas, así como a la represión de las excavaciones*

*Convención de Malta* de 1992 ha estado casi veinte años pendiente de ratificación por España y ello a pesar de que algunas reputadas voces aseguraban en 1996 que la ratificación por España de *Convención de Malta*, tendría lugar en *un plazo de tiempo breve, sobre todo teniendo en cuenta que fue uno de los países que más apoyaron la idea inicial con la presentación de informes específicos*<sup>224</sup>. Resulta grave que esta ratificación no haya producido algunos cambios de criterio en el análisis jurídico de los descubrimientos arqueológicos y su tratamiento por las autoridades competentes<sup>225</sup>.

Esta posición, ciertamente anómala en un país caracterizado desde hace tiempo por la defensa de los bienes culturales en el concierto internacional, solo puede obedecer a las exigencias administrativas que comporta el cumplimiento de la *Convención* para una protección adecuada del Patrimonio Arqueológico en grandes obras públicas. Es evidente que a consecuencia de ciertos hallazgos, deben adoptarse decisiones por la Administración competente que podrían chocar con las obligaciones básicas que impone la *Convención de Malta* y tales resoluciones correrían el riesgo de configurarse, cuando menos teóricamente y en algunos supuestos de suficiente entidad, como formas de prevaricación especial del artículo 322 del Código Penal. Solo así puede explicarse que, por el contrario, España ratificara con toda rapidez la *Convención de la Unesco sobre la*

---

*clandestinas y el control de los resultados de las autorizadas.*

*El Convenio Europeo Sobre la Protección del Patrimonio Arqueológico (Revisado), hecho en La Valetta (Malta) el 16 de enero de 1992, es consecuencia de lo que antes apuntábamos, esto es, la necesidad ineluctable de imbricar la protección del patrimonio arqueológico con el urbanismo y la ordenación del territorio en la medida en que el desorden en uno u otro de estos dos últimos elementos se constituye en importantísimo factor de destrucción. Sus precedentes se encuentran en Florencia en 1984 (Planificación y Arqueología) y en Niza en 1987 (Arqueología y Grandes Obras Públicas). También en la Recomendación para la Conservación Integrada del Patrimonio Histórico relativa a la protección y puesta en valor del Patrimonio Arqueológico en el contexto de las operaciones urbanísticas de ámbito urbano y rural, presentada en 1989 como resultado de los trabajos realizados en 1984 y 1987. En el convenio, frente a textos anteriores, se justifica la necesidad de protección del patrimonio arqueológico por su carácter de fuente de la memoria colectiva europea e instrumento para el estudio histórico y científico. Se consideran elementos del patrimonio arqueológico todos los restos y objetos y cualquier otra huella dejada por la humanidad en épocas pasadas siempre que cumplan los requisitos de que su conservación y estudio ayuden a reconstruir la historia de la humanidad y su relación con el entorno natural, así como que las principales fuentes de información sobre dichos restos y huellas sean la realización de excavaciones o descubrimientos y otros métodos de investigación de la humanidad y su entorno. Por otra parte, estructuras, construcciones, grupos de edificios, obras de ingeniería civil, objetos transportables y monumentos de cualquier otro tipo, así como su contexto, sea sobre tierra o bajo el agua se considera que integran el patrimonio arqueológico.*

<sup>224</sup>MARTÍNEZ DÍAZ, Belén y QUEROL FERNÁNDEZ, María de los Ángeles, en “El Patrimonio Arqueológico ...”, ob. cit., página 298.

<sup>225</sup> Mediante *Nota Verbal* dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, España ha denunciado el Convenio Europeo para la protección del patrimonio arqueológico, hecho en Londres el 6 de mayo de 1969. Este Convenio estaba en vigor para España desde el 1 de junio de 1975. La *Nota Verbal* tuvo entrada en el Consejo de Europa el 31 de marzo de 2011 y la denuncia ha surtido efecto para España desde el 1 de octubre de 2011, de conformidad con lo establecido en el artículo 13.3 del Convenio (BOE nº 172, de 19 de julio de 2011).



*Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático* aprobada en París el dos de noviembre de 2001 y reclame en distintos foros internacionales su aplicación. Es evidente que los intereses económicos y la presión especulativa en el territorio, no es comparable a la que pueda existir sobre cualquier territorio sumergido.

En cualquier caso, la posición de la Administración española debe cambiar y debe hacerlo pronto para corregir esta paradoja ratificando la *Convención de Malta* para que tenga lugar la conservación *in situ* de los hallazgos arqueológicos y una protección general integrada del extraordinario Patrimonio Arqueológico Español coherente con su lectura constitucional.

## **6. Los daños dolosos al Patrimonio Arqueológico (artículos 323 del Código Penal)**

Los daños dolosos al Patrimonio Histórico Español tipificados en el artículo 323 del Código Penal, son los únicos que han sido modificados desde su promulgación en 1995 con una nueva redacción otorgada por la controvertida Ley Orgánica 1/2015. Esta modificación legal, como es lógico, sigue configurando esta tipología como un delito especial de daños alrededor de la que giran los aspectos más significativos de la protección penal de los bienes culturales. Los aspectos más relevantes de la reforma podrían resumirse en los siguientes términos:

- 1) Queda simplificado el ámbito objetivo de protección, eliminando algunos términos de la relación redundante que sostenía el precepto anterior (*archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico o institución análoga*) y estableciendo, de manera más lógica y sencilla, una tipología vinculada con la causación de daños en *bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos terrestres o subacuáticos*, incorporándose esta última categoría, el Patrimonio Cultural Subacuático, al texto del Código Penal, tal y como aparece configurado en la Convención de París de 2001 *sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático*. Un sector de la doctrina siempre consideró que la alusión explícita a los yacimientos arqueológicos resultaba redundante al participar de los valores presentes en los bienes que son previamente citados<sup>226</sup>. No obstante la especial fragilidad del Patrimonio Arqueológico y la frecuencia de este tipo de agresiones, quizá hacían necesaria la alusión, como puso de manifiesto SALINERO ALONSO<sup>227</sup>. En mi opinión los anteriores argumentos podrían reforzarse por la necesidad de acabar con el imaginario

---

<sup>226</sup> RENART GARCÍA, Felipe; *El delito ...* ob. cit., pág. 355.

<sup>227</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*; ob. cit., pág. 314.

colectivo que entendía que resulta plenamente lícito el apoderamiento de piezas descubiertas por aficionados y coleccionistas.

- 2) El precepto no contiene ninguna definición de yacimiento, entendiendo RENART GARCÍA que las indeterminadas alusiones realizadas en diversos artículos de la LPHE, lo son a su contenido pero no a la definición del mismo. Esta sutileza permite al autor citado distinguir los bienes que puedan ser descubiertos y extraídos, el *bien arqueológico en sí mismo considerado* de aquel *lugar o espacio físico que alberga los citados objetos*<sup>228</sup>. Aunque es cierto que esta distinción podría explicar con mayor facilidad la posibilidad de producir daños con independencia de la situación de apoderamiento que pueda tener lugar o no en situaciones de expolio; personalmente me inclino por considerar que se trataría de una especie de sinécdoque conceptual al diferenciar al todo de cada una de sus partes.
- 3) De manera explícita, se castigan con la misma pena *los actos de expolio* en yacimientos arqueológicos, aunque no se definen y ello puede generar, como veremos a continuación, algunas dificultades interpretativas. En principio, los actos de expolio deberían englobar, en primer término, tanto los daños materiales como inmateriales que son producidos en el yacimiento arqueológico, entendido siempre como una fuente de información científica y, en segundo término, el apoderamiento o sustracción de aquellas piezas arqueológicas descubiertas en su totalidad o parcialmente. Ya en su momento la doctrina consideró necesario ampliar el círculo de bienes protegidos refiriéndola igualmente a las Zonas Arqueológicas declaradas como tales o cuando tengan incoado el expediente para su declaración como *Bienes de Interés Cultural*<sup>229</sup>. La referencia expresa del nuevo precepto a los actos de expolio parece, cuando menos, aproximarse a esta posibilidad.
- 4) Se modifica la pena de prisión, rebajando el límite mínimo hasta los seis meses, y manteniendo el máximo en los tres años. Se establece una pena alternativa de multa de 12 a 24 que supone una rebaja considerable ya que en la tipología anterior a la reformas de 2015 eran penas conjuntas y no alternativas, situación injustificada que ha *sorprendido* a la doctrina<sup>230</sup>.
- 5) Se añade un nuevo apartado que establece un agravamiento de la pena por el delito de daños, pudiendo imponerse la superior en grado, cuando los daños son *de especial gravedad* o se producen sobre *bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante*.

---

<sup>228</sup> RENART GARCÍA, Felipe; *El delito ...* ob. cit.; ob. cit., pág. 358. BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción; *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Madrid, 1990, pág. 232.

<sup>229</sup> RENART GARCÍA, Felipe; *El delito ...* ob. cit.; ob. cit., págs. 363 y 364.

<sup>230</sup> JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis; *La reforma ...* ob. cit.; ob. cit., pág. 153.

- 6) El legislador ha optado por mantener, por último, en el apartado tercero del precepto y en los mismos términos, la discutida posibilidad de que el tribunal sentenciador ordene motivadamente, *a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.*

En términos generales, podemos señalar que el precepto reformado contempla un delito que constituye una especialidad con relación al tipo básico de daños previsto en el nuevo artículo 263 del Código Penal. Pero en este delito, teniendo en cuenta la singular naturaleza del bien jurídico protegido, el comportamiento típico se amplía y se corresponde no solo con la destrucción total o parcial de los bienes que resultan materialmente agredidos, también con la pérdida de su valor social o incluso con su inutilización temporal o definitiva para el caso de que no puedan cumplir la función social que el ordenamiento jurídico atribuye a los bienes culturales.

La doctrina había sostenido desde la promulgación del Código Penal de 1995 la necesidad de llevar a cabo, en situaciones de especial gravedad, una elevación racional de las sanciones en esta clase de delitos. Con la antigua regulación y aún con la actual, algunas condenas por delito de daños sobre el Patrimonio Histórico son castigadas por debajo de las multas que establece la legislación cultural, tanto estatal como autonómica, para perseguir meras infracciones administrativas (en especial, artículos 75 y siguientes de la LPHE). Esta necesidad de establecer los límites máximos de penalidad para la producción de aquellos daños en bienes muebles o inmuebles que son merecedores de una singular protección y tutela, como ocurre con los *Bienes de Interés Cultural* o con aquellos bienes muebles que se integran en *Inventarios Generales* confeccionados por la Administración Pública estatal o autonómica, ha sido abordada con acierto en la reforma de la Ley Orgánica 1/2015. La vieja pretensión de una elevación selectiva de las sanciones para casos de especial gravedad, cuando menos parcialmente, se adopta con la inclusión de un nuevo párrafo en el artículo que impone la pena superior en grado cuando los daños son *de especial gravedad* o bien cuando se producen sobre *bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante.*

La *especial gravedad* no puede deducirse exclusivamente del valor material de los daños producidos. Como ya hemos sostenido con anterioridad, dentro del valor cultural deben incluirse los gastos de restauración y los estudios previos muchas veces preceptivos para la intervención en los objetos o inmuebles dañados, así como una estimación del daño ocasionado a la sociedad en su conjunto como depositaria permanente de los bienes culturales de mayor relevancia. Nada impide que podamos aplicar la idea del valor incalculable y

añadir posteriormente la determinación de la responsabilidad civil, con inclusión de todos los gastos que venimos indicando para la restauración de los bienes culturales con referencia, incluso, a la reparación moral.

Esta idea de reparación moral no debería parecernos ni mucho menos extravagante. Como ya he tenido oportunidad de señalar<sup>231</sup>, el origen de esta percepción se encuentra en la enriquecedora relación de los bienes culturales con la ciudadanía y la posibilidad de ejercicio pacífico de una serie de derechos fundamentales relacionados con el entorno y la propia vida social. Por último y en cuanto a la *especial relevancia* de aquellos bienes culturales que resultan dañados, parece evidente que, aunque no se exige una cuantía mínima, parece que en todo caso, los daños producidos deberían superar los 400 € ante el silencio del legislador, teniendo en cuenta su relación con el tipo básico del precepto y conforme a la interpretación más favorable para el reo. De hecho, para la aplicación del hurto agravado de bienes culturales no se exige que el importe de lo sustraído alcance los 400 € pero existe una previsión explícita sobre el particular en el apartado segundo del nuevo artículo 234 del Código Penal.

La lógica indica que deberían identificarse estos bienes, cuando menos, con todos los que han sido declarados, conforme a las previsiones de la LPHE, *Bien de Interés Cultural* aunque habrá que tener en cuenta la frecuente incidencia de bienes culturales *ocultos* que deberán ser objeto de una valoración técnica que establezca, ante su desconocimiento por parte de la Administración y una vez que han sido descubiertos y destruidos, la verdadera entidad de su valor histórico y cultural y su capacidad de integrarse objetivamente en el Patrimonio Histórico Español con una singular protección y tutela.

### **7. Los daños por imprudencia sobre yacimientos y bienes arqueológicos (artículo 324 del Código Penal)**

El artículo 324 de nuestro Código Penal castiga al *que por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a cincuenta mil pesetas, 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, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses, atendiendo a la importancia de los mismos.*

En el momento de su promulgación, se configuraba el precepto como un exponente más del nuevo sistema de incriminación cerrada de la imprudencia que estableció el Código Penal de 1995, ciñendo esta forma de responsabilidad a las tipologías culposas concretamente descritas en el texto penal. Como el resto de

---

<sup>231</sup> En términos generales, GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; *Sobre la libertad ...* ob. cit.

las tipologías del capítulo, muy pronto la doctrina abordó su análisis con unanimidad crítica y valorando negativamente su defectuosa técnica legislativa.

En términos generales, la primera cuestión que ha requerido una respuesta clara ha sido la de determinar qué deba entenderse por imprudencia *grave*. Parece evidente su identificación con la antigua imprudencia *temeraria*, entendiendo por tal aquella conducta en la que no son aplicadas las más elementales y rudimentarias precauciones y que puede configurarse como la infracción de los más elementales deberes de cuidado que le son exigibles al agente. No parece suficiente, sin embargo, limitarse a establecer esta genérica identificación en un materia tan compleja como la que se refiere al Patrimonio Histórico y, en especial, a los bienes arqueológicos como elementos caracterizados por su fragilidad y valor. Como estadio superior de la imprudencia grave cabe distinguir la llamada *culpa consciente*, entendiendo por tal aquella que *necesariamente implica una representación mental de la infracción de las normas de cuidado por parte del sujeto*<sup>232</sup>, correspondiendo a esta especie la identificación más precisa con la imprudencia grave a la que se refiere el precepto conforme a los casos que han sido valorados en estos años por la jurisprudencia provincial<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> El Tribunal Constitucional, en virtud de Auto 446/2007, de fecha 10 de diciembre; inadmitió a trámite el Recurso de Amparo interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva que revocaba la resolución dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huelva, de fecha 23 de junio de 2004. Esta resolución declaraba probado que *bajo la dirección técnica y la supervisión directa diaria del acusado, arquitecto técnico de la ejecución de un proyecto de rehabilitación de las murallas del castillo de Gibrleón, ubicado en un importante núcleo arqueológico, se realizaron trabajos de desbroce y movimientos de tierra en el núcleo arqueológico, sin la presencia ni el asesoramiento del arqueólogo (al no estar aún autorizado el proyecto de intervención arqueológica), que causaron la destrucción y descontextualización de restos arqueológicos, de incalculable valor histórico. También se declara probado que el Arquitecto Técnico municipal había comunicado verbalmente al recurrente que existía autorización verbal para efectuar desbroce, limpieza y movimientos de tierras*. Señala en sus antecedentes el Auto citado que *la conclusión absolutoria se fundamenta en la inexistencia de dolo y de imprudencia en su actuación, puesto que carecía de conocimientos específicos en materia arqueológica y obró en la creencia de que su proceder estaba amparado por la autorización de la Junta de Andalucía*.

La Audiencia Provincial de Huelva con fecha 18 de febrero de 2005 dictó Sentencia en la que se condena al acusado como autor de un delito contra el patrimonio histórico por imprudencia, a la pena de seis meses de multa con cuota diaria de 30 €, con responsabilidad subsidiaria de tres meses de privación de libertad en caso de impago de la suma total o de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas. Igualmente se le condena a indemnizar a la Junta de Andalucía en la cantidad que se determine en ejecución de Sentencia y al pago de un tercio de las costas.

Señala el Tribunal Constitucional que se entendió la conducta constitutiva de imprudencia grave, al estimar la Sala que el recurrente actuó sin las cautelas necesarias “no pudiendo, por más que confundiera los términos de la autorización, llegando a creer que ésta comprendía el movimiento de tierras, representarse nunca, en una recta y natural comprensión del proyecto, que podría mover tierras con una intensidad como la que desplegó, descalzando grandes superficies, llegando a profundidades de varios metros y trasegando cantidades ingentes de tierra en la que aparecían restos. Aun no siendo perito en arqueología, debió entender que escapaba del contexto de respeto al solar donde trabajaban [...] el practicar los movimientos de tierra y explanamientos que hizo, con el impacto en el yacimiento arqueológico que se tornó sin duda evidente ante sus ojos. Por si ello fuera poco, siempre pudo chequear la corrección de su proceder consultando con los arquitectos directores del proyecto [...] En vez de ello, se entregó a la ejecución de unas labores a todas luces dañinas para el solar arqueológico, [...] La

Aunque un sector doctrinal se ha mostrado contrario a esta posibilidad<sup>234</sup>, la doctrina más reciente ha puesto de manifiesto que esta modalidad imprudente puede ser aplicada tanto a las conductas tipificadas en el artículo 323 como a las del 321 del capítulo *pues resulta evidente que el derribo o alteración sustancial de un edificio cometida por imprudencia son también daños irrogados a bienes de valor histórico y asimilados*<sup>235</sup>. Como pone de manifiesto GUIASOLA LERMA, la cuestión debe centrarse en la amplitud del objeto material del artículo 323 y en los términos genéricos utilizados en la clausula de incriminación culposa del artículo 324, al margen de otros argumentos de índole puramente práctico que podrían conducir a situaciones indeseables de impunidad<sup>236</sup>. Parece evidente esta posibilidad, teniendo en cuenta todo lo manifestado y el resultado incongruente al que podría llegarse en numerosos supuestos de indudable responsabilidad culposa.

Particular importancia hay que otorgar a la última frase del artículo cuando establece la moderación de la sanción *atendiendo a la importancia de los mismos*. Tales *mismos* -en puridad gramatical- puede ser los propios daños producidos pero, quizá, convendría entender por tales los bienes dañados o mejor dicho, la naturaleza o catalogación que merezcan los bienes dañados. En realidad la intensidad del daño y de la negligencia estará 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. De esta forma, como anteriormente apuntamos, la catalogación administrativa se configura como un elemento a tener en cuenta, no sólo para dosificar la sanción de multa que contempla el artículo, sino para establecer la intensidad de la imprudencia como grave o leve generada por el agente y para decidir, en definitiva, si es merecedora o no de un reproche penal. El deber de cuidado exigible en la conservación de un bien declarado como *Patrimonio de la Humanidad* es evidente que será mucho mayor que en el caso de otros bienes históricos no catalogados o inventariados aún cuando posean un valor cultural innegable. Parece que hubiera sido, por otra

---

sentencia provincial destaca que los bienes de valor histórico “son aquellos que no están incorporados al patrimonio histórico de manera expresa por una declaración administrativa, lo cual no empece ni desmerece su valor respecto de aquellos otros que sí lo están, únicamente indica que aún no se han incorporado de manera formal o explícita, a través de la declaración correspondiente, al catálogo, sin que esto excluya su incorporación futura, o que en todo caso por su valor intrínseco formen de hecho parte del patrimonio histórico, artístico y cultural de los pueblos de España, como lo define el art. 46 de la Constitución”.

<sup>234</sup> CONDE-PUMPIDO TOURON, CÁNDDIDO sobre la base de una interpretación sistemática de ambos preceptos; en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tribunal Supremo, Madrid, 1997, pág. 3.211.

<sup>235</sup> OLMEDO CARDENETE, Miguel; “Delitos ...” ob. cit., pág. 726.

<sup>236</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina; *Delitos ...*, ob. cit.; pág. 521. En el mismo sentido, CARMONA SALGADO, Concepción; *Curso de Derecho Penal, ...*, ob. cit. pág. 41. Para SALINERO ALONSO, Carmen; no ofrece duda alguna esta posibilidad resaltando la posición unánime de la doctrina; obra citada, pág. 224.

parte, aconsejable establecer una pena de inhabilitación especial *si en el comportamiento punible hubieran intervenido profesionales de la construcción*<sup>237</sup> como ocurre con el artículo 321.

Otro defecto comúnmente señalado en la regulación contenida en el artículo 324 del Código es la imposibilidad de que la sentencia condenatoria utilice la facultad de ordenar motivadamente la adopción de medidas encaminadas a restaurar los bienes dañados, como establece el artículo 323 respecto a los daños dolosos o el artículo 321 respecto al derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos. La adopción de estas medidas de reparación podría considerarse más lógica y eficiente en el supuesto de los daños producidos por imprudencia grave al Patrimonio Histórico o a yacimientos arqueológicos, donde, sin embargo, nuestro Código Penal elude cualquier pronunciamiento. En los supuestos de reparación voluntaria, cuando resulte adecuada a las circunstancias, científica y efectiva, siempre podrá acudir a la Disposición Común que contiene el artículo 340 y que permite al tribunal sentenciador la imposición de la pena inferior en grado.

Por último y con respecto a las formas de imprudencia leve, el castigo tendría que llevarse a cabo, cuando alcancen suficiente relevancia, a través de las infracciones administrativas<sup>238</sup> contenidas en el Título IX de la LPHE aunque esta posibilidad no será fácil por cuanto en la extensa enumeración de su artículo 76 no parece aludirse, cuando menos con claridad, directa o indirectamente a situaciones de imprudencia y el artículo 77, al graduar el importe de la sanción económica, solo se refiere a la gravedad de los hechos, las circunstancias personales del sancionado y el perjuicio producido al patrimonio Histórico Español.

## **8. El expolio: Un tratamiento jurídico imposible**

El expolio aparece definido en el artículo 4 de la 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 un concepto diacrónico, que se sostiene en el tiempo y produce una situación que exige la reacción de la Administración General del Estado acordando la adopción de una serie de medidas *conducentes a evitar la expoliación* que aparecen 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*.

---

<sup>237</sup> OLMEDO CARDENETE, Miguel; *Estudios sobre ...*; ob. cit.,pág. 726.

<sup>238</sup> OLMEDO CARDENETE, Miguel; *Estudios sobre ...*; ob. cit.,pág. 726.

Históricamente el término expolio se utilizaba para designar el botín del vencedor, mientras que el lenguaje conservacionista y el lenguaje coloquial han utilizado el término expolio para referirse en términos generales al saqueo sistemático de bienes culturales en cualquiera de sus manifestaciones. Por último y desde una perspectiva puramente gramatical, expoliar es despojar a una cosa de su valor material o inmaterial. Desde una perspectiva puramente criminológica, el expolio arqueológico en España, como señala NÚÑEZ SÁNCHEZ<sup>239</sup>, citando un informe realizado por la Guardia Civil en diciembre de 2002, podría dar lugar a la siguiente *clasificación de las actividades ilícitas*:

- Uso de detectores de metales en zonas arqueológicas y prospecciones ilegales. Constituyen la infracción más frecuente, afectando a cualquier territorio y regulándose en algunos casos por las Comunidades Autónomas su utilización y control por la administración cultural<sup>240</sup>.
- Daños en yacimientos arqueológicos mediante la realización de obras para 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 alta densidad de población y ciudades históricas. Pueden resultar especialmente graves y complejos en su persecución.
- Tenencia de objetos arqueológicos procedentes de expolio, para destinarlos al comercio ilícito o bien para su tenencia por coleccionistas.

---

<sup>239</sup> NÚÑEZ SÁNCHEZ, Ángel; “El expolio ...”, ob. cit. pág. 178.

<sup>240</sup> 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 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.



Pueden resultar de un gran valor tecnológico en el expolio de pecios o yacimientos submarinos por parte de las empresas conocidas como *cazatesoros*.

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 que no tiene cabida en el Código Penal, aunque algún autor considera que este concepto de algún modo se *incorpora* a la norma penal con la reforma de 2015<sup>241</sup>. 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 fuente de información científica e incluyendo los actos de apoderamiento de las piezas que son descubiertas por el autor y cuyo valor debe acumularse, en buena lógica, a los daños producidos para llevar a cabo la sustracción, normalmente desordenada y acientífica, de tales elementos arqueológicos.

La decisión del legislador, caótica desde una perspectiva sistemática e insegura desde una perspectiva criminológica, al no resultar suficientemente aclarada en el texto normativo, carecería de sentido porque las situaciones de concurso entre los daños en yacimientos y el apoderamiento de piezas arqueológicas descubiertas, era una situación prácticamente resuelta por la jurisprudencia. Resulta además francamente desafortunado que la asimilación de los *actos de expolio* en el tipo no merezca comentario alguno, a pesar de su evidente importancia, en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 donde podrían explicarse algunos motivos para justificar esta compleja decisión.

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 hurto<sup>242</sup> o de apropiación indebida (el antiguo *hurto de hallazgo*)<sup>243</sup> según el apoderamiento tuviera lugar en un yacimiento

---

<sup>241</sup> 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.

<sup>242</sup> 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.

<sup>243</sup> 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

declarado como tal por la administración cultural o en un espacio *libre* en el que no se tuviera constancia o sospecha alguna de la existencia de piezas arqueológicas.

Un sector de la doctrina, sin embargo, siempre consideró, que los bienes culturales sustraídos tras su descubrimiento en el propio yacimiento expoliado no podrían dar lugar a este concurso por cuanto tales hallazgos no podían alcanzar, como respectivamente exigían cada uno de los tipos agravados de hurto o apropiación indebida, la consideración de cosa *ajena* o bien de una cosa *perdida o de dueño desconocido*<sup>244</sup>. Se entendía que la titularidad pública establecida en el artículo 44.1 de la LPHE solo comenzaba una vez producido el hallazgo, de tal modo que, con anterioridad, no podían estimarse las piezas arqueológicas encontradas como un bien ajeno para el infractor o que hubiera *perdido* la Administración Pública al no ser aún titular del mismo y desconocer su existencia. Una vez encontrado el objeto, por otra parte, no cabía hablar de una *cosa de dueño desconocido*. Por una razón o por otra, el caso es que la situación anterior sólo permitía, en definitiva y desterrada la posible tipificación agravada del hurto o apropiación indebida, considerar que el apoderamiento de piezas arqueológicas podía perseguirse solo como un delito especial de daños al *Patrimonio Histórico* conforme aparecía tipificado en el antiguo artículo 323 del Código Penal. Incluso esta falta de ajenidad se reputó como elemento que impedía su aplicación en el caso de los daños dolosos al yacimiento arqueológico<sup>245</sup>. Tras la reforma operada en 2015, hay quienes sostienen que los *actos de expolio* constituirían una segunda modalidad dentro el artículo 323 que integraría un primer inciso referido a los daños propiamente dichos y otro segundo apartado referido al expolio *en sentido estricto* considerado como actos de apoderamiento<sup>246</sup>.

Creo, sin embargo, que pueden mantenerse las posiciones anteriores a la reforma que hacían compatibles los daños con actos de apoderamiento. Otro sector doctrinal, efectivamente, puso en tela de juicio las anteriores afirmaciones con un criterio más pragmático que procuraba combatir las situaciones de

---

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.

<sup>244</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; manifestaba que el artículo 253 no era aplicable a *la apropiación del tesoro oculto con relevancia cultural* en *La protección ...*, ob. cit., pág. 226. ROMA VALDÉS, Antonio, “La protección penal del Patrimonio Arqueológico”, en *Estudios del Ministerio Fiscal*, Madrid, 1998 ; págs. 22 y siguientes.

<sup>245</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., pág. 226.

<sup>246</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz, “La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico ...”, ob. cit., pág. 650.

impunidad<sup>247</sup>. 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 yacimiento<sup>248</sup>. 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 esta interpretación*<sup>249</sup>.

Por razones numerosas, algunas de índole práctico, este criterio fue consolidándose con el paso del tiempo en la jurisprudencia provincial, alegándose para ello distintos argumentos que debemos, aunque someramente, recordar y que parten de la configuración que debemos dar al Patrimonio Arqueológico conforme a ese criterio *propio* que debe reclamar el derecho penal y al que ya hemos aludido en capítulos anteriores.

---

<sup>247</sup> RENART GARCÍA, Felipe; *El delito ...*; ob. cit., pág. 359. GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; entre otros en “La protección del Patrimonio Arqueológico ...”; ob. cit., pág. 66.

<sup>248</sup> 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 n<sup>o</sup> 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 Necrópolis*, 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 n<sup>o</sup> 22/2012 del Juzgado de Instrucción n<sup>o</sup> 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 ...*; ob. cit., achaca a la tesis contrarias diversos errores interpretativos de gravedad, págs. 359 y 360.

<sup>249</sup> *Memoria* de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2004, publicación del Ministerio de Justicia, Madrid, 2005 (Fiscal General Cándido Conde-Pumpido Touron).

Antes de proseguir, quizá debamos ser conscientes de una realidad trascendental: El Patrimonio Arqueológico es una riqueza colectiva, un extraordinario recurso científico y material vinculado naturalmente a la tierra, un concepto a través del cual se protegen o pueden proteger bienes de distinta naturaleza como la propiedad individual, la ciencia, el interés social o colectivo y hasta el entorno natural o urbanístico donde se encuentran ocultos los bienes culturales que parcialmente lo integran y guardan relación con la vida social. Cuando la ley administrativa otorga un tratamiento diferenciado y privilegiado a las piezas arqueológicas, lo que hace es entregar esa riqueza *natural* y la disposición de tales recursos a la Administración Pública y exige que esta realice una declaración formal de voluntad en virtud de la cual señala y acota claramente el perímetro de un lugar o yacimiento donde se encuentra una *f fuente de conocimiento científico* que puede tener, además, un elevado valor material y que, en todo caso, le pertenece. No es cierto, por tanto, que los bienes arqueológicos ocultos, cuando han sido declarados como tales y formalmente protegidos, no tengan la consideración de cosas muebles y sean *ajenas*. Son *ajenas* y son además previamente poseídas por la Administración Pública que documenta y declara a través de un válido instrumento jurídico que la riqueza arqueológica contenida en el yacimiento le pertenece. Negarlo, valga a título de ejemplo, sería negar la posibilidad de explotación de una cuenca minera o de un acuífero o de cualquier recurso natural que exista en el subsuelo y que no sea *visible* por su propietario.

Existen otros ejemplos en nuestro Código Penal en los que se castiga el apoderamiento de efectos que aún no han tenido virtualidad alguna en el tráfico jurídico *material*. Ello ocurre con alguna modalidad comisiva del delito de contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad social, cuando se castigaba la elusión del pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieren debido retener, o ingresos a cuenta<sup>250</sup> o bien la elusión del pago de cuotas de la Seguridad Social contemplada en el artículo 307 del Código Penal. En tales casos se castiga la frustración de una expectativa económica que corresponde al Estado como consecuencia de lo establecido en la legislación tributaria o laboral. Cabría concluir, por tanto, que el expolio de piezas arqueológicas a través de excavaciones ilegales o por el uso fraudulento de detectores y otros mecanismos de búsqueda, siempre podría ser calificado como un delito agravado de hurto,

---

<sup>250</sup> En tales términos, el artículo 305 del Código Penal. Recordemos que con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 6/95 de 29 de Junio en los delitos contra la Hacienda Pública, tales conductas se perseguían habitualmente como formas comunes de apropiación indebida.

cuando el yacimiento cuenta con una previa declaración administrativa para su protección que señalaba la existencia de una riqueza propiedad del Estado<sup>251</sup>.

En cuanto a la figura de la apropiación indebida del antiguo artículo 254 del Código Penal tenía una aplicación residual y referida al apoderamiento de bienes arqueológicos extraídos de lugares que no contaban con una previa declaración administrativa que los protegiera de manera explícita. Los objetos y vestigios arqueológicos hallados azarosamente (no olvidemos que en el concepto de bienes arqueológicos de la LPHE se incluye expresamente el azar) podían considerarse *cosas perdidas* por cuanto, en su sentido gramatical, perder significa tanto *dejar de tener* como *no hallar*. Ciertamente perder se relaciona con la pérdida de la posesión pero esta posesión no debe exigirse que tenga, en todo caso, un carácter estrictamente material. La declaración que realiza el artículo 44.1 de la LPHE otorga a la Administración una forma de posesión diferida que no comienza con el hallazgo del objeto sino con anterioridad al mismo, durante el período de ocultación del bien; situación jurídica que estaría justificada por el imperativo constitucional que exige de los poderes públicos una preservación y acrecentamiento del *Patrimonio Histórico Español* en toda su posible extensión, genéricamente *depositado* en manos de las autoridades culturales competentes<sup>252</sup>.

Al margen de los argumentos anteriores, las nuevas tipologías del hurto y la apropiación indebida introducidas por la Ley Orgánica 1/2015, mantienen las agravaciones específicas por razón del objeto en los nuevos artículos 235.1º y 254 del Código Penal, si bien, conforme a la regulación actual de la apropiación indebida, la idea de cosas perdidas o de dueño desconocido quedaría sustituida por la expresión más amplia y sencilla de *cosas muebles ajenas*, situación que facilitaría -aún más- la solución concursal que venía aplicándose como regla general por los tribunales<sup>253</sup> para el caso de espacios aún no declarados como yacimientos arqueológicos. Lo mismo ocurre con el subtipo agravado de hurto

---

<sup>251</sup> JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis; *La reforma ...* ob. cit.; pág. 153. GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; “La protección penal del Patrimonio Arqueológico ...”; ob. cit., página 66-67. En término análogos, aunque desde una perspectiva internacional y referido al Patrimonio Arqueológico Subacuático; RUIZ MANTECA, Rafael; *El régimen jurídico del Patrimonio Cultural Subacuático. Aspectos de derecho interno y de derecho internacional público y privado*. Ministerio de Defensa, Madrid, 2013; página 513.

<sup>252</sup> ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, en *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico ...*, ob. cit., página 368 y concordantes, donde se expresa en los siguientes términos al referirse extensamente al problema de la justificación del dominio arqueológico como dominio público: *... no podemos vincular la intervención administrativa a la previa existencia de una titularidad dominical, cuando es mas 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), dimanan de la posición institucional de supremacía de la Administración, que no precisa fundarse en otro título habilitante sino en una previa norma jurídica.*

<sup>253</sup> Expresa y lacónicamente, de hecho, incluso el *Preámbulo* de la Ley Orgánica 1/2015 nos dice que *se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural y científico.*

que recae sobre *cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico* que puede ser aplicado sin necesidad de que el valor de los bienes alcance los 400 €, conforme a lo establecido en el apartado segundo del nuevo artículo 234 del Código Penal.

Conforme a las ideas anteriores habría que recordar las fórmulas de protección administrativa que establecen las legislaciones autonómica o estatal y que comportarían, en todo caso, la aplicación de la figura del hurto agravado: La declaración de zonas arqueológicas como bien de interés cultural, los yacimientos arqueológicos *declarados como catalogación general* y las llamadas zonas de servidumbre arqueológica<sup>254</sup>. En los últimos años han tenido lugar distintas ampliaciones en zonas arqueológicas de inmenso valor como ha ocurrido, a título de ejemplo, en Andalucía con las zonas arqueológicas de Medina Azahara (Córdoba)<sup>255</sup>, Cástulo (Jaén)<sup>256</sup> o Valenciana de la Concepción (Sevilla)<sup>257</sup>. Estas manifestaciones son claramente demostrativas de la voluntad públicamente expresada de la preservación y defensa de la propiedad de los bienes arqueológicos por la administración cultural competente, ante el asedio de continuos expolios.

Pero lo cierto es que con la nueva redacción, todo el camino anterior, puede quedar ahora desbaratado<sup>258</sup> y puede generar 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

---

<sup>254</sup> BECERRA GARCÍA, Juan Manuel; “Medidas de las administración cultural en Andalucía frente al expolio de los bienes culturales”, en *El tráfico de bienes culturales*; PÉREZ PRAT DURBÁN, Luis y LAZARI, Antonio (coordinadores); Tirant lo Blanc, Valencia, 2015., pág. 317.

<sup>255</sup> Decreto 195/2003, de 1 de julio, por el que se amplía el Bien de Interés Cultural denominado *Zona Arqueológica de Madinat al-Zhara* (Córdoba). BOJA número 142 de 25 de julio de 2003, páginas 17.037 y siguientes.

<sup>256</sup> Decreto 90/2012, de 1 de julio, por el que se inscribe en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz la delimitación del Bien de Interés Cultural con la tipología de *Zona Arqueológica* del yacimiento de Cástulo (Jaén). BOJA número 77 de 20 de abril de 2012, páginas 17 y siguientes.

<sup>257</sup> Decreto 57/2010, de 2 de marzo, por el que se inscribe en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz como Bien de Interés Cultural con la tipología de *Zona Arqueológica*, la zona delimitada en los términos municipales de Valenciana de la Concepción y Castilleja de Guzmán (Sevilla). BOJA número 44 de 5 de marzo de 2010, páginas 81 y siguientes.

<sup>258</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina; “Delitos contra el patrimonio histórico”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (director), GÓRRIZ ROYO, Elena y MATA LLÍN EVAGENCIO, Ángela (coordinadoras), Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2015, pág. 1.003. DE LA CUESTA AGUADO, Paz; “La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico. El delito de expolio”, en *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director); Aranzadi, Pamplona 2015, pág. 653.

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 o un ánimo de apoderamiento clandestino y 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 del yacimiento arqueológico expoliado. A este respecto conviene recordar lo establecido en el art. 57 bis del Real Decreto 111/86<sup>259</sup> de desarrollo

---

<sup>259</sup> El artículo 57 bis del Real Decreto 111/1986 se expresa en los siguientes términos:

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

parcial de la LPHE, artículo que establece las medidas de protección que ineludiblemente debe desarrollar la Administración Cultural para evitar el expolio desde que tiene conocimiento de la situación. La contundencia del precepto y del propio art. 4 de la LPHE permiten considerar que la inactividad de los responsables públicos puede generar en muchos casos claros supuestos de daños por imprudencia grave al patrimonio cultural, por cuanto así lo determinaría la posición ocupada por los anteriores, la cual puede ser calificada como una verdadera *posición de garante*.

De acuerdo con lo anterior, la existencia de un peligro potencial de expolio en un bien histórico obliga a realizar una serie urgente de medidas protectoras que, en algunos casos y cuando así lo aconsejen diversas circunstancias, puede dar lugar a la exigencia de una responsabilidad penal por parte de aquellos que debieron actuar con diligencia y prontitud y que no lo hicieron. Es discutible si tales conductas podrían englobarse más correctamente en supuestos de *comisión por omisión* del delito de daños dolosos del art. 323 del Código o, por el contrario, si resulta preferible castigar estos supuestos omisivos conforme a la forma imprudente del art. 324. En todo caso, si la imprudencia grave citada en el artículo equivale a una culpa consciente la frontera con el *dolo de consecuencias necesarias* resultará en ocasiones muy sutil, debiendo atenderse a diversas *circunstancias del hecho* para decidir su calificación como delito doloso o culposo, sin que deba establecerse una norma rígida de aplicación. Entre tales *circunstancias* cabría citar, entre otras, la previa catalogación administrativa del bien histórico, su singular relevancia y protección, el tiempo durante el cual ha persistido el peligro de expolio, la existencia o no de requerimientos, la publicidad del suceso y alarma social producida, la importancia del daño causado, así como su posible reparación.

---

colaboración de los demás departamentos que sea precisa, puede ejecutar por sí misma las medidas declaradas, incluso cautelarmente.

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.



Es lógico considerar la irrelevancia penal de una situación de expolio ante la adopción de medidas urgentes de ejecución. La frontera criminal podría cruzarse cuando tales medidas no tienen lugar una vez que los responsables de la custodia de tales bienes tienen el conocimiento del peligro y pueden llevar a cabo una *representación mental* del riesgo que se produce. La estrecha relación del concepto administrativo de *expolio* con la imprudencia grave no quiere decir que no puedan existir otras negligencias con relevancia penal diferentes a la omisión de medidas reparadoras o protectoras.

En ocasiones, otras graves conductas pueden dar lugar a responsabilidad penal si finalmente tiene lugar el daño como, por ejemplo, en los supuestos de temerarios u oportunistas de traslados de piezas arqueológicas en contra del dictamen de los expertos y con evidente riesgo para su integridad o en supuestos de falta de diligencia en la concesión de permisos de exportación de bienes históricos, siempre y cuando la concesión de tales permisos no entrañe otros comportamientos delictivos dolosos.

### **9. Tipo objetivo: La idea de yacimiento como fuente de información científica**

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 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 importancia<sup>260</sup> y ha sido incorporado como obligación de la dirección arqueológica en el desarrollo normativo de las Comunidades Autónomas<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup> MARTINEZ DÍAZ, Belén y QUEROL FERNÁNDEZ, Ángeles, en *El Patrimonio Arqueológico en la normativa internacional*, Revista *Complutum Extra*, número 6, Madrid, 1996, pág. 305.

<sup>261</sup> A título de ejemplo y conforme a lo establecido en el artículo 57 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre de *Patrimonio Histórico de Andalucía*, entre las obligaciones de la dirección de la actividad arqueológica se establece la de llevar un libro diario en el que anotarán las incidencias y órdenes que se produzcan y presentar, de la manera que reglamentariamente se determine, la memoria científica en sus distintas modalidades con los resultados obtenidos, un inventario detallado de los materiales encontrados y el acta de entrega de los citados materiales al museo o centro correspondiente. Con mayor extensión, en

Sobre esta documentación, además, debe recaer la recomendación legal, que encuentra su origen en la *Comisión Franceschini*, para su publicación o difusión pública de manera que pueda ser valorada por la comunidad científica y conocida por la ciudadanía.

El *Patrimonio Arqueológico* guarda una dimensión inmueble o monumental que debe ser objeto de una delicada preservación, ligada a la protección medioambiental, dimensión en la que se protege, a través de la persecución como delitos de algunas agresiones al mismo, la importancia del vestigio arqueológico como *f fuente de información científica*. Desde este punto de vista, al margen del apoderamiento de piezas arqueológicas en yacimientos y de los daños materialmente producidos, ya estén declarados o no como tales (incluso con mayor motivo en estos supuestos), puede consumarse un delito de daños sobre el *Patrimonio Histórico Español* en situación de concurso ideal.

El yacimiento o la excavación arqueológica puede sufrir un daño apreciable que impida o altere las posibilidades de llevar a cabo un estudio sistemático y relacionado de los objetos extraídos con su entorno, de tal forma que la acción del sujeto consuma un delito agravado contra la propiedad, ya sea como hurto o ya sea como un delito de apropiación indebida al llevar a cabo el apoderamiento material de las piezas y, al mismo tiempo, en situación de concurso ideal, genera un *delito de daños sobre el Patrimonio Histórico Español* del artículo 323 del Código Penal, al ocultar la existencia del yacimiento a la administración competente y además impedir, total o parcialmente, la capacidad de llevar a cabo una actuación metodológica y ordenada, bajo la tutela de la Administración pública que permita el análisis científico del espacio. Esta idea se relaciona por la doctrina con el deterioro de la función social que debe cumplir el yacimiento como bien cultural. Dentro de esta función cumpliría un papel esencial, la publicación de los trabajos arqueológicos y su conocimiento por la comunidad científica y el público en general.

Ya he tenido oportunidad de señalar con anterioridad que incluso el daño sufrido por algunos bienes culturales especialmente significativos no tiene porqué ser, en todo caso, un daño necesariamente material, físico o hasta científico; en ocasiones basta con que se produzca un *daño social* que impida el disfrute del mismo por la colectividad o el cumplimiento de algunos de sus fines culturales. El simple deseo de apoderamiento de piezas podría generar en ocasiones un daño de esta naturaleza al obligar que la Administración competente tenga que llevar a cabo diversas actuaciones de prevención y

---

el Reglamento de Actividades Arqueológicas, aprobado por Decreto 168/2003, de 17 de junio (BOJA número 134 de 15 de julio de 2003, páginas 116.136 y siguientes).

restauración, abonando la tesis del concurso ideal que acabamos de exponer con toda normalidad<sup>262</sup>.

#### 10. Tipo subjetivo: El dolo en las agresiones a bienes arqueológicos

Hay que recordar, siquiera de forma somera y en primer término, la vigencia del criterio general establecido para la causación de daños dolosos al Patrimonio Histórico Español por el Tribunal Supremo, al reclamar un *dolo de consecuencias necesarias* tal y como hemos analizado anteriormente. Pero al margen de ese criterio general, cada uno de los tres tipos dolosos contenidos en el Capítulo II del Título XVI presenta algunas particularidades notables en la conformación del dolo exigible, máxime cuando se refiere a bienes culturales de naturaleza arqueológica.

En primer término, como pone de manifiesto CRISTINA GUIASOLA LERMA, el artículo 321, se configura como un tipo de injusto eminentemente doloso en el que el sujeto *debe ser plenamente sabedor del valor cultural del edificio, y, consecuentemente del significado anti jurídico de su derribo o alteración grave y, pese a ello, decide llevar a cabo dicha conducta*<sup>263</sup>. El dolo debe abarcar la importancia o gravedad de la intervención y el propio valor histórico del edificio, aunque se trate de un convencimiento limitado, de una sospecha fundada y no sea necesario que el sujeto sea conocedor de la singular protección que merece, todo ello al margen de que exista al respecto alguna resolución o actuación administrativa. La equivocación sobre cualquier de estos elementos nos conduce a la consideración de un error de tipo que si tiene carácter invencible podrá generar una situación de impunidad y si tiene un carácter vencible, traerá consigo la responsabilidad a título de imprudencia<sup>264</sup>.

Hay que recordar que las escasas sentencias que han sido dictadas por el Tribunal Supremo en esta materia para delimitar el tipo subjetivo en esta clase de daños, suelen referirse a bienes arqueológicos. La alteración grave o derribo de cualquier exponente valioso del Patrimonio Monumental, suele generar un firme

---

<sup>262</sup> En contra, RENART GARCÍA, Felipe en “A conducta típica nos daños dolosos ao Patrimonio Histórico Español” trabajo publicado en el libro *O Patrimonio Cultural. Valía e Protección*, Consellería de Cultura e Deporte, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2007. A favor, ROMA VALDÉS, Antonio; (director y autor comentario del 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 55 y 556.

<sup>263</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina; *Delitos ...*, ob. cit., pág. 520.

<sup>264</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., pág. 310. En contra, RODRÍGUEZ MORO, Luis quien sostiene que la falta de convencimiento sobre la singular protección del edificio debe reconducirse hasta la aplicación del artículo 323 del Código Penal como daños al Patrimonio Histórico; “Los delitos ...”, ob. cit., pág. 190.

rechazo popular, frecuentes situaciones de movilización social<sup>265</sup> y un intenso debate público que, no pocas veces, concluye con investigaciones del Ministerio Fiscal o de algún órgano jurisdiccional. En estos casos, la intencionalidad y el móvil de los autores del daño suele apreciarse con una relativa facilidad pero, recordando la posibilidad de que restos arqueológicos monumentales puedan configurarse como auténticos *edificios* susceptibles de su derribo o de su alteración grave, será en el caso de los yacimientos donde encontraremos situaciones más complejas y difíciles de evaluar. Resultará trascendental, por tanto, recordar las funciones de control que corresponden a la Administración competente y la evaluación científica que haya sido realizada en cada supuesto concreto por los técnicos o expertos, el cumplimiento de la legalidad administrativa, todo ello al margen de otros elementos diversos y coyunturales que deberán valorarse como la visibilidad o importancia de los restos, su documentación y el impacto que la obra comporta en su correcta conservación.

En lo que respecta a la forma de prevaricación especial del artículo 322, se configura como un delito doloso que no admite formas imprudentes y en el que se castigan tanto autoridades como funcionarios públicos que permiten el derribo o alteración *grave* de edificios singularmente protegidos. La resolución dictada o el informe emitido debe acreditar una intencionalidad clara y demostrativa de la importancia del daño y del valor de los edificios. Aunque el Código Penal no exige en esta tipología que las alteraciones sean *graves*, sigo considerando que la falta de concordancia gramatical con el artículo anterior no es más que un simple olvido o descuido del legislador<sup>266</sup>.

Como ya hemos comentado, en el caso de los grandes hallazgos arqueológicos que tienen lugar en el transcurso de cualesquiera obras públicas o privadas de una suficiente entidad, nos encontraremos con actuaciones administrativas que derivan de su función tutelar sobre los bienes culturales y que pueden incidir, teniendo en cuenta su especial posición, en una destrucción real del yacimiento arqueológico, aunque se propongan aparente soluciones de conservación (normalmente mucho menos costosas, como el traslado de algunos restos emblemáticos en museos o la conservación parcial, casi de forma testimonial, en el propio lugar del hallazgo) que irían en contra de los principios

---

<sup>265</sup> Como demostración de esta conciencia social, puede recordarse la rigurosa y fundamentada *Lista Roja del Patrimonio Histórico Español* que elabora, actualiza y difunde desde 2007 la Asociación *Hispania Nostra*, con el asesoramiento científico pertinente y al objeto de incluir todos los elementos del Patrimonio Histórico Español que corran un riesgo de desaparición, destrucción o alteración sustancial de sus valores. Puede consultarse en el mapa interactivo que ofrece la siguiente dirección <http://listarojapatrimonio.org/localizacion/>

<sup>266</sup> En contra, GUIASOLA LERMA, Cristina; quien entiende que la contrariedad de la resolución con la normativa protectora, comportaría necesariamente que la alteración resulte suficientemente grave; *Delitos* ..., ob. cit., pág. 598.

que inspiran la protección de los bienes culturales arqueológicos y su conservación integrada<sup>267</sup> desde las conocidas *Recomendaciones* que fueron realizadas por la *Comisión Franceschini* y conforme a las previsiones de las Convenciones de Londres (1969) y Malta (1995) que fueron suscritas, aunque con cierta lentitud, por España. No cabe duda que, en tales casos y en situaciones de una especial gravedad, pueden tener lugar actuaciones administrativas normalmente más próximas a la alteración grave que al derribo, que encuentren su justificación en la presión especulativa o presupuestaria. Son decisiones en las que se sortea el parecer de los técnicos para conservar restos descubiertos en yacimientos de un excepcional valor arqueológico, llevando a cabo una conservación incompleta o descontextualizada. En tales casos de suficiente entidad, podrían darse algunas formas de prevaricación especial del artículo 322 del Código Penal o, incluso, delitos de daños del artículo 323 cuando no se llevan a cabo las actuaciones necesarias sobre el yacimiento descubierto.

No tiene duda alguna la doctrina más especializada, desde la promulgación del Código Penal de 1995, de la baja intensidad del dolo exigible en los daños *básicos* o genéricos al Patrimonio Histórico contemplados en el artículo 323 del Código Penal<sup>268</sup> planteándose, incluso, la posible aplicación del *dolo eventual*<sup>269</sup>. RENART GARCÍA explica concisamente la evolución del dolo exigible, diferenciando del *criterio doctrinal* un *criterio jurisprudencial* de un fuerte sentido práctico y basado en las escasas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que abordaron el problema<sup>270</sup> aplicando el Código Penal de 1973 pero una vez que había sido promulgado el texto penal vigente; resoluciones que han servido como modelo en la actuación posterior del Ministerio Fiscal y han sido asumidas de manera muy mayoritaria por la jurisprudencia provincial a la hora de establecer la necesidad de que concurra en los daños al Patrimonio Histórico Español un *dolo de consecuencias necesarias*<sup>271</sup>. Resalta además la doctrina un acuerdo unánime en que el tipo solo requiere un dolo genérico expresado en el conocimiento y en la voluntad de dañar, aunque no parece tan claras las posiciones a la hora de distinguir la necesidad exclusiva de un *animus damnandi* o la simple voluntad de dañar o bien

---

<sup>267</sup> Artículo 5 de la Convención de La Valeta de 1992.

<sup>268</sup> SALINERO ALONSO, Carmen. Se limita a configurar el precepto como un *tipo de injusto doloso* que puede verse afectado por situaciones de error de tipo que conducen a la responsabilidad imprudente; *La protección ...*, ob. cit., pág. 316. En el mismo sentido, ROMA VALDÉS, Antonio; en “Los delitos sobre el Patrimonio Histórico, Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial” V, Expansión, Madrid, 1999, pág. 452.

<sup>269</sup> RODRÍGUEZ MORO, Luis; “Los delitos ...”, ob. cit., pag. 218. Anteriormente, RENART GARCÍA, Felipe; *El delito ...*, p ob. cit., ág. 410.

<sup>270</sup> Nos referimos a las Sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo número 3.182/1995, de 3 de junio y 507/1997, de 29 de Enero, que han sido comentadas en el Capítulo II.

<sup>271</sup> RENART GARCÍA, Felipe; *El delito ...*, ob. cit., pág. 412.

de un *animus nocendi* que se identifica con una específica intención de perjudicar a otro<sup>272</sup>.

Sobre el particular, conviene recordar que no cabe duda de que ha sido el Patrimonio Arqueológico el que ha contribuido de una manera más eficiente a la delimitación del dolo exigible en esta clase de delitos. La destrucción de los bienes descubiertos a consecuencia de obras o remociones de tierra, no solo comporta en el agente un ánimo de dañar *básico* porque hoy día, al margen de las escasas situaciones de error en atención a las especiales circunstancias del sujeto activo o del objeto material del delito, la labor divulgativa o propedéutica de las administraciones y de los medios de comunicación ha venido aclarando la necesidad de preservación de los restos descubiertos ante cualquier signo o indicio de su posible relevancia histórica. La conducta de dañar, en la mayor parte de los casos, se sostiene sobre la convicción de no verse perjudicado por la actuación pública perjudicando, sin embargo, un interés social sospechado por el sujeto. Se trata de un interés de signo colectivo o impersonal y de naturaleza cultural que se vincula con los bienes arqueológicos pendientes de una intervención *suficiente* para decidir las circunstancias de su estudio y conservación. Desde esta perspectiva, por tanto, el agente no tiene intención de perjudicar a nadie pero ese *nadie* es justamente la sociedad, el interés social quebrantado con su conducta al no permitir que se cumpla la función cultural que deben desarrollar los bienes destruidos y para la que deben ser adecuadamente conservados.

### **11. La valoración del Patrimonio Arqueológico. El valor incalculable**

Como ocurre con otros preceptos de indudable interés, incomprensiblemente, la reforma operada en el artículo 323 del Código Penal no ha merecido ningún comentario en el extenso *Preámbulo* de la Ley Orgánica 1/2015. Ciertamente, no exageramos cuando decimos que se trata de un silencio *incomprensible* y hasta perturbador. Esta consideración no solo es importante, como luego veremos, a la hora de señalar el régimen legal de los daños de escasa entidad producidos a los bienes culturales, sino que puede plantear algunas dudas respecto a la necesidad de que los daños producidos superen una determinada cuantía porque el precepto, contrariamente a lo que señala el tipo básico del delito de daños del artículo 263 del Código Penal<sup>273</sup>, no lo indica en ningún momento.

---

<sup>272</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina, quien no estima necesaria la intención de perjudicar como un elemento esencial para que tenga lugar el delito de daños, *Delitos ...*, ob. cit., pág. 665.

<sup>273</sup> El párrafo segundo establece que se impondrá una pena de multa de uno a tres meses *si la cuantía del daño causado no excediere de 400 €*.

Ciertamente, el límite inferior de los 400 euros que se establecía como cifra mínima exigible para la vigencia del delito de daños al Patrimonio Histórico del antiguo artículo 323, venía determinado *a sensu contrario* por la previsión contenida, como una falta agravada, en el artículo 625, párrafo segundo, del mismo texto legal<sup>274</sup>. En tales términos se pronunció de forma casi unánime la doctrina<sup>275</sup>. Pero ahora, por distintas razones, este precepto ha desaparecido y el nuevo artículo 323 no establece ningún límite mínimo en la cuantía de los daños causados sobre los bienes culturales que provoquen la aplicación de este tipo penal. Cabría pensar, por tanto, que el legislador habría considerado el castigo de estas agresiones, en todo caso, como un delito y sin ninguna atenuación punitiva aunque su valoración no alcanzase los 400 euros. La tesis anterior podría verse avalada, además por dos circunstancias objetivas que concurren en el precepto. De una parte, la inclusión de los *actos de expolio* en yacimientos arqueológicos que no cuentan con una definición clara y no siempre tienen que producir daños materiales y, de otra parte, el hecho de que resulta, cuando menos, discutible que el subtipo agravado tampoco requiera una cuantía mínima para la apreciación de una *especial gravedad* por cuanto el apartado segundo del artículo 323 no la establece de manera explícita.

Pero la intención del legislador, sin embargo, se pronuncia en otros términos bastante confusos al referirse el *Preámbulo* a la desaparición de la falta del artículo 625.2 del Código Penal. La reforma ha optado por una aparente despenalización que es objeto de un comentario breve pero de cierto valor interpretativo. Efectivamente, de manera un tanto desordenada, el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 al comentar la derogación del Libro III del Código Penal, indica expresamente que desaparece la falta de *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*. Igualmente concluye esta peculiar “exposición de motivos” su breve comentario señalando que *también puede acudirse a la sanción administrativa*<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup> Recordemos que lacónicamente señalaba que *se impondrá la pena en su mitad superior si los daños se causaran en los lugares o bienes a que refiere el artículo 323 de este Código*.

<sup>275</sup> PÉREZ ALONSO, Esteban; “Los delitos ...”; ob. cit.; pág. 633; MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRIES, Santiago; *Delitos ...*; ob. cit., pág. 260; ROMA VALDÉS, Antonio; “Los delitos ...”; ob. cit., pág. 452; GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; “La protección ...”; ob. cit., pág. 424 y siguientes. Con varios matices, GUIASOLA LERMA, Cristina; *Los delitos ...*; ob. cit., páginas 618 a 620. Se manifiesta en contra, RENART GARCÍA, Felipe; *El delito de daños ...*; ob. cit., páginas 282 y siguientes.

<sup>276</sup> Esta derivación no resulta tan fácil. Como hemos reiterado, las infracciones administrativas y sus sanciones se contemplan en los artículos 75 y siguientes que integran el Título IX de la Ley 16/1985, de 25 de junio, *del Patrimonio Histórico Español*, así como en la extensa normativa autonómica sobre el particular. En lo que respecta a la relación de infracciones, cuando menos, de la ley estatal no se contiene ninguna situación plenamente asimilable a la causación de daños dolosos, tradicionalmente reservada al ámbito penal.

Es solo el *Preámbulo* de la reforma, por tanto, el que nos aclara que la intención del legislador es otra y se basa, al margen de otras opciones propias del derecho civil o administrativo, en la idea de reconducir estas agresiones de escasa entidad al delito genérico de daños, teniendo en cuenta la nueva previsión del párrafo segundo del artículo 263 del Código Penal cuando establece para el delito leve de daños una penalidad atenuada de multa de uno a tres meses *si la cuantía del daño causado no excediere de 400 euros*. La conclusión a la que tenemos que llegar en la aplicación práctica del nuevo precepto sería la que, de forma singularmente sucinta, expresaríamos en los siguientes términos:

1) Los daños dolosos producidos en bienes culturales que formen parte o que objetivamente merezcan formar parte del Patrimonio Histórico Español y que superen los 400 €, serán castigados como un delito de daños al Patrimonio Histórico Español conforme al párrafo primero del nuevo artículo 323 del Código Penal.

2) Los daños dolosos producidos en bienes culturales que formen parte o que objetivamente merezcan formar parte del Patrimonio Histórico Español y que no superen los 400 €, serán castigados como un delito de daños genérico, conforme al párrafo segundo del nuevo artículo 263 del Código Penal. En tales casos, no podrá aplicarse motivadamente la medida de reparación con cargo al autor de los daños establecida en el apartado segundo del artículo 323, ni las disposiciones comunes establecidos en los artículos 339 y 340. En cuanto a las alternativas que refiere el *Preámbulo* de la Ley Orgánica 1/2015, no parece que pueda decidirse o no su persecución en base a un criterio de oportunidad y teniendo en cuenta, al margen de lo establecido en el nuevo artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la especial naturaleza del bien jurídico protegido, de signo colectivo y marcado acento social, la necesidad de una aplicación uniforme de la ley penal y el carácter imperativo de la aplicación de estas norma en detrimento de otras soluciones civiles o administrativas<sup>277</sup>.

3) Los daños dolosos producidos en bienes culturales que formen parte o que objetivamente merezcan formar parte del Patrimonio Histórico Español y que revistan una especial gravedad o se produzcan sobre bienes con un valor especialmente relevante, serán castigados con la pena superior en grado como un delito de daños al Patrimonio Histórico Español y conforme a lo establecido en el párrafo segundo del nuevo artículo 323 del Código Penal que operaría como una

---

<sup>277</sup> GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; “El ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal” en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*; MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coordinador), Editorial Dykinson, Madrid, 2015, páginas 955 a 973.



*circunstancia cualificadora*<sup>278</sup> considerada como un acierto de la reforma de 2015<sup>279</sup>. Aunque no se mencione expresamente, parece que debe inferirse en una correcta interpretación de la norma, que será preceptivo en tales casos que la cuantía de los daños supere los 400 €. No obstante debemos establecer alguna reserva sobre el particular, en el sentido de posibilitar la aplicación de la norma con independencia de la cuantía de los daños y en función de la afectación a la función cultural de los bienes.

Conforme a la nueva redacción del precepto y con una muy dudosa técnica legislativa, como hemos puesto de manifiesto, el expolio de yacimientos arqueológicos terrestres o subacuáticos, se persigue como un hecho *asimilado* al delito de daños al Patrimonio Histórico Español con la misma penalidad. Al margen de las interpretaciones concursales que venimos realizando, la complejidad de esta tipología nos enfrenta al problema de la valoración económica de los daños. No cabe duda de que el mercado lícito de antigüedades nos proporciona un criterio de gran valor, pero es importante tener en cuenta que los bienes culturales no son una mercancía que pueda valorarse conforme a criterios puramente materiales o precios de subasta. De hecho y desde hace años venimos asistiendo a una creciente tendencia hacia la prohibición de comerciar con algunas manifestaciones especialmente significativas del Patrimonio Histórico, como ocurre con algunos bienes arqueológicos y existen algunos bienes de naturaleza intransferible, como ocurre con el Patrimonio Cultural Subacuático ya que, conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Convención de París de 2001, al establecer sus principios generales, se recuerda que este Patrimonio *no será objeto de explotación comercial*<sup>280</sup>.

La cuestión del valor material de los bienes culturales se relaciona con la especial naturaleza colectiva y social del bien jurídico protegido en los delitos sobre el Patrimonio Histórico, que enlaza con todo el discurso constitucional de los bienes culturales y su verdadera función como instrumento imprescindible

---

<sup>278</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz; “La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico ... ob. cit., pág. 653.

<sup>279</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina; “Delitos contra el patrimonio histórico: Artículo 323 del Código Penal” en Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2ª edición, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (director) y GORRIZ ROYO, Elena y MATELLÍN EVANGELIO, Ángela (coordinadoras), Tirran lo Blanch, reformas, pág.1.004.

<sup>280</sup> Como Anexo a la Convención de París de 2001, se contienen una serie de *Normas relativas a las actividades dirigidas al Patrimonio Cultural Subacuático*. La Norma Segunda, entre los Principios Generales, señala que *La explotación comercial de patrimonio cultural subacuático que tenga por fin la realización de transacciones, la especulación o su dispersión irremediable es absolutamente incompatible con una protección y gestión correctas de ese patrimonio. El patrimonio cultural subacuático no deberá ser objeto de transacciones ni de operaciones de venta, compra o trueque como bien comercial*. Seguidamente aclara la norma citada que no puede interpretarse que prohíba la prestación de servicios arqueológicos profesionales autorizados o el depósito de bienes integrantes del Patrimonio Histórico en el marco de un proyecto de investigación.

para señalar los perfiles de la relación del ciudadano con su entorno. Los bienes culturales están revestidos de una importante función social. Su vigencia y disfrute no comporta una simple dimensión individual de signo economicista, importa a toda la ciudadanía en su conjunto y forma parte del elenco de sus derechos básicos en el desarrollo de la vida cotidiana y en su correcta relación con el entorno. Los bienes culturales deben protegerse, por tanto, conforme a una lectura constitucional que les permita desarrollar un importante papel como elemento de cohesión social<sup>281</sup>. Dicho en otros términos, “el Patrimonio Histórico debe ser protegido *per se*, desvinculándolo del lastre que ha supuesto su tradicional ubicación entre los delitos patrimoniales”<sup>282</sup>. Pero todo el discurso social del Patrimonio Histórico, por especial que resulte, no impide que pueda ser materialmente valorado.

En este sentido, ya he tenido oportunidad de señalar en alguna ocasión que algún concepto extraído del conservacionismo cultural como el de bienes o espacios *Patrimonio de la Humanidad* se configura como una especie de tajante negación de la propiedad, como una nueva *anti propiedad* de acusada carga social y simbólica porque no puede concebirse nada más lejos de la propiedad privada y de lo particular que aquello que pertenece a toda la humanidad en su conjunto.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la decisión del legislador español de mantener un criterio puramente *dinerario* para establecer los límites de la responsabilidad penal debe ser matizada. Hemos de reconocer, como ahora hace el artículo 323 del Código Penal, la necesidad de incrementar la sanción en determinadas situaciones de una especial gravedad. Pero además debemos llevar a cabo una interpretación correcta del precepto que comporta que en la valoración de los daños producidos a bienes culturales, más que a su *precio* o a su valor material de mercado, tengamos que atender, sin necesidad de negar en sus justos términos la magnitud anterior, tanto su valor puramente físico o material como su valor inmaterial o social, añadiendo todos los gastos de documentación, estudio, restauración, reconstrucción o reparación, sin descartar incluso la reparación moral, que resulten necesarios para restaurar los bienes

---

<sup>281</sup> Se ha puesto de manifiesto como exponente de esta virtud de cohesión social, la necesidad de implantación de un nuevo *principio de incompatibilidad territorial* entre las nuevas apuestas urbanas, tantas veces polémicas, con los espacios históricos protegidos. *Construir encima de las ruinas, cuando son valiosas, es igual que extender un invisible manto de desprecio sobre nuestro propio pasado. Lo importante es desarrollar y ampliar la ciudad en el espacio reconstruyendo lo prescindible y creando nuevas ágoras que equilibren las desigualdades socioeconómicas sin acumular torpe y atropelladamente intervenciones urbanísticas muchas veces incompatibles con la protección de un entorno monumental.* Las frases anteriores aparecen en el texto de GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>º</sup>; *Sobre la libertad de los monumentos*, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, publicación corporativa, Granada, 2011.

<sup>282</sup> RENART GARCÍA, Felipe; *El delito ...*; ob. cit., pág. 289.

culturales que han sido agredidos, conforme a los criterios que han sido expuestos de forma reiterada en la normativa conservacionista vigente, especialmente en el ámbito internacional<sup>283</sup>.

Un sector de la doctrina ha estimado que no es aconsejable acudir a este criterio cuantitativo y que debe atenderse *únicamente el valor cultural del objeto*, a su *valor de civilización* aún cuando se reconoce que el criterio cuantitativo es el único viable y el que permitía diferenciar con claridad, antes de la reforma del Código Penal operada en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, la conducta delictiva de la simple falta<sup>284</sup>. La solución que permita conciliar ambas posturas, cuando menos en lo que a yacimientos arqueológicos se refiere, puede ser la de estimar que la evaluación del daño no debe estar referida exclusivamente a la valoración económica de las piezas concretamente destruidas sino que debe extenderse a otros valores presentes en el yacimiento como el menoscabo producido en la metodología arqueológica desarrollada o el esfuerzo que deba realizarse por los expertos para *reconstruir*, siempre que sea posible, las condiciones previas del yacimiento<sup>285</sup>. Con la utilización de tales criterios, es muy difícil encontrar situaciones de expolio que no alcancen la cantidad reseñada como límite de la conducta dañosa con relevancia delictiva. Es importante recordar el criterio asumido desde 2011 por la *Red de Fiscales especialistas en Medio Ambiente* que incide en el costo de la llamada *intervención arqueológica* a la hora de señalar un criterio de valoración de los daños producidos, opinión que recoge, junto a diversas consideraciones de interés, ROMA VALDÉS<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> Sobre el particular, sienta las bases para este tipo de intervenciones, siguiendo las Recomendaciones de la *Carta de Venecia* de 1964, la llamada *Carta de Cracovia* que fue redactada en el año 2000 tras la celebración de la Conferencia Internacional de Cracovia sobre Conservación y contiene los Principios para la Conservación y Restauración del Patrimonio Construido.

<sup>284</sup> GUIASOLA LERMA, *Delitos ...*, ob. cit., pág. 619.

<sup>285</sup> ROMA VALDÉS, Antonio; “La valoración de los daños arqueológicos y la justicia cautelar en el proceso penal” publicado por Revista PH del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, número 82, Sevilla, 2012, páginas 71 a 74.

<sup>286</sup> ROMA VALDÉS, Antonio; *La valoración de los daños ...*, ob. cit., quien señala textualmente lo siguiente: “Los sistemas de valoración que se han apuntado tienen en común un factor. Todos acuden al valor de la intervención arqueológica como elemento fundamental para apreciar el importe de los desperfectos producidos en un yacimiento, pues es precisamente la intervención la única forma de averiguar la medida de la información arqueológica perdida. En palabras de (Luis) Grau Lobo [...] son los gastos que no se tenían que haber producido de no haberse ocasionado la actuación dañina. Ésta es la opinión [...] de las conclusiones de fiscales especialistas en medio ambiente y urbanismo de España reunidos en Madrid en 2011 y del que suscribe. Dentro de este conjunto existe una importante coincidencia, con ligeras variaciones, en torno a qué gastos comprende la intervención arqueológica, a saber:

- Los gastos personales y materiales que implica la remoción de tierras, gastos que deben incrementarse en el traslado de al menos una porción de la misma a un vertedero autorizado.
- Los gastos derivados del levantamiento topográfico.
- Los gastos del personal técnico encargado de la actividad arqueológica a realizar no sólo en la excavación sino también en la conservación del material o en la elaboración de la memoria, dentro de los estándares del rigor científico y del respeto a la normativa aplicable (desde la urbanística a la de seguridad en el trabajo), a determinar en función del tiempo empleado en estas actividades” (página 72).

Puede que la cuestión esencial, sin embargo, que debe plantearse en materia de valoración de cualesquiera daños al Patrimonio Histórico sea la que alude a la posible inclusión en el texto jurídico penal de un nuevo concepto de *valor incalculable*<sup>287</sup>. La determinación de un valor material en un bien u objeto con trascendencia histórica, aún reconociendo la existencia de un mercado lícito o ilícito de bienes culturales casi ilimitado, es obvio que no permite una protección adecuada sea cual sea la cifra finalmente obtenida: Un testimonio material que está dotado de la capacidad de poseer un *valor de civilización* no puede ser reconducido a la mera anotación contable de su posible reparación o de su valor en un mercado salvajemente especulativo porque contiene valores inmateriales o incluso espirituales de tal magnitud que reclaman una mayor sensibilidad para la interpretación de la cultura desde el derecho.

Tenemos que reconocer, en primer término, que es imposible, sirva como ejemplo, valorar algunas manifestaciones culturales de indudable valor como las manifestaciones de arte rupestre. Tan imposible como lo es valorar adecuadamente el saqueo de piezas de un museo arqueológico aprovechando la confusión de un conflicto armado y que nunca podrán ser restituidas a su integridad científica original. En tales casos, la norma penal debe crear un nuevo concepto jurídico, indeterminado pero también imprescindible, acudiendo a la pericia que se estime necesaria y que permita inferir que nos encontramos ante valores quebrantados por el agresor de un valor incalculable o, quizá más propiamente, de un valor irreparable. En realidad, no existe tanta distancia con otros conceptos integrados con toda normalidad en la norma penal como ocurre con los conceptos de *notoria importancia* o de causar un *grave daño a la causa pública* que aparecen en otras tipologías penales de igual o de menor gravedad. 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. Naturalmente esta solución legal sería totalmente compatible con la determinación de la responsabilidad civil que corresponda.

En segundo término, la acreditación de esta forma de valor, incalculable o irreparable, puede permitir una diferenciación básica a la hora de preservar el Patrimonio Histórico, estableciendo un régimen de sanciones que sea

---

En el mismo sentido, Ignacio Rodríguez Temiño en distintos pasajes de su obra *Indiana Jones sin futuro. La lucha contra el expolio del Patrimonio Arqueológico*. JAS Arqueología, Madrid, 2012.

<sup>287</sup> GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; entre otros trabajos, “La protección penal del Patrimonio Arqueológico” en *Protección Jurídica del Patrimonio Cultural*; RODRÍGUEZ LEÓN, Luis Carlos (coordinador); Instituto Andaluz de Administración Pública; Sevilla, 2008; páginas 152 y 153. RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio; “Propuesta de valoración de daños en yacimientos arqueológicos” en *Patrimonio Cultural y Derecho*, número 16, Madrid, 2012, páginas 275 a 293.

proporcionado a la gravedad real de la agresión. Cuando el daño dolosamente producido no puede ser calculado o reparado es lógico reclamar una mayor dureza sancionadora que cumpla con los fines de prevención general de la norma. Este sería el criterio que habría adoptado el artículo 323.2 del Código Penal tras la reforma operada en 2015, cuando menos parcialmente, al sostener la agravación de la pena cuando los daños sean *de una especial gravedad* o recaigan sobre bienes cuyo *valor resulta especialmente relevante*.

Nada impide, en tercer lugar, que sea justamente la norma administrativa la que vaya cimentando, de una manera más extensa, esta nueva categoría conceptual del *valor incalculable* para que posteriormente pudiera, en el momento oportuno, trasladarse con garantías hasta el texto penal. Nada impide que la inclusión tenga lugar al modo de una *disposición común* o, como ocurre en la actualidad, de manera específica para algunas tipologías.

Al margen del debate anterior, en los últimos años la jurisprudencia provincial ha referido en ocasiones, al perseguir situaciones de expolio arqueológico, la existencia de restos o hallazgos de *valor incalculable* sin que ello haya sido obstáculo para que la propia sentencia condenatoria establezca determinada responsabilidad civil o bien señale una valoración de los bienes acudiendo a diversos criterios materiales<sup>288</sup>. Hablamos en definitiva, de un concepto de valor incalculable que sería siempre compatible con la cantidad establecida para satisfacer las responsabilidades civiles e incluso el valor material de los bienes con base en diferentes criterios y cuando este resulta necesario para establecer la calificación de los hechos conforme a determinada tipología. La idea que se propone, por tanto, lo que abunda es en una vieja aspiración doctrinal para que, en los delitos sobre el Patrimonio Histórico, la conducta del sujeto sea valorada, *acudiendo estrictamente al interés del objeto dañado y no a su estimación económica*<sup>289</sup>.

En relación con el debate anterior, habría que recordar que la declaración formal de los bienes como *Patrimonio de la Humanidad* no sería el único *concepto antagónico* que nos proporciona el estudio jurídico del Patrimonio Histórico: La formal declaración del *valor incalculable* de algunos bienes o

---

<sup>288</sup> 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. La condena tiene lugar por el antiguo delito de hurto agravado y se valora el valor incalculable al margen de la determinación de la responsabilidad civil; señala: “La sola enunciación de las monedas sustraídas por los procesados del Museo Arqueológico Provincial de Palencia : 101 medievales, modernas y contemporáneas , 9 romanas e ibé ricas de bronce , 1.162 llamadas «Tesoro de Palenzuela» y dos denarios ibéricos de la Ceca de Clunia de incalculable valor, calificadas por la Sala de instancia como de carácter histórico, de importancia para el estudio de una época de la villa de Palenzuela, a más de valor artístico, hace que siendo cierta esta apreciación del valor artístico e histórico de las monedas sustraídas por ser notorio dada su descripción ... “

<sup>289</sup> RENART GARCIA, Felipe; *El delito ...*, ob. cit., pág. 421.

lugares es la consumación de un nuevo concepto antagónico de la propiedad porque tampoco existe nada más alejado de la propiedad privada, que aquello que no es susceptible de valoración alguna desde una perspectiva material, con independencia del importe de la reposición de los bienes jurídicos que resultan atacados con la infracción.

## **12. La restauración o reparación de los bienes dañados**

Como hemos visto, la posibilidad de ordenar la restauración con cargo al autor de los hechos y de forma motivada en la sentencia condenatoria está permitida para el caso del derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos (artículo 321.2) o para los daños dolosos al Patrimonio Histórico Español (artículo 323.2). También hemos señalado, que no parece lógico que esta posibilidad quede postergada para los daños imprudentes 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. Estas posibilidades, en cualquier caso, pueden resultar contraproducentes y costosas, cuando menos en materia arqueológica, por cuanto comportará que deban realizarse amplias labores de control y pueden alcanzar una dudosa eficacia. En realidad, la producción de graves daños arqueológicos suele estar vinculada a los intereses especulativos propios de la construcción y a veces, por duro que resulte afirmarlo, de las grandes obras públicas promovidas por la Administración. No se aprecia -como regla general- en este tipo de agresores ninguna intención de apropiación sino el deseo de evitar, a través de la inmediata destrucción de los vestigios arqueológicos que hayan sido descubiertos, el perjuicio económico que comporta la probable paralización de las obras durante meses o la adopción de medidas alternativas que protejan los posibles hallazgos.

De otra parte, cuando hablamos de restauración de bienes culturales y en especial de bienes arqueológicos, no podemos olvidar la facultad de ordenar medidas cautelares para la *protección de los bienes afectados* y las situaciones de reparación voluntaria que contemplan, respectivamente, los artículos 339<sup>290</sup> y 340 del Código Penal como disposiciones comunes a todos los capítulos vinculados con la delincuencia ambiental. No cabe duda de que estas medidas de reparación deben contar con una serie de presupuestos procesales para que puedan operar con suficiente eficacia que podemos comentar brevemente.

---

<sup>290</sup> SOUTO GARCÍA, Eva María; califica esta disposición como una *clausula específica de contenido reparatorio*; en *Ordenación del territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y la legislación especial*; FARALDO CABANA, Patricia (directora) y PUENTE ABA, Luz María (coordinadora), Editorial Tirant lo Blanc, Tratados, Valencia 2011, página 464.

En primer término el Código Penal utiliza en los artículos 321, 323 y 339 el término *restaurar* y, en el primero de los casos lo hace como sinónimo de reconstrucción. Por el contrario, el artículo 340 utiliza el término *reparar*. Ello nos permite considerar que en los supuestos de reconstrucción o restauración será necesario volver a poner en el estado en el que se encontraba el bien o yacimiento dañado, en tanto que la idea de reparación resulta mucho más amplia y podría englobar, conforme a su sentido puramente gramatical, no solo el arreglo de algo *que está roto o estropeado*, sino acciones destinadas a enmendar o corregir la conducta realizada, remediar el resultado dañoso producido o hasta *desagraviar o satisfacer al ofendido*<sup>291</sup> conductas las anteriores que, por su amplitud, podrían extenderse a todos los delitos sobre el Patrimonio Histórico del Capítulo II, incluida la prevaricación especial<sup>292</sup> o a las situaciones de causación de daños por imprudencia grave.

En segundo término, los destinatarios del artículo 339 son los Jueces de Instrucción o cualquier órgano jurisdiccional encargado de dictar o ejecutar una sentencia penal<sup>293</sup>. En tales casos, las decisiones deberán motivarse de manera suficiente y relacionarse adecuadamente con la descripción de los hechos y de los bienes afectados, valorando su necesidad desde una perspectiva técnica, así como la garantía de formulas de restauración que sean elegidas y estén destinadas a la conservación de los bienes de cara al futuro.

Por último, salvo en circunstancias verdaderamente excepcionales, la adopción de cualquier medida, cautelar o no, para la restauración o reparación de yacimientos o bienes arqueológicos previamente dañados, debe producirse conforme a una actuación siempre coordinada y previamente valorada por los

---

<sup>291</sup> Diccionario de la Real Academia Española, XXIIª edición.

<sup>292</sup> Expresamente, para la prevaricación especial lo admite PUENTE ABA, Luz María; en *Ordenación del territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y la legislación especial*; dirección de Patricia Faraldo Cabana y coordinación de la primera, Editorial Tirant lo Blanc, Tratados, Valencia 2011, página 470.

<sup>293</sup> ROMA VALDÉS, Antonio; “La valoración de los daños ...”, ob. cit., quien señala textualmente lo siguiente: “Por otro lado, los destinatarios de la aplicación del artículo 339 son tanto los jueces de instrucción como los órganos jurisdiccionales encargados de dictar y ejecutar las sentencias, lo que se deduce de dos aspectos, el primero que su imposición es independiente y separada de las indemnizaciones derivadas del delito; el segundo, que quienes deben acordar las medidas son los autores del hecho, debiendo subrayarse que el concepto de autor sólo puede deducirse en la sentencia, practicada toda prueba, aunque pueda preverse o anticiparse al momento de instrucción. Pese a este planteamiento, son tres las lecturas que ha merecido el precepto:

- Se trata de una medida procesal a aplicar únicamente durante la instrucción judicial.
- Es una medida cautelar equiparada a la responsabilidad civil a imponer en sentencia, pudiendo citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de junio de 2003, que empleó este precepto no en la fase de instrucción sino en la sentencia.
- Es una medida cautelar de carácter análogo a la reposición de la legalidad administrativa quebrantada, a imponer en la sentencia, toda vez que la *cautelaridad* no se predica del bien dañado, sino del bien jurídico protegido por el Código Penal, en nuestro caso, del patrimonio cultural. Es el criterio de la Audiencia Provincial de A Coruña de 30 de abril de 2004” (página 74).

organismos públicos habitualmente encargados de su conservación, control y de su custodia, haciéndose constar con suficiente extensión en la motivación de la resolución que la acuerde. La búsqueda de organismos *alternativos* para el desarrollo de estas tareas en la resolución judicial, puede incrementar los gastos del proceso y tendría que estar suficientemente justificada, estableciéndose detalladamente en la sentencia o en la resolución que se adopte los motivos que conducen a esa elección.



## Capítulo Cuarto

### LA PROTECCIÓN PENAL *INDIRECTA* DE LOS BIENES CULTURALES

Cuando menos resulta paradójico que nuestro Código Penal haya mantenido una sistemática diferenciada entre los delitos sobre el Patrimonio Histórico como nueva categoría de protección y otras tipologías dispersas en su articulado que producen lo que ha venido llamándose una tutela penal *indirecta* de los bienes culturales. Esta vieja fórmula, además, proviene del Código Penal de 1973 y no permite una conciliación fácil con la inclusión de estas nuevas tipologías que acabamos de analizar y que serían directa consecuencia del mandato contenido en el artículo 46 de la Constitución Española de 1978 y de la instauración de un nuevo modelo social que vincula, como ya hemos señalado, los bienes culturales con el ejercicio de diversos derechos fundamentales.

### 1. El Código Penal y la protección dispersa de los bienes culturales

A la hora de valorar la pervivencia de tipos penales dispersos en el Código Penal, la doctrina ha puesto de manifiesto 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*<sup>294</sup>. 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. En segundo lugar, la situación permite considerar como errónea la posición del legislador orgánico que podría haber buscado otra solución más coherente con una técnica legislativa más depurada agrupando, con mejor criterio sistemático, todas las tipologías afectadas en un solo capítulo. Lo cierto es que 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 la llamada *Constitución Cultural*.

Aún siendo conscientes de todo lo anterior, no creo que pueda establecerse una diferenciación<sup>295</sup> -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 a los

---

<sup>294</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., pág. 179.

<sup>295</sup> ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel; *Evolución ...*, ob. cit., pág. 635, Tomo 2; cuando crítica la tutela indirecta antes de la promulgación del Código Penal de 1995.

bienes culturales para que sean disfrutados por todos los ciudadanos como una parte sustancial de su riqueza colectiva y espiritual<sup>296</sup>. Nos encontramos simplemente ante un defecto técnico de importancia que debería contar con una mayor atención del legislador para ser corregido y para que podemos superar en la aplicación cotidiana de la ley penal con una correcta lectura constitucional de los bienes culturales.

El legislador español de 1995 habría optado, en definitiva y en una muy discutible decisión, por un *sistema mixto difícilmente justificable*<sup>297</sup>, quizá por la conocida precipitación que tuvo lugar en la tramitación parlamentaria del Código Penal y una vez abandonada la idea de llevar a cabo la tutela penal de los bienes culturales a través de una extensa Ley Especial. La decisión de sostener un complejo y disperso sistema penal de protección *complementario* en el que se mantienen, al margen de las tipologías *específicas* que han sido anteriormente reseñadas, 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; es ciertamente una decisión compleja pero no debe impedir, sin embargo, una eficaz protección de la función cultural del Patrimonio Histórico.

Entre los autores es muy habitual recordar la expresión de PÉREZ ALONSO<sup>298</sup> cuando nos comentaba, hace años, que tiene lugar con esta decisión legislativa un verdadero *fraude de etiquetas* porque el número de tipologías defensoras del Patrimonio Histórico es más numerosa cuando aparece desperdigada a lo largo del articulado del Código Penal que dentro del Capítulo específico integrado en el Título XVI de su Libro II. No le falta razón si recordamos la simple enumeración de las tipologías penales existentes sobre la materia fuera del Capítulo y que sería, en una primera enumeración y tras la reforma operada en el Código Penal en virtud de la reciente Ley Orgánica 1/2015, la siguiente:

- 1) Delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo por llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en *lugares que tengan legal o administrativamente reconocidos su valor artístico, histórico o cultural* que se encuentra previsto en el artículo 319.1 del Código Penal. Este sistema legal de protección se completaría con el artículo 320 que castiga a las autoridades o funcionarios públicos a través de una forma de

---

<sup>296</sup> RENART GARCÍA, Felipe; *El delito ...*; ob. cit., pág. 177.

<sup>297</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., pág. 295.

<sup>298</sup> 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.

prevaricación especial, en términos análogos a los establecidos en el artículo 322 del Código Penal con respecto al derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos.

- 2) Delito agravado de hurto *de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico* que aparece contemplado en el artículo 235.1 del Código Penal en cuya virtud se extiende la pena de prisión desde uno hasta tres años.
- 3) Delito agravado de robo con fuerza en las cosas del artículo 201.2 del Código Penal que exige que concurren cualesquiera de las circunstancias descritas en el artículo 235, previamente citado, lo que tendría lugar cuando se sustraigan *cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico* para establecer en estos casos una pena de dos a cinco años de prisión, penalidad superior a la señalada para el delito de robo con violencia o intimidación en las personas. Además, si tiene lugar el robo en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias la pena, conforme al subtipo agravado del artículo 241.4, será de dos a seis años de prisión.
- 4) Delito agravado de estafa, más severamente castigado que el tipo básico al señalarse una pena de prisión de uno a seis años y una multa de seis a doce meses cuando la estafa *recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico* todo ello conforme a lo señalado en el artículo 250.3º del Código Penal.
- 5) Delito agravado de apropiación indebida o *hurto de hallazgo* del artículo 254 apartado primero del antiguo Código Penal, que castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años al que se apropiare de una cosa mueble ajena si se trata de *cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*. Conforme al apartado segundo del precepto, *si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses*.
- 6) Delito de *sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural* que aparece contemplado en el artículo 289 del Código Penal cuando castiga con pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses, *al que por cualquier medio destruyera, inutilizara o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad*. El precepto debe ponerse en relación con las disposiciones contenidas en la Ley 16/85 del Patrimonio Histórico Español sobre el disfrute de los bienes culturales.
- 7) Ha sido derogado el antiguo delito agravado de malversación de caudales públicos que imponía una penalidad agravada si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico conforme a lo dispuesto

en el antiguo artículo 432.2 del Código Penal. En la actualidad y tras la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, esta protección les vendría determinada, de una parte, como una forma genérica de malversación del nuevo artículo 432.1 que castiga a la autoridad o funcionario público que comete el delito de administración desleal del artículo 252 sobre el *patrimonio público* y, de otra parte y conforme a lo señalado en el artículo 432.2, cuando el delito cometido sobre el *patrimonio público* sea el de apropiación indebida del nuevo artículo 253 del Código Penal. No cabe duda que los bienes culturales que pertenezcan a la administración formarán parte del citado *patrimonio público*. En ambos casos se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

- 8) Delito contra la Comunidad Internacional del artículo 613 que castiga en su apartado a) con penas de prisión de cuatro a seis años a quien, con ocasión de conflicto armado, *realice u ordene realizar ataque o haga objeto de represalia o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto*<sup>299</sup> *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*. Las mismas penas se imponen, en sus apartados b) y c) a quienes usen indebidamente los anteriores bienes culturales o lugares de culto en apoyo de una acción militar y a quien *se apropie a gran escala, robe, saquee o realice actos de vandalismo contra los bienes culturales o lugares de culto* que aparecen referidos en el primer apartado.
- 9) Al margen de las disposiciones del Código Penal, la exportación ilegal de bienes culturales se persigue conforme a lo señalado en el artículo 2.2 apartado a) de la Ley 12/1995, de 12 de diciembre, *de represión del contrabando* que establece que cometen este delito, *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*.

---

<sup>299</sup> Desde una perspectiva histórica, RENART GARCÍA, Felipe; “La protección indirecta del patrimonio cultural español a través de los delitos contra la religión: una interpretación histórica de su fundamento”, publicado en Actualidad Penal, número 40, Madrid, 2002, páginas 1.037 a 1.066.

10) Por último<sup>300</sup>, podríamos aludir a la tipología que establecía el artículo 77 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, en cuya virtud se aprobó el antiguo Código Penal Militar español, cuando castigaba con la pena de dos a ocho años de prisión al militar que destruyere o deteriorare, sin que lo exijan las necesidades de la guerra, el patrimonio documental y bibliográfico, los monumentos arquitectónicos y los conjuntos de interés histórico o ambiental, los bienes muebles de valor histórico, artístico, científico o técnico, los yacimientos en zonas arqueológicas, los bienes de interés etnográfico y los sitios naturales, jardines y parques relevantes por su interés histórico-artístico o antropológico y, en general, todos aquellos que formen parte del patrimonio histórico. El mismo precepto añadía que cualquier acto de pillaje o apropiación de los citados bienes culturales, así como todo acto de vandalismo sobre los mismos y la requisita de los situados en territorio que se encuentre bajo la ocupación militar, será castigado con igual pena. En la actualidad todas estas conductas deben reconducirse a la aplicación de la tipología que corresponda entre los delitos contra la Comunidad Internacional.

La doctrina española, de manera prácticamente unánime, ha venido reiterando las numerosas deficiencias técnicas que este complejo y desorganizado sistema de protección penal plantea, para que puedan ser adecuadamente perseguidos tanto los atentados más graves contra el Patrimonio Histórico Español como el tráfico ilícito de bienes culturales. Quizá lo más lamentable, como también he tenido oportunidad de señalar en anteriores ocasiones y creo que es un sentir generalizado entre los autores, es que estas deficiencias podrían haber sido fácilmente subsanadas con alguna reforma legislativa que muy probablemente no hubiera provocado, por la especial naturaleza de los bienes tutelados, divergencias parlamentarias de importancia. Esta ausencia de corrección tiene lugar, además, en un Código Penal -que por razones claramente oportunistas y no siempre justificadas- se caracteriza por haber sido reformado hasta la saciedad.

La técnica utilizada por el legislador español para la defensa del Patrimonio Histórico en definitiva, es *torpe* y, conforme a todo lo anteriormente señalado, extraordinaria, incoherente y compleja. Podría encontrarse una explicación en el debate suscitado previamente acerca de la posibilidad de persecución de estas infracciones mediante una ley especial pero esta solución solo tiene lugar mediante la protección dispensada por la Ley 12/1995 *de*

---

<sup>300</sup> Cabría recordar en este punto, asimismo, la derogación de la antigua *falta del daños* del artículo 625 del Código Penal a través de la Ley Orgánica 1/2015, que establecía una penalidad agravada en el caso de los daños se produjeran sobre bienes culturales.

*represión del contrabando*. Se ha optado por mantener, en definitiva, una fórmula muy limitada y algo confusa de *tutela* directa, consagrada en los delitos específicos que se integran en el Capítulo II del Título XVI del Libro II del Código Penal, que coexiste con esta otra fórmula de *tutela indirecta* a través de las agravaciones o tipologías que, de forma completamente asistemática, aparecen diseminadas a lo largo de su articulado y que han sido sucintamente referidas. No obstante, a pesar del negativo juicio crítico que, en términos generales, merece la regulación penal española, también es preciso y justo reconocer que se ha considerado muy positivo y un verdadero *punto de inflexión* que, cuando menos, el legislador español haya optado por establecer una categoría diferenciada de protección en el texto penal que comienza a dar, aunque con exasperante lentitud, algunos frutos.

## **2. Ordenación del territorio y urbanismo**

La proximidad entre la ordenación territorial y el urbanismo con el Patrimonio Histórico, no solo tiene lugar en el Código Penal. El *origen constitucional*<sup>301</sup> de ambos bienes jurídicos se encuentra en artículos correlativos, el 46 y el 47 de la Constitución Española, como principios inspiradores de nuestra vida social y económica. No cabe duda de que esta vinculación participa del hecho de que ambas categorías se relacionen con la protección del entorno, que puede resultar un instrumento decisivo en la protección y tutela de los bienes culturales inmuebles, especialmente de los frágiles yacimientos arqueológicos.

En el artículo 319 del Código Penal, en el Título correspondiente a la delincuencia medioambiental y dentro del Capítulo referido a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, se establece la pena de prisión de seis meses a cuatro años, una multa de doce a veinticuatro meses, *salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio* y además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años a los *promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en [...] 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*. El apartado tercero del precepto señala, además, que *en cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias,*

---

<sup>301</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., pág. 322.

*oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas.*

Este sistema legal de protección se completaría con el artículo 320 que castiga, como una forma de prevaricación especial, con las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses y con la pena de inhabilitación señalada en el artículo 404 del Código Penal para la prevaricación genérica<sup>302</sup>, a *la autoridad o funcionario público que, por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor* de distintas formulas de planeamiento contrarias a la legislación urbanística o territorial que pudieran incidir, directa o indirectamente, en espacios culturales. Lo cierto es que no se contienen en el precepto expresiones que aludan concretamente a la función cultural o al paisaje como una de sus manifestaciones, pero no parece que exista obstáculo para que tengan lugar determinadas situaciones que supongan una agresión a los bienes culturales y que permitan su persecución mediante esta tipología. Se trataría de un delito consumado con la mera aprobación de los instrumentos de planeamiento, con independencia de que tuviera lugar o no su desarrollo y la producción efectiva del resultado lesivo. La protección gira en torno a la idea de *lugar* o del espacio abierto que puede ser ocupado, un espacio físico más difuso que contrasta con los *edificios singularmente protegidos* que son objetos de tutela través de la forma del prevaricación especial del artículo 322 del Código Penal.

Esta fórmula de protección urbanística puede incidir sobre relevantes hallazgos arqueológicos que sean descubiertos en las grandes ciudades históricas o en zonas urbanas densamente pobladas. Debe relacionarse con distintas disposiciones de la LPHE o de la legislación autonómica que intentan desplegar una protección suficiente de los bienes arqueológicos como ocurre, a título de ejemplo, con las servidumbres de protección arqueológica contempladas en la Ley 14/2007 de Patrimonio Histórico de Andalucía.

A diferencia de otros tipos penales que protegen directa o indirectamente el Patrimonio Histórico, esta norma parte de la existencia de un previo acto legal o administrativo que declare formalmente el valor artístico, histórico o cultural del lugar afectado. Esta situación ha llevado a parte de la doctrina ha considerar que, en mi opinión de manera muy discutible, *no se está protegiendo la historicidad del terreno, sino el acto administrativo que la declara*<sup>303</sup>. En

---

<sup>302</sup> Conforme a la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, la pena será de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.

<sup>303</sup> ROMA VALDÉS, Antonio; *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*; Editorial Comadres, Granada, 2008, ob. cit., pág. 79.



cualquier caso, la calificación legal o administrativa del suelo será la que permita que pueda desplegarse la protección penal de ese entorno de protección. En todo caso, nos encontraríamos ante un concepto jurídico indeterminado, este de los *suelos de valor cultural que genera inseguridad jurídica en tanto es complejo delimitar cuando un suelo goza de esa categoría y cuando, en cambio, la protección cultural que ostente no sea suficiente para incluir la acción del que construye dentro del tipo penal*<sup>304</sup>.

No cabe duda que la catalogación de *Bien de Interés Cultural*, conforme a lo establecido en el artículo 9 y siguientes de la LPHE, comprenderá el concepto de suelo de valor cultural al contar con la máxima protección que dispensa nuestro ordenamiento jurídico. No parece tampoco que exista duda respecto de las categorías de protección con un significado análogo que se establezcan por las legislaciones culturales de las Comunidades Autónomas, como ocurre con las servidumbres arqueológicas que contempla el artículo 48 de la Ley 14/2007, del Patrimonio Histórico de Andalucía. No obstante, cuando nos encontramos ante catalogaciones de una menor trascendencia o entidad, la protección del artículo 319.1 exigiría una precisa individualización del inmueble o del espacio protegido para comprobar si coincide con el espacio dañado y para que opere, de esta forma, la protección y tutela del derecho penal con suficientes garantías.

Al margen de las situaciones anteriores, en todo caso, habría que recordar las declaraciones de bienes de interés cultural que tienen lugar por disposición legal, como ocurre con las *cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre* conforme a lo establecido en el artículo 40.2 de la LPHE; además de los llamados *sitios históricos* que aparecen definidos en la misma norma como *el 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* y, por último, las llamadas *zonas arqueológicas* entendidas 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* (artículo 15.4 y 15.5 de la LPHE). Parece discutible que tales bienes inmuebles, aunque formen parte integrante del Patrimonio Histórico Español, solo podrían considerarse *suelo de valor cultural* en el caso de que sean declarados *Bienes de Interés Cultural* o se encuentre iniciado el expediente administrativo para ello.

El problema parte de la delimitación de tres categorías diferentes de

---

<sup>304</sup> NUÑEZ SÁNCHEZ, Ángel; “El expolio de ... ob. cit., pág. 198.

protección conforme a las disposiciones de la LPHE. En primer lugar, los inmuebles declarados Bienes de Interés Cultural; en segundo lugar los bienes muebles *no declarados de interés cultural y que tengan singular relevancia* para ser inscritos en el Inventario General (artículo 26.1 de la LPHE) y, por último y en tercer lugar, una categoría de protección *residual*<sup>305</sup> que vendría integrada por todos aquellos inmuebles, en cualquiera de sus manifestaciones tal y como aparecen descritas en el artículo 15 de la LPHE, que no son declarados de interés cultural pero que son portadores de alguno de los intereses o valores que son propios del Patrimonio Histórico Español. Lo cierto es que cabría pensar que un *sitio histórico* o una *zona arqueológica*, en todo caso, de ser apreciada como tal por la autoridad cultural competente, siempre debería llevar aparejada la declaración formal de su interés cultural, pero la opción contraria parece posible aunque un tanto ilógica, tal y como se deduce del artículo 25 de la LPHE cuando señala que podrá ordenarse *la suspensión de las obras de demolición total o parcial o de cambio de uso de los inmuebles integrantes del patrimonio histórico español no declarados de interés cultural*. Esta situación hace considerar a la doctrina<sup>306</sup> que tales inmuebles no merecerían la consideración de *suelo de valor cultural* para que les fuera de aplicación el artículo 319 del Código Penal.

En mi opinión, esta consideración podría ser matizada, cuando menos en lo que respecta a bienes arqueológicos ocultos ya que la consideración previa de zona arqueológica, aunque no lleve aparejada la declaración formal de interés cultural, requiere o debe requerir una serie de controles y medidas protectoras en el ámbito administrativo o urbanístico que podrían, en su caso, complementar la insuficiente catalogación para convertir la zona afectada en *suelo de valor cultural* que permita la aplicación del artículo 319 del Código Penal. Naturalmente, esta situación tendría que generarse ante la aparición de restos arqueológicos de suficiente entidad histórica que permitieran la aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, al sostener una concepción anti formalista en la delimitación objetiva del Patrimonio Histórico y para la aplicación del dolo de consecuencias necesarias a esta clase de hallazgos en el caso de que resulten dañados .

En relación con la posible aplicación de la anterior tipología y la reposición de la legalidad alterada con la construcción ilegal, hay que recordar que el artículo 9 de la *Convención para la salvaguardia del Patrimonio Arquitectónico de Europa* de 1985, conocida como *Convención de Granada*, establece que cada parte se compromete, en el ámbito del Consejo de Europa y en el marco de los poderes que les son propios, a actuar de forma que las

---

<sup>305</sup> De forma extensa y detallada, RENART GARCÍA, Felipe; *El delito ...*, ob. cit., págs., 43 y siguientes.

<sup>306</sup> ROMA VALDÉS, Antonio; *La aplicación de los delitos ...*, ob. cit., pág. 83.

*infracciones de la legislación de protección del patrimonio arquitectónico sean objeto de medidas apropiadas y suficientes por parte de la autoridad competente. Estas medidas, si el caso lo requiere, pueden comportar para los autores la obligación de demoler un edificio nuevo construido irregularmente o de restituir el estado anterior del bien protegido.* Esta previsión debe extenderse como es lógico al ámbito arqueológico donde, de algún modo, se protege también la arquitectura y la ordenación territorial.

Cuestión controvertida y ampliamente debatida por la doctrina penal, la facultad de demolición ha sido objeto de una nueva regulación que modifica el apartado tercero del artículo 319 del Código Penal y que ha sido introducida por la reciente Ley Orgánica 1/2015, al permitir que sea acordada motivadamente la demolición de la obra ilegal con cargo al autor del hecho para reponer la realidad física alterada, sin perjuicio de la indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En la nueva regulación, esta decisión debe hacerse *valorando las circunstancias, y oída la Administración competente*, de manera que tales actividades *condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas*. Se ha indicado que ha tenido una especial influencia en esta reforma *la realidad social característica de nuestro país en un contexto de crisis económica*<sup>307</sup>. En términos generales, la aplicación de esta medida contará con los requisitos siguientes:

- La acreditación y análisis de las circunstancias que concurran en cada caso concreto y aconsejen la adopción de la medida, en especial la situación personal y económica de los terceros de buena fe afectados por la construcción ilegal y su número, así como la falta de otras soluciones alternativas. Esta condición se obtendrá cuando pueda demostrarse que no tuvieron conocimiento de la ilicitud.
- La consulta a la *Administración competente* por el Juez o Tribunal, teniendo en cuenta criterios como la posible legalización de la construcción ilegal. Naturalmente, habrá que entender que corresponde consultar a la Administración urbanística pero en el caso de verse afectados bienes culturales y, en especial, bienes arqueológicos, deberá consultarse a la Administración cultural que deberá informar sobre la posible recuperación de los yacimientos que se hayan visto afectados.

---

<sup>307</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena; “Delitos sobre la ordenación del territorio: El condicionamiento temporal de la demolición a la constitución de garantías”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (director), GÓRRIZ ROYO, Elena y MALLÍN EVAGENCIO, Ángela (coordinadoras), Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2015, pág. 995.

- Se trataría de una medida temporal y de carácter excepcional o restrictivo<sup>308</sup> que deberá establecer el plazo máximo de suspensión y estar suficientemente motivada. La medida debe encontrar una justificación suficiente que quede expuesta en la resolución.
- El tribunal deberá mantener un criterio amplio a la hora de admitir como garantías cualquiera que resulte válida en nuestro ordenamiento jurídico (a título de ejemplo, depósito, fianza, aval bancario, prenda o hipoteca), debiendo valorar que la garantía ofrecida resulta suficiente para asegurar el pago de las indemnizaciones.

Concebida como una medida de política criminal de carácter provisional que no extiende la tutela sobre la ordenación territorial sino que la limita, no parece que deba aplicarse, salvo en situaciones excepcionales, cuando se hayan visto afectados suelos de valor cultural porque la actividad delictiva se extendería, al margen de los terceros de buena fe que puedan verse afectados, a intereses generales vinculados con la función social de los bienes culturales.

Para completar este breve análisis, debemos aludir una vez más a la normativa internacional ya que fue la primera que vislumbró en los últimos años la necesidad de establecer alguna forma de protección singular para los bienes arqueológicos en su difícil conjugación con la ordenación territorial, el creciente desarrollo de las comunicaciones y el aprovechamiento de los recursos naturales. Ya hemos citado en varias ocasiones la Convención de Londres de 1969 y su actualización a través de la Convención de Malta suscrita en La Valeta en 1992 *para la protección del Patrimonio Arqueológico*, pero habría que recordar igualmente las distintas *Recomendaciones* realizadas por la UNESCO que, si bien no tienen capacidad normativa, establecen principios generales y criterios de actuación administrativa para la protección de bienes o vestigios arqueológicos y que deben servir como elemento interpretativo de primer nivel en la aplicación de la ley penal<sup>309</sup>.

No podemos olvidar, de otra parte, la *Carta Internacional para la Gestión del Patrimonio Arqueológico*, preparada por el Comité Internacional para la

---

<sup>308</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José; “La demolición de obra en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”. En *Sistema de Derecho Penal Español, Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coordinador); Editorial Dikynson, Madrid, 2011, página 739. Siguiendo el criterio de GÓRRIZ ROYO, Elena; “Delitos sobre la ordenación ...”, ob. cit., pág. 998.

<sup>309</sup> NÚÑEZ SÁNCHEZ, Ángel; señala que *la Recomendación que define los Principios Internacionales que deberían Aplicarse a las excavaciones arqueológicas, adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su novena reunión, celebrada en Nueva Delhi del 5 de noviembre al 5 de diciembre de 1956, constituye un hito en cuanto a la consideración de una dimensión común a la Humanidad del Patrimonio Arqueológico [...] concepto que por primera vez aparece, así como la idea de que su protección se inspire en ciertos principios comunes*; en “El expolio ...” ob. cit., página 190.

Gestión del Patrimonio Arqueológico (ICAHM) y adoptada por la Asamblea General del ICOMOS en Lausana en 1990, que tiene el carácter de recomendación y parte de la *idea de que la protección de este patrimonio no puede basarse únicamente en la aplicación de técnicas arqueológicas, sino que exige un fundamento más amplio de competencias y conocimientos profesionales y científicos*. Como señala NUÑEZ SÁNCHEZ, al comentar el documento anterior *la protección del patrimonio arqueológico debe basarse entonces en una colaboración efectiva entre especialistas de múltiples y diversas disciplinas y la cooperación de las instancias de la Administración, de investigadores, de empresas privadas y del gran público*<sup>310</sup>. De gran interés resulta, por último, la extensa definición de Patrimonio Arqueológico que señala su artículo 1 como *aquella parte de nuestro patrimonio material para la cual los métodos de la arqueología nos proporcionan la información básica, [...] engloba todas las huellas de la existencia del hombre y se refiere a los lugares donde se ha practicado cualquier tipo de actividad humana, a las estructuras y los vestigios abandonados de cualquier índole, tanto en la superficie, como enterrados, o bajo las aguas, así como al material relacionado con los mismos*.

### **3. Tipologías agravadas de hurto y robo**

El delito agravado de hurto *de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico* aparece contemplado en el artículo 235.1 del Código Penal en cuya virtud se extiende la pena de prisión desde uno hasta los tres años. La peculiar amplitud del término *cosas* utilizado por el legislador, bajo su aparente cortedad y quizá involuntariamente, permite una tutela adecuada de los bienes culturales que puedan ser hurtados siempre y cuando la actuación jurisdiccional recuerde su sentido gramatical y la versatilidad de un concepto como el de los bienes culturales siempre cambiante y sometido a intensas tensiones sociales. Recordemos que una *cosa* es, en su primera acepción gramatical, *todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta*<sup>311</sup>. Como puede comprobarse, resulta sorprendente la capacidad de adaptación del término a los contornos del concepto constitucional del Patrimonio Histórico.

En lo que respecta a los delitos de robo, conviene recordar que el Código Penal español no ha querido tipificar, sin que haya concretado nunca el motivo de esta decisión legislativa en alguna de las numerosas reformas operadas en su articulado, una agravación específica cuando el robo violento o intimidatorio se refiere a bienes culturales. Sin embargo y conforme a lo establecido en su artículo 240.2, el robo con fuerza en las cosas que recaiga sobre *cosas de valor*

<sup>310</sup> NUÑEZ SÁNCHEZ, Ángel; “El expolio ...”, ob. cit., página 190.

<sup>311</sup> Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 22ª edición, Madrid, 2001.

*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 artículo 268 del mismo texto legal para determinados familiares<sup>312</sup> 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 impida esta posibilidad, especialmente peligrosa en el caso de bienes arqueológicos.

En este punto, como en tantos otros cuando hablamos de Patrimonio Histórico, el ordenamiento jurídico penal debería conciliar más claramente sus previsiones y finalidades con la regulación administrativa en materia de protección de bienes culturales, la lectura constitucional del concepto y con los postulados de una creciente legislación internacional. La posible aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal a estos supuestos resulta muy desafortunada y solo tendría sentido si concebimos el robo o el hurto de bienes culturales como un delito que protege exclusivamente la propiedad privada. Por el contrario, si le otorgamos a las dos tipologías citadas, aunque sea de forma indirecta, la tutela del Patrimonio Histórico y la defensa de un bien jurídico pluriofensivo que tenga en cuenta la función social que desarrollan los bienes culturales o su contribución a la satisfacción de un interés general, es evidente que no debería tenerse en cuenta, permitiendo el legislador la imposición de la sanción que corresponda. La sustracción a un familiar o bien a una de las personas citadas en el precepto de una pieza arqueológica declarada *Bien de Interés Cultural* sin violencia o intimidación, será impune aunque cabría preguntarse si podríamos aplicar alguna categoría delictiva de carácter *residual*

---

<sup>312</sup> 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*.

ante su posterior introducción en el mercado ilícito como el delito de contrabando o incluso la aplicación, en situaciones muy concretas y extraordinarias, de la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural del artículo 289 del Código Penal.

De otra parte, en el caso de que la sustracción se realice a una persona con discapacidad, será necesario que tenga lugar no solo tal condición de la víctima, debiendo acreditarse una situación de abuso para que deje de utilizarse esta clausula de exoneración conforme a lo establecido, en virtud de la reforma operada por la Ley 1/2015, en el apartado segundo del precepto<sup>313</sup>.

La jurisprudencia provincial, al analizar el objeto material de ambos subtipos agravados, lo configura como un elemento normativo de valoración cultural<sup>314</sup> que corresponde llevar a cabo al órgano jurisdiccional competente en cada caso concreto y conforme a la concepción anti formalista construida por el Tribunal Supremo. En lo que respecta al Patrimonio Arqueológico, este subtipo agravado de hurto ha sido apreciado, por ejemplo, en la sustracción de tres ánforas que formaban parte de un pecio<sup>315</sup>.

#### **4. Tipologías agravadas de estafa y apropiación indebida**

El apartado tercero del artículo 250 del Código Penal, entre las formas agravadas de estafa, castiga con la pena de prisión de uno a seis años de prisión y multa des seis a doce meses, a quienes cometan estafa que *recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico*. Es curiosa la especial referencia gramatical a la necesidad de *integración* de los bienes en el patrimonio histórico que no tiene lugar en las otras fórmulas agravadas de delitos contra la propiedad, al margen de la exigencia de declaración previa exigida en la antigua *malversación de caudales públicos*, así como la utilización del verbo *recaer*. En esta apresurada referencia a nuestro derecho positivo cabría indicar que el sentido que debemos dar a los términos *integren* y *recaiga* debe partir de un análisis conjunto de los mismos.

Conforme a la idea anterior y en primer término, cabría pensar que esta forma de estafa agravada podría limitarse únicamente a los bienes culturales previamente declarados como tales en las distintas modalidades que permite la legislación administrativa. Sin embargo, la doctrina sostiene que a pesar de la literalidad del precepto *no estamos ante un elemento normativo, dependiente de*

---

<sup>313</sup> BENITEZ ORTUZAR, IGNACIO F.; *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, obra colectiva dirigida por MORILLAS CUEVA, Lorenzo; Editorial Dykinson, Madrid, 2015, página 612.

<sup>314</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José; en *Sistema de Derecho Penal Español*, Parte Especial; coordinado por MORILLAS CUEVA, Lorenzo; Editorial Dykinson, Madrid, 2011, página 431.

<sup>315</sup> Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Alicante 118/2008, de 18 de febrero.

que la legislación administrativa le haya reconocido o no esa condición, sino [...] ante un elemento de valoración cultural<sup>316</sup> que deberá ser apreciado en cada caso concreto teniendo en cuenta las características y naturaleza de los bienes muebles o inmuebles afectados.

De otra parte, los bienes culturales falsificados parecerían, en una primera aproximación interpretativa, alejados de este tipo penal pero -en realidad- habría que distinguir si tales bienes falsifican el previamente existente y catalogado o no. En el primero de los casos, la integración del bien y la protección legal de todo su valor quizá permitirían que la estafa agravada pudiera consumarse entendiendo que *lo protegido* e integrado en el Patrimonio Histórico no sólo es su valor material y que la acción delictiva puede *recaer* sobre el valor inmaterial que atesora y que debe ser disfrutado con garantías de autenticidad por la colectividad. Esta fórmula de protección nos aproximaría a la consideración del mercado lícito de antigüedades como uno de los aspectos del bien jurídico tutelado en esta figura delictiva. La jurisprudencia provincial sin embargo viene negando esta posibilidad entendiendo que los cuadros falsificados no integran el Patrimonio Histórico Español<sup>317</sup>.

La complejidad interpretativa del precepto se complica aún más si introducimos la idea del *Patrimonio Oculto* y la de aquellos bienes arqueológicos que, catalogados o no, son objetivamente merecedores de protección por sus valores culturales. La falsificación de tales valores en cualquier objeto pretendidamente *oculto*, quizá podría igualmente determinar la aplicación del tipo penal. Podríamos recordar en este punto una curiosidad histórica como las falsificaciones que tuvieron lugar en la ciudad de Granada a mediados del siglo XVIII cuando el presbítero falsario JUAN DE FLORES en 1754 enterraba piezas arqueológicas realizadas por artesanos que luego simulaba descubrir y a las que otorgaba, como estudioso de antigüedades romanas, un excepcional valor. Una situación similar en nuestros días, al margen de su rareza, quizá podría configurar este subtipo agravado de estafa al provocar la actuación y el control de las instituciones culturales. La cuestión deberemos abordarla con mayor extensión en el capítulo correspondiente a las falsificaciones de bienes culturales.

En lo que respecta a la apropiación indebida, ha sido objeto de una sustancial modificación en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, aunque se ha mantenido, al margen del tipo básico de la apropiación indebida con

---

<sup>316</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José; “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (V). Las defraudaciones. La estafa. En *Sistema...* ob. cit. Coord. Morillas Cueva, pág. 503.

<sup>317</sup> Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid 74/2006, de 22 de febrero. En el mismo sentido, diversas actuaciones desarrolladas por la Fiscalía *Delegada* de Medio Ambiente, Urbanismo y Patrimonio Histórico.



quebrantamiento de depósito, la figura agravada de apropiación indebida próxima al hurto de hallazgo que castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años a quien se apropiare de una cosa mueble ajena si *se tratare de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*. Es llamativa la diferencia en la sanción con respecto al tipo básico; una multa de tres a seis meses o incluso, conforme a lo señalado en el apartado segundo del precepto, una multa de uno a tres meses *si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros*. Es evidente que el objeto material del delito, a pesar de la desafortunada técnica enumerativa que utiliza la norma, se identifica con bienes culturales muebles que se integren o sean objetivamente merecedores de su integración en el Patrimonio Histórico Español.

Se ha puesto de manifiesto que el precepto no puede referirse a las piezas arqueológicas porque el tipo penal del artículo 254.1 del Código Penal exige que la apropiación se refiera a *cosas perdidas o de dueño desconocido* y estas no podrían considerarse como tales<sup>318</sup>. En mi opinión no debe persistir la vieja polémica, ya comentada, acerca de la posible incriminación del apoderamiento de piezas arqueológicas conforme al precepto cuya literalidad, contrariamente a lo que señalaba el antiguo artículo 253, no exige ya ni el ánimo de lucro ni que las cosas apropiadas sean *cosas perdidas o de dueño desconocido*.

Tras la reforma de 2015, el precepto mantiene una redacción más abierta<sup>319</sup> ya que únicamente se refiere a cosas muebles y ajenas. Es evidente que el legislador no puede referirse al supuesto, ciertamente extraño y hasta extravagante, que de un objeto valioso por su valor cultural *se pierda* o se abandone por su propietario o *se encuentre* azarosamente por alguien. Estos supuestos parecen incardinarse de forma más lógica en situaciones que afecten a transportistas, marchantes, galeristas o cualesquiera personas que se apropian de bienes culturales que le hubieren sido confiados y que podrían ser sancionados como *servidores de la posesión* y conforme a lo establecido en el artículo 253 del Código Penal como una forma de apropiación indebida con quebrantamiento del depósito<sup>320</sup>.

Al margen de que puedan ocasionalmente producirse tales supuestos, es evidente que la verdadera finalidad de la tipología contenida en el artículo 254 se refiere, cuando menos de forma mayoritaria, al saqueo o expolio realizado por aficionados, ocasionales o sistemáticos, en suelos o espacios que pueden

---

<sup>318</sup> JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis; *La reforma penal de 2015*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 153.

<sup>319</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Samuel, “Defraudaciones” en *Estudios sobre el Código Penal reformado*, dirección, MORRILLAS CUEVA, Lorenzo; Editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 566.

<sup>320</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; “El tráfico ilegal de obras de arte”, en *Estudios Penales y criminológicos XVI*, Santiago de Compostela, 1993, pág.

contener restos arqueológicos. Esta circunstancia ya fue valorada positivamente por la doctrina en el antiguo artículo 253, vigente con la promulgación del Código Penal de 1995, considerando la mayoría de los autores<sup>321</sup> que se trataba de una tipología que permitía acabar con la impunidad del expolio arqueológico en sus formas más habituales. La única exigencia actual, desaparecida la alusión explícita a las *cosas perdidas o de dueño desconocido*, es que la cosa mueble se considere *ajena* y responder a la pregunta de si la demanialidad *ope legis* que establece el artículo 44 de la LPHE permite otorgarles esa condición de ajenidad por su pertenencia automática al Estado.

Una cosa perdida, nos dice SALINERO ALONSO, sería *el bien mueble que de forma accidental e involuntaria está fuera del alcance de su propietario*<sup>322</sup> y esto ocurre con las piezas arqueológicas que pueden ser apropiadas indebidamente. Es cierto que si el yacimiento está declarado y la pieza se encuentra dentro de su perímetro de protección, tendremos que acudir al hurto agravado del artículo 235.1 del Código Penal<sup>323</sup>; pero si el yacimiento es desconocido y nos encontramos ante un exponente del Patrimonio Arqueológico *oculto*, no creo que exista inconveniente alguno para reclamar la aplicación de la modalidad agravada de apropiación indebida del artículo 254.1 del Código Penal, al tratarse de una cosa mueble y ajena conforme a la idea de dominio público arqueológico que consagra el artículo 44 de la LPHE. De otra parte, apartado segundo del precepto permite la incriminación de estas conductas en el caso de bienes cuyo valor no alcance los 400 euros, permitiendo la persecución de estas actividades en situaciones de escasa relevancia que podrían entrar en una situación de concurso con los daños del artículo 323 o incluso quedar absorbidas por la norma anterior, habida cuenta la alusión explícita que se realiza tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, a las situaciones de expolio.

La figura del apoderamiento de piezas arqueológicas como una especie de *hurto de hallazgo* parece idearse para situaciones en las que el apoderamiento tiene lugar sobre bienes de un escaso o relativo valor, pero no para aquellos supuestos en los que tiene lugar el descubrimiento de un tesoro oculto con relevancia cultural o de piezas de una singular relevancia histórica y es objeto de apropiación por el descubridor o por un tercero. La mayor parte, por no decir todos, de los supuestos con estas características vendrán referidos a descubrimientos arqueológicos. Como pone de manifiesto SALINERO

---

<sup>321</sup> SALINERO ALONSO, Carmen, *La protección ...*. Considera esta autora que no podría aplicarse el antiguo precepto a las cosas voluntariamente abandonadas por su propietario (*res derelictae*); ob. cit., páginas 270 y siguientes

<sup>322</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., pág. 271.

<sup>323</sup> JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis; *La reforma penal de 2015*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 153.

ALONSO, el artículo 44 de la LPHE establece una regulación excepcional que excluye la aplicación del artículo 351 del Código Civil<sup>324</sup>. La autora citada recuerda una consideración evidente como es la adopción, a través del artículo 44 de la LPHE, de un *sistema de adquisición automática de los bienes hallados* de naturaleza arqueológica por el Estado y, sin poner en duda su condición de cosas ajenas, relaciona los artículos anteriormente citados con las fórmulas de apropiación indebida que se contenían en nuestro Código Penal y que aún subsisten, con algunas modificaciones, después de la reforma de 2015, señalando acertadamente las siguientes notas características de la regulación española y posibles soluciones:

- No podemos olvidar, en primer término, que el artículo 44 de la LPHE impone la obligación al descubridor del tesoro oculto de comunicar su hallazgo en el plazo de treinta días o *inmediatamente cuando se trate de hallazgos casuales*. Desde el momento en el que tiene lugar la comunicación del descubrimiento, se aplican al descubridor las normas del depósito legal (artículo 44.1 y 2 de la LPHE).
- El propietario del lugar y el descubridor tienen derecho, en concepto de premio en metálico, a la mitad del valor de los bienes descubiertos conforme a su tasación legal. Es preciso considerar, por tanto, al margen del apoderamiento de las piezas, los derechos de terceros que pueden verse afectados por la apropiación de los bienes por parte del descubridor. El incumplimiento de las obligaciones de los apartados 1 y 2 del artículo 44 provoca la pérdida del premio, *sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar y las sanciones que procedan*.
- Aclaradas las situaciones anteriores, si el apoderamiento del tesoro oculto se produce sin comunicar el descubrimiento a la administración competente, SALINERO ALONSO considera que los hechos podrían ser calificados como un delito agravado de hurto del artículo 235.1 del Código Penal<sup>325</sup>.
- En el caso de que haya tenido lugar la comunicación a las autoridades competentes, siguiendo igualmente el criterio de la autora citada, la sustracción del tesoro oculto se calificaría como un delito de apropiación indebida con quebrantamiento de depósito del actual artículo 253.1 del Código Penal<sup>326</sup>.

---

<sup>324</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., páginas 271 y siguientes.

<sup>325</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*, ob. cit., pág. 276.

<sup>326</sup> Conforme con esta calificación, aunque no con la de hurto, ROMA VALDÉS, Antonio; *La aplicación de los delitos ...*; Editorial Comares, Granada, 2008, ob. cit., pág. 73.

- Personalmente, creo que resulta más acertada la calificación de los hechos como apropiación indebida del artículo 254.1 (no un delito agravado de hurto) en los hallazgos casuales, pero siempre que el apoderamiento tenga lugar antes de la comunicación del descubrimiento y a no ser que el espacio donde el hallazgo se produce, se encuentre protegido y delimitado por la administración competente a través de una declaración formal que declara su potencial valor cultural.

Al margen de la solución anterior, la cuestión no resulta fácil cuando la entidad e importancia de los restos arqueológicos descubiertos requieren un estudio científico sobre su relevancia histórica. Además, el artículo 44 de la LPHE parece referirse exclusivamente al valor material de los bienes muebles y no siempre será fácil decidir como puede crecer o disminuir su valoración por su especial relación con el entorno. En todo caso, la consideración de *tesoro* solo podrá venir determinada conforme a un criterio objetivo de relevancia de los bienes hallados, pero esa relevancia no tiene que ser estrictamente material, con independencia de cual sea la fórmula administrativa que sea empleada para satisfacer el derecho al premio que, en su caso, tendrían descubridor y propietario del lugar del hallazgo.

### **5. Tipologías agravadas de administración desleal o apropiación indebida del patrimonio público**

El antiguo delito agravado de malversación de caudales públicos estaba referido a *las cosas malversadas* que hubieran *sido declaradas de valor histórico o artístico* conforme a lo dispuesto en el artículo 432.2 del Código Penal anterior a la reforma del año 2015. La singularidad del precepto radicaba en la quiebra de la concepción anti formalista del Patrimonio Histórico al exigir en tales casos que los bienes culturales materialmente afectados contaran con un valor cultural *declarado* por la administración competente.

Tras la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, ha desaparecido la tipología que podría reconducirse como una forma genérica de malversación del nuevo artículo 432.1 que castiga a la autoridad o funcionario público que comete el delito de administración desleal del artículo 252 sobre el *patrimonio público* y, de otra parte y conforme a lo señalado en el artículo 432.2 del Código Penal, referido a los supuestos en los que el delito cometido sobre el *patrimonio público* sea el de apropiación indebida del nuevo artículo 253 del Código Penal. No cabe duda que los bienes culturales que pertenezcan a la administración formarán parte del citado *patrimonio público*. En ambos casos se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo

o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

El concepto de patrimonio público se vincula<sup>327</sup> con la definición legal del artículo 3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de *Patrimonio de las administraciones públicas* cuando se refiere al *conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos*. El apartado segundo del precepto no incluye *el dinero, los valores, los créditos, ni los demás recursos financieros de su hacienda ni, en el caso de las entidades públicas empresariales y entidades análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería*.

Esta nueva regulación supone una modificación radical<sup>328</sup> que ha merecido intensas críticas, incluso a nivel institucional<sup>329</sup>, que pueden extenderse, de algún modo, a la pérdida de una forma tutela indirecta de los bienes culturales. La nueva regulación conforma nuevos delitos que, en opinión de JAÉN VALLEJO y PERRINO PÉREZ, permite una protección más eficaz del patrimonio público al castigar no solamente actos de disposición o apoderamiento de bienes sino actuaciones de administración desleal. Se trataría no de un delito de simple apoderamiento, sino de un delito contra el patrimonio desde una perspectiva estática (apropiación) o dinámica (administración desleal)<sup>330</sup> que quedaría consumado con el daño patrimonial, considerando *irrelevante qué bien en particular de los que integran el patrimonio se ha podido ver afectado*<sup>331</sup>. Quizá por esta razón, el legislador hizo desaparecer el subtipo agravado cuando recaían estas conductas sobre bienes culturales.

Conforme a la nueva tipología, es obvio que los bienes culturales y especialmente los bienes arqueológicos sustraídos o apropiados permitiría con toda normalidad la aplicación de artículo 432.2 como forma de malversación al tratarse de patrimonio público. Puede resultar de gran interés, además, la aplicación del otro apartado del precepto en situaciones de administración desleal de monumentos, museos o conjuntos monumentales siempre que atenten contra

---

<sup>327</sup> SAINZ CANTERO CAPARRÓS, José; “La reforma de los delitos contra la administración pública” en *Estudios sobre el Código Penal reformado*, MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dirección); Editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 838.

<sup>328</sup> SAINZ CANTERO CAPARRÓS, José; “La reforma ...”, MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dirección); Editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 840.

<sup>329</sup> Informes del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2023 y del Consejo General del Poder Judicial de 16 de enero de 2013. En el primer caso, sobre la distinta naturaleza de los delitos de administración desleal y apropiación indebida, respecto a la malversación y la tutela del buen funcionamiento de la administración pública, pág. 287.

<sup>330</sup> RAMOS RUBIO, Carlos; “El nuevo delito de administración desleal”, en *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director), Aranzadi, 2015, pág. 530.

<sup>331</sup> JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis;; *La reforma penal ...*, ob. cit., pág. 128.

los valores del Patrimonio Histórico o su gestión económica les resulte objetivamente perjudicial en situaciones que hasta la fecha no tendrían un encaje sencillo en el Código Penal<sup>332</sup>. En el caso de afectar estas conductas a bienes de singular relevancia cabría plantearse la aplicación del subtipo agravado del artículo 432.2 del Código Penal, cuando permite la elevación de la pena desde los cuatro hasta los ocho años de prisión, además de la inhabilitación absoluta de diez a veinte años y se refiere a situaciones que hubieran causado *un grave daño o entorpecimiento al servicio público* o bien cuando el valor del perjuicio causado o de los bienes apropiados o sustraídos excediere de los 50.000 euros. El mismo precepto permite imponer la pena *en su mitad superior pudiéndose llegar hasta la superior en grado* cuando el valor supere los 250.000 euros. Por el contrario, el artículo 433 permite una rebaja sustancial de la pena hasta la prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, además de la inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, *cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros*.

Ciertamente, la nueva regulación permite una persecución muy detallada de estas infracciones que tenga en cuenta la especial significación o relevancia de los bienes culturales afectados *a la hora de individualizar la pena dada su amplia horquilla penológica*<sup>333</sup>; pero debemos valorar negativamente que no se mantenga de manera explícita la agravación y no se tenga en cuenta por el legislador la afectación con estas conductas a los peculiares bienes jurídicos de signo colectivo que se protegen a través de la defensa del Patrimonio Histórico. No cabe duda que las agresiones de una especial gravedad o, por el contrario, aquellas otras que merezcan un castigo más limitado en atención a las circunstancias que concurran, pueden acomodarse a las nuevas previsiones de nuestro Código Penal. Incluso el concepto de *gravedad* del daño que aparece en este caso asociado al *entorpecimiento del servicio público* posibilita que no tengamos que llevar a cabo la calificación de los hechos, en todo caso, conforme un criterio puramente material. No obstante, insisto en que hubiera sido aconsejable el mantenimiento del subtipo agravado y referido a la administración de los bienes culturales, aunque solo fuera para fijar sobre la nueva norma penal como elemento interpretativo de inestimable valor, ese bien jurídico *disociado* de la propiedad que proclama el disfrute de los bienes culturales, una parte siempre

---

<sup>332</sup> Como ejemplo reciente de estas situaciones, podríamos recordar la investigación que actualmente tiene lugar en el Juzgado de Instrucción número 4 de Granada sobre la gestión de la Dirección General del Patronato de la Alhambra y el Generalife (Decreto de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía de 19 de enero de 1985).

<sup>333</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inma; “Malversación”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (director), GÓRRIZ ROYO, Elena y MATA LLÍN EVAGENCIO, Ángela (coordinadoras), Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2015, pág. 1.213.

sustancial del patrimonio público, como un derecho fundamental *cargado de futuro*.

Tendríamos que llevar a cabo un último inciso. Conforme a la modificación operada en virtud de la Ley Orgánica 5/2010 en el delito de blanqueo de capitales del artículo 301.1, último párrafo, de nuestro Código Penal, se establece una agravación específica que impone la pena en su mitad superior para determinados delitos de los Títulos XVI (Capítulo I) y XIX (Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X) del Libro II del mismo texto legal. Esta sería, por tanto, la única forma delictiva en la que cabría aplicar la agravación específica, cuando las operaciones de lavado de dinero se refieran a bienes culturales que formen parte del patrimonio público afectado ya que, en la anterior enumeración, la malversación integraría el citado Capítulo VII del Título XIX..

## **6. La sustracción de cosa propia arqueológica a su utilidad social o cultural**

Se ha puesto de manifiesto que el Patrimonio Arqueológico se tutela *subsidiariamente*<sup>334</sup> a través del delito de sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural del artículo 289 del Código Penal, único precepto que integra el capítulo XII del extenso Título XIII del Libro II referido, como es sabido, a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Se castiga en el precepto citado con la pena de prisión de tres a cinco meses o con la pena de multa de seis a diez meses al *que, por cualquier medio destruyera, inutilizara o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad*.

A pesar de su ubicación sistemática, las peculiares características del delito le otorgan una identidad diferenciada que permite su consideración, para un sector de la doctrina<sup>335</sup>, como un delito sobre el Patrimonio Histórico *descolocado* de su ubicación natural. No parece desafortunada esta pretensión pero, en todo caso, mayoritariamente se concibe como un delito contra el orden socio económico en un sentido amplio y en el que no tendría lugar una tutela *indirecta* de los bienes culturales a través de la defensa de la propiedad, sino una fórmula híbrida de tutela directa que versaría sobre un bien jurídico protegido no vinculado directamente con la defensa de los intereses generales o de la propiedad privada, sino con *la trascendencia social o cultural de determinados*

---

<sup>334</sup> CORTÉS BECHIARELLI, Emilio; “Función social ...”; ob. cit., pág. 48

<sup>335</sup> LANDECHO VELÁZQUEZ, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción; *Derecho Penal Español. Parte Especial*; Editorial Tecnos, Madrid 1996, pág. 263.

*bienes de titularidad individual*<sup>336</sup>. En cualquier caso, la tipología se concibe sobre un elemento definitorio de la propiedad privada como son las limitaciones que impone la legalidad vigente para el cumplimiento de su vieja función social o, dicho en otros términos, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales, entre las que destacaría el derecho de acceso y disfrute de los bienes culturales por la colectividad. No se trata de una figura legal tan anómala como a primera vista pudiera parecer, como lo demuestra el hecho de que hayan tenido lugar a lo largo del tiempo o en situaciones recientes, casos que podrían dar lugar a su aplicación de una enorme repercusión social y trascendencia cultural<sup>337</sup>.

En la primera de las modalidades (la destrucción, daño o inutilización de los bienes) nos enfrentaríamos a una realidad material similar a los daños dolosos al Patrimonio Histórico del artículo 323 en los que faltaría la condición de ajenidad de los bienes culturales afectados. Las posibles situaciones de concurso con los delitos de daños dolosos al Patrimonio Histórico de los artículos 323 y 321 del Código Penal, deben abordarse con cautela para que no quede convertida esta tipología en una especie de subtipo privilegiado teniendo en cuenta su escasa penalidad. GUIASOLA LERMA considera que en estas situaciones, el parecer doctrinal se inclina por la existencia de un concurso aparente de normas penales que determinará, por razones de especialidad o consunción, la aplicación preferente de los delitos sobre el Patrimonio Histórico<sup>338</sup>. No obstante, creo que pueden darse situaciones en las que se produzcan, además de los daños sobre los bienes culturales protegidos, daños sobre otros elementos carentes de protección pero que sirvan a la función cultural de los bienes y que dificulten o impidan su disfrute por la colectividad, de manera que podría producirse la consumación de ambas figuras delictivas, de acreditarse la finalidad buscada por el agente.

---

<sup>336</sup> CÁCERES RUIZ, Luis; *Delitos contra el Patrimonio Histórico. Sustracción de cosa propia a su utilidad cultural*, Visión Libros, Madrid, 2008, ob. cit., pág. 29.

<sup>337</sup> En su edición del 28 de julio de 1990, el diario *El País* publica un artículo firmado por Javier Valenzuela en el que recuerda como en 1990 el supermillonario japonés Ryoei Saito pagó 82,5 millones de dólares por una de las dos versiones del famoso lienzo del pintor Vincent Van Gogh, *Retrato del doctor Gachet* (1890) en una subasta. Saito, presidente, entre otras, de la papelería Daishowa, *declararía luego haber guardado el cuadro en uno de sus almacenes, tras haberlo mirado una sola vez. Eso sí, el retrato estaba conservado en una caja de madera y el almacén, en Tokio o sus cercanías, disponía de aire acondicionado y estrictas medidas contra incendios. Poco después, al verse obligado a pagar al Estado japonés 24 millones de dólares en impuestos por la adquisición del cuadro, Saito dijo a sus amigos que el van gogh y un renoir, comprados en la misma subasta, serían incinerados junto a él. Su deseo, explicó, era liberar a sus herederos de la obligación de tener que pagar al fisco una fortuna.* Añadía el columnista que nadie ha vuelto a ver el cuadro desde que Saito falleciera en 1996. En 2007 fue publicada su venta, diez años antes, a un fondo de inversión australiano que, a su vez y ante la situación de crisis económica, lo habría vuelto a vender a una persona desconocida, extremos que no han podido ser definitivamente acreditados.

<sup>338</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina; *Delitos ...*, ob. cit., pág. 547



La segunda modalidad, la que nos indica el tiempo verbal *sustrajere*, abre considerablemente el campo de actuación para referirse a la imposibilidad de cumplimiento de su utilidad social como manifestación cultural. En este segundo caso no sería precisa la agresión o daño material a los bienes pero si la existencia previa de una serie de deberes concretos establecidos en la ley que serían incumplidos. Esta realidad permite que la doctrina considere el precepto una norma penal en blanco que quedaría consumada no solo por el mero incumplimiento de la ley sino por su efecto negativo sobre el derecho de los ciudadanos. Aún así, la situación planteada nos conduciría a entender que el mero incumplimiento de la legalidad administrativa terminaría por convertirse en un ilícito penal y podría generar dudas interpretativas de importancia o vulnerar el principio de intervención mínima<sup>339</sup>.

Los deberes incumplidos podrían distinguir, de una parte, aquellos que están dirigidos a mantener la *integridad física* de los bienes o exigir su correcta *conservación* para que pervivan y desempeñen la utilidad cultural que les corresponde y aquellos otros deberes que no comportan daño o destrucción alguna, pero que garantizan que los bienes mantengan el *interés cultural de la comunidad* impidiendo diversas formas de sustracción o de ocultación por diferentes motivaciones<sup>340</sup>.

Otros autores vinculan esta segunda modalidad delictiva a situaciones de abandono o desidia sobre bienes culturales en estado ruinoso, entendiendo que la vulneración de la obligación activa de conservación de sus propietarios impediría su disfrute por la colectividad<sup>341</sup>. Se trataría de una conducta próxima al concepto administrativo de expolio que contiene el artículo 4 de la LPHE y que podría extender excesivamente el ámbito de aplicación de la norma y podría tener mejor acomodo en el ámbito administrativo sancionador o en la figura de la ejecución subsidiaria, conforme a lo señalado en los artículos 36 y siguientes de la LPHE.

El análisis del precepto nos permite establecer algunas conclusiones de interés que podríamos sintetizar en los siguientes términos:

1. La idea de *utilidad cultural* no debe identificarse como un atributo exclusivo de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español. No se trata de una categoría única de protección para que tenga lugar la aplicación del artículo 289 del Código Penal. La idea de utilidad cultural es imprecisa y es cierto que, como precepto penal en blanco, debe integrarse por las disposiciones de

---

<sup>339</sup> CORTÉS BECHIARELLI, Emilio; “Función social ...”; ob. cit., pág. 49.

<sup>340</sup> CÁCERES RUIZ, Luis; *Delitos contra el Patrimonio ...*, ob. cit., pág. 52.

<sup>341</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina; *Delitos ...*, ob. cit., pág. 547.

la LPHE pero solo de forma prioritaria<sup>342</sup>. La *utilidad cultural* debería identificarse, en definitiva, con la idea más amplia de *utilidad socio cultural*, donde podrían englobarse algunos bienes que, carentes de relevancia histórica, desempeñan igualmente funciones culturales de signo colectivo que debe ser amparadas por el derecho.

2. Cabría pensar que el delito requiere, conforme a una concepción formal del Patrimonio Histórico, una previa declaración administrativa declarando el valor cultural o la *utilidad cultural* de los bienes afectados por razones de seguridad jurídica. Se alega por quienes defienden esta interpretación que, conforme a un *principio de taxatividad* debe alcanzarse en todo caso un *criterio de previa catalogación*<sup>343</sup>. No cabe duda que esa previa catalogación resultará valiosa pero, conforme a la jurisprudencia constitucional y el sentir mayoritario de la doctrina, no parece que resulte necesaria, máxime si hemos valorado la posibilidad de encontrar situaciones de ocultación sobre hallazgos arqueológicos casuales que puedan conducir a esta forma de responsabilidad. La necesidad de protección del llamado *Patrimonio Oculto* y los términos del artículo 46 de la Constitución Española, como ya tuvimos oportunidad de señalar en el capítulo II, permiten la protección de todos aquellos bienes que objetivamente son merecedores de protección como bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, con independencia de que exista o no una declaración formal administrativa que así lo establezca.
3. Si es preciso que la conducta delictiva tenga carácter doloso y exija la determinación clara de aquella *utilidad cultural* que corresponde cumplir a los bienes afectados. El delito no puede cometerse con el simple incumplimiento de los deberes legales existentes, ya que debe acreditarse la utilidad sociocultural que no podrá ser atendida a consecuencia de la conducta realizada por el agente.

Para concluir, podemos señalar que, como es lógico, estas situaciones pueden afectar a bienes de naturaleza arqueológica tanto muebles<sup>344</sup> como inmuebles, aunque no se tratará de una conducta habitual, habida cuenta su peculiar naturaleza. Debemos considerar la posibilidad de que aquellos casos de

---

<sup>342</sup> CORTÉS BECHIARELLI, Emilio; “Función social ...”; ob. cit., pág. 48.

<sup>343</sup> CÁCERES RUIZ, Luis; *Delitos contra el Patrimonio ...*, págs. 68 y siguientes. Señala textualmente el autor tras comentar el artículo 46 de la Constitución Española, lo siguiente: “No es de recibo que se pretenda una protección penal del Patrimonio Histórico, imponiendo al particular el cumplimiento de deberes legales, si la administración previamente no ha cumplido su obligación de catalogar los bienes integrantes del patrimonio histórico.”

<sup>344</sup> 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 valora el valor incalculable al margen de la determinación de la responsabilidad civil.

ocultamiento de hallazgos arqueológicos notables en una propiedad privada, al margen de la figura de la apropiación indebida, el hurto o los daños que puedan tener lugar y al margen de su condición como bienes de dominio público, podrían acarrear la responsabilidad *añadida* por este tipo penal al impedir su excavación y análisis metodológico por las autoridades competentes, siempre y cuando quedara acreditada, con la concurrencia de un *dolo de consecuencias necesarias*, la voluntad del agente de sustraer estos bienes a su investigación, conocimiento y disfrute conforme a las previsiones establecidas en la LPHE y atentando contra los intereses generales. Es cierto que los bienes culturales afectados no serían propiedad del agente, pero también lo es que su propiedad no se agota en los mismos y se extiende a otros elementos que incumplirían los deberes que le son impuestos por la LPHE.

## 7. La nueva receptación de bienes culturales

La tradicional *imagen* del tráfico de obras de arte o antigüedades siempre nos hace pensar, como desarrollo *natural* de este *iter* delictivo, en la figura de una receptación altamente especializada de vocación transnacional. La figura del perista con conocimientos técnicos, muchas veces imbuido de la obsesión del coleccionismo o incluso de la superstición, que conoce perfectamente la calidad e importancia de la pieza expoliada, es la que con mayor frecuencia ha transmitido la ciencia policial. Pero el viejo delito de receptación, sin embargo, no cubría todas las necesidades que nos señalaba la política criminal porque se vinculaba solo con los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico y requería en todo caso el ánimo de lucro. Esta situación llevó a una parte de la doctrina a reclamar la existencia de un delito específico de receptación referido expresamente a los bienes culturales<sup>345</sup>.

Conforme a La ley Orgánica 1/2015 ha sido introducida una nueva modalidad agravada de la receptación en el artículo 298. 1 a) del Código Penal que 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 mismo precepto, en su apartado segundo, permite la imposición de la pena en su mitad superior, *a quien reciba, adquiera u oculte los efectos del delito para traficar con ellos*. En el caso de utilización de un establecimiento o local, el *Preámbulo* de la norma reformadora señala razones

---

<sup>345</sup> GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; 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.

de política criminal para *desincentivar tanto la sustracción de dichos bienes como su venta*<sup>346</sup>.

Se ha criticado por la doctrina, además de entenderlo como mera reproducción de las figuras agravadas del hurto, algunos desajustes técnicos<sup>347</sup> y la utilización de conceptos jurídicos indeterminados<sup>348</sup> que se configuran como un *elemento normativo pendiente de valoración*<sup>349</sup>, pero lo cierto es que la inclusión de esta nueva modalidad debe reputarse como afortunada, cuando menos en términos generales, para la protección del Patrimonio Histórico.

La crítica debe mantenerse en un doble sentido. De una parte, en el hecho de que solo se vincule esta tipología a 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, no podríamos aplicar el precepto. De otra parte, 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 interpretación coherente de esta tipología 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, como una forma de hurto o de apropiación indebida; su posterior distribución en el mercado ilícito no permitirá en ningún caso apreciar la agravante 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. Esta situación ya fue valorada por algún autor, manteniendo la discutible conveniencia, en mi opinión excesiva, de sustituir las agravaciones específicas por una forma genérica de agravación, que podría integrarse en el artículo 22 del Código Penal, en atención a la naturaleza del objeto afectado

---

<sup>346</sup> 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 MATA LLÍN EVAGENCIO, Ángela (coordinadoras), Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2015, páginas 946-947.

<sup>347</sup> El informe elaborado por el Consejo Fiscal reclamaba la ubicación de las modalidades agravadas en el artículo 299 que ha quedado vacío de contenido.

<sup>348</sup> NAVARRO BLASCO, Eduardo; “Reforma de los delitos de hurto, robo y otros delitos patrimoniales”, en *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director), Aranzadi, 2015, pág. 485. VIDALES RODRÍGUEZ, Caty; “Receptación ...”; pág. 944.

<sup>349</sup> MIRO LINARES, Fernando; “Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado*, MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dirección); Editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 657.

como bien cultural. Esta situación permitiría aplicar la receptación piezas arqueológicas sin problema alguno<sup>350</sup>.

## 8. El contrabando

Conforme a lo señalado en el artículo 2.2 apartado a) de la Ley 12/1995, de 12 de diciembre, *de Represión del Contrabando*<sup>351</sup>, 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.

Es evidente que la materia afecta de manera singularmente intensa al Patrimonio Arqueológico. 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

---

<sup>350</sup> NUÑEZ SÁNCHEZ, Ángel; “El expolio ...”; ob. cit., pág. 203. El autor refiere la propuesta realizada por RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio; en el curso de las III Jornadas de Trabajo desarrolladas en la sede de la Fiscalía Superior de Andalucía con la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz el día 2 de marzo de 2006.

<sup>351</sup> La determinación de esta cuantía tuvo lugar en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2011 de 30 de junio.

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, por razones obvias ya comentadas (falta de actualización temporal, prohibición de comerciar con el Patrimonio Arqueológico Sumergido o situaciones de valor incalculable), muy problemática y poco aconsejable; sin que pueda, en mi opinión, alegarse de contrario razones de seguridad jurídica.

La doctrina más autorizada<sup>352</sup> 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 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*<sup>353</sup> del bien jurídico protegido por la ley especial que englobaría un amplio catálogo de intereses donde podríamos integrar la biodiversidad, el Patrimonio Histórico o 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.

---

<sup>352</sup> 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.

<sup>353</sup> 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.

Con respecto a la exigencia del carácter mueble de los bienes culturales exportados ilícitamente, RENART GARCÍA considera esta limitación *incomprensible*<sup>354</sup> 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*<sup>355</sup>, 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*<sup>356</sup>.

Con independencia de las cuestiones anteriores, posteriormente añade el artículo 75 de la LPHE que *serán responsables solidarios de la infracción o*

---

<sup>354</sup> RENART GARCÍA, Felipe; en “Aspectos sustantivos ...”, ob. cit., pág. 166.

<sup>355</sup> 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.”

<sup>356</sup> 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.

*delito cometido cuantas personas 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.

Ya he tenido oportunidad de señalar<sup>357</sup> 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 particular<sup>358</sup> 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*<sup>359</sup>. 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 mas 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 de que se trataría de una extensión 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,*

---

<sup>357</sup> GARCÍA CALDERÓN, Jesús; “La protección ...”; ob. cit., pág.74.

<sup>358</sup> ROMA VALDÉS, Antonio, *La aplicación de los delitos ...*, ob. cit., pág. 109. 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.

<sup>359</sup> 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.



*coopera o facilita su preparación o ejecución*<sup>360</sup>. 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 especialmente por la integridad del Patrimonio Histórico Español.

El artículo 29.2 de la LPHE indica en su apartado segundo que la valoración de estos bienes ilegalmente exportados corresponde a la *Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español* cuya regulación se contiene en el Capítulo II del Real Decreto 111/86, de 10 de Enero, por el que se desarrolla parcialmente la LPHE<sup>361</sup>. La Administración del Estado adquiere todos los bienes culturales que sean exportados de forma ilícita y tiene la obligación de llevar a cabo todos los actos que sean necesarios para su recuperación, considerándoles inalienables e imprescriptibles, todo ello conforme a lo previsto en los distintos apartados del artículo 29 de la LPHE. El ejercicio de esta acción de devolución es perfectamente compatible con el ejercicio de la acción penal<sup>362</sup>.

En los últimos años se ha hecho patente en Europa, como ya puso de manifiesto el Informe Anual correspondiente al año 2006 de la organización *Eurojust, la voluntad de las autoridades judiciales de luchar contra el tráfico de antigüedades*<sup>363</sup> que requiere, por la propia naturaleza de esta compleja actividad delictiva, una decisiva labor de comunicación y coordinación tanto a nivel policial como procesal. Las actuales investigaciones policiales presentan un perfil criminológico frecuente en el que la facilidad para su traslado, el alto valor material que pueden alcanzar las piezas arqueológicas y la capacidad para vender y recibir el pago por estos objetos a través de *la red*, son circunstancias que determinan, en los casos de mayor gravedad, una organización delictiva sofisticada y vinculada con situaciones sistemáticas de expolio y de contrabando<sup>364</sup>. Llama la atención, por ello, que en ocasiones se hayan apreciado por la jurisprudencia provincial situaciones de error de prohibición que han

---

<sup>360</sup> 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.

<sup>361</sup> El art. 10 de la Ley Orgánica 12/95 se refiere a la valoración de los efectos en el delito de contrabando, indicando que el Juez recabará de los servicios competentes, los asesoramientos e informes que estime necesarios. Es obvio que en el ámbito penal la valoración realizada por la Junta de Calificación no es preceptiva aunque sí aconsejable y que tendrá, en todo caso, el valor de pericia.

<sup>362</sup> FIDALGO MARTÍN, Consuelo; “Sistema judicial y protección del patrimonio histórico-artístico”; en *La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales*; Ministerio de Cultura, Madrid, 2006, pág. 53.

<sup>363</sup> Informe Anual de Eurojust del año 2006, pág. 44. En el mismo sentido, GUIASOLA LERMA, Cristina; “El expolio ...”, ob. cit., pág. 284.

<sup>364</sup> CORTÉS RUIZ, Antonio; “Investigación de Delitos contra o Patrimonio Histórico” trabajo publicado en el libro *O Patrimonio Cultural. Valía e Protección*, Consellería de Cultura e Deporte, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2007.

conducido a la absolución del acusado<sup>365</sup>, incluso tratándose de un comerciante profesional<sup>366</sup>, resaltando en ocasiones la doctrina de manera rotunda y crítica el carácter excesivamente formal del delito de contrabando *tipificado en leyes especiales y cuya represión según criterios de los juzgadores responde a criterios de oportunidad*<sup>367</sup>.

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*<sup>368</sup> que puede asociarse en ocasiones con distintas formas de criminalidad organizada. Esta realidad determinó que el Consejo Fiscal reclamara<sup>369</sup> 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 de descoordinación de ambas leyes que debiera haber sido corregida sin dificultad<sup>370</sup>.

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 doctrina<sup>371</sup>, cuando pueda acreditarse que el apoderamiento, la sustracción o el expolio era el medio necesario para la 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

---

<sup>365</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 802/2000, de 7 de junio, sobre exportación no autorizada de una colección de monedas antiguas.

<sup>366</sup> Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid 92/2002, de 12 de junio, sobre exportación sin autorización de pinturas del siglo XVIII.

<sup>367</sup> FIDALGO MARTÍN, Consuelo, “Sistema judicial ...”, ob. cit., pág. 61.

<sup>368</sup> FIDALGO MARTÍN, Consuelo. “Sistema judicial ...”, ob. cit., pág. 56.

<sup>369</sup> 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

<sup>370</sup> 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.

<sup>371</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina; “El expolio ...”, ob. cit., pág. 284.

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 Europea<sup>372</sup> 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 civil<sup>373</sup>. 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 a 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 articulado<sup>374</sup>.

En este punto, por último, resulta obligado recordar la vigencia de algunos instrumentos jurídicos de un gran valor, cuando asistimos a una renovación de los conceptos tradicionalmente utilizados por el derecho internacional<sup>375</sup>. Merece destacarse el Convenio “Unidroit” *sobre Bienes Culturales robados o exportados ilícitamente*, firmado en Roma el 24 de Junio de 1995<sup>376</sup>. El Convenio distingue supuestos de bienes robados que deben ser *restituidos* o aquellos exportados de forma ilícita que deben ser *devueltos*. Difiere con la Directiva 93/7/CEE es los plazos de prescripción (tres años desde que se haya conocido el lugar en que se encuentre el bien y la identidad de su poseedor y un plazo de cincuenta años desde que se produjera el robo o desde la fecha de la exportación. La doctrina<sup>377</sup> ha criticado acertadamente estos plazos que pueden limitar su eficacia, la falta de

---

<sup>372</sup> 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.

<sup>373</sup> 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.*

<sup>374</sup> 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.

<sup>375</sup> LAZARI, Antonio; “Para una visión cosmopolita del derecho internacional en tema de devolución de los bienes culturales”, extensamente y dentro del libro *El tráfico de bienes culturales*, coordinado por PÉREZ-PRAT DURBAN, Luis y LAZARI, Antonio; Editorial Tirant lo Blanc Monografías, Valencia, 2015, págs. 91 a 169. ROMA VALDÉS, Antonio, *La aplicación de los delitos ...*, pág. 104.

<sup>376</sup> Instrumento de Adhesión de España al Convenio “Unidroit” publicado en el BOE número 248, de 16 de octubre de 2002.

<sup>377</sup> FIDALGO MARTÍN, Consuelo. “Sistema judicial ...”, ob. cit., pág. 61.

alusión a otros tipos penales como el hurto o la apropiación indebida, así como la exigencia de acreditación de un daño irreparable para demandar la devolución del bien en el caso de la exportación ilícita.

## **9. La destrucción de bienes culturales en conflictos armados. Referencia Histórica**

La preocupación masiva por los daños a bienes culturales en Europa y todo el mundo civilizado coincide, en gran medida, con el estallido y desarrollo de la Primera Guerra Mundial. No existía una legislación internacional en 1914, más allá de alguna breve disposición integrada en las llamadas *leyes de la guerra*, para la protección de los bienes culturales en situaciones de conflicto armado. Las breves disposiciones del Convenio de La Haya de 1907, exponentes de un Derecho Internacional Humanitario, solo podían operar con muy notables limitaciones.

Desde el Congreso de Viena, sin embargo, las potencias europeas habían mostrado su preocupación por la destrucción monumental limitando el derecho al botín de las tropas vencedoras a los bienes públicos, señalando una genérica protección de los bienes culturales y estableciendo la obligación de restituir las obras de arte sustraídas aprovechando la ocupación y el pillaje. Fue en Norteamérica, sin embargo, donde aparece el primero de los *documentos precursores* y encontramos un primer intento explícito para evitar en estas situaciones la destrucción del Patrimonio Histórico. En plena Guerra Civil norteamericana, el Presidente ABRAHAM LINCOLN, entre las Órdenes Generales del Departamento de Guerra, dicta una, la número 100, que pasará a la historia y será conocida como *Instrucciones para el Gobierno de las armas de los Estados Unidos en la batalla*. Tales instrucciones seguían las que habían sido redactadas por el jurista alemán FRANCIS LIEBER en 1863, quien había combatido en las Guerras Napoleónicas y era entonces profesor en la Universidad de Columbia. Este documento trascendental, conocido como el “Código Lieber”, proclamó el *deber de proteger a las obras de arte, colecciones científicas, bibliotecas y hospitales de cualquier daño, incluso en los sitios fortificados, mientras estén siendo sitiados o bombardeados*<sup>378</sup>. La protección del Patrimonio Arqueológico no contaba con una referencia explícita y únicamente tenía lugar su protección en cuanto algunas piezas resultarán valiosas materialmente y formaran parte de colecciones o fueran poseídas desligadas de su entorno natural.

---

<sup>378</sup> BADENES CASINO, Margarita; *La protección de los bienes culturales durante los conflictos armados. Especial referencia al conflicto armado en el territorio de la antigua Yugoslavia*; Universitat de Valencia, 2005, pág. 16 y siguientes.

Años más tarde, el Zar Alejandro II ampara la iniciativa de HENRY DUNANT, el fundador de la Cruz Roja, para celebrar una conferencia internacional que tiene lugar en Bruselas en 1874 y a la que asisten hasta quince estados. Allí se establece una extensa *declaración* que no fue ratificada por ninguno de los asistentes pero que, cuando menos, sirvió como modelo para iniciativas futuras al establecer, como principio general, el deber de persecución por las autoridades ante la destrucción, apropiación o daño de los monumentos históricos, obras de arte y ciencia o establecimientos dedicados al culto, la caridad, la educación, las artes o las ciencias, aunque pertenezcan al Estado beligerante<sup>379</sup>. Posteriormente es el Instituto de Derecho Internacional el que publica en 1880 el *Manual de Oxford* sobre leyes y costumbres de guerra y subraya, siguiendo la estela de la anterior *Declaración de Bruselas*, la necesidad de que esa persecución se materialice a través de la ley penal.

En 1899 y en 1907 tienen lugar sendas *Conferencias Internacionales de la Paz* en La Haya que establecen una serie de disposiciones sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre que también juegan *un papel pionero en el desarrollo de la protección de los bienes culturales*<sup>380</sup>. La segunda de las conferencias citadas, convocada por Estados Unidos y Rusia y a la que acuden delegaciones de 44 estados, adopta una docena de Convenios que, si bien no están expresamente referidos a la protección de monumentos, si recogen algunas disposiciones de un gran valor.

En primer lugar, el *Convenio (IV) relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre* de 1907 en su artículo 27, dentro de la sección dedicada a las hostilidades, establecía que *en los sitios y bombardeos se tomaran todas las medidas necesarias para favorecer, en cuanto sea posible, los edificios destinados al culto, a las artes, a las ciencias, a la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en donde estén asilados los enfermos y heridos, a condición de que no se destinen para fines militares*. Por su parte el artículo 56, al abordar la cuestión relativa a los territorios ocupados, establecía que *los bienes de las comunidades, los de establecimientos consagrados al culto, a la caridad, a la instrucción, a las artes y a las ciencias, aun cuando pertenezcan al Estado serían tratados como propiedad privada*. Además, quedaba prohibido el pillaje y se establecía un deber activo de persecución de *toda ocupación, destrucción y deterioro intencional de tales edificios, de monumentos históricos y de obras artísticas y científicas*.

En segundo lugar, el artículo 5 del *Convenio (IX) relativo al bombardeo por fuerzas navales en tiempo de guerra* de 1907 señalaba que *en el bombardeo*

---

<sup>379</sup> *Derechos Humanos y Acción Humanitaria* de ABRISKETA, Joana; Alberdania, Irún, 2005, pág. 47.

<sup>380</sup> BADENES CASINO, Margarita; *La protección ...*, ob. cit., pág. 18.

*por fuerzas navales el jefe debe tomar todas las medidas necesarias para excluir, en cuanto sea posible, los edificios consagrados al culto, a las artes, a las ciencias y a la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares de reunión de enfermos o heridos, a condición de que no estén empleados al mismo tiempo para un fin militar.*

Estas normas contienen importantes limitaciones que podían hacerlas inoperantes con demasiada facilidad. No solo estaban condicionadas por esa idea de *lo posible* en una situación tan compleja como la de cualquier frente de guerra, contenían también una limitación territorial ya que no afectaban a la zona inmediata de combate y, de manera más amplia, se establecía una *reserva de necesidad militar* en la que debía operar como factor interpretativo un indefinido principio de proporcionalidad.

Este exiguo bagaje jurídico tendría que enfrentarse a las tres modalidades en la destrucción bélica de la cultura que tienen lugar durante los conflictos armados y que, por su presencia pertinaz a lo largo del tiempo, podríamos recordar brevemente en los siguientes términos:

1. En primer lugar la destrucción se configura como un *mal necesario* que no es buscado de propósito pero que se asume con toda naturalidad. Puede extenderse incluso a una forma de *destrucción pasiva* cuando tales bienes no se protegen o se exponen innecesariamente a su destrucción dándoles un uso militar inapropiado o permitiendo su completo deterioro y su destrucción.
2. En segundo lugar, puede tener una escandalosa finalidad directamente asociada con la degradación del enemigo y la destrucción de su identidad nacional. Los bienes se destruyen para humillar al vencido, para imponer nuestra cultura, para minar su resistencia, para vencerlo con una mayor facilidad y para volver a vencerlo una vez que ha sido vencido.
3. En tercer lugar, la destrucción es una finalidad en sí misma que solo procura la satisfacción de instintos o intereses materiales o inmateriales de carácter individual, no asociados a la estrategia militar o política. Son actos de simple apoderamiento, rapiña o humillación que apenas requieren el concierto previo.

Es evidente que la normativa internacional de signo *humanitarista* no podía oponerse, con un mínimo de garantías, a una escalada imparable de destrucción que tuvo lugar durante las dos guerras mundiales. El problema vino determinado por la ausencia de mecanismos de control y por la limitación que

contenía la propia norma al establecer esa *reserva de necesidad militar*<sup>381</sup> que será utilizada como una excusa recurrente por los agresores. En un ambiente bélico y enrarecido, normalmente asfixiado por el nacionalismo más extremo, como el respirado en Europa durante aquellos años, esta generosa reserva era casi una invitación al expolio más enérgico y devastador.

En la Primera Guerra Mundial el estancamiento del frente facilitó la protección de las grandes ciudades históricas. El alcance de los bombardeos era todavía bastante limitado y permitía la consolidación de una retaguardia relativamente cómoda y segura para el entorno monumental. Además, el carácter básicamente terrestre de la guerra, la fragilidad de los aviones y dirigibles y la escasez de los bombardeos aéreos, aún siendo devastadores, no pueden compararse con la infame devastación de la Segunda Guerra Mundial. Otro elemento novedoso en la destrucción monumental fue la utilización de gas venenoso con un enorme poder corrosivo.

Los Convenios de La Haya -en un alarde de ingenuidad ante la imprecisión de las bombas- establecían un *deber de los habitantes* de las zonas monumentales para que construyeran signos visibles en los lugares protegidos mediante la colocación de grandes tableros rectangulares divididos en dos triángulos en blanco y negro. Iniciada la destrucción, en 1915, incluso se intentará en Suiza, siguiendo el modelo de la *Cruz Roja*, la creación de un nuevo organismo internacional que sería conocido como la *Cruz de Oro* que quedaría convertida desde entonces en el signo distintivo de aquellos espacios monumentales o bienes históricos que debían protegerse<sup>382</sup>.

Ante la imposibilidad de referir la extensa nómina de monumentos dañados o destruidos por los bombardeos y acciones bélicas en las guerras del

---

<sup>381</sup> BADENES CASINO, Margarita; *La protección ...*, ob. cit., pág. 18.

<sup>382</sup> Posteriormente, Conforme al artículo 16 de la Convención de La Haya de 1954, *el emblema de la Convención consiste en un escudo en punta, partido en aspa, de color azul ultramar y blanco (el escudo contiene un cuadrado azul ultramar, uno de cuyos vértices ocupa la parte inferior del escudo, y un triángulo también azul ultramar en la parte superior; en los flancos se hallan sendos triángulos blancos limitados por las áreas azul ultramar y los bordes laterales del escudo)*. El apartado segundo del precepto señala que *el emblema se empleará aislado o repetido tres veces en formación de triángulo (un escudo en la parte inferior), de acuerdo con las circunstancias enumeradas en el artículo 17* donde se distingue la utilización del emblema repetido tres veces para identificar bienes culturales que gocen de protección especial, transportes de bienes culturales y refugios improvisados. DE otra parte, el emblema aislado se utilizará para definir los bienes culturales que no gozan de protección especial; las personas encargadas de las funciones de vigilancia, según las disposiciones del Reglamento para la aplicación de la Convención; el personal perteneciente a los servicios de protección de los bienes culturales y las tarjetas de identidad previstas en el Reglamento de aplicación de la Convención. En su apartado tercero, el artículo 17 prohíbe el empleo del emblema en otros casos que no sean los mencionados, así como *utilizar para cualquier fin un emblema parecido al de la Convención*. Por último y conforme al apartado cuarto, *no podrá utilizarse el emblema para la identificación de un bien cultural inmueble más que cuando vaya acompañado de una autorización, fechada y firmada, de la autoridad competente de la Alta Parte Contratante*.

siglo XX, cuando menos quisiera recordar que una de las voces más lúcidas sobre esta debacle fue la del arquitecto y profesor de la Universidad de Nápoles ROBERTO PANE quien, consciente del enorme peligro de caer en el pesimismo, afirmarí­a que la preservación de su legado monumental hubiera sido una razón más que suficiente para que Italia hubiese evitado la guerra. Testigo de la devastación de tantos monumentos italianos en las dos guerras mundiales, Pane nos ofrece una forma de sabia redención en la restauración crítica de las grandes ciudades históricas. Las defenderá con fervor como defenderá el paisaje que las circunda y seguirá luchando toda su vida por mantener su vigencia frente a la especulación urbanística y la corrupción. Roberto Pane comprende que esta fatalidad de la destrucción masiva, tiene que conjugarse con la esperanza de una restauración suficiente y enriquecedora. Se trata de una labor indispensable, de un signo de esperanza que necesitamos para recuperar la dignidad perdida.

Al margen de estas decisiones estéticas, la preocupación de los supervivientes de la Primera Guerra Mundial se centró en tres aspectos fundamentales que se repetirían en el futuro con la finalización de grandes conflictos armados. Solo el último está parcialmente vinculado con la restauración monumental porque, como sucedió al comienzo del conflicto, los problemas acuciantes eran de otra índole mucho más inmediata.

En primer lugar se produce una obsesión, tan frecuente entre las víctimas indirectas de delitos de sangre, por la búsqueda, recuperación, recuento e identificación de los cadáveres. Francia promulga en 1915 diversas leyes para la creación de cementerios militares y en 1917 será creada una comisión británica para el registro de tumbas. Iniciativas similares aparecen en todas las potencias beligerantes. Los soldados muertos se ordenan en hileras de tumbas interminables pero se olvida a los muertos civiles ya que no cabe ante ellos esa exposición marcial y ordenada de la muerte. Con el tiempo, esta obsesión irá cediendo sobre actuaciones de un marcado carácter simbólico, al incrementarse hasta la hecatombe nuclear los niveles de destrucción.

En segundo lugar, la sociedad resultante es una sociedad anegada de angustia que se enfrenta a una realidad económica tan cansada que no podrá encauzar adecuadamente ese caudal de dolor, ansiedad colectiva y sentimiento de culpa. Una triste legión de excombatientes traumatizados, ciegos, lisiados, mutilados, enloquecidos, transitan con sus uniformes raídos por los campos y ciudades de la Europa dos veces devastada del siglo XX, sin un rumbo firme que les permita construir la paz. Parece que nadie hubiera previsto las consecuencias liberadoras y sobre este panorama la protección de bienes culturales no merece una atención suficiente de las autoridades.



En tercer lugar, las reparaciones reclamadas por los vencedores nunca valoran adecuadamente el daño moral porque, en gran medida y como demostró el paso del tiempo, lo producen igualmente en los vencidos. Ya los Tratados de Versalles y Riga de 1919 y 1921, por ejemplo, abordaron la cuestión del Patrimonio Histórico muy limitadamente con un cierto hálito de rencor y un espíritu *retribucionista* e introdujeron un discutible elemento perturbador como fue la llamada *restitución por sustitución*. En base a ella, el estado culpable debía proporcionar a la parte perjudicada otros bienes del mismo valor y naturaleza aunque fueran poseídos sin controversia legal, en un proceso comparativo muy complejo y siempre inseguro. En tales términos restituyó Alemania a Bélgica por ejemplo, las conocidas tablas de *La adoración del Cordero Místico* de Van Eyck, como incompleta reparación de guerra por las obras de arte y monumentos que fueron destruidos durante la ocupación. Esta situación, tras la segunda guerra mundial, resultó aún mucho peor, ante las fórmulas de saqueo desmesurado protagonizadas por algunas unidades del ejército alemán<sup>383</sup> y la posterior incautación y almacenamiento sistemático de bienes culturales incautados por la Unión Soviética a través de la llamada *Brigada de los Trofeos* que tenía como objetivo el expolio de todos los bienes de valor histórico y artístico que pudieran hallarse en la Alemania ocupada<sup>384</sup>.

Ya hemos señalado que, con el paso del tiempo fue abriéndose paso la idea de recuperar algunos espacios históricos dañados o destruidos a través de la restauración. Numerosos inmuebles fueron beneficiados pero se cometió el inmenso error de creer que era suficiente con ello y no se arbitraron otras medidas legales que sirvieran para advertir y evitar la destrucción futura. Tuvo lugar una reconstrucción física con una estética equivocada que festejaba la victoria en términos propios de un realismo heroico, pero no una reparación de la historia que buscara, en la medida de lo posible, que desaparecieran las condiciones de rencor que alumbraron las sucesivas catástrofes. Las fauces que devoraron Europa siguieron alimentándose para volver a insistir, una vez recuperadas las fuerzas, en una misma solución bélica y fatal. De hecho, como si de una obstinada maldición se tratara, la propia Biblioteca Central de la Universidad de Lovaina que había sido incendiada intencionadamente por las tropas alemanas de ocupación, volvería a ser completamente destruida en 1940 durante la Segunda Guerra Mundial.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, tiene lugar la Convención de La Haya de 19 de mayo de 1954 *para la protección de bienes*

---

<sup>383</sup> Ya en 1935, las *Waffen SS* crearon la organización *Ahnenerbe* que tenía la consigna de apoderarse de todos los libros que resultaran valiosos para la biblioteca de un futuro Centro de la Cultura Germana.

<sup>384</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier; “La circulación internacional de bienes culturales. Problemas e instrumentos de derecho internacional”, en *Estudios sobre ...*; ob. cit., pág. 217.

*culturales en caso de conflicto armado*, que ha sido objeto de revisión a través del Segundo Protocolo aprobado con fecha 26 de marzo de 1999<sup>385</sup> (además, previamente, Protocolo *Adicional* de 1977). La Convención tiene un *carácter suplementario de todas las disposiciones anteriormente existentes sobre la materia*<sup>386</sup> y encontraba un precedente inmediato en el llamado *Pacto Roerich* o Pacto de Washington de 15 de abril de 1935<sup>387</sup>.

No resulta fácil llevar a cabo un análisis resumido de la edición revisada de la Convención de La Haya<sup>388</sup>. Desde una perspectiva penal, podemos recordar la imposición de su artículo 28 para que los Estados firmantes adopten las medidas necesarias para castigar con *sanciones penales o disciplinarias a las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que hubieran cometido u ordenado que se cometiera una infracción de la presente Convención*. De acuerdo con el artículo 85.4 d) del Protocolo Adicional de 1977, *se avanza un tanto más en la cuestión*<sup>389</sup>, al considerar la infracción grave como un *crimen de guerra* que aparecería definido en términos enumerativos y análogos a los recogidos en el artículo 613 de nuestro vigente Código Penal. La Convención protege aquellos bienes reconocidos tras su inscripción en un Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial o *protección reforzada*<sup>390</sup> que utiliza las previsiones de la Convención de París *sobre la protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural*. Particular importancia tienen las disposiciones referidas a la responsabilidad penal y la jurisdicción.

Con respecto a las responsabilidad penal, se configuran como acciones dolosas que suponen la violación grave de la Convención a través de diversos actos como el ataque o utilización de bienes protegidos, además del robo, saqueo, uso indebido o actos de vandalismo sobre los anteriores, estableciéndose un

---

<sup>385</sup> España fue el octavo país en ratificarlo con fecha seis de julio de 2001. La Convención de La Haya de 1954 había sido ratificada en fecha 7 de julio de 1960 (32º).

<sup>386</sup> En este sentido, PIGNATELLI Y MECA, Fernando; “La protección de los bienes culturales en los conflictos armados”, en *La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales*; Ministerio de Cultura, Madrid, 2006, pág. 132.

<sup>387</sup> En 1929, el artista y arqueólogo Nicolás Roerich había lanzado desde Nueva York la propuesta de *El Pacto y la Bandera de la Paz*. Este proyecto estipulaba que todas las instituciones educativas, artísticas, científicas o religiosas, así como todos los edificios que poseyeran un valor cultural o histórico, debían ser reconocidos como centros inviolables y respetados por todas las naciones, tanto en tiempos de paz como de guerra. Con este objetivo se firmó el Protocolo el 15 de abril de 1935 en la Casa Blanca por el entonces presidente Roosevelt con representantes Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela. La gran virtud del Pacto fue la proclamación de un *principio de neutralidad* en la protección de los monumentos históricos, los museos y las instituciones dedicadas a las artes, a la educación y a la cultura.

<sup>388</sup> Extensamente, AZNAR GÓMEZ, Mariano J.; *La protección internacional del Patrimonio cultural subacuático*; Tirant, Monografías 337, Valencia 2004, págs.107 a 126.

<sup>389</sup> En este sentido, PIGNATELLI Y MECA, Fernando; “La protección de los bienes ...”, ob. cit., pág. 147.

<sup>390</sup> BADENES CASINO, Margarita; *La protección ...*, ob. cit., páginas 133 y siguientes.

*principio de responsabilidad del superior* sobre los actos cometidos por sus subordinados cuando, teniendo conocimiento de su existencia, no hubiere adoptado las medidas necesarias para evitarlos, reprimirlos y para promover su persecución. Además podemos añadir la existencia de diversas normas de naturaleza procesal que establecen un sistema de *jurisdicción universal corregida*<sup>391</sup> al permitir la persecución de algunas infracciones graves y en determinadas situaciones que concurren en el Estado parte, señalando algunas fórmulas de extradición *sin excepción alguna ni tardanza excesiva a las autoridades judiciales competentes para que la procesen con arreglo a un procedimiento [...] equitativo e imparcial.*

En lo que respecta al ámbito estatal, el delito contra bienes protegidos en caso de conflicto armado, integrado entre los Delitos contra la Comunidad Internacional, se tipifica en el artículo 613.1 a) del Código Penal vigente<sup>392</sup> que castiga con la pena de cuatro a seis años de prisión al que, con ocasión de conflicto armado, realice u ordene realizar *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.* La misma pena se impone en los apartados b) y c) por el uso indebido de bienes culturales o cuando lleve a cabo *apropiación a gran escala, robe saquee o realice actos de vandalismo* contra los bienes culturales. Como complemento del tipo anterior, el artículo 614 bis establece, con carácter imperativo que *se aplicarán las respectivas penas en su mitad superior* cuando las anteriores conductas *formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala.*

El artículo 615 del Código Penal castiga la provocación, conspiración y proposición para cometer estos delitos con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada y el artículo 615 bis, entre las Disposiciones Comunes del Título, consagra el *principio de responsabilidad del superior jerárquico* al castigar conductas tanto omisivas como imprudentes y referirse a *la autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos* comprendidos en los capítulos II (genocidio), II

---

<sup>391</sup> En este sentido, PIGNATELLI Y MECA, Fernando; “La protección de los bienes ...”, ob. cit., pág. 148.

<sup>392</sup> Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre (BOE número 283 de 26 de noviembre) cuya Exposición de Motivos señalaba: “Se definen y regulan los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional”.

bis (lesa humanidad) y III (bienes protegidos en caso de conflicto armado) de este título, imponiéndole la misma pena que a los autores. Se contempla la posible comisión del delito por imprudencia grave con imposición de la pena inferior en uno o dos grados, imponiendo la misma pena a la autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que estas infracciones puedan ser perseguidas. Esta responsabilidad se extiende a los superiores no contemplados en los apartados anteriores (apartados 4 y 5) o al funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos anteriormente citados. Por último, el artículo 616 del Código Penal, en el caso de cometerse estos delitos por una autoridad o funcionario público, además de las penas señaladas, impone la inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años y, para el caso de los particulares, los jueces y tribunales podrán imponer la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años.

Como ya hemos señalado, estas modalidades delictivas, que no fueron objeto de modificación alguna en la reforma del Código Penal de 2015, derivan de los Convenios de Ginebra y de los dos *Protocolos Adicionales* aprobados por la Organización de Naciones Unidas el 8 de julio de 1977. Se configuran como Delitos contra la Comunidad Internacional, entendida como un *espacio colectivo de intereses y personas de alcance diverso al meramente individual y nacional* que reclama un cuerpo legal que sirva para defender la seguridad que permite la convivencia pacífica y duradera<sup>393</sup>.

No resulta extraño que estas tipologías se vinculen habitualmente con yacimientos arqueológicos aunque, por sus especiales características, les afectan con mayor frecuencia de manera indirecta (ataques y saqueos de museos o conjuntos monumentales) llevando a cabo actos de apoderamiento y su posterior distribución en el mercado ilícito como forma de financiación de actividades terroristas. La regulación penal está claramente influida por las grandes tragedias culturales producidas a consecuencia de algunos conflictos armados de la escena internacional que tienen lugar a finales del siglo XX y que siguen produciéndose en la actualidad, como ocurre con la guerra civil que desemboca en el régimen talibán de Afganistán y su intento de feroz destrucción de bienes culturales o con la guerra serbocroata y el trágico bombardeo de la histórica ciudad de

---

<sup>393</sup> PERIS RIERA, Jaime; “Delitos contra el Orden Público y la Comunidad Internacional”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador) *Estudios sobre el Código Penal Reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, páginas 875 a 903. PERIS RIERA, Jaime; “Delitos contra la Comunidad Internacional. MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador). *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Editorial Dykinson, Madrid, 2011, páginas 1.253 y 1.254.

Dubrovnik<sup>394</sup> y que más recientemente, lamentablemente y a pesar de todas las experiencias anteriores, ha mostrado un nuevo caso de extraordinarias dimensiones con el expolio de bienes culturales producido durante la segunda Guerra de Irak o durante la Guerra Civil de Siria con casos tan terribles como el del Conjunto Monumental de Palmira<sup>395</sup>.

---

<sup>394</sup> No me resisto a referir, aunque sea muy brevemente, la historia casi increíble del mayor tesoro jamás hallado por el hombre, el famoso *Tesoro de Bactria*, formado por 21.618 piezas arqueológicas de incalculable valor de las que 20.478 son de oro y que fuera descubierto el 15 de noviembre de 1978 por el arqueólogo ruso-griego VIKTOR SARIANIDI en el norte de Afganistán, concretamente en la necrópolis de Tillya-Tepe (*Colina de Oro*). Las piezas procederían del legendario *Reino de Bactria* fundado por uno de los *diadocos* o *epígonos* que surgieron a la muerte de ALEJANDRO MAGNO y del que apenas existía una constancia significativa. Solo una maravillosa moneda de oro de gran tamaño vendida en Londres a finales del siglo XIX daba alguna noticia de aquel reino de fabulosa riqueza y gran maestría en el tratamiento de los metales preciosos.

En una situación verdaderamente caótica, en plena Guerra de Afganistán, este tesoro pudo ser salvado por la actitud heroica de su descubridor (un nombre que deberían conocer todos los escolares del mundo) y de un grupo de autoridades culturales y funcionarios del Museo Nacional de Kabul, que lo escondieron para que no fuera destruido por el salvaje régimen talibán, sellando un pacto de silencio que puso en peligro sus vidas y les llevó, en ocasiones, al encarcelamiento, la tortura y, en algún caso, hasta la muerte. Tras obtener una victoria total los talibanes y acceder a la capital del país, surgieron toda clase de rumores sobre el paradero del tesoro. En realidad, se encontraba escondido en la cámara acorazada del Banco Central, un prodigio de la ingeniería que se abría con siete llaves que fueron entregadas, en 1992 y antes de su completa derrota militar, por el Presidente de la República, MOHAMED NAJIBULÁ, a siete notables de acreditada honradez, quienes, desconociendo a los portadores de las llaves restantes, abandonaron el país precipitadamente para no ser descubiertos. Tras el asalto a la sede de las Naciones Unidas, donde se encontraba asilado al no querer abandonar el país, el Dr. Najibulá fue capturado en 1996 por los talibanes, fue posteriormente interrogado y torturado, castrado y finalmente asesinado, sin revelar el lugar donde se encontraba el tesoro, exhibiendo su cadáver y el de su hermano colgados de un poste para el escarnio público. Pese a tanta barbarie y tras destruir cuantos monumentos se encontraban en las dependencias del Museo de Kabul o los famosos *Budas de Bamiyán*, los talibanes no pudieron encontrar el tesoro de Bactria, ni abrir la cámara acorazada donde sospechaban que podía encontrarse. Sabemos que intentaron dinamitarla pero también que alguien, en un alarde de ingenio, les hizo creer que estaba diseñada para explotar y provocar el hundimiento total del edificio e impedir que se encontrara aquello que estuviera en su interior.

Una vez que fue liberado el país del poder demencial de los talibanes, el nuevo Presidente de la República HAMID KARZAI llevó a cabo una convocatoria para que volvieran al país los portadores de las siete llaves. Y la convocatoria surtió efecto y en poco tiempo comparecieron ante él los siete notables con cada una de las siete llaves entregadas, de manera que el día 28 de agosto de 2002, se encaminaron a la cámara acorazada del Banco Central de Kabul. La admirable valentía del Director del Museo Nacional, OMAR KHAN MASSOUDI y de otros funcionarios públicos que mantuvieron el secreto de las llaves, pese a las torturas, el encarcelamiento y toda clase de peligros, permitió que pudiera abrirse con toda normalidad la cámara acorazada, para asombro de los presentes, donde se encontraron 90 millones de dólares en lingotes de oro. Pero no había ni rastro del tesoro. Se desveló entonces por uno de los funcionarios del Banco encargado de la seguridad, que el tesoro se encontraba, siguiendo las últimas instrucciones del Presidente Najibulá, en una cámara secreta diferenciada de la anterior, más pequeña y oculta, señalando que se había hecho así como se hacía en las antiguas pirámides de Egipto para preservar las tumbas de los faraones. Una vez conocido el secreto, pudo abrirse la segunda cámara y apareció el gran tesoro de Bactria intacto. No faltaba ni una sola pieza del paciente catálogo que años antes había hecho VIKTOR SARIANIDI.

<sup>395</sup> La cuestión ha sido abordada, entre otros foros internacionales, en la *Conferencia Internacional de INTERPOL sobre Bienes Culturales Robados en Irak*, celebrada en Lyon el 6 de mayo de 2003. Recientemente (septiembre de 2015), la UNESCO ha lanzado la iniciativa “Protección del Patrimonio Mundial. Un imperativo para la Humanidad”, abierta a todos los Estados miembros de la ONU con la activa colaboración de INTERPOL.

Las motivaciones en los conflictos señalados alternan las motivaciones religiosas o ideológicas para la destrucción de la moral del enemigo o la destrucción de su identidad, con intereses puramente materiales de mero enriquecimiento personal, sin olvidar la financiación de grupos criminales o terroristas mediante la venta de valiosos bienes expoliados.

### **10. Las nuevas *Guerras de Identidad***

La Convención de la Haya de 1954 y los esfuerzos realizados por la UNESCO para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado son encomiables pero, aún hoy, resultan normalmente inútiles<sup>396</sup>, casi tanto como lo fueron hace un siglo durante la Primera Guerra Mundial las escasas normas que existían sobre el particular. Los historiadores sostienen, al comentar el centenario de la contienda, que pudo tener, por el apoyo de la Cruz Roja y otras instituciones benéficas, alguna vigencia la *Convención de Ginebra*, revisada en 1906, para establecer el trato a los heridos y a los prisioneros de guerra, pero prácticamente no tuvo ninguna virtualidad la tímida legislación internacional vigente para la protección material de la cultura en una situación claramente extensible a todas las circunstancias que rodearon el final de la Segunda Guerra Mundial que tuvo, en algunos aspectos oscuros que son ahora objeto de estudio, caracteres propios de las guerras de identidad<sup>397</sup>. Hay que tener en cuenta que esta situación volvió a producirse con una virulencia inaudita durante el conflicto armado de la antigua Yugoslavia, con métodos de guerra como la limpieza étnica y una devastación de bienes culturales de una extrema gravedad en enclaves especialmente significativos desde un punto de vista histórico (Dubroknik y Sarajevo en 1992 o Mostar en 1993). Paradójicamente, como nos señala BADENES CASINO, la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia había sido uno de los Estados que más progresos había obtenido en la protección internacional de los bienes culturales, ya que en 1986 había registrado 9.719 lugares con manifestaciones de Patrimonio Arquitectónico, 300 regiones y más de 330 ciudades y distritos históricos y hasta 2.500 lugares con muestras de arquitectura religiosa<sup>398</sup>. El fracaso del Convenio de la Haya durante este conflicto resultó determinante para su corrección a través de la elaboración del Segundo Protocolo de 1999.

La cruel enseñanza del siglo XX, pese al esfuerzo institucional, apenas ha rendido algún beneficio real, porque la impunidad es la regla general en esta

---

<sup>396</sup> En términos análogos al comentar sus precedentes normativos, PIGNATELLI Y MECA, Fernando; "La protección de los bienes ...", ob. cit., pág. 132.

<sup>397</sup> Como demostración y en términos generales; *Después del Reich* de MAGDONOGH, Giles; traducción de GIL ARISTO, José Luis; Galaxia Gutenberg, Barcelona 2010.

<sup>398</sup> BADENES CASINO, Margarita; *La protección ...*, ob. cit., páginas 85 y siguientes.

clase de crímenes y se trata, además, de una impunidad que se expande en un doble sentido. De una parte, se incrementa cuantitativamente porque los conflictos que lamentablemente afloran en cualquier lugar del mundo, siguen destruyendo toda clase de bienes culturales de una naturaleza insustituible con toda impunidad y mostrándolo en la red sin ningún pudor. De otra, se aprecia una forma de *impunidad consentida* porque, al margen de alguna iniciativa internacional más o menos voluntariosa desarrollada por la INTERPOL, son crímenes que no suelen investigarse por instancia oficial alguna a pesar de su reconocida gravedad. Toda esta situación queda acreditada por la recreación de un concepto rescatado desde las profundidades de la historia como es el de la *Guerra de Identidad* que aflora en cualquier conflicto de origen étnico, territorial o religioso y que convierte la destrucción de los bienes culturales en una valiosa estrategia de dominación y publicidad del terror.

La reflexión que debemos sostener cuando se ha cumplido más de un siglo de la *Gran Guerra* es que, siendo devastadora hasta límites poco imaginables hasta entonces, se quedó pequeña con el paso del tiempo. No obstante, la que fuera conocida como *el fin de todas las guerras*, si fue la primera en demostrar que podía quedar arrasada cualquier manifestación de la cultura en unos pocos días, sin asumir responsabilidad alguna y en cualquiera de las regiones más cultas y desarrolladas del planeta. Esta situación no se ha visto mejorada con el paso del tiempo en toda clase de territorios y conflictos.

El rastro monumental del hombre es frágil y está sometido a los vaivenes de la naturaleza, a las formas más perturbadas de codicia, aunque en estos casos, la codicia también ha sido un elemento que ha permitido la conservación de algunos bienes. La devastación producida a consecuencia de conflictos bélicos resulta, como regla general, más ingrata que aquellas que producen las catástrofes naturales ya que, normalmente, el efecto destructivo es mayor quizá por la dosis de voluntariedad que no se aprecia en los otros supuestos. Si aprendemos esta enseñanza, denunciamos los efectos devastadores de la guerra y dotamos al derecho internacional público de algunos instrumentos efectivos de control, podremos afrontar el futuro con mayor esperanza. La *Gran Guerra* abrió un nuevo escenario de destrucción e impunidad al demostrar la capacidad de destrucción en un breve período de tiempo y sin posibilidad alguna de que tenga lugar una reparación suficiente en los lugares más desarrollados desde un punto de vista jurídico. Estas calamidades parecían superadas pero el futuro ha incrementado notablemente esta capacidad destructiva, incluso en conflictos regionales que han tenido lugar a finales del siglo XX y en el mismo continente europeo. Este triste legado debe ser recordado con frecuencia y comparado con el

presente porque, en situaciones de conflicto armado, la situación sigue siendo bastante parecida.

La herida sigue abierta en el siglo XXI y añadiendo nuevos elementos de odio étnico o fanatismo religioso que parecían impensables en nuestro tiempo. Ahora mismo sangra esa misma herida en Alepo, la gran ciudad fundada por Alejandro o en la salvaje destrucción de Palmira en la terrible guerra civil de Siria<sup>399</sup>.

## 11. Referencia al Código Penal Militar

Por último, podríamos añadir una breve nota sobre la tipología que establecía el artículo 77 de la Ley Orgánica 13/1985, del antiguo Código Penal Militar Español, cuando castigaba con la pena de dos a ocho años de prisión al militar que *destruyere o deteriorare, sin que lo exijan las necesidades de la guerra, el patrimonio documental y bibliográfico, los monumentos arquitectónicos y los conjuntos de interés histórico o ambiental, los bienes muebles de valor histórico, artístico, científico o técnico, los yacimientos en zonas arqueológicas, los bienes de interés etnográfico y los sitios naturales, jardines y parques relevantes por su interés histórico-artístico o antropológico y, en general, todos aquellos que formen parte del patrimonio histórico.*

El mismo precepto añadía que *cualquier acto de pillaje o apropiación de los citados bienes culturales, así como todo acto de vandalismo sobre los mismos y la requisita de los situados en territorio que se encuentre bajo la ocupación militar será castigado con igual pena.* Esta asimilación punitiva resultaba excesiva ya que no podrían equipararse situaciones de destrucción completa o absoluta de bienes culturales con actos de vandalismo que, aunque deban ser denunciados y reprimidos, podrían con relativa facilidad permitir la reconstrucción o restauración de los bienes dañados.

Tras la derogación del texto, el nuevo Código Penal Militar ha sido aprobado en virtud de la Ley Orgánica 14/2015 de 14 de octubre<sup>400</sup>. La nueva norma no contiene tipologías específicas que estén referidas, directa o indirectamente, a la protección de bienes culturales, siendo de aplicación en caso de conflicto armado lo establecido en el artículo 613 del Código Penal. Como

---

<sup>399</sup> Hace solo unos meses, el pasado agosto, los terroristas del Estado Islámico en Siria han decapitado en una plaza pública y ante decenas de personas a quien fuera durante cincuenta años jefe del conjunto monumental de la ciudad monumental de Palmira, el historiador JALED ASAAD, de 81 años y al que previamente interrogaron sobre un supuesto tesoro escondido sobre aquellas maravillosas ruinas que, al día de hoy, están siendo destruidas con total impunidad en una salvaje *Guerra de Identidad* que sigue conmocionando al mundo.

<sup>400</sup> Boletín Oficial del Estado número 247, de 15 de octubre de 2015, páginas 95.715 y siguientes.



pone de manifiesto su *Preámbulo*<sup>401</sup>, ello sería consecuencia de la aplicación normalizada del *principio de complementariedad* de la ley penal militar respecto del Código Penal.

---

<sup>401</sup> Textualmente señala el Preámbulo que sería *consecuencia del principio de complementariedad de la ley penal militar respecto del Código Penal común, y acorde con los modelos actuales de códigos o leyes penales militares de los países de nuestro ámbito sociocultural y más asidua relación en el campo de la Defensa Nacional.*

## Capítulo Quinto

### OTRAS POSIBLES FORMAS DELICTIVAS SOBRE EL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO

El debate doctrinal sobre la protección penal de los bienes culturales en España suele incidir en la necesidad de construir algunas nuevas tipologías que permitan una mayor eficacia en la actuación institucional sobre la delincuencia asociada a la protección material de la cultura. Esta polémica ha girado en torno, al margen de otras cuestiones, a la necesidad de tipificar la excavación ilegal, ampliar la fórmula actual de la receptación agravada, establecer un subtipo específico para el blanqueo de capitales y decidir si la falsificación de bienes culturales atenta, de uno u otro modo, contra el bien jurídico tutelado mediante la defensa penal del Patrimonio Histórico. No cabe duda que todo el debate tiene una especial incidencia cuando nos referimos al Patrimonio Arqueológico sobre el que se aprecia por la doctrina una *desconcertante resistencia del legislador* a tipificar las frecuentes agresiones que sufre, en ocasiones de manera muy frecuente y especialmente dañina<sup>402</sup>.

La observación de la evolución de la legislación penal española desde la promulgación del Código Penal de 1995, pone de manifiesto el escaso interés que ha suscitado la cuestión entre nuestros legisladores. Salvo la reciente inclusión de una discutible modalidad agravada de receptación y la referencia expresa al expolio en el nuevo delito de daños del artículo 323 del Código Penal, estas cuestiones no han merecido consideración alguna en las sucesivas y numerosas reformas operadas en el texto penal. Sin embargo, este debate incide de forma notable en las formas más graves de criminalidad asociada a los bienes culturales y, especialmente, cuando recaen sobre piezas o tesoros arqueológicos por su elevado valor y por su facilidad para su traslado y posterior introducción en el mercado ilícito.

### **1. La excavación ilegal como un nuevo delito medioambiental**

La actual redacción del artículo 323 del Código Penal y su famosa referencia explícita al expolio de yacimientos arqueológicos ya hemos visto que ha supuesto, al margen de alguna consideración positiva, la adopción de una solución confusa y problemática que puede reproducir pronunciamientos dispares en la jurisprudencia provincial que contarán con la conocida dificultad que entraña el defectuoso sistema de recursos de nuestra legislación procesal.

Desde hace tiempo, la doctrina especializada y la propia Fiscalía General del Estado<sup>403</sup>, habían venido reclamando distintas reformas del Código Penal y,

---

<sup>402</sup> RENART GARCÍA, Felipe; *El delito ...* ob. cit.; pág. 355. SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...* ob. cit.; pág. 314.

<sup>403</sup> ROMA VALDÉS, Antonio; “La Fiscalía y el patrimonio ...”, ob. cit., págs. 75 y 76. GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>o</sup>; 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 y siguientes.

entre ellas, la posible tipificación de un delito autónomo de excavación ilegal. En realidad, no es que la excavación ilegal no pueda ser perseguida con la legislación penal actual ya que, al margen de las sanciones administrativas que puede imponer la LPHE y la vigente legislación autonómica, la amplitud del delito de daños dolosos al Patrimonio Histórico permitiría su consideración como una infracción de esta naturaleza, al margen de que tuvieran lugar o no actos de apropiación o apoderamiento de piezas. El delito quedaría consumado por el daño producido al yacimiento arqueológico pero concebido como una fuente de información científica y conforme a las definiciones que han sido desarrolladas, claramente influidas por la normativa internacional, por la legislación administrativa. Se trataría de considerar como un *daño efectivo*, la simple *privación del sentido del yacimiento*<sup>404</sup>. En puridad, por tanto, ni siquiera sería necesario que tuviera lugar la causación de un daño material conforme a las teorías de la *perturbación de la función* o de la *modificación del estado*, a las que aludimos al interpretar el artículo 323 del Código Penal.

### 1.1. Cuestiones previas

Como hemos puesto de manifiesto la discusión teórica que suscita la protección de los bienes culturales es abundante y compleja y se extiende con relativa frecuencia a la oportunidad de establecer algunas nuevas tipologías. Parte de la doctrina ha considerado evidente que lo más razonable podría ser llevar a cabo una tipificación explícita sobre el expolio arqueológico que abordara de una manera *suficiente* las distintas posibilidades comisivas. Esta propuesta, realizada desde hace tiempo, casi coincidiendo con la promulgación del Código Penal de 1995, por ROMA VALDÉS<sup>405</sup>; interesaba la redacción de un nuevo delito, integrado como el 323 bis, en el capítulo específico de los delitos sobre el Patrimonio Histórico, tomando en consideración los siguientes elementos de análisis, a los que he añadido alguna breve puntualización personal:

1. Profundizar en el carácter histórico y no patrimonial de la conducta que debía tipificarse, alejándola de los delitos contra el patrimonio y ubicándola en el Título XVI del Libro II del Código Penal como una manifestación de la delincuencia ambiental.
2. Como consecuencia de lo anterior, habría que desligar de la conducta punible los aspectos patrimoniales de la apropiación de bienes culturales cuyas notas sean las propias del patrimonio arqueológico español.

---

<sup>404</sup> ROMA VALDÉS, Antonio; *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, Editorial Comares, Granada, 2008, pág.74.

<sup>405</sup> ROMA VALDÉS, Antonio; “La protección penal del patrimonio arqueológico”, publicado en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, Madrid, Tomo VIII, 1998, páginas. 3 a 34.

3. Esquivar toda referencia a las cuantías en el adueñamiento de toda clase de bienes extraídos. El propio autor en sucesivos trabajos habría incidido sobre formulas científicas para llevar a cabo la valoración de daños en yacimientos arqueológicos<sup>406</sup> y las posibilidades que puedan barajarse para la satisfacción de responsabilidades civiles.
4. Desvincular la consumación del delito de la producción de un resultado lesivo, empleando al efecto la técnica de los delitos de peligro concreto. Bastaría con la actividad de excavar con la finalidad de obtener restos arqueológicos, sin que tuvieran lugar actos de apoderamiento, causando algún daño en el yacimiento. En el caso de los hallazgos completamente casuales sin actividad excavadora, no parece que pudiéramos acudir a esta pretendida tipología.
5. Procurar la entrega de los bienes arqueológicos apropiados a la administración y declarando en la sentencia la responsabilidad civil que debería englobar los derechos del perjudicado por el premio legalmente establecido en el caso del hallazgo casual.
6. No se alude a supuestos de excavaciones realizadas conforme a la legislación vigente en las que tenga lugar algún acto ilícito que las convierta en excavaciones delictivas pero podrían, en buena lógica, integrarse en un nuevo tipo penal. No solo ante situaciones de apoderamiento no declaradas, sino ante la producción de daños dolosos o incluso imprudentes que podrían desplazar la aplicación del artículo 324 del Código Penal.

Conforme a las ideas anteriormente expresadas, el delito propuesto por ROMA VALDÉS quedaría redactado en los siguientes términos: *Se castigará con la pena de prisión de uno a tres años a quien, sin la debida autorización, realizare cualquier clase de excavación o remoción de tierras con la intención de obtener los restos arqueológicos que contuvieren los terrenos, así como a quien portare equipamiento adecuado con el mismo fin. Si se hubiesen encontrado materiales arqueológicos, se pondrán inmediatamente en conocimiento de la administración competente.*

Como ya hemos señalado en un capítulo anterior, algunos Códigos Penales relativamente recientes contienen alguna de estas tipologías como ocurre, por ejemplo, con la *exploración arqueológica ilegal* que aparece descrita

---

<sup>406</sup> ROMA VALDÉS, Antonio; “La valoración de los daños ...”ob. cit.; pág. 74 o igualmente en “La aplicación ....”ob. cit.; págs. 111 y siguientes

en el artículo 247 del Código Penal de Cuba de 1987 (Ley número 62) dentro del Título correspondiente a los *Delitos contra el Patrimonio Cultural*<sup>407</sup>.

En realidad, la propuesta se desenvuelve entre la tentativa de la apropiación indebida, el hurto y los daños específicos al Patrimonio Histórico, habida cuenta su ubicación sistemática, sin requerir que tenga lugar el apoderamiento efectivo del objeto y con una última alusión a la *tenencia de útiles para el expolio* que recupera la fórmula, siempre dudosa, del viejo delito de sospecha. De otra parte, no existe alusión alguna a los yacimientos subacuáticos que deberían integrarse en la tipología, circunstancia que solo debe achacarse a que, en el momento de la propuesta, no había sido elaborada la Convención de la UNESCO de 3 de noviembre de 2001 *sobre la protección del patrimonio cultural subacuático*.

Hace tiempo que puse de manifiesto, *a pesar de mis dudas iniciales sobre el particular*, que la realidad criminal española terminaba por darle la razón al autor citado, ante una *insuficiente respuesta normativa para perseguir los frecuentes expolios de yacimientos arqueológicos sufridos en toda España*, aunque esta nueva modalidad delictiva podría configurarse más correctamente, a mi juicio, abandonando al ámbito administrativo sancionador la persecución por el uso de *equipamiento adecuado para el expolio*<sup>408</sup>. En los mismos términos se habría pronunciado un sector de la doctrina que habría considerado *conveniente* una reforma de esta naturaleza aunque de forma inconcreta<sup>409</sup>. La necesidad de una protección individualizada sigue vigente aunque el expolio, como ya he puesto de manifiesto con anterioridad, ha sido incluido en el ámbito objetivo de protección del nuevo artículo 323 del Código Penal tras la reforma operada en virtud de la Ley 1/2015 y no cabe duda que el ánimo del legislador ha sido la de abordar esta polémica aunque de una manera especialmente lacónica, entendiéndose que tiene lugar con la referencia a los actos de expolio una

---

<sup>407</sup> El precepto establece: *El que, sin autorización del organismo estatal competente, realice trabajos materiales de exploración arqueológica mediante excavaciones, remoción de tierras u otros medios, incurra en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.*

<sup>408</sup> GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; “Los Daños por Imprudencia al Patrimonio Histórico”, en Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal”, Madrid, 1998, ob. cit., pág.111, señalando “muy discutible que sea aconsejable llevar a cabo una tipificación específica respecto a una parte integrante o categoría del patrimonio histórico”. Posteriormente, “La Protección Penal del Patrimonio Arqueológico”, en Revista Patrimonio Cultural y Derecho, n<sup>o</sup> 7, Madrid, 2003, ob. cit., pág.107, “... la realidad criminal española ha terminado por darle la razón ante la insuficiente respuesta normativa española para perseguir los frecuentes expolios de yacimientos arqueológicos ...”.

<sup>409</sup> NUÑEZ SÁNCHEZ, Ángel; “El expolio ...”ob. cit.; pág. 203

*importante y necesaria previsión que era, desde hace tiempo una reclamación por parte de especialistas en la materia*<sup>410</sup>.

En realidad, la discusión casi carece de sentido en la actualidad ya que la referencia concreta a los *actos de expolio* en el nuevo artículo 323 del Código Penal, establece una solución discutible pero que responde, en definitiva, al planteamiento de la necesidad de una nueva tipología específica. En la situación actual, por tanto, no contaríamos con una descripción del tipo, pero este quedaría configurado como un delito especial de daños que podría, conforme a la posición que hemos mantenido en el capítulo correspondiente, entrar en situación de concurso con un delito agravado de hurto del artículo 253. 1º del Código Penal o de apropiación indebida del artículo 254.1 del mismo texto legal, si tienen lugar actos relevantes de apoderamiento. La doctrina mantiene sobre el particular posiciones heterogéneas al estimar que esta conducta sería la que podríamos considerar como una situación de expolio *strictu sensu*<sup>411</sup>, insistiendo en la mayor o menor dificultad para apreciar la apropiación indebida ante la duda de que las piezas arqueológicas puedan ser consideradas cosas perdidas o de dueño desconocido. En mi opinión, por el contrario y como ya pusimos de manifiesto con anterioridad, la aplicación de las agravaciones específicas del hurto o la apropiación indebida vendrían determinadas por la existencia o no de una previa declaración formal para la protección del yacimiento.

Otra cuestión controvertida y vinculada con la cuestión anterior es la del acceso generalizado a las fuentes de información pública en materia de yacimientos arqueológicos o pecios históricos. Frente a otras situaciones anteriores mucho más permisivas, especialmente perniciosas para el patrimonio sumergido, en la actualidad y conforme a la legislación sectorial promulgada en las Comunidades Autónomas, la localización de estos bienes puede tener un acceso restringido y requiere un régimen especial debiendo los solicitantes, en todo caso, aclarar la finalidad de su solicitud y *guardar las cautelas precisas*<sup>412</sup>.

## **1.2 Dificultades de tipificación**

RUFINO RUS, siguiendo a RODRÍGUEZ TEMIÑO<sup>413</sup>, señala como otro

---

<sup>410</sup> JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis: *La reforma ...ob. cit.*; Los autores, al comentar la referencia al expolio, citan expresamente trabajos desarrollados por ROMA VALDÉS, Antonio y GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>.

<sup>411</sup> JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis: *La reforma ...ob. cit.*; pág. 153.

<sup>412</sup> Sobre la cuestión puede consultarse el trabajo *El Sistema de Información del Patrimonio Histórico de Andalucía* (SIPHA) publicado por el Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico en la colección PH Cuadernos número 20, Sevilla, 2007, pág. 208.

<sup>413</sup> RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio; “El expolio del patrimonio: la arqueología herida”. Actas del simposio internacional “Del Ayer para el Mañana. Medidas de protección del Patrimonio” (Ávila, 2003). Valladolid: Fundación del Patrimonio Histórico de Castilla y León, 2004.

factor determinante del incremento de expolios sobre yacimientos arqueológicos, vendría determinado por lo que denomina el *déficit entre excavación y publicación*. Con este término se alude al hecho de que el creciente ritmo de construcciones y obras públicas y la conocida ineficacia de los sistemas legales de protección, han provocado el aumento de excavaciones arqueológicas, especialmente de las denominadas preventivas, en una proporción que supera con mucho la capacidad de quienes las realizan para poderlas estudiar de forma adecuada. Sin contar con los estudios necesarios es imposible tener un conocimiento fiable<sup>414</sup>. Esta situación pone de manifiesto el enorme volumen de yacimientos que pueden verse afectados y las dificultades de llevar a cabo una protección eficaz frente al expolio arqueológico.

La idea de excavación, de otra parte, debe tener cierta complejidad técnica. Como pone de manifiesto GARCÍA FERNÁNDEZ, la excavación es el instrumento jurídico más importante para que afloren los bienes del Patrimonio Arqueológico<sup>415</sup>. Conforme a su definición legal, se trata de un concepto que se integra por un elemento finalista y otro de naturaleza material. Desde una perspectiva científica, el elemento finalista vendría determinado por la idea de llevar a cabo un descubrimiento e investigación pero, desde una perspectiva penal, vendría determinado por el ánimo de apoderamiento o apropiación de bienes arqueológicos. En cuanto al elemento material, se trataría de un *elemento omnicomprendivo* donde podrían integrarse una serie de actividades como la remoción de tierra *en la superficie, en el subsuelo, ámbito acuáticos o en elementos geológicos*. La diferencia entre la excavación y la prospección arqueológica definida en el artículo 41.2 de la LPHE vendría determinada por el diferente elemento material de ambas ya que la prospección no es más que una exploración superficial o acuática, sin remoción del terreno y dirigida solo al estudio, investigación o examen de datos. Desde una perspectiva penal, la tipología de la excavación tendría que identificarse, cuando menos, con la remoción de tierra, aunque podría servirse como elemento preparatorio de la simple prospección, diferenciándose del hallazgo casual tal y como aparece regulado en el articulado de la LPHE.

La tipificación de la excavación ilegal no debería identificarse, por tanto, con una mera exploración superficial del terreno, consistiendo en una intervención de cierta entidad. Lo importante, en cualquier caso, sería acreditar la

---

<sup>414</sup> RUFINO RUS, Javier; “La protección del Patrimonio Arqueológico en el Código Penal. Deficiencias y propuestas para una reforma de las leyes sustantivas y procesales”, en Revista PH, Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, número 82, Sevilla, 2012, páginas 54 a 70.

<sup>415</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier; “La protección del Patrimonio Arqueológico. Especial referencia a los artículos 40.2, 41 y 42 de la Ley del Patrimonio Histórico Español”, en *Estudios sobre ...*; ob. cit., páginas 569 y siguientes.



voluntad del sujeto de apropiarse de piezas arqueológicas (como hace el segundo inciso de la tipología propuesta) y no de efectos perdidos sin valor histórico alguno (monedas, bisutería o joyas de escaso valor), no resultando fácil en ocasiones delimitar las conductas que pudieran alcanzar relevancia penal, teniendo en cuenta que lo propuesto de tipificación alude a la configuración de un delito de peligro concreto.

Estas dificultades, permiten inferir que la alusión explícita a los actos de expolio podría cubrir de manera suficiente esta necesidad, haciendo irrelevante una nueva tipificación de una escasa incidencia práctica. Cuestión distinta es que quizá hubiera sido deseable que el legislador español de 2015, podría haber resuelto la compatibilidad de los actos de expolio como daños al yacimiento con las sustracciones o apoderamiento de piezas arqueológicas de cierto valor como delitos de hurto o apropiación indebida, llevando a cabo una mínima descripción del supuesto que evitara interpretaciones contradictorias. El sistema de protección legal debería complementarse, no con la figura de un delito de sospecha consumado por la mera tenencia de útiles para llevar a cabo la excavación ilegal, sino con una normativa administrativa que establezca fórmulas adecuadas de control en el uso de los detectores de metales y un régimen confiscatorio y sancionador suficientemente persuasivo.

### **1.3 Los detectores de metales y su relación con el expolio**

La doctrina ha venido destacando por su importancia creciente en el expolio del Patrimonio Arqueológico, el uso fraudulento y masivo de detectores de metales, *toda vez que la utilización de dichos elementos por excavadores ilegales resulta muy peligrosa, no sólo por detraer bienes de relevancia histórica y cultural del dominio público, sino también por producir consecuencias dañinas en el yacimiento, que dan lugar a la imposibilidad de cumplir su función esencial: aportar vestigios para el estudio de la evolución de la civilización*. Este saqueo afecta especialmente al patrimonio arqueológico y, muy especialmente, al numismático, que constituye un elemento clave para la determinación de la antigüedad del yacimiento, y del substrato en que las monedas han sido halladas<sup>416</sup>.

En este sentido se pronuncia, con indudable acierto, la Ley 14/2007 de Patrimonio Histórico de Andalucía ya que en su artículo 60 establece un nuevo régimen de autorización para el uso de aparatos detectores de metales *u otras herramientas o técnicas que permitan localizar restos arqueológicos*, regulación que supone, de hecho, la práctica prohibición de esta actividad con una finalidad arqueológica. La trascendencia práctica de esta medida parece evidente. Según la

---

<sup>416</sup> RUFINO RUS, Javier; “La protección ...”ob. cit., pág. 68.

norma citada, el uso tiene que ser autorizado por la Consejería competente en materia de Patrimonio Histórico de manera personal e intransferible, con la exigencia, en todo caso, de presentar solicitud en la que se identifique la zona de búsqueda, así como la fecha y plazo para su uso. En cuanto a los hallazgos arqueológicos que puedan tener lugar, tienen que ser ineludiblemente comunicados en el plazo de veinticuatro horas, sin que pueda realizarse remoción alguna del terreno o cualquier clase de intervención y sin que tenga lugar derecho a indemnización o premio alguno. Al margen de lo anteriormente manifestado, el último apartado del precepto exige que las asociaciones y demás entidades con personalidad jurídica dedicadas a estas actividades, deban recoger de forma expresa en sus Estatutos un recordatorio de la obligatoriedad de obtener la autorización pertinente para la localización de restos arqueológicos.

La labor divulgativa llevada a cabo por algunos gobiernos autónomos en la persecución del expolio arqueológico a través del *detectorismo*, ha contribuido decisivamente a que tengan lugar frecuentes situaciones de colaboración con las autoridades policiales o culturales de personas aficionadas a la arqueología y usuarios de detectores, una vez que son iniciadas las investigaciones<sup>417</sup>. La dificultad probatoria en la persecución penal de estos delitos y la posible recuperación de bienes culturales de gran valor, determina que hasta la fecha sean escasas las imputaciones por delito de aquellas personas que colaboran con la Administración de Justicia de una manera efectiva en el esclarecimiento de los hechos. Hay que tener en cuenta que hasta hace pocos años, estas prácticas no se consideraban perniciosas y hasta se fomentaban desde espacios públicos, como ocurrió con el famoso programa concurso, emitido entre 1967 y 1980 por Radio Nacional de España y Televisión Española, *Misión Recate* ideado para recuperar algunas obras en peligro o llevar a cabo la recuperación del Patrimonio Arqueológico Español mediante el trabajo de la población local y grupos de escolares voluntarios.

De cualquier modo, en la actualidad y en distintos puntos de España, se vienen desarrollando programas de colaboración entre la administración cultural y asociaciones de *detectoristas*<sup>418</sup>. También se han producido algunas

---

<sup>417</sup> RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio y MATAS ADAMUZ, Francisco Javier; “Arqueólogos contra piteros: Superar una incompreensión”, trabajo publicado en *Arqueología Pública Española*, JAS Arqueología, Madrid, 2013, pág. 187 y siguientes. RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio, YAÑEZ VEGA, Ana y ORTIZ SÁNCHEZ, Mónica; “Arqueología y el uso de detectores en España: El caso de Andalucía”. *La linde*, revista digital de arqueología profesional, 2015, páginas 53 a 73.

<sup>418</sup> En 2007, la Asociación Española para la Defensa de la Detección Metálica (AEPD) realizó la primera colaboración oficial entre una asociación de aficionados a la detección y una institución pública, concretamente el Conjunto Arqueológico de Carmona (Sevilla). La tarea consistió en *limpiar una zona de los residuos que había dejado una herrería colindante y marcar aquellas señales de metales no férricos que pudiesen tener relación con el entorno y su historia*. Recogido en RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio y MATAS ADAMUZ, Francisco Javier; “Arqueólogos contra piteros ...; ob. cit., pág. 215.

investigaciones policiales en las que el desmantelamiento de redes organizadas ha sido consecuencia, en buena medida, de la actitud colaboradora de algunas personas posteriormente imputadas. Es probable, por tanto, que en tales supuestos sea de aplicación lo establecido en el artículo 340 del Código Penal que se encuentra incluido entre las *Disposiciones Comunes* aplicables a todos los delitos medioambientales y que señala distintas penalidades en orden a la reparación voluntaria del daño por el autor al establecer que *si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas*.

El precepto no establece ningún límite temporal por lo que habrá que estimar que la degradación punitiva puede operar aún cuando se hayan iniciado las Diligencias Previas en sede judicial. El escaso rigor de la mayor parte de las penas privativas de libertad que el Código Penal establece para los delitos vinculados al *Patrimonio Histórico* convierte esta medida en un eficaz instrumento de política criminal por cuanto permite, para todos los delincuentes primarios, la aplicación de la suspensión condicional de la pena que evite el ingreso carcelario. La previsión, por tanto, en estrecha relación con la figura del desistimiento prevista en el art. 16 del Código Penal, ha de reputarse como afortunada, por cuanto constituye una forma añadida de protección del *Patrimonio Histórico* a la contenida en todas las tipologías comentadas.

En el derecho comparado algunas legislaciones de la Unión Europea ya habrían optado desde hace tiempo por soluciones similares. Así ocurre en la Ley de 18 de diciembre de 1989, promulgada en Francia y completada en 1991, que exige la autorización gubernativa previa para el uso de detectores de metales con la finalidad de buscar vestigios arqueológicos y señala, al margen de la confiscación, diversas sanciones pecuniarias.

## **2. El blanqueo de capitales desde la arqueología**

La investigación criminal ha sostenido en ocasiones que el robo de grandes obras de arte, teniendo en cuenta la dificultad de introducción de estas piezas en el mercado ilícito, encontraba su justificación por el uso que de tales bienes podía hacer el crimen organizado o como elemento facilitador del blanqueo de capitales teniendo en cuenta el carácter transnacional de la criminalidad organizada y la ausencia de una protección homogénea a nivel internacional<sup>419</sup>.

---

<sup>419</sup> FERNÁNDEZ GALLEGU, Ramón; “Falsificaciones y robo de obras de arte”, en *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*”, Ministerio de Cultura, Madrid, 2006; pág. 89.

Muy brevemente, bastará comentar que esta posible tipificación no haría más que adoptar una decisión de política criminal muy razonable que, en parecidos términos, ya ha sido asumida por nuestro legislador penal. Si, conforme a lo establecido en el artículo 301 del Código Penal, contamos con formas específicas de blanqueo de capitales vinculado a las actividades de narcotráfico y con algunas tipologías entre los delitos contra la Administración Pública y los delitos medioambientales, no parece existir ningún inconveniente legal para asociar graves situaciones de lavado de dinero a la adquisición de bienes culturales, teniendo en cuenta el bien jurídico *múltiple* protegido a través de estas formas de delincuencia.

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 encubierto<sup>420</sup>. 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 en la mayor parte de los casos a una forma de receptación de bienes culturales, conforme aparece tipificada en la nueva agravación del artículo 298.1a) del Código Penal. Lo determinante 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.

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

---

<sup>420</sup> 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.

habitualmente para la comisión de estos delitos<sup>421</sup>. 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”<sup>422</sup>. 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 y 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 piezas 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. Por su parte, la Brigada de Patrimonio Histórico 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*<sup>423</sup>.

De otra parte, la facilidad de transmisión de una información documentada de forma anónima a través de *la red* favorece aún más este tráfico ilícito de manera desmesurada y constituye, un sólido argumento de política criminal para reprimir estas conductas, añadiendo una nueva penalidad agravada de blanqueo de capitales e imponiendo, como en los otros casos, las penas establecidas en el artículo 301 del Código Penal en su mitad superior y estableciendo un decomiso inmediato a favor de las autoridades culturales que sean competentes para su devolución en los términos que sean precisos conforme a la normativa internacional existente sobre el particular.

Es interesante, en relación con todo lo anterior, comprobar que, según se hace constar en el Acta de las sesiones del 60 *Coloquio Internacional* organizado por INTERPOL *sobre el robo y tráfico ilícito de obras de arte, antigüedades y bienes culturales* celebrado en Lyon del 22 al 23 de junio de 2005, la famosa entidad de subastas en la *red* eBAY se presentó como, *una plataforma de comercio electrónico que agrupa a una pluralidad de particulares y*

---

<sup>421</sup> *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.

<sup>422</sup> *Manual Europeo de Investigación Financiera*, ... ob. cit., página 21.

<sup>423</sup> FERNÁNDEZ GALLEGO, Ramón; “Falsificaciones y robo de obras ...” ob. cit.; pág. 90.

*profesionales, destacando también el volumen de transacciones efectuadas por usuarios de más de 150 países. Compradores y vendedores establecen de mutuo acuerdo los contratos de compraventa, y cabe la posibilidad de obtener un perfil informativo del vendedor y de los objetos que vende o ha vendido anteriormente. El contrato de uso de los servicios de eBay prohíbe la venta de objetos ilegales en el país del vendedor o el comprador, así como todas las importaciones o exportaciones ilícitas. Si la empresa detecta alguna violación del mismo, cabe la posibilidad de imponer sanciones, entre ellas suspender el acceso del usuario al sitio web. La representante aseguró que eBay coopera con las autoridades encargadas de la aplicación de la ley, añadiendo que hay antiguos agentes<sup>424</sup> de las mismas que trabajan en el departamento de seguridad de la empresa. La información sobre las ventas efectuadas se mantiene a disposición de los organismos policiales durante tres meses. Al margen del voluntarismo que se aprecia en las anteriores manifestaciones 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 la subastas<sup>425</sup>.*

El mero incumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación administrativa para la adquisición de bienes culturales quedaría configurado como un mero 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 acreditación del origen lícito de los bienes, el cumplimiento de controles administrativos efectivos o 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

---

<sup>424</sup> Ya en el Coloquio Internacional del año 2002, también celebrado en Lyon con participación de eBAY se manifestó por la entidad, según consta en el *Acta*, esta empresa, *utilizada por unos 46 millones de personas en el mundo, es un punto de venta internacional en la red de una amplia gama de objetos. La empresa ha creado un departamento dedicado a cuestiones generales de seguridad y fiabilidad, dirigido por un antiguo fiscal y apoyado por equipos internacionales de investigadores. Recomienda a las autoridades policiales que le comuniquen cualquier sospecha sobre los objetos vendidos por ella para que puedan dejar presentarlos en el sitio web y proceder a una investigación.*

<sup>425</sup> 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.

comercialización, junto a la creación de una *estructura documental* de la policía judicial<sup>426</sup>.

Concretamente, 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 de esta naturaleza, estableciendo la pena señalada en el tipo (prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes, además de la inhabilitación especial de uno a tres años y la posible clausura temporal de la empresa hasta cinco años o incluso con carácter definitivo) 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 superior<sup>427</sup>, *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*

---

<sup>426</sup> FERNÁNDEZ GALLEGO, Ramón; “Falsificaciones y robo de obras ...” ob. cit.; pág. 88.

<sup>427</sup> La penalidad agravada alcanza la mitad superior de la pena de seis meses a seis años de prisión, esto es, de 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 nº 2, septiembre, págs. 52-107, en especial 70. BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo. 4ª ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2012, 976 págs.

*de los delitos de blanqueo de capitales, esto es, al blanqueo que se deriva del tráfico de drogas*<sup>428</sup>. 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*<sup>429</sup> en aquellos fenómenos criminales que generan una creciente sensación de impunidad y descrédito del sistema judicial, como ocurre con la corrupción. 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 para obtener así una forma rápida y efectiva, que vincula el blanqueo de capitales con el Patrimonio Histórico.

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 indicios<sup>430</sup>. 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*.

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 vienen sucediéndose en los últimos años. Como es lógico, quienes agreden salvajemente al Patrimonio Histórico, no se conformarán con la mera

---

<sup>428</sup> 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.

<sup>429</sup> 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.

<sup>430</sup> Por todos, ARANGÜEZ SÁNCHEZ, Carlos; *El delito de blanqueo de capitales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000.



destrucción de grandes monumentos. El efecto destructivo y propagandístico irá acompañado, como fórmula de financiación, de la introducción de piezas arqueológicas de incalculable valor en el mercado ilícito internacional. Al margen de la tragedia anterior, parece evidente que las mismas consideraciones prácticas que parten de la observación empírica del crimen organizado, podrían ser perfectamente trasladables a la adquisición de bienes culturales, especialmente los de naturaleza arqueológica, como una fórmula rápida y efectiva de blanquear grandes sumas de dinero procedentes de cualquier actividad delictiva.

### 3. La falsificación de piezas arqueológicas

Junto con la pintura y el Patrimonio Documental, las piezas arqueológicas de gran valor han sido especialmente proclives a su utilización en importantes fraudes y estafas. Hay que recordar antes de abordar esta problemática que el sistema penal español de protección de los bienes culturales no ha querido incidir en la protección del mercado lícito de esta clase de bienes de una forma *particularizada*. Ninguna agravación se promueve respecto ante aquellas conductas que ofrecen el señuelo de la *historicidad* de los objetos falsificados o que son utilizados en cualquier caso de fraude. Se trata, no obstante de un fenómeno creciente en número e intensidad y en el que confluyen numerosos factores para su desarrollo como la facilidad tecnológica para la creación de imitaciones, el incremento de beneficio económico, la globalización del mercado a través de internet, la rapidez en el transporte y la ocultación, la falta de uniformidad en los criterios técnicos utilizados por los expertos para certificar la autenticidad, los procesos salvajemente especulativos de algunas economías o la falta de especialización, al margen del trabajo realizado por la Interpol<sup>431</sup>, de los órganos jurisdiccionales o fiscales<sup>432</sup> y de la Policía Judicial<sup>433</sup> o incluso hasta podría añadirse otro factor, aunque de forma indirecta, ante la creciente búsqueda de bienes culturales como medio especialmente idóneo para el blanqueo de dinero de procedencia ilícita<sup>434</sup>.

---

<sup>431</sup> 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.

<sup>432</sup> Esta situación se encuentra relativamente mitigada por el trabajo la *Red* de Fiscales especialistas en Medio Ambiente, Urbanismo y Patrimonio Histórico coordinado por una Fiscalía *Delegada* de la Fiscalía General del Estado, así como por las unidades especializadas en Patrimonio Histórico de la Policía Nacional, Guardia Civil y, en algún caso, de las policías autonómicas.

<sup>433</sup> FERNÁNDEZ GALLEGO, Ramón; “Falsificaciones y robo de obras ...” ob. cit.; 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.

<sup>434</sup> PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luís; “La falsificación de obras de arte, ¿un problema internacional?; en *El tráfico de bienes culturales*, Tirant lo Blanc, monografías, Valencia, 2015, pág. 179. PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luís; “La falsificación de obras de arte ...ob. cit., páginas 191 y siguientes.

Se ha reclamado la tipificación específica de la falsificación de obras de arte por la doctrina, al margen de su persecución como estafa o como un delito contra la propiedad intelectual,<sup>435</sup> 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. Parece lógico que debería integrarse 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 refiera no solo a los bienes que objetivamente se integren o deban integrarse en el Patrimonio Histórico Español sino también extendiéndose a las falsificaciones de bienes culturales; todo ello al margen de algunas situaciones de plagio que podrían merecer la misma consideración.

Desde un punto de vista gramatical, resulta muy significativo que en nuestro Código Penal, cuando se describe la forma agravada de estafa del artículo 250. 3º se utilice el verbo *recaer* y, de otra parte, que exija el precepto que los bienes culturales afectados *integren* el Patrimonio Histórico Español. Cuando hablamos de una acción que recae, no aportamos ningún elemento novedoso a la descripción legal más allá de la determinación de su objeto material; sin embargo, la idea de integración sí parece, cuando menos aparentemente, referirse necesariamente a objetos o elementos materiales que formalmente se integren o deban integrarse 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*<sup>436</sup>, el precepto excluiría las falsificaciones impidiéndose esta forma una tutela indirecta y *derivada* del bien jurídico protegido asociado a la función cultural como exponente del interés general.

Los autores suelen hablar de *falsificación de obras de arte*<sup>437</sup>, 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 y no todos los bienes culturales son obras de arte. Además, quizá habría que distinguir si tales bienes falsifican el previamente existente y formalmente protegido como bien de interés cultural, catalogado o por el contrario nos encontramos ante una imitación inspirada en piezas antiguas pero carente de una referencia original. En el primero de los casos, no podemos desdeñar la integración del bien y la protección que despliega el ordenamiento

---

<sup>435</sup> ROMA VALDÉS, Antonio; *La aplicación de los delitos ...ob. cit.*, pág.150.

<sup>436</sup> PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luís; “La falsificación de obras de arte ...”ob. cit., pág. 182

<sup>437</sup> 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; *La protección penal del ...ob. cit.*, pág. 44.

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 material y que la acción delictiva puede *recaer* sobre el valor inmaterial que atesora y que debe ser disfrutado con garantías de autenticidad por la colectividad. Como 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*<sup>438</sup>. En los mismos términos, aunque sin referirse al problema de la falsificación, se ha pronunciado la Sala Segunda del Tribunal Supremo que estimó compatible la antigua agravante de la especial gravedad atendiendo estrictamente al valor económico de lo sustraído, con la agravación que venía referida a la simple condición cultural de los bienes afectados<sup>439</sup>. Desde este punto de vista, esta fórmula de protección indirecta nos aproximaría a la 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 que los cuadros o bienes culturales que son falsificados no integran el Patrimonio Histórico Español.

Antes de proseguir y al modo de un breve paréntesis, conviene recordar que han existido en España grandes falsificaciones históricas de piezas arqueológicas que fueron deliberadamente enterradas, bien por razones puramente crematísticas llevando a cabo su venta posterior como antigüedades de un gran valor o bien por razones socio económicas o políticas, incluso religiosas, como ocurrió en la Granada posterior a la conquista cristiana con los hallazgos de la Torre Turpiana<sup>440</sup> y de los famosos *Libros Plúmbeos* del Sacromonte<sup>441</sup>, ardides que intentaron, a través de documentos que supuestamente acreditarían algunas falsedades históricas, la coexistencia pacífica

---

<sup>438</sup> SALINERO ALONSO, Carmen, *La protección ...* ob. cit., pág. 264.

<sup>439</sup> 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.

<sup>440</sup> La llamada *Torre Inhabitable Turpiana* era el minarete o alminar de la antigua mezquita mayor de Granada. Con motivo de su demolición en 1588, apareció entre sus ruinas una caja de plomo que contenía varios pergaminos y reliquias y una profecía de San Juan sobre el fin del mundo que San Cecilio, arzobispo de Granada antes de la conquista árabe, habría escondido para que no fuera destruida por los musulmanes.

<sup>441</sup> Se integran por 223 planchas circulares (21 libros) que contendrían el quinto Evangelio, revelado por la Virgen en árabe para su divulgación en España. No fueron oficialmente condenados por el Vaticano como una falsificación, realizada por moriscos, hasta el 28 de septiembre de 1682 y fueron finalmente devueltos en el año 2000, conservándose actualmente en la Abadía del Sacromonte.

de musulmanes y cristianos bajo una especie de sincretismo religioso vinculado con los siglos anteriores a la dominación árabe.

Menos bondadosa resulta la actividad desarrollada también en Granada por algunos famosos pícaros como el presbítero JUAN DE FLORES que, mediado el siglo XVIII, falsificaron toda clase de antigüedades (hasta inventando varios alfabetos crípticos) que enterraron en el Barrio del Albaicín para su descubrimiento posterior y su venta a particulares o sociedades científicas. Llevado finalmente a juicio, fue condenado en 1777 junto a sus colaboradores *a cárcel y a sufragar los gastos de la destrucción total de todos sus inventos y el soterramiento de las estructuras halladas y cercar el lugar para impedir el acceso a esa zona, operación que quedó culminada el 17 de mayo del mismo año, tal como consta en el documento del Archivo de la Real Chancillería de Granada, 512/2452, n.º 60*<sup>442</sup>. Es una lástima que el magnífico archivo de la Real Chancillería no conservara las piezas falsificadas<sup>443</sup>, aunque solo fuera como piezas de convicción, al contrario de lo que afortunadamente ocurre con los *Libros Plúmbeos* que, tras su devolución por el Vaticano, se conservan en la Abadía del Sacromonte. Las piezas arqueológicas falsificadas, de las que conservamos valiosos dibujos realizados por los autores del fraude, paradójicamente constituirían al día de hoy elementos de incalculable valor para analizar las circunstancias sociales de la época y comprender mejor todas las circunstancias de este peculiar proceso histórico que pone de manifiesto la trascendencia y valor que ya entonces se otorgaba a las *cosas* arqueológicas.

Pero no solo se encuentran situaciones tan extravagantes en el pasado. La famosa falsificación de los famosos *ostraca* o grafitos con inscripciones latinas y euskéricas, grabados de contenido cristiano y hasta con referencias del antiguo Egipto, descubiertos en el yacimiento de Iruña-Veleia (Álava) pudo tener lugar hasta el año 2008 y habría sido supuestamente cometido por el propio equipo de investigación que dirigía la excavación. La falsificación habría generado el ingente trabajo de numerosos expertos en epigrafía y filología que habrían considerado la completa falsedad de las inscripciones; llevando a cabo la Diputación Foral el ejercicio de acciones penales por daños al Patrimonio Histórico y estafa que se sustancian en la actualidad en el Juzgado de Instrucción número 1 de Vitoria que estaría a punto de concluir la instrucción. La controversia social sigue existiendo y han aparecido algunos defensores de la

---

<sup>442</sup> Así, en *La Granada falsificada. El pícaro Juan Flores* de ORFILA PONS, Margarita; SOTOMAYOR, Manuel; SÁNCHEZ, Elena y MARTIN, Purificación; Diputación de Granada, 2012, pág. 62. Sobre el mismo tema, Sobre el particular, puede consultarse la obra *En torno a la Granada falsificada* de SÁNCHEZ LÓPEZ, Elena, MARÍN DIAZ, Purificación y GÓMEZ ROMAN, Ana María; con prólogo de MARGARITA ORFILA PONS, Diputación de Granada, 2012.

<sup>443</sup> El tribunal ordenó su destrucción en la sentencia.

autenticidad de las piezas. Al margen del resultado de la lenta investigación judicial, el quebranto sufrido por los fondos públicos y el daño a la investigación arqueológica parecen mas que notables<sup>444</sup>.

El debate sobre la falsificación de bienes culturales, tradicionalmente ha sido ajeno al estudio realizado por los especialistas en el derecho penal del Patrimonio Histórico, pero curiosidades históricas como las que acabamos de referir es lógico que promuevan una reflexión más detenida sobre el particular. Como ya hemos señalado, la falsificación de bienes culturales y su posterior introducción en el mercado lícito puede configurarse como una figura simple de estafa, pero la cuestión radica en analizar con suficiente atención, una vez descartado que puede ser considerada como una estafa agravada conforme a las previsiones del apartado tercero del artículo 250.3º del Código Penal cuando refiere el supuesto de que la estafa *recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico*; si podría introducirse una nueva tipología mediante la ampliación del tipo penal a las bienes culturales falsificados. Para una correcta respuesta del dilema y al margen de algunas consideraciones ya realizadas, creo que deberíamos considerar varios aspectos para abordar la cuestión con mayores garantías.

En primer lugar, la falsificación de piezas arqueológicas que se integren en alguna colección pública y se muestren como auténticas, podrían constituir un fraude al sujeto colectivo que es el verdadero destinatario de la función social de los bienes culturales. Existe, además, una tendencia lógica para no reconocer públicamente las piezas falsificadas de cualquier museo porque ello comportaría un inmediato desvalor de toda la colección y la situación abonaría cierta dificultad para denunciar los hechos<sup>445</sup>. 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 alguna forma de responsabilidad<sup>446</sup>. La doctrina ha señalado algún ejemplo en el derecho

---

<sup>444</sup> RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio y MATAS ADAMUZ, Francisco Javier; “Arqueólogos contra piteros...”, ob. cit., páginas 212 y 213.

<sup>445</sup> 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).

<sup>446</sup> 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 afirmaría en sus memorias que más de mil cuadros de su autoría se encontraban expuestos en museos de un gran prestigio como el Museo Británico, la National Gallery de Washington o el Royal Museum de Copenhague.

comparado en el que se requiere la causación de daño al Patrimonio Histórico para que pueda consumarse el delito de falsificación de bienes culturales<sup>447</sup>.

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 directa del Patrimonio Histórico: La adquisición de bienes falsificados puede generar un daño al conocimiento científico, exponerse de forma completamente equivocada o generar toda clase de gastos (llegado el caso, incluso excavaciones) que deberían repercutir en la conducta del agente no solo como parte integrante de la responsabilidad civil sino como una forma delictiva autónoma.

En tercer lugar habría que diferenciar las falsificaciones sobre bienes muebles de aquellas otras que se concreten a través de falsas reconstrucciones de inmuebles históricos que puedan desvirtuar su verdadero valor o traicionar su auténtica naturaleza o la de alguno de sus más valiosos elementos consustanciales. En tales casos, parece más oportuno acudir, por razón de especialidad, a la vía del artículo 321 del Código Penal, entendiendo que esta conducta podría configurarse como una *alteración grave* que aparece equiparada al derribo de edificios singularmente protegidos.

En cuarto lugar, no suele considerarse la especial facilidad para que documentos históricos falsificados, produzcan algunos efectos en el tráfico jurídico cuando son introducidos de forma ilícita en archivos públicos o se presentan para su incorporación a expedientes público de diversa naturaleza e incoados con distintas finalidades. No cabe duda de que, en tales casos, la acreditación del efecto deseado por el autor debería conformar una acentuación del castigo. En la reciente jurisprudencia española encontramos algunos supuestos, ciertamente excepcionales, en los que la falsificación de documentos históricos ha producido, incluso, la publicación en el Boletín Oficial del Estado de concesión de numerosos títulos nobiliarios que tuvieron que ser posteriormente anulados<sup>448</sup>.

---

<sup>447</sup> PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luí; “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*.

<sup>448</sup> La Audiencia Provincial de Madrid con fecha 5 de mayo de 1997, en la causa núm. 2487/91, dictaría sentencia condenatoria con ocasión de la tramitación de expedientes de rehabilitación y sucesión de títulos nobiliarios, condenando a dos abogados expertos en genealogía como autores penalmente responsables de un delito continuado de falsedad en documento público en concurso con un delito de estafa. La Sentencia, que fue posteriormente ratificada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, afectó a cuarenta y tres expedientes de rehabilitación y sucesión de título nobiliarios, en los que se reconoce la

En quinto lugar, tratándose de una figura delictiva caracterizada por su frecuente carácter transnacional, debería tenderse a una armonización legislativa que tuviera en cuenta las previsiones, cuando menos de los países de la Unión Europea. Especialmente el expresivo artículo 178 del “*Codici dei beni culturali e del paesaggio*” de la República de Italia cuando castiga la “*contraffazione di opere d’arte*”<sup>449</sup>, un precepto que levantó grandes expectativas pero que ha tenido una aplicación escasa<sup>450</sup>.

Por último, en sexto lugar, las falsificaciones de bienes culturales afloran en muy pocos casos a la estadística criminal por variadas razones: El propio desconocimiento del fraude que tiene la víctima, la intensa desconfianza en el sistema de justicia penal o el pudor por reconocer el engaño que han sufrido tanto personas físicas como jurídicas<sup>451</sup>, son algunos de los factores que suelen aparecer en estos supuestos e impiden la investigación penal de los hechos. Estas situaciones determinan que se estimen muy abundantes en esta clase de delitos las llamadas *cifras negras* que siempre dificultan el análisis de su evolución legislativa y el hallazgo de aquellos argumentos de política criminal que son mas necesarios para impulsar su eficaz persecución.

Las seis consideraciones que han sido sucintamente expuestas, aconsejan tomar en consideración la necesidad de trasladar la falsificación de bienes culturales, cuando menos en sus manifestaciones más graves y como forma

---

existencia de ciento setenta y tres partidas falsas y hasta trece documentos falsificados acreditativos de méritos inexistentes. Entre dichos expedientes, existen once títulos que fueron publicados en el “Boletín Oficial del Estado”. El Ministerio de Justicia tuvo que anular un total de 40 títulos nobiliarios irregularmente obtenidos.

<sup>449</sup> Artículo 178. *Contraffazione di opere d'arte*

1. E' 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 e' aumentata e alla sentenza di condanna consegue l'interdizione a norma dell'articolo 30 del codice penale.
3. La sentenza di condanna per i reati previsti dal comma 1 e' 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.

E' 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 e' vietata, senza limiti di tempo, la vendita nelle aste dei corpi di reato.

<sup>450</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina; “La protección penal del Patrimonio Histórico en el Derecho Comparado”, ...ob. cit., pág. 108.

<sup>451</sup> FERNÁNDEZ GALLEGO, Ramón; “Falsificaciones y robo de obras ...”ob. cit.; pág. 89.

delictiva autónoma, a la tutela indirecta del Patrimonio Histórico que se contiene en la agravación establecida en el artículo 250.3º del Código Penal para el delito de estafa. Esta necesidad se hace más patente si tenemos en cuenta que la investigación policial ofrece datos muy significativos. A título de ejemplo, se afirma que el cincuenta por ciento de las piezas ofrecidas en el mercado numismático y arqueológico, son falsas; vaticinando una irrupción masiva de estas formas delictivas en el futuro<sup>452</sup>.

Para concluir este apartado, podríamos recordar que resulta muy interesante la polémica, vinculada con la interrogante anterior, sobre el llamado *error al revés* o bien *error inverso sobre la naturaleza cultural de los objetos*. Esta situación tiene lugar cuando el sujeto cree que comete que el delito recae sobre un bien cultural cuando, en realidad, se trata de una copia o falsificación. Se analiza esta cuestión por SALINERO ALONSO resolviendo diversos casos prácticos en relación con la aplicación del artículo 14 del Código Penal<sup>453</sup> para llegar a la conclusión de que no puede entenderse aplicable la situación de concurso ideal entre la tentativa del tipo cualificado y el delito base realmente cometido, encontrándonos, en definitiva, ante una situación irrelevante que debe castigarse únicamente en virtud del tipo base. Señala esta autora que, al no tratarse de un bien cultural, *no se produce riesgo alguno para el bien jurídico específicamente protegido*, considerando que esta sería la única posición coherente, al margen de que pueda ser tenida en cuenta la intención del autor en la imposición individualizada de la pena conforme a lo establecido en el artículo 66 del Código Penal. En el mismo sentido, RENART GARCÍA, considera, en relación con el delito de daños del artículo 323, que nos encontramos ante *un supuesto de delito putativo impune dada la ausencia de lesión al bien jurídico protegido* derivando la responsabilidad, en su caso, a la forma delictiva genérica<sup>454</sup>.

---

<sup>452</sup> FERNÁNDEZ GALLEGOS, Ramón; “Falsificaciones y robo de obras ...” ob. cit.; páginas 89 y 90.

<sup>453</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...* ob. cit., páginas 249 y siguientes.

<sup>454</sup> RENART GARCÍA, Felipe; *El delito ...*; ob. cit., pág. 417.



## Capítulo Sexto

### EL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO SUBACUÁTICO

La mayor parte de la riqueza arqueológica pendiente de descubrir y aquella que sigue produciendo el presente se encuentra sumergida. Una afirmación tan básica, parece que resultara novedosa cuando esta conciencia ya existía desde la antigüedad<sup>455</sup>. Si la riqueza arqueológica ha vivido durante la mayor parte de la historia conocida el lastre de su concepción como una *cosa de nadie* o como una cosa abandonada a su suerte que podía ser objeto de inmediata apropiación; esta impresión se incrementa notablemente en el caso de los yacimientos arqueológicos sumergidos. De un lado, tiene lugar una situación paradójica al unirse la evidente hostilidad del medio en el que aparecen los bienes arqueológicos con una mayor capacidad para su conservación. De otro y en segundo lugar, máxime si se supera el límite de las aguas territoriales, nos enfrentamos al grave problema de la territorialidad que se configura como un importante escollo para que tenga lugar una correcta protección de estos bienes desde una perspectiva penal. Por último y en tercer lugar, las dificultades de acceso se unen a un desconocimiento mayor de la ubicación e importancia de los yacimientos subacuáticos que los hace más vulnerables al expolio, a pesar del esfuerzo que viene haciéndose en algunos países por la administración cultural.<sup>456</sup>

A título de ejemplo, en un litoral de tanta significación histórica como el andaluz, se han identificado y protegido, tanto en aguas continentales como interiores y conforme al trabajo realizado por el Centro de Arqueología Subacuática de Cádiz, hasta 56 zonas arqueológicas declaradas Bien de Interés Cultural<sup>457</sup> y otros 42 yacimientos considerados como zonas de servidumbre arqueológicas<sup>458</sup>.

## 1. La riqueza arqueológica subacuática

En el fondo del mar, lamentablemente, no solo se encuentran valiosos vestigios históricos y tesoros. Las grandes guerras del siglo XX y la concepción del mar por distintos gobiernos como un vertedero discreto e inagotable han

---

<sup>455</sup> Podríamos recordar como ejemplo la triste historia de las fabulosas galeras (unos setenta metros de eslora) o buques de recreo que ordenara construir el emperador Calígula y se encontraban sumergidas en el Lago Nemi, cerca de Roma. Estas fabulosas naves pudieron ser recuperadas con el ambicioso proyecto del ingeniero GUIDO UCELLI entre 1929 y 1931, aunque resultaron finalmente destruidas, al parecer de forma intencionada, al ser incendiadas por el ejército alemán en 1944 en su retirada de tierras italianas.

<sup>456</sup> BECERRA GARCÍA, Juan Manuel; “Medidas de la administración cultural ...”, ob. cit., pág. 318.

<sup>457</sup> Decreto 285/2009, de 23 de junio, por el que se inscriben en el Catálogo General de Patrimonio Histórico Andaluz como Bienes de Interés Cultural, con la tipología de Zona Arqueológica, cincuenta y seis bienes sitos en las aguas continentales e interiores de Andalucía, mar territorial y plataforma continental ribereña al territorio andaluz. BOJA nº 129 de 6 de julio de 2009, páginas 86 y siguientes.

<sup>458</sup> Orden de 20 de abril de 2009, por la que se resuelve declarar como Zona de Servidumbre Arqueológica cuarenta y dos espacios definidos en las aguas continentales e interiores de Andalucía, mar territorial y plataforma continental ribereña al territorio andaluz. BOJA número 101 de 28 de mayo de 2009, páginas 59 y siguientes

volcado grandes cantidades de armas convencionales o biológicas en todos los océanos, creando una grave y persistente amenaza muy difícil de combatir. Estos peligros debieran promover una regulación jurídica internacional<sup>459</sup> que comenzara a buscar fórmulas de cooperación tecnológica y financiera para neutralizarla y hasta la tipificación de infracciones, sin descartar al derecho penal, que permitan en el futuro la exigencia de responsabilidad de los culpables de estas agresiones con una mayor facilidad y eficacia.

El *problema* de la Arqueología Subacuática se engloba, por tanto, en otro problema mucho mayor que se refiere al correcto uso del mar y al sedimento que la acción del hombre ha ido generando en los fondos marinos con el paso del tiempo. Esta situación debiera, en buena lógica, agilizar la iniciativa internacional para regular adecuadamente el uso del mar y la protección de los tesoros arqueológicos, demostrando la gravedad de un problema al que la sociedad de nuestro tiempo tendrá que enfrentarse tarde o temprano.

En 1942, con el descubrimiento del llamado *Pulmón Acuático* o escafandra autónoma, un sistema autónomo de buceo, desarrollado por los investigadores franceses JACQUES COUSTEAU y EMILE GAGNAN y perfeccionado por el italiano NINO LAMBOGLIA, se abre un nuevo campo de proporciones verdaderamente formidables<sup>460</sup> para el desarrollo de la arqueología. Desde entonces, la labor de grandes arqueólogos como el profesor norteamericano GEORGE FLETCHER BASS<sup>461</sup>, considerado por muchos como *el padre* de la arqueología subacuática o la mejicana PILAR LUNA ERREGUERENA<sup>462</sup>, que

---

<sup>459</sup> Recordemos que, a consecuencia de la primera *Guerra del Golfo* y a petición de Kuwait, por la Resolución 56/4 de la Asamblea General, se incluyó con fecha 4 de noviembre de 2001 en el *Calendario de Naciones Unidas* el llamado *Día Internacional para la Prevención de la Explotación del Medio Ambiente en la guerra y los conflictos armados*. Como ha señalado la propia organización, *la Asamblea adoptó esta medida considerando que los daños causados al medio ambiente en tiempos de conflicto armado seguían afectando los ecosistemas y los recursos naturales mucho después de terminado el conflicto, extendiéndose a menudo más allá de los límites de los territorios nacionales y de una generación. Recordó asimismo la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, en la que se había destacado la necesidad de proteger nuestro entorno común.*

<sup>460</sup> Como breve ejemplo de la riqueza de la arqueología subacuática, sirvan como ejemplo algunos datos precisos: Sólo en las Islas Azores habría unos 850 buques hundidos entre los que se encontrarían 90 galeones españoles y 40 navíos portugueses. Como *lugares* de enorme interés bajo las aguas podríamos recordar el Faro de Alejandría, poblados neolíticos en las riberas del Mar Negro o la ciudad de Port Royal, en Jamaica, asolada por un maremoto en 1692. Se calcula, por último, que desde el año 1500, han naufragado frente a las costas de América del Norte unos 65.000 barcos (Fuente: UNESCO). Según el profesor de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla Andrés RODRÍGUEZ BENOT *las costas del sur de España son el lugar más importante del mundo en cuanto a pecios*, estimando que existen más de mil busques hundidos con tesoros por valor de cien mil millones de euros. Así, en su ponencia sobre *Tráfico ilegal de bienes culturales* presentada en el *Curso sobre Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático* desarrollado en Cádiz en mayo de 2008 y organizado por la Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía

<sup>461</sup> FLETCHER BASS, George; *Bajo los siete mares* con un tono divulgativo y publicado por la Editorial Blume, Barcelona, 2006.

<sup>462</sup> PILAR LUNA ERREGUERENA ha desarrollado funciones como Subdirectora de Arqueología Subacuática del Instituto Nacional de Antropología e Historia de Méjico.

trabajó con el anterior en la excavación del famoso pecio de Uluburun<sup>463</sup>, han demostrado la importancia de aplicar los continuos avances tecnológicos sobre buceo para la correcta comprensión de la historia y para la preservación de un legado incalculable que se encuentra sumergido en las aguas del mar y de los grandes ríos o lagos. En buena medida, podría decirse que el futuro de la Arqueología y de la protección de los bienes culturales se encuentra directamente vinculado con el desarrollo de la arqueología subacuática y que este desarrollo debe ser especialmente *sensible* en algunas regiones que han sido, por su historia y posición geográfica, enriquecidas con el devenir histórico como ocurre con la Península Ibérica y, en particular, con las costas de Andalucía, donde se plantea como un problema a resolver de innegable trascendencia social<sup>464</sup>.

Es habitual sostener la distinción entre arqueología subacuática, que puede ubicarse en las aguas interiores y arqueología submarina. La primera resulta muy restrictiva y no tiene el problema de la territorialidad para la correcta aplicación de la ley penal. En cuanto a la segunda, como es lógico y pone de manifiesto la doctrina, cobra una especial importancia el derecho internacional público y es la que sufre mayores situaciones de expolio y *arrastra importantes deficiencias en materia de protección y regulación de las actividades* que pueden destruir o poner en peligro el Patrimonio Arqueológico<sup>465</sup>.

Es cierto que el Patrimonio Sumergido encuentra serias limitaciones por cuanto, salvo algún caso excepcional de antiguas ciudades sumergidas, no contiene elementos monumentales o arquitectónicos de gran valor. Su reducción a los vestigios militares y comerciales le otorgó durante mucho tiempo un carácter secundario o residual. Sin embargo, hay que poner de manifiesto que la importancia del mar como elemento de comunicación y otros factores históricos sobradamente conocidos, le otorgan un valor inmenso, histórico y ambiental, que aún no ha sido debidamente considerado y que tendrá que analizarse en el futuro

---

<sup>463</sup> El estudio del pecio de *Uluburun*, en Bodrum, al Suroeste de Turquía, permitió la recuperación del barco más antiguo rescatado por los arqueólogos con 2.300 años de antigüedad. La exploración científica de este pecio comenzó en 1982 y se prolongó por espacio de 11 años, permitiendo recuperar 20 toneladas de objetos. A bordo del navío hundido los arqueólogos no sólo encontraron cerámicas, ébano, collares de ámbar del norte de Europa, una espada de bronce de Italia y otros instrumentos, sino también materias orgánicas como frutos secos. El barco y los objetos recuperados están expuestos hoy en día en el Museo de Bodrum de Arqueología Submarina, modificando los conocimientos sobre el comercio y las condiciones socio económicas de la zona.

<sup>464</sup> Sirva como ejemplo el reciente trabajo *Siganuta: Un sistema para la información y gestión del patrimonio arqueológico subacuático de Andalucía*, trabajo redactado por responsables del Centro de Arqueología Subacuática de Cádiz, dependiente del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico y publicado en la revista PH número 63, Sevilla, Agosto de 2007. Puede igualmente consultarse el trabajo de LAFUENTE BATANERO, Luis; *Líneas de actuación para una eficaz protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático* publicado en el número 7 de la Revista *Patrimonio Cultural y Derecho*, Madrid, 2003. Páginas 79 a 97.

<sup>465</sup> RODRIGUEZ TEMIÑO, Ignacio; *Indiana Jones sin futuro ...*; ob. cit.; pág. 170.

conforme al desarrollo de nuevos elementos tecnológicos que pueden abrir fronteras impensables hace pocos años.

Como pone de manifiesto RUIZ MANTECA, “en la actualidad dos factores han ayudado a revertir esa consideración. Por un lado, la utilización de modernos aparatos de detección y localización de restos sumergidos, que han permitido que se alcancen profundidades hasta hace poco vetadas al hombre. Por otro, y sobre todo, la diferente perspectiva de lo que la arqueología puede proporcionar, ya que se ha comprendido que esos objetos que se encuentran bajo las aguas, aunque normalmente no sean de gran valor estético o artístico, proporcionan sin embargo, debidamente estudiados en su contexto, informaciones muy valiosas sobre aspectos esenciales en la vida pasada de los pueblos, tales como el comercio marítimo, la navegación, la construcción naval, la guerra en el mar, etc.”<sup>466</sup>

Se ha dicho con razón que *el mar es el mayor museo del mundo*<sup>467</sup>. La búsqueda de tesoros y la mentalidad permisiva hacia los llamados *caza tesoros* que lamentablemente ha caracterizado esta actividad ha sido y sigue siendo profundamente pernicioso, un lastre que debería ser corregido con la mayor urgencia por las autoridades culturales y por la aplicación ponderada del derecho penal. Es igualmente urgente, en la misma medida que resulta preciso para combatir eficazmente cualquier expolio arqueológico, concienciar a la opinión pública de las obligaciones de los particulares y coleccionistas mediante una estrategia de la publicidad de las decisiones jurisdiccionales e investigaciones fiscales de forma siempre respetuosa con la reserva sumarial.

Al margen de lo anterior, las autoridades culturales deben utilizar su acceso a los medios de comunicación para difundir los principios de conservación, defensa y protección del Patrimonio Cultural Subacuático y poner en *marcha proyectos que vinculen la participación comunitaria en general*<sup>468</sup>. En este sentido cabría recordar que la situación el *Plan Nacional de Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático* aprobado en el año 2007<sup>469</sup> y que

---

<sup>466</sup> RUIZ MANTECA, Rafael; *El régimen jurídico del Patrimonio Cultural Subacuático. Aspectos de derecho interno y de derecho internacional público y privado...* ob. cit.; página 46.

<sup>467</sup> AZNAR GÓMEZ, Mariano J.; en *Patrimonio Cultural bajo el mar*, tribuna publicada por la edición nacional del diario *El País* con fecha 14 de enero de 2012.

<sup>468</sup> Recomendaciones de Quito (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), marzo de 2006, con asistencia del Ministerio de Cultura de España representada por ELISA DE CABO DE LA VEGA.

<sup>469</sup> El Plan fue aprobado en el Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2007. Tuvo lugar la creación de un Grupo de Trabajo para redactar un documento de desarrollo que ha sido el *Libro Verde de Patrimonio Subacuático*, publicado en 2010. En su apartado cuarto, referido a la protección jurídica, señala, que *las administraciones públicas deben establecer entre sí los procedimientos adecuados de vigilancia y control para evitar la desprotección del patrimonio y, por supuesto, los atentados contra el mismo y el expolio. Deben explorarse y fortalecerse mecanismos conjuntos de cooperación que mejoren la protección del Patrimonio Cultural Subacuático. Asimismo, las Comunidades Autónomas, como*

constituye un *compromiso permanente* con la defensa de este importante conjunto de bienes culturales<sup>470</sup>. El Plan cuenta con el objetivo general de establecer las líneas básicas que deban adoptarse para llevar a cabo una política más eficaz de protección de la arqueología subacuática, especialmente mediante la coordinación institucional y mediante una labor de especialización, sensibilización, divulgación y puesta en valor de esta forma de riqueza. No contiene alusiones expresas al derecho penal, aunque sí establece la necesidad de llevar a cabo labores de vigilancia y control para impedir los atentados al Patrimonio Histórico y el expolio.

Otras legislaciones se han referido, en una expresión afortunada aunque incompleta, a los *bienes culturales marítimos* conforme a la terminología utilizada, por ejemplo, en la Ley francesa de 1989<sup>471</sup> que, siguiendo la Recomendación 848 del Consejo de Europa<sup>472</sup>, creó esta nueva categoría de protección. Ya destacaba en la norma anterior la obligación de conservación *in situ* de los bienes, así como la prohibición de su desplazamiento, las excavaciones clandestinas y la reventa de los objetos hallados ilegalmente. Además establece su situación geográfica “en dominio público marítimo o en el fondo del mar en su zona contigua” como criterio de localización para determinar la legislación aplicable a un descubrimiento<sup>473</sup>.

## **2. Los mayores factores de destrucción de la arqueología subacuática en nuestro tiempo**

La protección de los bienes arqueológicos sumergidos constituye uno de los cometidos más complejos a los que debe enfrentarse el derecho penal de nuestro tiempo. El problema de la territorialidad y las dificultades para la aplicación uniforme de la norma, constituyen un serio problema que debiera afrontarse con mayor energía, olvidando otras soluciones jurídicas propias del Derecho Privado. No resulta fácil, además, conocer las verdaderas cifras de la *devastación submarina* aunque puede obtenerse la certeza de que tales cifras son demoledoras. A título de ejemplo y en lo que respecta a España, se ha publicado

---

*entidades territorialmente responsables, deben proceder a fortalecer los mecanismos ya en marcha y analizar nuevas vías de control de las actividades que pudieran afectar fortuita o no fortuitamente al Patrimonio Cultural Subacuático.*

<sup>470</sup> CABO DE LA VEGA, Elisa; “La protección del patrimonio cultural subacuático y el caso *Nuestra Señora de las Mercedes*. Síntesis del proceso”, en *Patrimonio Cultural y Derecho*; número 16, Madrid 2012; pág. 105.

<sup>471</sup> Loi n° 89-874 du 1° décembre de 1989 *relative aux biens culturels maritimes*.

<sup>472</sup> Recomendación 848 adoptada en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 4 de octubre de 1978, fue la primera norma en hacer frente a la cuestión del Patrimonio Subacuático y dio lugar a un borrador para una Convención Europea sobre la protección del Patrimonio Cultural Subacuático en 19085 que no pudo aprobarse.

<sup>473</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina; “La protección penal del Patrimonio Histórico en el Derecho Comparado”, ...ob. cit., pág. 92.

que, en mayor o en menor medida, han sido expoliados ocho de cada diez pecios españoles<sup>474</sup>. Se trataría, además, de un problema que afectaría en la misma medida a otros países de nuestro entorno.

AZNAR GÓMEZ, a quien seguimos extensamente en este punto, establece dos tipos de amenazas básicas al Patrimonio Cultural Subacuático considerando que *se ciernen una serie de circunstancias negativas que, aceleradas por recientes, imparables y exponenciales avances tecnológicos, ponen en serio peligro su protección* y distingue entre amenazas fortuitas y no fortuitas<sup>475</sup>. Las amenazas fortuitas o *incidentales*<sup>476</sup> serían, de una parte, las técnicas o artes de pesca agresivas (arrastre) que producen daños directos en los bienes culturales subacuáticos, así como en algunas especies animales protegidas o en la flora de los fondos marinos. Estas amenazas han tenido una respuesta más enérgica, aunque en todo caso insuficiente, en la defensa del Patrimonio Natural, reclamándose que la llamada *variable arqueológica* sea tenida en cuenta como factor de evaluación a la hora de controlar y limitar estas actividades<sup>477</sup>. De otra parte, al igual que ocurre en tierra firme, la otra amenaza fortuita *deriva de la ejecución de obras públicas o privadas en zonas marinas donde pueden encontrarse restos del patrimonio cultural subacuático*. La especial naturaleza de estas intervenciones, principalmente las derivadas del aprovechamiento turístico y las comunicaciones transnacionales, ha determinado que puedan producir daños de una especial gravedad y ello ha provocado la temprana intervención de la UNESCO que ya en 1968 habría suscrito la *Recomendación sobre la conservación de los bienes culturales que la ejecución de obras públicas o privadas pueda poner en peligro*, donde se establecía como prioridad la conservación *in situ* de los hallazgos o, en situación de necesidad, su traslado y conservación manteniendo, en la medida de lo posible, las *vinculaciones históricas* de tales bienes. Posteriormente, en el ámbito internacional tienen lugar distintas normas que, en términos generales, mantienen un *principio de precaución*, entendiéndose por tal el conjunto de medidas que debe adoptar cada Estado para que su actividad tenga el menor impacto posible en el patrimonio cultural subacuático.

---

<sup>474</sup> RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio; *Indiana Jones ...*; ob. cit., pág.216.

<sup>475</sup> AZNAR GÓMEZ, Mariano J.; *La protección internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España*, Tirant monografías número 337, Valencia 2004; páginas 33 y siguientes.

<sup>476</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina; “El expolio ...”ob. cit.; pág. 275.

<sup>477</sup> *Código de Conducta para la Pesca Responsable* de 31 de octubre de 1995, adoptado por la Conferencia General de la Organización de Naciones Unidas para la agricultura y la alimentación (FAO) en su 28º período de sesiones o la *Declaración de Reykiavik sobre la pesca responsable en el ecosistema marino* de 4 de octubre de 2001 referida (párrafo 6 e) al *hábitat y diversidad biológica*.

Junto a estas amenazas *más o menos* fortuitas, AZNAR GÓMEZ señala otra gran amenaza de naturaleza jurídica que sería el derecho de salvamento marítimo en su mayor extensión y de acuerdo con la concepción clásica anglosajona. Conforme a esta concepción, el descubrimiento del yacimiento arqueológico establecía un vínculo de dominio con el descubridor que ignoraba completamente la dimensión inmaterial de los bienes culturales afectados y que, a pesar de ello, contaba con una tutela jurídica suficiente para el apoderamiento de las piezas sin ningún tipo de limitación. El derecho internacional público ha intentado modular esta situación hasta alcanzar una limitada serie de principios básicos que, en buena medida, no son trasladables al ámbito penal pero que pueden configurarse como un decisivo elemento interpretativo. En particular, nos referimos<sup>478</sup> al deber genérico de protección de estos bienes culturales por los Estados de la comunidad internacional, el respeto de los derechos soberanos de cada Estado conforme a las normas del Derecho del Mar, un principio básico o genérico de cooperación para la protección del patrimonio cultural y el llamado principio de inmunidad de los buques y aeronaves de Estado que permitiría reclamar su propiedad tras su naufragio y conversión en patrimonio cultural sumergido.

La actuación de corporaciones y sociedades dedicadas al saqueo sistemático de grandes pecios históricos, los conocidos *cazatesoros*, han forjado en la segunda mitad del siglo XX una nutrida galería de expolios, con amplia representación de pecios españoles y un abundante lastre de impunidad. Hablamos de casos de una enorme gravedad<sup>479</sup> que han supuesto una pérdida

---

<sup>478</sup> AZNAR GÓMEZ, Mariano J.; *La protección internacional* ..., ob. cit., pág. 204.

<sup>479</sup> A título de ejemplo y sin ánimo exhaustivo podríamos recordar el expolio, iniciado en 1969 y mantenido durante décadas, del pecio del galeón *Nuestra Señora de Atocha* que se hundió junto con otros siete navíos de la *Flota de Tierra Firme* el cinco de septiembre de 1622 en el Estrecho de Florida. Murieron 265 personas en el naufragio. Su carga se estimaba (AZNAR GÓMEZ, ob. cit., pág.345) en 150.000 monedas de oro, 47 toneladas de plata y otras joyas y lingotes de oro o bien, conforme a otras fuentes, (RUIZ MANTECA, ob. cit. pág. 82) en 1.038 lingotes de plata (24 toneladas), 125 discos y barras de oro, 350 cofres de índigo, 180.000 pesos en plata amonedada, 582 lingotes de cobre, 525 fardos de tabaco, 20 cañones de bronce y 1.200 libras de platería trabajada. Señala este mismo autor que, "...Posteriormente, tras descubrir a principios de la década de los ochenta restos del cargamento y del casco de madera del Santa Margarita, otro galeón que formaba parte de la misma flota a la que pertenecía el *Nuestra Señora de Atocha* y que se hundió como consecuencia del mismo huracán, el 20 de julio de 1985 fueron encontrados los restos de este último galeón y su cargamento, dando comienzo el saqueo sistemático del pecio, cuyos objetos fueron tasados en 1.000 millones de dólares e inventariados en 300.000 piezas de diverso tipo. Posteriormente una parte de lo recuperado fue subastada por la firma [Christie's] en su sede neoyorkina, los días 14 y 15 de junio de 1988, subasta a la que acudió el Estado español, adquiriendo objetos por valor de 250.000 dólares, que pasaron a integrarse en la colección del Museo de América de Madrid". Se podrían citar otros casos de expolios históricos como el ancla del galeón de la flota de don Tristán de Luna, hundido en 1559 conservada en el *T. T. Wentworth Jr. State Museum* de Pensacola o el galeón *San Diego*, hundido en 1600 cerca de Manila. En una entrevista concedida en 2011, el arqueólogo portugués FILIPE VIEIRA DE CASTRO señalaba que resultaba penoso que un pecio único como el *San Diego* todavía no estuviera publicado. Este galeón español fue dibujado, concebido y construido para realizar una de las rutas más largas y difíciles que podían acometerse en el siglo XVI y fue hundido cerca de Manila por navíos holandeses en 1600. Descubierta en 1991, con los



irreparable y que han utilizado técnicas absolutamente destructivas<sup>480</sup> como grandes máquinas aspiradoras de succión, métodos mecánicos de arrastre para la obtención de monedas o metales preciosos o incluso explosivos. La labor de los *cazatesoros* comienza, cuando menos tal y como se concibe en el último siglo, a finales de los años 30 y viene marcada por diversos factores como los avances tecnológicos que permiten paulatinamente el acceso a tesoros ocultos con una mayor facilidad y eficacia, la ausencia total de cualquier metodología científica, la incomprensible pasividad de algunos Estados, como ocurre con España hasta hace pocos años, o falta de cooperación internacional, así como el enorme beneficio económico y la *creciente complejidad de estas compañías que comienzan a cotizar en bolsa*<sup>481</sup>.

Los estudiosos del problema<sup>482</sup> señalan, tres grupos de expoliadores o *cazatesoros* en la actualidad que, una vez se ha iniciado la movilización institucional contra esta lacra, aún siguen operando con grandes dosis de impunidad y que podrían resumirse en los siguientes términos:

- a) Grupos organizados de profesionales con una alta cualificación técnica y medios tecnológicos muy avanzados que, en ocasiones, acuden a grandes archivos históricos como el *Archivo General de Indias* de Sevilla o museos navales para investigar las coordenadas del pecio y la conocer el valor aproximado de la carga que transportaban los barcos. Llevan a cabo el expolio con la mayor discreción y muchas veces solo es conocido cuando las piezas afloran en el mercado de subastas. Una vez extraídas las piezas arqueológicas, siempre que sea posible, se destruye el yacimiento para que no quede rastro alguno que permita identificar su origen.
- b) El grupo más abundante estaría constituido por otros grupos no muy numerosos de personas que coinciden con el propietario de un barco de pequeñas dimensiones con el que acuden a pecios que han sido objeto de expolios anteriores. Buscan la obtención de piezas para su introducción en un mercado ilícito local y para su venta a coleccionistas. El daño

---

restos de 300 marineros españoles, fueron extraídas del buque cada una de las 6.000 piezas que allí se encontraban, siendo abandonado posteriormente.

Especialmente interesante sería el hundimiento del navío *San Salvador* para el transporte de tropas que, procedente de Cádiz, naufragó el 31 de agosto de 1812 frente a la ciudad uruguaya de Punta del Este cuando iba camino del puerto peruano de El Callao. En 1998, la Comisión del Patrimonio Histórico del Uruguay, un país en el que ha existido una intensa controversia social con los *cazatesoros*, aprobó un ambicioso proyecto de investigación arqueológica para el rescate del pecio que fue suspendido al descubrirse los restos de los 500 naufragos de la tragedia, la mayoría soldados del 2º Batallón del Regimiento de La Albuera.

<sup>480</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina; “El expolio ...” ob. cit.; pág. 275.

<sup>481</sup> RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio; *Indiana Jones ...*; ob. cit., pág. 212.

<sup>482</sup> RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio; siguiendo los trabajos del arqueólogo portugués FILIPE CASTRO, en *Indiana Jones ...*; ob. cit., pág.212.

producido suele incidir en la destrucción del yacimiento, con escasos resultados en lo que al apoderamiento de piezas arqueológicas se refiere, tratándose en ocasiones de una actividad vinculada con la tradición que suele ser conocida por las autoridades policiales de la zona.

- c) Empresas reconocidas públicamente con mayor preparación técnica que desarrollan tareas divulgativas para justificar con criterios científicos su labor. En realidad, la única diferencia con las que han sido mencionadas en primer lugar, radicaría en la búsqueda pública de justificaciones que avalaran su trabajo y en contar con una compleja infraestructura financiera en conexión con mercados internacionales en los que encontrarían una salida discreta y rentable para el resultado de los expolios producidos. Es frecuente que tengan relación con algunos medios de comunicación o autoridades de todo tipo a las que acudirían para obtener autorizaciones o permisos ofreciendo el señuelo de su autoridad científica. De hecho, sus ingresos no solo derivan de la venta del resultado obtenido a través del expolio, sino de la comercialización de reportajes que describen las *operaciones de rescate*<sup>483</sup> de estos restos arqueológicos.

Durante mucho tiempo estos factores han operado con una práctica impunidad y sometidos a las normas de salvamento marítimo. No cabe duda que la movilización institucional sostenida para convertir este expolio indiscriminado tuvo un punto de inflexión con la aprobación por la 31ª Asamblea Plenaria de la Conferencia General del UNESCO, celebrada en París del 15 de octubre al 3 de noviembre de 2001, de la vigente *Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático*.

### **3. La Convención de la UNESCO de 2001**

La importancia del Patrimonio Cultural Subacuático como parte integrante del Patrimonio Cultural de la Humanidad, ha sido puesto de manifiesto por la Convención de la UNESCO *sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático* (en adelante, la Convención) suscrita con fecha dos de noviembre de 2001, que nos recuerda que hablamos de un *elemento de particular importancia en la historia de los pueblos, las naciones y sus relaciones mutuas en lo concerniente a su patrimonio común*.

La Convención se integra por un total de 35 artículos y un Anexo con las *Normas relativas a las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático*. Su artículo 1, define el Patrimonio Cultural Subacuático de una manera

---

<sup>483</sup> RUIZ MANTECA, Rafael; *El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático ...*”; ob. cit., pág. 90, donde se refiere a la empresa americana *Odyssey Marine Exploration*.

descriptiva y extiende el concepto, *a todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua por lo menos -en una discutible limitación cronológica- durante cien años.*

Posteriormente este amplio concepto, se concreta en una enumeración, realizada a título de ejemplo, al referirse a rastros *tales como*:

- 1) Los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural. No tienen esta consideración, de acuerdo con el artículo 1.2 de la Convención, los cables y tuberías que se encuentran en el fondo del mar y las instalaciones que se encuentren en uso.
- 2) Los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural. En estos casos, los bienes arqueológicos subacuáticos tendrían siempre la consideración de bienes muebles<sup>484</sup>.
- 3) Los objetos de carácter prehistórico.

El concepto anterior presenta una peculiaridad que radica en su función como elemento definitorio de las *relaciones mutuas* existentes entre los pueblos o naciones. La previsión es tan lógica como interesante por cuanto el mar y los grandes ríos aparecen como formidables vías de comunicación que han sido utilizadas por el hombre y que han servido para relacionar lugares especialmente alejados. Cuando nos referimos al Patrimonio Arqueológico Subacuático, hablamos -en la inmensa mayoría de los casos- de una *arqueología de la guerra* o, con mayor sentido, de una *arqueología de los viajes* que nos sirve para entender las inquietudes y necesidades de cada tiempo histórico y para establecer con mayores garantías las complejas relaciones comerciales, diplomáticas, sociales, militares o políticas sostenidas en todos los rincones del planeta. Es preciso recordar que en muchas ocasiones, además, el yacimiento sumergido se convierte, ante la falta de oxígeno, en una verdadera *cápsula del tiempo* que puede facilitar la labor de los investigadores. Resulta asimismo interesante considerar la extensión de los bienes protegidos al *contexto*, una alusión que parece indicar no solo un deseo de proteger el entorno físico del pecio o del yacimiento arqueológico para poder llevar a cabo una *lectura* más autorizada de los vestigios sino que, de algún modo, vincula estos bienes con su origen geográfico, con el punto de partida y con el destino al que iban dirigidos. De alguna forma, los bienes arqueológicos subacuáticos persisten en su función inicial para comunicar la inquietud de los pueblos y sus necesidades de relación.

---

<sup>484</sup> RUIZ MANTECA, Rafael; *El régimen jurídico ...*; ob. cit., pág. 496.

Estas afirmaciones aparecen consagradas, de algún modo, en la Convención cuando se protegen los intereses de aquellos Estados que pueden acreditar la existencia de un *vínculo verificable* con los bienes culturales sumergidos (artículos 7 o 18 de la Convención).

De manera muy resumida cabría señalar que la Convención de la UNESCO, sometida a un lento proceso de ratificación que aún no ha terminado<sup>485</sup>, procura el descubrimiento y la defensa de esta inmensa riqueza patrimonial mediante la implantación de una serie de grandes principios de actuación que incumben a todos los Estados, deberían servir para interpretar la aplicación de las leyes nacionales y que podríamos, siempre de manera extremadamente somera y conforme a lo establecido en su artículo 2º, fijar en los siguientes.

1. El Principio de *Preservación in situ* del Patrimonio Subacuático que debe aclararse desde el comienzo mismo de las actuaciones encaminadas a su recuperación. El apartado sexto del artículo 2 lo considera, en todo caso, una *opción prioritaria*.
2. El respeto de los derechos que cada Estado ostenta, conforme a la Convención de las Naciones Unidas *sobre el Derecho del Mar* de 1982 respecto de sus buques o aeronaves. No podemos olvidar, además, el carácter de estos pecios como cementerio marino y la obligación de los Estados Parte de velar por el respeto debido de los restos humanos que sean descubiertos. Especial importancia tendría la idea del *vínculo verificable* que podría ser interpretado con un criterio amplio.
3. La prohibición general de cualquier forma de comercialización de bienes arqueológicos subacuáticos.
4. La búsqueda de un acceso responsable y no perjudicial que permita conciliar su conservación con la sensibilización del público en general y de las autoridades competentes en particular.
5. El intercambio suficiente de información, estableciéndose que los Estados Parte deberán cooperar e intercambiar la información de la que dispongan, promover la formación en arqueología subacuática de funcionarios y agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad e impulsar la sensibilización de la

---

<sup>485</sup> El artículo 27 requiere la ratificación por veinte países (España lo hizo en cuarto lugar con fecha 6 de junio de 2005 y fue el primer país de la Unión Europea. La primera ratificación fue la de la República de Panamá con fecha 20 de mayo de 2003) estableciendo la entrada en vigor, para los países firmantes, a los tres meses. Hasta la fecha existen un total de 45 Estados Parte.

opinión pública mediante una continua labor divulgativa, sobre el valor e importancia del Patrimonio Cultural Subacuático.

De otra parte, los Estados asumen una serie de obligaciones destinadas a combatir el tráfico ilícito de bienes culturales, destacando lo establecido en el artículo 14 de la Convención cuando se refiere a la obligación de *impedir la entrada en su territorio, el comercio y la posesión de patrimonio cultural subacuático exportado ilícitamente y recuperado, cuando tal recuperación sea contraria a la presente Convención*. En tales casos, debe tener lugar la incautación de los bienes expoliados, así como su conservación y tutela; llevando a cabo las labores de cooperación que resulten necesarias, así como el intercambio de información y estableciendo, en todo caso, un *régimen severo de sanciones*<sup>486</sup>. Estas disposiciones, además, hay que relacionarlas con la normativa internacional en materia de restitución de bienes culturales que deberán, en todo caso, complementar las normas establecidas en la Convención de la UNESCO (Convenio de la UNESCO de París de 14 de noviembre de 1970, Convenio UNIDROIT de 1995 o la Directiva 93/7/CEE del Consejo de 15 de marzo de 1993 de restitución de bienes culturales)<sup>487</sup>.

#### **4. La propiedad de los bienes arqueológicos subacuáticos**

En todo caso, la Convención no pretende dirimir disputas o demandas relativas a la propiedad de estos bienes culturales y no reglamenta la cuestión de su propiedad entre las distintas partes interesadas. Estas características explican que se trate de una problemática aquejada de toda la complejidad que comporta la resolución de litigios internacionales en materia de tráfico ilegal de bienes culturales, una materia que escapa –por su extensión– de los límites de este trabajo y que merecería una exposición muy detallada. Sí parece oportuno recordar que pueden tener lugar, para la persecución del expolio de nuestro Patrimonio Histórico por las autoridades españolas, tres situaciones claramente diferenciadas:

En primer lugar, la de aquellos yacimientos que se encuentran en las aguas jurisdiccionales españolas<sup>488</sup> y deben ser protegidos con toda normalidad conforme a las disposiciones del Código Penal y la legislación europea, estatal y autonómica que está referida a la protección de los bienes arqueológicos.

---

<sup>486</sup> AZNAR GÓMEZ, Mariano J.; *La protección internacional ...*, ob. cit., páginas 237 y siguientes.

<sup>487</sup> RUIZ MANTECA, Rafael; *El régimen jurídico del Patrimonio Cultural Subacuático ...*; ob. cit., páginas 505 y siguientes.

<sup>488</sup> Sobre delimitación del mar territorial español, Real Decreto 2510/1977, de 5 de agosto, extendido hasta las doce millas náuticas mediante la Ley 10/1977, de 4 de enero *sobre mar territorial*. La delimitación de la Zona Contigua tuvo lugar a través de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado, y de la Marina Mercante, extendiéndola hasta un máximo de 24 millas. Finalmente, la Ley 15/1978, de 20 de febrero, se refiere a la plataforma continental y a la zona económica exclusiva.

Recordemos que el artículo 303 de la Convención de las Naciones Unidas *sobre el Derecho del Mar* de 1982 señalaba que *los Estados tienen la obligación de proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar y cooperarán a tal efecto*. Considerando que el Estado ribereño tiene legitimidad para fiscalizar el tráfico de tales objetos, *podrá presumir que la remoción (no el apoderamiento) de aquellos de los fondos marinos de la zona a que se refiere ese artículo sin su autorización constituye una infracción*.

El mismo precepto señala que nada de lo dispuesto en este artículo afectará a los derechos de los propietarios identificables, a las normas sobre salvamento u otras normas del derecho marítimo o a las leyes y prácticas en materia de intercambios culturales, todo ello, además, sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y demás normas de derecho internacional relativos a la protección de los objetos de carácter arqueológico e histórico. Recordemos que el artículo 7 de la Convención establece el derecho exclusivo de los Estados de reglamentar y autorizar las actividades vinculadas con la arqueología subacuática en su aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial. La Convención sigue en este punto a la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 y parte del principio básico de Derecho internacional según el cual el Estado ribereño ejerce su soberanía sobre las aguas citadas y, en consecuencia, reglamenta y autoriza cualquier actividad vinculada con el patrimonio cultural subacuático. No obstante, se establecen algunas limitaciones derivadas de un principio de cooperación internacional como la de informar al Estado de pabellón de cualquier hallazgo que pueda afectarle. Por su parte, el artículo 18 de la Convención permite la incautación de aquellos bienes arqueológicos que sean extraídos contrariando sus previsiones.

Por su parte, el artículo 8 de la Convención, conforme a lo establecido en la *Convención sobre el derecho del Mar*, extiende esta posibilidad a su zona contigua, interpretando la doctrina que *se establece una presunción legal según la cual la remoción de objetos arqueológicos e históricos de los fondos marinos de la zona contigua sin la autorización del Estado ribereño se equipararía a una infracción de sus leyes y reglamentos aduaneros y fiscales cometida en su territorio o en su mar territorial. Por tanto, lo que el Estado ribereño podrá reglamentar y autorizar en la zona contigua será únicamente las actividades de remoción dirigidas al patrimonio cultural subacuático*.<sup>489</sup>

Por último, el artículo 9 de la Convención señala la responsabilidad estatal de proteger el patrimonio cultural subacuático en la zona económica exclusiva y

---

<sup>489</sup> ÁLVAREZ GÓNZALEZ, Elsa Marina, “Disfuncionalidades de la protección jurídica del patrimonio cultural subacuático en España. Especial referencia al caso Odyssey”. *Revista de Administración Pública*, número 175, Madrid, 2008. Pág. 345.

en la plataforma continental, estableciendo un sistema de notificación e intercambio de información entre los Estados y apelando a su responsabilidad para la defensa de estos bienes arqueológicos.

En segundo lugar, los yacimientos que se encuentran en los países cuyo ordenamiento jurídico defiende el principio de propiedad de los estados bajo cuyo pabellón navegaban los buques o aeronaves hundidas, en los que debe plantearse la defensa jurídica ante sus tribunales para la recuperación de los bienes y la persecución del expolio. Suele citarse como un primer ejemplo de esta labor, marcando un punto de inflexión en la posición internacional de España<sup>490</sup>, la reclamación judicial realizada en el año 2000 de las fragatas *Junio* y *Galga de Andalucía* ante la jurisdicción de los Estados Unidos que finalmente reconoció la propiedad española de los dos pecios, que naufragaron en 1750 y 1802 frente a las costas de Virginia, utilizando como referencia legal el *Tratado de Amistad y Relaciones Generales* suscrito entre las dos naciones el 3 de julio de 1902,<sup>491</sup> con base a lo establecido en su artículo X. Esta norma establecía que “en caso de naufragio, averías en el mar o arribada forzosa, cada Parte deberá conceder a los buques de la otra, ya pertenezcan al Estado o a particulares, la misma asistencia y protección e iguales inmunidades que los concedidos a sus propios buques en casos análogos”. La decisión se vería posteriormente avalada por una *Nota Pública* suscrita por el Presidente de los Estados Unidos de América de 19 de enero de 2001.

En tercer lugar, la de aquellos pecios españoles que reposan en aguas jurisdiccionales de terceros países cuyo ordenamiento jurídico no permite la defensa de los intereses españoles como propietarios del pecio. En estas situaciones, la única vía que se puede desarrollar -al día de hoy- es la vía diplomática y la de la cooperación internacional, sobre la base del respeto a las disposiciones de la Convención.

---

<sup>490</sup> AZNAR GÓMEZ, Mariano J.; *La protección internacional ...*, ob. cit., páginas 348 y siguientes. RUIZ MANTECA, Rafael; *El régimen jurídico del Patrimonio Cultural Subacuático ...*; ob. cit., páginas 84 a 89.

<sup>491</sup> La fragata de 50 cañones de la Armada Española *La Galga de Andalucía* se hundió cerca de las costas de Virginia en agosto de 1750 al encontrar un huracán. Transportaba, haciendo la famosa ruta de La Habana hasta Cádiz, propiedades de la Corona, una compañía de infantes de marina y prisioneros militares ingleses. El *Juno* era otra fragata de 32 cañones que zarpó de Veracruz en 1802 rumbo a Cádiz y que trasportaba algunas tropas, familiares de los soldados y funcionarios civiles, además de un gran cargamento de plata. Naufragó, también frente a las costas de Virginia, tras recibir auxilio del *schooner* norteamericano *La Favorita* que consiguió salvar solo a siete personas. La empresa buscadora de tesoros *Sea Hunt Inc*, obtuvo autorización de las autoridades norteamericanas sobre la base del derecho de salvamento. La posición española, defendida por el abogado JAMES A. GOOLD de la firma *Convington and Burling*, estaba basada, como argumento básico, en el hecho de que España no había abandonado los pecios y ambas fragatas seguían siendo buques de la Armada Española con la inmunidad establecida en las normas vigentes del Derecho Internacional.

Conviene recordar que la persecución de estas infracciones puede tener lugar reclamando la vigencia de la llamada *teoría de ubicuidad* que entiende que el delito puede quedar consumado en cualquiera de los lugares en los que se ha producido la acción o bien en el lugar en el que previsiblemente se produzca el resultado buscado por el agente. La ausencia de una plasmación *concreta* de esta teoría en la legislación procesal española, al contrario de lo ocurrido en otros países de nuestro entorno<sup>492</sup>, no pudo ser subsanada hasta la reforma operada, en virtud de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, concretamente en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuya virtud, apartado p) del precepto, se consideró competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional y susceptibles de tipificarse, según la ley penal española como *cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos. Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España.*

No parece existir impedimento alguno, de otra parte, para aplicar el régimen administrativo de autorización para los aparatos detectores a los *cazatesoros* como el que se encuentra previsto en la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía de 2007 ya que, al margen de lo sofisticado de sus equipos, estos podrían englobarse dentro del amplio concepto de *técnicas* que puedan ser utilizadas para la localización de restos arqueológicos. Es igualmente necesario recordar, una vez más, que la protección de estos pecios requiere, quizá con mayor intensidad, una continua labor de coordinación institucional a todos los niveles que no siempre tiene lugar y que se hace muy necesaria por la frecuente implicación internacional que comporta la identificación y recuperación de estos bienes.

Siendo España un estado intensamente descentralizado se suscita una amplia controversia acerca de la titularidad de los bienes arqueológicos hallados en el mar territorial y en la plataforma continental, discusión que puede tener alguna incidencia en los pormenores de cualquier proceso penal y que debe ser

---

<sup>492</sup> En tal sentido, el artículo 9.1 del Código Penal Alemán señala que *un hecho es cometido en todo lugar en el que el autor ha actuado o, en caso de omisión, donde hubiera tenido que hacerlo o en el lugar en el que, según la representación del autor, debiera haberse producido el resultado perteneciente al tipo.* En el mismo sentido, Códigos Penales de Austria, Eslovenia, Portugal, Polonia o Finlandia.



aclarada de forma suficiente<sup>493</sup>. En un principio, conforme a lo dispuesto en el artículo 110 y siguientes de la Ley 12/1988 de 28 de Julio, *de Costas*, teniendo en cuenta que el mar territorial y la plataforma continental son bienes demaniales del Estado por imperativo constitucional, parecería que la competencia para autorizar actividades de prospección o de excavación arqueológica correspondería al Estado, pero el artículo 114 del mismo texto legal señala que las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias que, en las materias de ordenación territorial y del litoral, puertos, urbanismo, vertidos al mar y demás relacionadas con el ámbito de la presente Ley tengan atribuidas en virtud de sus respectivos Estatutos. Esta competencia autonómica, como señala el mismo precepto en su párrafo segundo, alcanzará exclusivamente al ámbito terrestre del dominio público marítimo-terrestre, sin comprender el mar territorial y las aguas interiores.

En la práctica, se ha venido considerando desde el Ministerio de Cultura y por diversas razones que, con carácter general, corresponde a las Comunidades Autónomas el papel protagonista para la protección del Patrimonio Arqueológico. Desde esta premisa, ha tenido lugar la paulatina atribución de competencias exclusivas en esta materia y su extensión sobre el soporte físico de asentamiento de las Comunidades Autónomas otorgándoles las facultades de autorización e inspección sobre el Patrimonio Arqueológico Subacuático que se encuentre depositado tanto en el mar territorial como en la plataforma continental. Así lo señalan, pese a la contrariedad de la doctrina<sup>494</sup>, diversas leyes autonómicas como ocurre, a título de ejemplo, con el artículo 47 de la Ley 14/2007 de Patrimonio Histórico de Andalucía.

Conforme a las ideas anteriores, en definitiva, el Estado mantendría sus competencias para la realización y firma de convenios internacionales y para la defensa de los intereses arqueológicos españoles fuera de nuestras fronteras, todo ello al margen de su imprescindible labor coordinadora<sup>495</sup> y de su competencia para autorizar la exportación de bienes arqueológicos, de la lucha policial y administrativa contra la expoliación y del control directo de todos aquellos bienes arqueológicos que se encuentran en los servicios públicos gestionados por la administración estatal, como ocurre con los Puertos del Estado, bajo cuyas aguas se encuentran numerosos yacimientos arqueológicos de un gran valor.

---

<sup>493</sup> AZNAR GÓMEZ, Mariano J.; *La protección internacional ...*, ob. cit., sobre atribución de competencias estatales y autonómicas, extensamente, páginas 384 y siguientes.

<sup>494</sup> BARCELONA LLOP, Javier; ob. cit., páginas 146 y siguientes.

<sup>495</sup> Conviene recordar en este punto la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, *sobre auxilios, salvamentos, remolques hallazgos y extracciones marítimos* que establece las competencias de la Armada Española.

Una cuestión controvertida es la que se refiere a la propiedad de bienes arqueológicos subacuáticos de titularidad privada. Siguiendo en este punto a RUIZ MANTECA, con respecto a estos bienes tendríamos que establecer dos consideraciones iniciales dependiendo de la ubicación de los mismos. De encontrarse en los espacios marinos sometidos a soberanía, conforme a la normativa administrativa vigente del Patrimonio Histórico, los bienes son de propiedad pública. Si, por el contrario, se ubican fuera de esos espacios, el propietario conserva sus facultades dominicales mientras que no renuncie o abandone sus bienes. La duda surge a la hora de compatibilizar esos derechos con la función social que deben desarrollar los bienes sumergidos en su condición de bienes culturales. En términos generales, cabría señalar que *los derechos del propietario no pueden ser desconocidos cuando se aborde la protección del patrimonio cultural subacuático y, en consecuencia, se mantienen, pero indiscutiblemente quedan afectados por la protección del patrimonio sumergido, pues así lo exige la función que éste debe cumplir*. Al margen de las dificultades de identificación de la propiedad, la cuestión no parece aún resuelta, al menos cuando se discute la propiedad de restos situados más allá de los espacios sujetos a soberanía. En el mar territorial y en la plataforma continental parece que siempre *será posible acudir a las normas del ribereño, en las que sin duda se tratará la cuestión de la protección del patrimonio cultural, incluido el subacuático, y se especificará como queda modificado el estatuto real de los bienes culturales a la vista de esa protección*<sup>496</sup>.

Fuera de estos espacios, el autor anterior nos propone como única solución *la elaboración de un convenio internacional que regule estos asuntos vinculados a la propiedad de estos bienes sumergidos, en el que se especifique el estatuto [...] con especificación del tipo de acciones que el propietario puede ejercitar, entre las que creemos que debe estar una acción declarativa de su propiedad, y muy posiblemente también otra negatoria de los derechos y limitaciones que otros sujetos pretendan tener o establecer sobre los hallazgos*. Igualmente sería necesario integrar algunas presunciones de abandono, bien por la realización de actos expresos o tácitos o bien estableciendo un sistema rígido de plazos por el mero transcurso del tiempo.

Por último, debemos recordar que la legislación protectora del Patrimonio Arqueológico que se integra en la LPHE sería perfectamente aplicable al Patrimonio Arqueológico Sumergido. Y lo mismo cabría señalar respecto a la aplicación de la norma penal. De hecho, la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del

---

<sup>496</sup> RUIZ MANTECA, Rafael; *El régimen jurídico del Patrimonio Cultural Subacuático ...*; ob. cit., páginas 500 y 501.

Código Penal otorga ya una nueva redacción al artículo 323 del Código Penal y se refiere de manera explícita tanto a yacimientos arqueológicos terrestres como subacuáticos. De la misma manera que la LPHE establece el sistema de demanialidad *ope legis* de los bienes arqueológicos, la Convención de 2001 insiste en este carácter público, pero otorgándole un sentido aún más universalista al prohibir cualquier clase de comercialización y otorgar derechos a terceros Estados que puedan estar lógicamente interesados en los restos arqueológicos descubiertos sobre la idea del *vínculo verificable*.

## **5. Su incidencia en el ámbito penal. El expolio de la fragata *Nuestra Señora de las Mercedes***

El terrible expolio de la fragata española *Nuestra Señora de las Mercedes* constituye, cuando menos desde la perspectiva del derecho penal y a pesar del final feliz de esta abrumadora historia, una de las páginas más tristes de la historia del derecho del Patrimonio Histórico. La completa descoordinación institucional, cuando no la desidia oficial, la falta de colaboración de Estados aliados e integrados en la Unión Europea, la ausencia de una posición rápida y firme de las autoridades españolas y el fracaso de la instrucción merecen una crítica constructiva y una reflexión suficiente del suceso, para que no tenga lugar en el futuro y pueda defenderse una riqueza única y guardar el respeto que merece a la memoria de las víctimas de la tragedia.

La fragata española había partido, a las órdenes del marino guipuzcoano y capitán de navío José MANUEL DE GOICA Y LABART. Había llegado procedente del puerto de El Callao (Perú) al puerto de Montevideo el 9 de agosto de 1804 y de allí partió en dirección a Cádiz acompañada de los navíos *Medea*, *Fama* y *Santa Clara*. Aunque era una escuadra militar, viajaban funcionarios que volvían a España con sus familias y ahorros, entre ellos el Mayor General español DIEGO DE ALVEAR<sup>497</sup> que había cumplido su labor en América como militar y geógrafo durante más de veinte años y al que acompañaban su esposa e hijos. Al parecer, el cargamento de la Mercedes, de acuerdo con algunos documentos conservados en la Real Academia de la Historia, cuando menos formalmente, se componía de 221.000 pesos de la Corona, 20 cajas de cascarilla, 20 tercios de lana de vicuña, 1.132 quintales de estaño, 961 de cobre, dos culebrinas excluidas de bronce. Además, por cuenta de particulares, transportaba otros 587.000 acuñados y

---

<sup>497</sup> DIEGO DE ALVEAR sería posteriormente defensor de la ciudad de Cádiz durante la *Guerra de la Independencia* del asedio francés y organizaría su famoso *Cuerpo de Voluntarios Distinguidos*. Durante su cautiverio en Inglaterra conocería a la joven irlandesa con que contraería matrimonio. Liberal convencido, tras sufrir los rigores del absolutismo, conseguirá recuperar sus títulos y honores y morirá en Madrid en 1830.

30.000 en plata labrada y en cajas de soldadas 14.200 que componen un total de 953.000 pesos.

Quizá porque fuera conocida la importancia del botín que transportaba, el 5 de octubre de 1804, la fragata fue hundida en la batalla del Cabo de Santa María durante un asalto sufrido por parte de una escuadra militar británica. Una expresiva descripción del ataque, que fue realizado por el COMODORO MOORE por sorpresa y sin que mediara previa declaración de guerra y de su hundimiento, con la explosión de la *santabárbara* del buque, puede leerse en las primeras páginas de *Trafalgar*, el primero de los *Episodios Nacionales* de BENITO PÉREZ GALDÓS, circunstancia poco comentada que le proporciona, a mi juicio, todavía un mayor valor a este pecio histórico. Murieron en el hundimiento 249 personas, muchas de ellas civiles, siendo detenidos y trasladados a Inglaterra los supervivientes. El propio Alvear, Segundo Jefe de la Escuadra española<sup>498</sup>, que se había trasladado a la fragata capitana *Medea* pudo ver como su esposa y ocho de sus nueve hijos morían con el hundimiento de *la Mercedes* al impactar un proyectil inglés en la *santabárbara*, pañol o paraje destinado a guardar la pólvora y otros explosivos del buque. Esta circunstancia, al parecer fue determinante para la rendición española. La propia prensa británica de la época calificó el hecho como una atroz vulneración de *la ley de las naciones* y el rey de Inglaterra prometió el pago de una compensación económica a los cautivos. El enorme valor histórico de este suceso hace especialmente ingrato el expolio de un pecio que, además de cementerio marino, puede ser símbolo de una desigual, injusta y triste agresión sobre civiles por parte de una potencia europea. La abundancia de datos históricos, el posible destino del tesoro para el auxilio de Napoleón y otras circunstancias de gran interés para España, tendrían que haber posibilitado su excavación científica y no su expoliación con fines puramente comerciales produciendo un daño completamente irreparable.

Ha podido encontrarse, por ejemplo, constancia documental<sup>499</sup> de la misión encargada a la fragata. Efectivamente, parece que fue MANUEL GODOY, el *Príncipe de la Paz*, quien habría dado instrucciones al Ministro de Marina para que trajera a España una *valiosa carga de caudales y frutos preciosos* que se encontraría en puerto de El Callao y que debía llegar a España con el auxilio de una Escuadra de Guerra. Como ha puesto de manifiesto la doctrina especializada, la fragata de guerra “Nuestra Señora de las Mercedes” cumplía una misión de

---

<sup>498</sup> El Jefe de la Escuadra era JOSÉ DE BUSTAMANTE Y GUERRA.

<sup>499</sup> DEL CAMPO HERNÁN, María del Pilar. “Los archivos y la protección del patrimonio: La última comisión de la fragata de guerra ‘Nuestra Señora de las Mercedes’”, en MUÑOZ SERRULLA, M.T. (Coord. y Ed.) *La Moneda: Investigación numismática y fuentes archivísticas*, Madrid: Asociación de Amigos del Archivo Histórico Nacional y Dpto. de Ciencias y Técnicas Historiográficas y de Arqueología, UCM, 2012, páginas 270 y siguientes.

Estado: el transporte de personal, caudales de la Hacienda Pública, de compañías marítimas y de particulares y otros efectos desde el virreinato del Perú a España. En ningún caso podía considerarse una misión comercial. El hecho de que transportara personal no militar a bordo no afecta a la naturaleza ni a la misión del buque”<sup>500</sup>.

La empresa demandada habría engañado desde el comienzo mismo de su actividad prospectiva a las autoridades españolas. Habría solicitado, por conducto del Gobierno de los Estados Unidos, autorización para llevara cabo labores de localización del *HMS Sussex*, navío de línea de la Armada Británica de 80 cañones que habría naufragado en la Bahía de Algeciras el 19 de febrero de 1694 y que transportaba, *al parecer, 10 toneladas de oro y plata*<sup>501</sup>. En 2005, el Ministerio de Cultura, a través de la Dirección General de Bellas Artes, comunicó al representante legal de la empresa “Odyssey Marine Exploration” la necesidad de autorización de la Junta de Andalucía para la realización de cualquier tipo de prospección o excavación arqueológica en nuestras costas. Esta empresa, radicada en Tampa (Florida) y fundada por GREG STERM en 1994 venía dedicándose a la comercialización de los restos recuperados de barcos hundidos y a la comercialización de reportajes sobre estas operaciones. Su actividad alrededor del *Estrecho de Gibraltar* hay quien la remonta hasta el año 1995<sup>502</sup>. En cualquier caso, la *Nota Verbal* de 28 de julio de 2005 dirigida al Embajada de Estados Unidos por el Ministerio de Asuntos Exteriores establecía con toda claridad las condiciones en las que tendría que producirse la intervención arqueológica, condiciones que muy pronto comenzaron a ser incumplidas provocando la actuación de la Guardia Civil y la denuncia de los hechos por el Ministerio Fiscal ante el Juzgado de Instrucción competente<sup>503</sup>.

---

<sup>500</sup> DEL CAMPO HERNÁN, María del Pilar. “Los archivos y la protección ...”, ob. cit., pág. 271.

<sup>501</sup> RUIZ MANTECA, Rafael; “El llamado caso Odyssey: análisis y valoración”, en la revista Patrimonio Cultural y Derecho, número 16, Madrid, 2012, pág. 90.

<sup>502</sup> ÁLVAREZ GÓNZALEZ, Elsa Marina, “Disfuncionalidades de la protección jurídica del patrimonio cultural subacuático en España. Especial referencia al caso Odyssey”. Revista de Administración Pública, número 175, Madrid, 2008. Páginas 323 y siguientes. De la misma autora, “Patrimonio sumergido: Claves de su régimen jurídico. Revista Patrimonio Cultural y Derecho, número 12, Madrid, 2008. Páginas 25 a 50.

<sup>503</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, refiere otro incidente de la compañía de gran interés, antes de la consumación del expolio y en los primeros años de su actividad. “El análisis de una de las piezas de hierro encontradas, que parecía ser parte de un cañón, junto con el informe emitido por la empresa Odyssey al Gobierno británico, dio lugar a un Acuerdo entre la empresa norteamericana y el Gobierno británico, *Agreement Concerning the Shipwreck of HMS Sussex*, el 27 de septiembre de 2002, en el que se declaraba que dichos restos pertenecían al galeón de guerra británico HMS Sussex. La respuesta del Consejo Británico de Arqueología no se hizo esperar. El 10 de octubre de 2002 se publica un informe en el que se denuncia la gravedad de las negociaciones entre la empresa Odyssey y el Gobierno británico, cuya única finalidad es comercial. Este informe del Consejo Británico de Arqueología da lugar a la Resolución 19 de la 13.ª Asamblea General de ICOMOS, organismo dependiente de la UNESCO, el 5 de diciembre de 2002, en la que se recoge que, a pesar de que la Convención sobre la Protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001 no ha sido ratificada por el Reino Unido,

Cuando tiene lugar la actuación judicial, los hechos estaban consumados. La intervención de uno de los barcos de la compañía y otras medidas judiciales como el apresamiento de los barcos *Odyssey Explorer* y *Ocean Alert*, resultaron completamente inútiles. De hecho, se envió un tercer barco, el *Swift Secure* para poder sacar de Gibraltar los valiosísimos equipos propiedad de la empresa y utilizados en la localización y expolio de los pecios<sup>504</sup>. Con fecha 18 de mayo de 2007, aprovechando la asamblea nacional de accionistas, la compañía Odyssey hizo público el descubrimiento de un pecio del que se habrían extraído 17 toneladas de monedas de oro y plata, valoradas en 500 millones de dólares. Tras consumir este inmenso expolio, la empresa habría embarcado el tesoro expoliado en un vuelo con origen en Gibraltar y destino Tampa (Florida) bajo licencia de exportación de las autoridades británicas que nada habrían comunicado a las autoridades españolas, traslado que habría tenido lugar entre los días 10 de abril y 16 de mayo de 2007.

Teóricamente, el tesoro lo integraban, entre otras piezas, 500.000 monedas de plata, los llamados *reales de a ocho* acuñados en Méjico con la efigie de Carlos III a finales del siglo XVIII y con un valor estimado de 373 millones de euros. La empresa manifestó que el pecio se encontraba fuera de las aguas jurisdiccionales españolas y que el buque encontrado podría ser el *Merchant Royal*, un mercante inglés desaparecido en 1641. Anteriormente, la propia empresa había ofrecido otro nombre, el *Cisne Negro* (Black Swan) para identificar el barco hundido y mantener el secreto de sus coordenadas.

El Reino de España demandó a la compañía en 2007 ante la Corte de Distrito Centro de Florida, reclamando la propiedad del tesoro y diversas informaciones relacionadas con su hallazgo, sustanciándose la controversia judicial a lo largo de cinco años. Las cuestiones debatidas de mayor trascendencia eran, de una parte, la identificación del buque expoliado como la fragata *Nuestra Señora de las Mercedes* y, de otra, la acreditación de su consideración como un buque de guerra español que desarrollaba una misión y gozaba del beneficio de la inmunidad. En virtud de este principio de inmunidad de los buques y aeronaves de Estado que consagra el artículo 32 de la *Convención sobre Derecho del Mar*, salvo en situaciones acreditadas de abandono, España mantendría la titularidad sobre la carga y el pecio. Ambos extremos pudieron ser completamente aclarados, aportándose varios informes a

---

todos los países, incluido él, votaron a favor de la aplicación del Anexo de la Convención. En este sentido, el Ministerio de Defensa de Gran Bretaña, al negociar con la compañía comercial Odyssey Marine Exploration el rescate de los restos del buque HMS Sussex, podría causar un daño irreparable al patrimonio cultural subacuático y sentar un inaceptable precedente. Por ello, solicita que se adopten de manera inmediata las medidas necesarias para detener dicha situación”. Ob. cit., pág. 362.

<sup>504</sup> RUIZ MANTECA, Rafael; “El llamado caso Odyssey: análisis ...”, pág. 93.

la causa que habrían sido elaborados con base en los documentos conservados en diversos archivos históricos de un gran valor (Archivo de Indias, Archivo General de la Marina y Archivo de la Real Academia de la Historia).

Una vez dictada sentencia en segunda instancia en la Corte de Apelación de Atlanta, con fecha 24 de febrero de 2012, las monedas fueron devueltas a España<sup>505</sup>. Además, en julio de 2013 fueron devueltos, cuando menos formalmente, los últimos restos del pecio expoliado y se trasladaron al Museo Nacional de Arqueología Subacuática de Cartagena.

La dimensión penal del llamado *Caso Odyssey*, se sustanció en el Juzgado de Instrucción número 3 de la Línea de la Concepción (Cádiz) y *es, sin duda el asunto penal más relevante que se ha desarrollado en Europa en torno a la protección del patrimonio cultural sumergido*<sup>506</sup>. Otros autores han calificado el suceso como un expolio referido al *mayor tesoro submarino de la historia*<sup>507</sup> o entienden que ha sido *un motivo perenne de discusión e indignación en la sociedad española*<sup>508</sup>. La causa penal acabó lamentablemente archivada de forma provisional tras diversas actuaciones impulsadas por la Fiscalía de Área de Algeciras y la Guardia Civil contra el capitán del barco que había llevado a cabo las labores de expolio por la posible comisión de delitos de daños al Patrimonio Histórico español del artículo 324 del Código Penal, posibles daños por imprudencia grave del artículo 324 del mismo texto legal, apropiación indebida de bienes culturales y un posible delito de contrabando conforme a las previsiones contenidas en la Ley 12/1995. Al margen de las anteriores tipologías, creo que los hechos podrían constituir, además, algunas formas de falsedad documental en las solicitudes tramitadas por la compañía americana ante las autoridades españolas.

Comparto la opinión pesimista de RODRÍGUEZ TEMIÑO cuando señala que la alegría por la recuperación, seguramente parcial, del gran tesoro expoliado gracias a la actuación de la jurisdicción civil norteamericana, no debe hacernos olvidar el daño producido en nuestro Patrimonio Arqueológico y la *lentitud e ineficacia de la justicia española*<sup>509</sup> si bien, en mi opinión este parecer, por duro

---

<sup>505</sup> RUIZ MANTECA, Rafael; “El llamado caso Odyssey: análisis ...”, páginas 31 y siguientes. ORTIZ SÁNCHEZ, Mónica y ALBERT, María del Amor; “Odyssey y la protección del patrimonio arqueológico por las Comunidades Autónomas”, publicado por Revista PH del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, número 82, Sevilla, 2012. GERMÁN MANCEBO, Isabel. “Una aproximación interdisciplinar a la protección del patrimonio cultural subacuático . El escenario un año después de la resolución del “Caso Odyssey”. *RIIPAC*, no 4, 2014, páginas 1 a 26.

<sup>506</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina; “El expolio ...”ob. cit.; pág. 287.

<sup>507</sup> RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio; *Indiana Jones ...*; ob. cit., pág. 217.

<sup>508</sup> RUIZ MANTECA, Rafael; *El régimen jurídico del Patrimonio Cultural Subacuático ...*; ob. cit., página 90.

<sup>509</sup> RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio; *Indiana Jones ...*; ob. cit., pág.234.

que sea, no es atributo exclusivo del sistema de justicia penal y debería extenderse a buena parte de la administración estatal y autonómica. Aunque haya sido reconocida la propiedad del tesoro, los daños al yacimiento han resultado irreparables, no se ha tenido en consideración la importancia del suceso para la historia de España y se ha extendido, en definitiva, un espeso manto de impunidad sobre los graves delitos cometidos.



## Capítulo Séptimo

LAS ZONAS PATRIMONIALES. EL PATRIMONIO HISTÓRICO “MÚLTIPLE”. LA ARQUEOLOGÍA DE LAS VÍCTIMAS

La *Comisión Franceschini* ya definió los centros históricos como unidades culturales y exponentes de una forma de vida cultural y urbana. Ya sabemos que la relación de estos centros históricos con la arqueología y el urbanismo, incluso con el turismo cultural, no resulta fácil en la sociedad de nuestro tiempo como ya puso de manifiesto la conocida como *Carta de Gubbio* de 1960 sobre la sostenibilidad de las ciudades históricas. Pero estas ciudades también se relacionan con un entorno amplio de producción, que termina por vincularse con ellas a lo largo del tiempo y que igualmente se ve amenazado en ocasiones por la presión especulativa y otros factores socio económicos que tienden a destruirlo para convertirlo en un monocultivo inmobiliario, desnaturalizando la explicación cultural del desarrollo de un determinado espacio histórico de un gran valor.

El derecho urbanístico viene señalando<sup>510</sup> que casi todas las ciudades europeas permiten diferenciar un conjunto histórico y la ciudad producto del ensanche que tiene lugar desde el comienzo del siglo XX y que sigue produciéndose en la actualidad. En tanto el conjunto histórico suele atesorar valores diferenciadores y estéticos de gran valor, la *ciudad del ensanche* es una ciudad uniforme, sin señas de identidad y escaso o nulo valor monumental aunque en numerosas ocasiones y a consecuencia de la presión especulativa y demográfica se alza precisamente sobre la destrucción de valiosos elementos culturales. El ensanche es uniforme porque rinde un culto desmesurado a la línea recta y participa, en buena medida, de todas los factores que desencadenan en la segunda mitad del siglo XX, al margen de las catástrofes naturales y la guerra, la destrucción de millares de ciudades históricas europeas<sup>511</sup>. No debemos identificar, sin embargo, el concepto de conjunto histórico con el de *ciudad histórica* que resulta mucho más complejo y desborda en ocasiones las previsiones de la norma urbanística. No podemos olvidar que la ciudad histórica solo resulta comprensible cuando se la relaciona con su entorno y, en ocasiones, ese entorno tiene una naturaleza productiva y se mantiene incólume hasta el presente en mayor o en menor medida, atesorando un enorme valor cultural. Ya sabemos, además, que el valor cultural constituye *una noción ambigua e indeterminada, susceptible de juicios diversos, sometida en todo caso a un continuo proceso de cambio*<sup>512</sup>.

---

<sup>510</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción; “La ciudad histórica ante un nuevo modelo urbanístico” en Patrimonio Cultural y Derecho; nº 16, Madrid, 2012; páginas 137 a 161.

<sup>511</sup> BARRERO GONZÁLEZ, Enrique; *Reflexiones sobre Sevilla como Conjunto Histórico y sobre el pensamiento urbano de José María Izquierdo*. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2008, páginas 53 y siguientes.

<sup>512</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción; “Patrimonio Cultural y Derecho. La legislación española y andaluza”, en *Protección jurídica del Patrimonio Cultural*, RODRÍGUEZ LEÓN, Luis Carlos (coordinador), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008; pág. 58.

En este sentido, comprenderemos fácilmente que la sostenibilidad de la ciudad histórica se vincula intensamente con su entorno y con las medidas legales de protección que puedan adoptarse cuando adquiere suficiente relevancia cultural. Ya puso de manifiesto la doctrina tras la promulgación del Código Penal de 1995, que “los conjuntos históricos han constituido el *caballo de Troya* del derecho español del Patrimonio Histórico Artístico y la *asignatura pendiente* de este sector del ordenamiento jurídico”<sup>513</sup> quizá a consecuencia de una reiterada *desconexión* de estos conjuntos con el planeamiento urbanístico y una visión integradora de la ciudad<sup>514</sup>. Recordemos que el artículo 15.3 de la LPHE nos define el *Conjunto Histórico* en términos muy afortunados como “la agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo es Conjunto Histórico cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúna esas mismas características y pueda ser claramente delimitado”. Conforme a la definición anterior el conjunto histórico no se agota en un *conglomerado de edificaciones* sino que trasciende hacia *núcleos de menor entidad* que forman parte de la ciudad y que, *al representar la evolución de una comunidad, ilustran sobre el modus vivendi, costumbre, concepción de la estética, y atestiguan las diferentes formas de entender y concebir la ciudad en su devenir histórico*<sup>515</sup>. Al margen de esta nota evolutiva, la otra característica esencial del concepto de conjunto histórico vendría determinada por lo que ha sido considerado *uno de los grandes logros del precepto*<sup>516</sup> que es su relación con el valor de uso y disfrute para toda la colectividad que debe ser concebido como un valor de presente.

No cabe duda que esta ideas inciden en la sostenibilidad de las ciudades y se han visto, cuando menos indirectamente, reflejadas en sendos recientes documentos de un extraordinario valor como las llamadas *Cartas de Leipzig sobre ciudades europeas sostenibles* de 2007 y *Declaración de Toledo* aprobada con motivo de la presidencia española de la Unión Europea en 2010. Ambos documentos parten de un idea esencial: Las ciudades son tiempo y espacio lo cual, en definitiva, equivale a señalar que las ciudades son historia y deben encontrar su futuro precisamente, cuando menos de manera parcial, en su dimensión histórica. Deben, por tanto, considerar un elemento esencial de sostenibilidad su relación con el Patrimonio Histórico y deben hacerlo con un

---

<sup>513</sup> ALEGRE ÁVILA, Juan M.; *Evolución ...*; ob. cit., pág. 357

<sup>514</sup> RENART GARCÍA, Felipe; *El delito ...*; ob. cit., pág. 37.

<sup>515</sup> RENART GARCÍA, Felipe; *El delito ...*; ob. cit., pág. 38.

<sup>516</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*; ob. cit., páginas 38

criterio de amplitud territorial que no se limite a los conjuntos monumentales y al entorno más próximo. Precisamente es su extensión el que puede convertir la conservación y disfrute de los bienes culturales en un elemento integrador y especialmente valioso de cohesión social. Como ya puso de manifiesto el artículo 1º de la *Carta de Venecia* de 1964<sup>517</sup>, *la noción de monumento histórico comprende la creación arquitectónica aislada pero también comprende el conjunto urbano o rural que dá testimonio de una civilización particular, de una evolución significativa, o de un acontecimiento histórico. Se refiere no solo a las grandes creaciones sino también a las obras modestas que han adquirido con el tiempo una significación cultural.*

La *Carta de Leipzig* fue aprobada en una *Reunión Informal* sostenida por Ministros sobre Desarrollo Urbano y Gestión Territorial de la Unión Europea en mayo de 2007<sup>518</sup>. Aunque no se hace referencia explícita al Patrimonio Histórico, puede considerarse el aspecto cultural de la ciudad histórica en su sentido más amplio como una de las dimensiones del desarrollo sostenible junto a la prosperidad económica, el equilibrio social y el medioambiente saludable. Recuerda el documento que *nuestras ciudades poseen cualidades culturales y arquitectónicas únicas, poderosas fuerzas de inclusión social y posibilidades excepcionales para el desarrollo económico. Son centros de conocimiento y fuentes de crecimiento e innovación. Sin embargo, también sufren problemas demográficos, desigualdad social y exclusión social de grupos específicos de población, carencia de viviendas asequibles y apropiadas y problemas medioambientales. A largo plazo, las ciudades no pueden satisfacer su función de motor de progreso social y crecimiento económico, tal y como se describe en la Estrategia de Lisboa*<sup>519</sup>, *a menos que seamos capaces de mantener el equilibrio social, tanto intra como interurbano, de proteger su diversidad cultural y de establecer una elevada calidad en lo que al diseño, la arquitectura y el medio ambiente se refiere.*

Por su parte, la *Declaración de Toledo* de 24 de junio de 2010, aprovechando la presidencia española de la Unión Europea, fue aprobada en otra

---

<sup>517</sup> Adoptada en el II Congreso Internacional de Arquitectos y Técnicos de Monumentos Históricos celebrado en Venecia en 1964. En la Comisión Redactora participó el arquitecto e historiador español JOAN BASSEGODA Y NONELL (1930- 2012).

<sup>518</sup> Como documentos anteriores de carácter internacional de un gran valor y referidos a conjuntos históricos, pueden consultarse la *Carta de Atenas* de 1933 (manifiesto urbanístico derivado de IV Congreso Internacional de Arquitectura Moderna), la Carta Internacional sobre la conservación y restauración de monumentos y sitios, conocida como *Carta de Venecia* de 1964 y la Recomendación relativa a la salvaguardia de los conjuntos históricos y su función en la vida contemporánea, conocida como *Declaración de Nairobi* de 1976 y aprobada en la 19ª asamblea de la UNESCO.

<sup>519</sup> Plan de desarrollo de la Unión Europea aprobado por el Consejo Europeo en Lisboa los días 23 y 24 de marzo de 2000, cuya idea básica es de mejorar la competitividad a través de un desarrollo sostenible que conjugue aspectos sociales, económicos y medioambientales.

nueva *Reunión Informal* de Ministros de Desarrollo Urbano como un elemento de continuidad de la *Carta de Leipzig*. Aunque tampoco tiene lugar alguna referencia explícita al Patrimonio Histórico, si refiere la necesidad de que tenga lugar una “Regeneración Urbana Integrada” que debe asociarse a valores ambientales como *la protección de los recursos naturales, paisajísticos, forestales, hídricos, agrícolas, etc. en el entorno de la ciudad y el refuerzo de sus conexiones o articulaciones con la misma (por ejemplo, mediante cinturones y/o cuñas verdes conectados y en continuidad con la red de parques y espacios públicos), el ‘reverdecimiento’ de la ciudad existente, etc.*

Pero todavía debemos dar un paso más. En algunos casos, no podemos negar el privilegiadas ciudades históricas cierta aportación decisiva del fruto y del paisaje productivo que la circunda porque, teniendo en cuenta que *la libertad es más poderosa que la naturaleza*, el entorno natural que abraza la vieja ciudad genera un *ser transitivo*, esto es, un ser que *no nace, no permanece sino que continuamente se transforma*<sup>520</sup>. Hablamos, por tanto, del fruto, de la decisión productiva, de la naturaleza transformada, del territorio *antrópico*, de una sólida estrategia social y económica para que la ciudad alcance la mayor pujanza y el más extenso recorrido de su lengua y cultura; de ahí que sostengamos la importancia de señalar la aparición de unas condiciones especialmente propicias para sostener un diálogo histórico que solo viene relativamente determinado por las condiciones físicas que impone la geografía.

Ciudad y producción también pueden formar una unidad de gran relevancia cultural. Recordemos en este punto que el alfoz, concepto históricamente ligado con la España musulmana y la agricultura, se integraba por las pequeñas poblaciones rurales que dependían de la autoridad de aquella ciudad o villa principal que circundaban. En la actualidad, el concepto se amplía de forma aparente, al trasladarse al campo normativo y al urbanismo, para definirse como aquel *conjunto de diferentes pueblos que dependen de otro principal y están sujetos a una misma ordenación*<sup>521</sup>. Decimos que esta ampliación es solo aparente porque la legislación municipal, a pesar de la referencia explícita a la *ordenación*, establece un nuevo marco de decisión en el que el viejo concejo no impone su criterio y reduce sus límites territoriales, si acaso, hasta el humilde arrabal deficitario de servicios públicos y asistenciales. Esta nueva forma de afrontar la realidad geográfica, marcará su destino porque transformará lo que ha sido un territorio esencialmente productivo en un soporte urbano, transformación que comporta que puedan destruirse numerosos valores patrimoniales.

---

<sup>520</sup> LÓPEZ CALERA, Nicolás; *El ser granadino. Ensayo de una ontología débil*. Editorial Comares, Granada, 1998, páginas 51 y 52.

<sup>521</sup> Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, Madrid, 2001.

El análisis de esta vieja y enriquecedora *realidad compartida* de la ciudad con su alfoz ha merecido algunas excelentes aportaciones de la historiografía española del siglo XX que resultan, por su proximidad, claramente aplicables a grandes entornos históricos como es el caso de la ciudad de Granada y su Vega<sup>522</sup>. Efectivamente, el diálogo fructífero de la ciudad con su alfoz produce una próspera tranquilidad que rompe esa tradicional rivalidad existente entre la ciudad y el campo. No se trata, ni mucho menos, de un sometimiento: Al margen de la capacidad de *ordenación* de la urbe como magnitud inevitable para superar distintas limitaciones sociales, tiene lugar un respeto recíproco de cada magnitud territorial que permite un crecimiento y desarrollo compatibles de ambas coordinadas para la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos<sup>523</sup>. Urbe y campo se reconocen, comprenden la importancia de persistir y mejorar de una manera equilibrada, respetan el papel que se les asigna para el sostenimiento de la vida social.

Ya hemos señalado que la capacidad de dialogar con el entorno es singularmente propicia en los lugares históricos. El hombre carece de una perspectiva temporal *suficiente* que compete a muchas generaciones, pero aquellos lugares habitados de una cierta extensión y límites reconocidos, explotados racionalmente por la mano de la agricultura, modificados armoniosamente desde su estado original y convividos a lo largo de la historia, suelen depositar en la memoria colectiva un poso de experiencias comunes, de soluciones y problemas que terminan por hilvanar un sereno y hondo discurso favorable al desarrollo socioeconómico y a la mejora de nuestras aspiraciones estéticas y de las condiciones de vida. La convivencia con el pasado ha sido una

---

<sup>522</sup> CARANDE THOVAR, Ramón (1887-1986) en su conocido y celebrado estudio *Sevilla, fortaleza y mercado* publicada en 1972 cuando, con su habitual brillantez y claridad, nos asegura: *La significación del alfoz como factor integrante de la fisonomía del concejo, se percibe mejor que en las relaciones rurales de las pequeñas comunidades, en la personalidad económica y militar de la ciudad medieval. Constituye la base capital del sostenimiento y la defensa. Ni el tipo de la producción peculiar de la edad media, ni la falta de vías amplias y permanentes de comunicación, consentían dejar pendiente el abastecimiento de la ciudad, de prestaciones obtenidas fuera y lejos de ella. La autonomía económica solo podía afirmarse mediante una política que compensara su acentuado aislamiento con una firme y robusta solidaridad, dirigida a la obtención de todo lo necesario para el mantenimiento y desarrollo, dentro de los límites de sus dominios. En ellos, el alfoz da con sus tierras, cultivos y aprovechamientos, el área donde coloniza la población rural asentada, en lugares próximos y dispersos dentro del término; ella recoge los frutos agrícolas, secundada por prestaciones de propietarios y trabajadores que viviendo en la ciudad tenían en el campo, en sus heredades y en sus faenas, su medio propio de vida;*, número 13 de la Colección Biblioteca Hispalense, ABC, Sevilla, 2001, pág. 24.

<sup>523</sup> ISAC MARTÍNEZ DE CARVAJAL, Ángel; *Historia urbana de Granada* publicado en *Los libros de la estrella*, Diputación de Granada, 2007, al referirse a la importancia de la Granada islámica que *alcanzó a convertirse en un activo centro comercial y económico*, para añadir que *la riqueza y variedad de los productos agrícolas de la Vega y de otras zonas del reino, junto con las actividades artesanales y la explotación de otros recursos naturales, permitió crear un espacio comercial con una importante proyección exterior a través de las relaciones mantenidas con los más activos centros del comercio mediterráneo de la época, especialmente italianos, y genoveses en particular. La seda fue el principal objeto de estos intercambios;* pág. 18.

obsesión de la ciudad europea. Por eso *el europeo nunca numera sus calles sino que las rotula, las asocia a un nombre y a un período de tiempo que no quiere repetir pero del que quiere aprender*<sup>524</sup>. Es lógico que una realidad tan sugestiva haya llamado la atención de la legislación protectora del Patrimonio Histórico una vez se han consolidado las categorías de protección *básicas*.

La arqueología, por su propia naturaleza, se vincula más que cualquier otra manifestación del Patrimonio Histórico, al lugar donde se encuentran los bienes merecedores de protección. Incluso los bienes arqueológico desplazados lícitamente en épocas pasadas integran una información científica especialmente valiosa ya que señalan las formas de relación comercial, militar o social que podía existir entre pueblos de la antigüedad con los que hemos perdido suficientes canales de información. En la protección de los bienes arqueológicos a través de la legislación urbanística y territorial, es donde se aprecia con mayor intensidad la capacidad real de modificación del entorno conforme al nuevo concepto jurídico que hemos propuesto para la arqueología.

### **1. Las Zonas Patrimoniales. El Patrimonio Histórico “Múltiple”**

Al margen de las anteriores consideraciones generales, la idea principal que debe extraerse de la protección urbanística actualmente vigente, es que puede configurarse como una base sólida que permita extender los instrumentos de protección a las nuevas previsiones de la legislación cultural. Se trataría de una normativa perfectamente coherente y compatible con el planeamiento que demostraría algo esencial cuando abordamos el problema de la protección de los valores ambientales y la cultura. Y es que no se trata de defender un principio de autoridad urbanística, sino de defender un concepto de mucha mayor entidad como el de la integridad geográfica histórica ya que su pérdida puede determinar un cambio profundamente negativo de las condiciones de nuestro entorno, rebajando innecesariamente los niveles de nuestra calidad de vida y poniendo en franco peligro una parte, quizá de las más importantes, de nuestro futuro.

Desde hace tiempo la doctrina ha puesto de manifiesto la *especialísima interrelación* de la ordenación territorial, el medio ambiente y el Patrimonio Histórico<sup>525</sup>. No solo se deduce de la proximidad de los artículos 46 y 47 de la Constitución Española, sino de la superación de los límites conceptuales básicos de estos bienes jurídicos para construir nuevas categorías de protección en su relación con un concepto amplio del entorno.

---

<sup>524</sup> GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>o</sup>; *El derecho al futuro de la ciudad histórica*; Real Academia de Bellas Artes de Granada, 2010, páginas 16 y siguientes.

<sup>525</sup> SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección ...*; ob. cit., pág. 323.

No es posible reconducir la riqueza cultural que atesoran amplios espacios históricos como ocurre con *La Vega* de Granada a cualquiera de las categorías conceptuales que permiten definir los bienes que integran el Patrimonio Histórico español. Su importancia no viene determinada por el valor de algún inmueble o conjunto monumental, por la vieja red de acequias históricas que continua usándose, por un yacimiento arqueológico delimitado o por el paisaje de antiguos cultivos o frescas alamedas, su valor está configurado por la totalidad del territorio en su conjunto, por su persistencia productiva y por su aplicación continua y armónica a la vida social. El conjunto de todo ello sostiene una valoración mucho mayor que la que pueda ser otorgada de manera individual a cada uno de sus elementos materiales.

Además, en estos casos hablamos de un Patrimonio Histórico *relacionado* que no puede reducirse al territorio específico que se contiene en el perímetro de protección. Nadie debe pensar que protegiendo estos amplios espacios productivos únicamente protegemos un enclave *natural*. Su grandeza y valor vienen determinados por la labor conjunta y continuada del hombre y la naturaleza. No defendemos exclusivamente el valor intrínseco de la explotación, la fábrica o el paisaje, también defendemos el fruto y su transformación, la fábrica que se erige para aprovechar la producción y la ruta comercial o el comercio mismo que abre los caminos de la tierra labrada y del agua que nos regala la naturaleza. Todas estas ideas de afección de la labor humana sobre la naturaleza, se encuentran presentes con una especial intensidad en los bienes de esta naturaleza y ello se puede traducir en distintas disposiciones legales que vinculan la protección de los bienes culturales con la evolución de su entorno y en algunas formas muy novedosas de protección.

Nuestra legislación cultural se ha caracterizado desde su primera sistematización por mantener criterios expansivos en la consideración de los *bienes culturales* y permitir la configuración de nuevas categorías de protección que hubieran sido impensables pocos años antes<sup>526</sup>. Al mismo tiempo, la doctrina ha puesto de manifiesto que la noción de *bien cultural* debe ser una noción abierta y no una noción lastrada por una cierta indefinición y por la reiterada torpeza, quizá evitable, de sostener, figuras enumerativas siempre incompletas. Debe tratarse de una definición abierta para que pueda *respirar* y desarrollarse, un concepto jurídico indeterminado que debe ser individualizado por las

---

<sup>526</sup> Al margen de nuevas categorías de protección, hemos puesto como ejemplo en ocasiones el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz (Sr. CHAMIZO DE LA RUBIA) sobre *La contaminación visual del Patrimonio Histórico Andaluz. El impacto visual en los bienes del patrimonio histórico-artístico, causado por el cableado, antenas y otras instalaciones*. Publicado por la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, marzo de 1998. Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía número 224, de 18 de junio de 1998.



autoridades culturales a través de distintas herramientas legales que sirvan para preservarlo dando cumplimiento, además, al principio de seguridad jurídica. Esta formulación general de los *bienes culturales*, con el paso del tiempo y la mayor conciencia social, ha ido complicándose para mejorar, dando lugar a la aparición de nuevas fórmulas protectoras en las que se encuentra presente, de una forma esencial, la idea de *multiplicidad*<sup>527</sup>.

Al margen de lo anterior y de la importancia que el entorno ha tenido siempre en la consideración de los inmuebles protegidos, lo cierto es que son meros atisbos o escasas las referencias de la legislación estatal a situaciones en las que pueda apreciarse lo que podríamos llamar un Patrimonio Histórico de naturaleza *múltiple*. Sólo la legislación autonómica ha podido crear recientemente una nueva categoría, como luego veremos, que podría encajar en esta idea de la multiplicidad de valores culturales que son dignos de protección y que aparecen cuando puede llevarse a cabo una lectura correcta de un determinado espacio geográfico y de su devenir histórico.

Cabría, en principio, entender que este carácter *múltiple* del Patrimonio Histórico tiene lugar cuando un mismo valor material produce distintas categorías de protección. Pero no nos referimos a conjuntos monumentales o sitios históricos, más o menos extensos y vinculados en mayor o menor medida con distintas manifestaciones de la cultura o de la historia, en los que se *acumulan* materialmente una serie de *bienes culturales*. Tampoco hablamos de edificios o de *espacios* que tengan la virtud de atesorar distintas razones históricas de protección, como un establecimiento fabril determinado puede contener ingenios mecánicos que marcaron, en su momento, un hito industrial y al propio tiempo contiene elementos estéticos u ornamentales también merecedores de protección. El carácter múltiple del Patrimonio tiene lugar cuando, en un mismo entorno, se suceden bienes ambientales o culturales de diversa naturaleza y generan, por su coherencia histórica, por su unidad referencial, un valor superior que está claramente diferenciado de sus elementos individuales, que resulta más valioso que la suma de cada elemento y que debe ser, justamente por ello, generosamente protegido por el derecho

El artículo 25 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, *del Patrimonio Histórico de Andalucía*, clasifica entre aquellos bienes inmuebles que, por su indudable importancia y valor, pueden ser declarados como *Bienes de Interés Cultural* a las llamadas *Zonas Patrimoniales*. El artículo siguiente nos proporciona una definición legal al conceptualizarlas como *aquellos territorios o*

---

<sup>527</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, en *Patrimonio Cultural y Derecho. La legislación española y andaluza*, Instituto Andaluz de la Función Pública, Sevilla, 2009.

*espacios que constituyen un conjunto patrimonial, diverso y complementario, integrado por bienes diacrónicos representativos de la evolución humana, que poseen un valor de uso y disfrute para la colectividad y, en su caso, valores paisajísticos y ambientales.*

No cabe duda que esta aportación legal, que no tiene equivalencia en la normativa estatal, ha sido muy afortunada porque ofrece una mínima respuesta a situaciones como la que nos plantea la preservación y futuro de algunos espacios llenos de significación histórica. En la *Exposición de Motivos* de la nueva ley andaluza se nos recuerda la *fuerte relación* del patrimonio inmueble con el territorio sobre el que se asienta, así como las *influencias recíprocas existentes* que tienen lugar y que merecen toda la atención del jurista y están presentes en las distintas figuras que permiten la declaración de estos bienes como *Bienes de Interés Cultural*. Esta relación, siempre presente, se hace patente de un modo mucho más intenso en el nuevo concepto de *Zona Patrimonial*. Textualmente señala la citada *Exposición de Motivos* que *aquí el territorio articula un sistema patrimonial integrado, en el que coexisten bienes de distinta naturaleza y cronología, unidos indisolublemente a los valores paisajísticos y ambientales existentes*. Es curioso que resulte más afortunada la descripción realizada en el pódico de la norma que en la extensa definición legal de su articulado, más imprecisa y sometida a variadas interpretaciones.

Conforme a lo que venimos señalando, en la configuración de las nuevas *Zonas Patrimoniales*, la legislación andaluza procura responder a la necesidad de contar con una nueva figura de protección *donde el territorio, en tanto que ámbito en el que se produce la evolución humana, tenga un papel central*<sup>528</sup>. Se elabora con ello un nuevo concepto caracterizado por su dinamismo, por su carácter profundamente temporal, por su sentido diacrónico, ya que no solo protege lo que se asienta sobre el territorio o el territorio mismo, sino la transformación que opera a consecuencia de la acción del hombre y del curso de la historia, proyectando esta consideración hacia el futuro conforme a una serie de directrices que deben quedar reflejadas en un instrumento normativo elaborado por la Administración Pública.

Dentro de la propia Ley 14/2007 *del Patrimonio Histórico de Andalucía*, como elementos normativos que complementan la anterior figura de protección, convendría recordar una serie de breves preceptos que aluden a las *Instituciones del Patrimonio Histórico Andaluz* y, en especial, a los llamados *Espacios Culturales* que se dividen en *Conjuntos* y en *Parques Culturales*. Esos últimos

---

<sup>528</sup> En tal sentido, Guillermo LÓPEZ RECHE, en texto de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre de *Patrimonio Histórico de Andalucía. Primera aproximación*, Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2008.

pueden ser creados para la gestión de una o varias *Zonas Patrimoniales*. La característica esencial de tales espacios es que deben contar, en atención a su relevancia patrimonial, con un *órgano de gestión propio* y con un *Plan Director* que permita ejecutar con toda eficacia la acción institucional para la defensa de la cultura.

En mi opinión y aunque no existe previsión expresa, estos instrumentos normativos debieran, en puridad y para una mayor seguridad jurídica, dar lugar a la promulgación de una Ley que, en todo caso y con la extensión necesaria, debiera otorgar personalidad jurídica propia a los órganos de gestión, permitir la intervención de las administraciones implicadas<sup>529</sup> y establecer una mayor dosis de seguridad jurídica de cara al futuro. La complejidad de estas declaraciones no debe convertirse en un obstáculo infranqueable que determine la inactividad pública y se deje arrastrar por una inercia muy perniciosa para la defensa de algunos brillantes exponentes de nuestro Patrimonio Histórico en situación de peligro.

En este punto conviene recordar que otra de las aportaciones novedosas de la Ley andaluza 14/2007, ha sido la de establecer un régimen de inspección y sanciones que sirvan para exigir el cumplimiento de la legislación protectora en materia cultural, otorgando a los inspectores la condición de agentes de la autoridad y concediendo valor probatorio a las actas que elaboren en el ejercicio de sus funciones<sup>530</sup>. Y es que en el orden territorial confluyen derechos constitucionales de tal intensidad que su agresión, mediante la contrariedad con la norma legal, exige la intervención del proceso penal como único elemento con una capacidad suficiente de disuasión.

Pues bien, el inevitable concurso del derecho penal, lo que debe proteger es un principio de autoridad ambiental vinculado no con el respeto de la mera ordenación urbanística, de signo local y naturaleza normalmente administrativa, sino con el respeto con un equilibrio geográfico que no debe ser quebrantado para no degradar innecesariamente las condiciones de vida de los ciudadanos. En estos casos, tiene lugar una ampliación del bien jurídico tutelado hasta la defensa de un equilibrio geográfico que preserva una serie de valores culturales que

---

<sup>529</sup> En *La Ley andaluza de Patrimonio Histórico: novedades significativas* de Gustavo LÓPEZ RECHE, ponencia publicada en el libro *Patrimonio Histórico: retos, miradas, asociaciones e industrias culturales*, dentro del Seminario Permanente de Patrimonio Histórico organizado por la Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2010.

<sup>530</sup> Artículo 105 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía. Bajo la rúbrica *Actuaciones inspectoras*, el precepto se expresa en los siguientes términos: “Los documentos públicos de inspección formalizados por la Administración, con observancia de los principios de igualdad, contradicción y defensa, tendrán valor probatorio de los hechos que figuren en los mismos, siempre que hayan sido constatados personalmente por los agentes habilitados por la Administración, sin perjuicio de otros medios de prueba que puedan proponerse a solicitud de los interesados”.

permiten llevar a cabo una *lectura constitucional* de nuestro entorno. Tras la reforma operada en nuestro Código Penal en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, esta fórmula de gestión se podría relacionar especialmente con las posibles situaciones de administración desleal del patrimonio público que aparecen contempladas en el nuevo artículo 432.1 en relación con lo establecido en el artículo 252 del mismo texto legal.

## **2. La explotación ilícita del Patrimonio Arqueológico**

Podría parecer impensable que tuviera lugar una utilización fraudulenta del Patrimonio Arqueológico al gestionarse precisamente por aquellas autoridades que tienen la especial función de su vigilancia y control, pero la realidad nos ha ofrecido en los últimos años algunos casos<sup>531</sup> en los que tiene lugar una explotación ilícita de conjuntos monumentales que contienen, en ocasiones, vestigios y restos arqueológicos de una gran importancia, generando incluso daños completamente irreparables.

Desde una perspectiva criminológica, podríamos distinguir en primer término aquellas situaciones de sobre exposición de estructuras o inmuebles de manera que pueda generarse alguna forma de daño material al monumento o vestigio arqueológico. Estas situaciones podrían calificarse como una forma dolosa o imprudente de daños de los artículos 323 o 324 del Código Penal, cuyo móvil radicaría, en la mayor parte de los casos, en la obtención de grandes sumas de dinero. Al margen de posibles situaciones de falsedad documental, conforme a las nuevas previsiones del Código Penal, podría establecerse una situación de concurso con la administración desleal del patrimonio público prevista en el nuevo artículo 432.1 en la que el perjuicio vendría determinado por las reparaciones y gastos que tendría que llevar a cabo la administración cultural para la restauración de los bienes afectados, sin que quepa descartar la aplicación de la idea de valor incalculable.

Desde otra perspectiva, la gestión económica de los grandes conjuntos monumentales tiene lugar, en numerosas ocasiones, a través de organismos autónomos dependientes de la Administración Cultural. Su control presupuestario corresponde a los órganos de fiscalización y control en materia contable. La experiencia reciente, nos muestra algunos fraudes que son objeto de investigación judicial en la actualidad y que habrían tenido lugar a través de la generación ficticia de gastos por parte de empresas concesionarias que serían abonados mediante la introducción de dinero de procedencia ilícita para su

---

<sup>531</sup> Podríamos recordar el caso, ya mencionado, del yacimiento arqueológico de Iruña-Veleia y la supuesta falsificación de hallazgos, el fraude en la falsificación y venta de entradas en el conjunto monumental de *La Alhambra* o el más reciente que tiene lugar en el mismo conjunto monumental con una supuesta actividad de blanqueo de capitales.

blanqueo. Esta situación daría lugar a posibles delitos de blanqueo de capitales en los que debería operar la agravación específica que hemos reclamado con anterioridad, como una fórmula *extendida* que podría ubicarse en el último inciso del artículo 301.1 del Código Penal. En tales casos y al margen de otras posibles responsabilidades, podrían apreciarse delitos de administración desleal de patrimonio público en concurso con delitos de blanqueo de capitales.

### **3. La arqueología de las víctimas. La Memoria Histórica**

La controversia social planteada en España tras la publicación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, *de Memoria Histórica* ha generado una nueva percepción de la arqueología por parte de los ciudadanos que integraría la desarrollada previamente en otros países europeos, como la Alemania unificada de finales del siglo XX, que podríamos calificar como *arqueología de las víctimas, arqueología de la justicia, arqueología de los ausentes o arqueología de los derechos humanos*.

Como ha puesto de manifiesto GONZÁLEZ RUIBAL; *durante los últimos años, los arqueólogos españoles han adquirido una inédita relevancia en la sociedad. Hasta no hace mucho eran, en el imaginario popular, individuos que excavaban ruinas del pasado remoto y recuperaban del subsuelo artefactos y huesos prehistóricos. Su presencia en los medios se limitaba, por normal general, a cubrir huecos en la prensa estival con noticias de hallazgos curiosos. Desde el año 2000 hemos descubierto que los arqueólogos también excavan muertos recientes, y desentierran conflictos. Las imágenes de exhumaciones de fosas, han llenado semanalmente las páginas de los periódicos y espacios informativos de la televisión, y han demostrado que los arqueólogos, pueden desempeñar un papel importante en debates que nos afectan a todos*<sup>532</sup>.

Otras reciente novedad en este largo proceso de uso público de la arqueología, viene determinado por el marco real de participación y colaboración que se viene produciendo entre arqueólogos que desarrollan su labor como funcionarios públicos con asociaciones para la defensa de la Memoria Histórica, así como asociaciones de detectoristas, para llevar a cabo actividades de excavación de fosas comunes, conforme a las disposiciones de la Ley 52/2007<sup>533</sup>.

Recordemos que la Ley 52/2007 establece en su artículo 13<sup>534</sup>, bajo la

---

<sup>532</sup> GONZALEZ RUIBAL, Alfredo; “Arqueología y Memoria Histórica”; en Revista Patrimonio Cultural de España, número 1, Madrid, 2009; pág. 103.

<sup>533</sup> RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio y MATAS ADAMUZ, Francisco Javier; “Arqueólogos contra piteros ...”; ob. cit., pág. 211 y siguientes.

<sup>534</sup> El artículo 13 de la Ley 52/2007 *de Memoria Histórica*, establece, bajo la rúbrica, *Autorizaciones administrativas para actividades de localización e identificación*, lo siguiente:

1. Las Administraciones públicas competentes autorizarán las tareas de prospección encaminadas a la

rúbrica *Autorizaciones administrativas para actividades de localización e identificación*, una serie de disposiciones que parten de autorizar labores propiamente arqueológicas como la prospección y se remiten a la normativa administrativa existente *en materia de patrimonio histórico*. La idea fundamental que sostiene la ley es la de culminar su finalidad esencial en la búsqueda y localización de las víctimas, estableciendo el destino que deba darse, en su caso, a los hallazgos que tengan lugar.

Se ha puesto acertadamente de manifiesto que lo fundamental en la recuperación de la *Memoria Histórica* es convertir lo que podría concebirse, en un principio, como una actividad puramente forense en una metodología arqueológica<sup>535</sup>, como una manera de superar los límites de enfrentamiento social que conlleva cualquier trauma colectivo de la importancia de la Guerra Civil española. Al margen de su inevitable dimensión política o ideológica, no se trata de recopilar y conservar restos materiales o humanos de la tragedia, sino de llevar a cabo la recuperación de elementos materiales de la represión, en cualquier de sus manifestaciones, de manera que sirvan para una reflexión crítica que establezca la verdad histórica en términos que pueda ser objetivamente divulgada y comprendida por todos los ciudadanos. Para ello será fundamental que tengan lugar acciones públicas de suficiente entidad y se lleven a cabo las ayudas y reparaciones que sean pertinentes. El Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas vienen desarrollando, por ejemplo, un detallado *Mapa*

---

localización de restos de las víctimas referidas en el apartado 1 del artículo 11, de acuerdo con la normativa sobre patrimonio histórico y el protocolo de actuación que se apruebe por el Gobierno. Los hallazgos se pondrán inmediatamente en conocimiento de las autoridades administrativas y judiciales competentes.

2. Las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias, establecerán el procedimiento y las condiciones en que los descendientes directos de las víctimas referidas en el apartado 1 del artículo 11, o las entidades que actúen en su nombre, puedan recuperar los restos enterrados en las fosas correspondientes, para su identificación y eventual traslado a otro lugar.
3. En cualquier caso, la exhumación se someterá a autorización administrativa por parte de la autoridad competente, en la que deberá ponderarse la existencia de oposición por cualquiera de los descendientes directos de las personas cuyos restos deban ser trasladados. A tales efectos, y con carácter previo a la correspondiente resolución, la administración competente deberá dar adecuada publicidad a las solicitudes presentadas, comunicando en todo caso su existencia a la Administración General del Estado para su inclusión en el mapa referido en el apartado primero del artículo anterior.

Los restos que hayan sido objeto de traslado y no fuesen reclamados serán inhumados en el cementerio correspondiente al término municipal en que se encontraran.

Como desarrollo de la norma anterior, puede consultarse la Orden PRE/2568/2011, de 26 de septiembre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de septiembre de 2011, por el que se ordena la publicación en el Boletín Oficial del Estado del *Protocolo de actuación en exhumaciones de víctimas de la guerra civil y la dictadura* (B. O. E. número 232 de 27 de septiembre de 2012). En el mismo sentido, REAL DECRETO 1791/2008, de 3 de noviembre, *sobre la declaración de reparación y reconocimiento personal a quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura* (B. O. E. número 277 de 17 de noviembre de 2008) y la INSTRUCCIÓN de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre acceso a la consulta de los libros de defunciones de los registros civiles, dictada en desarrollo de la disposición adicional octava de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre (B. O. E. número 285 de 26 de noviembre de 2008).

<sup>535</sup> GONZALEZ RUIBAL, Alfredo; "Arqueología y Memoria ..." ob. cit.; pág. 110.

*de fosas* que puede ser consultado públicamente, así como diversas labores de reparación entre las que se encuentra la concesión de la nacionalidad española a los brigadistas internacionales o distintas prestaciones económicas.

Desde una perspectiva penal, esta actividad arqueológica no busca la exigencia de responsabilidad alguna pero si comporta una extensión del bien jurídico tutelado por el derecho penal en su vinculación con la arqueología. De hecho, resulta muy significativo que la norma administrativa establezca una forma de asimilación con la normativa reguladora del Patrimonio Histórico. Conforme expresa la Exposición de Motivos de la Ley 52 de *Memoria Histórica*, este bien jurídico se identificaría con el cometido de la norma, concretamente con la finalidad de *reparar a las víctimas, consagrar y proteger, con el máximo vigor normativo, el derecho a la memoria personal y familiar como expresión de plena ciudadanía democrática, fomentar los valores constitucionales y promover el conocimiento y la reflexión sobre nuestro pasado, para evitar que se repitan situaciones de intolerancia y violación de derechos humanos como las entonces vividas*.

Esta afectación tan especial a un bien jurídico colectivo y vinculado a los más elevados valores constitucionales, permite considerar que las situaciones de falsificación de estos bienes, considerados como bienes culturales, deben configurarse como delitos sobre el Patrimonio Histórico y no como simples formas de falsedad y estafa. En tales casos, resulta singularmente visible la necesidad de protección penal de la idea de víctima plural que resulta ofendida por la actuación del agente.

Es evidente que los lugares en los que tenga lugar esta actividad científica son merecedores de protección y podría, en mi opinión, aplicarse a los hallazgos obtenidos, el régimen general señalado para los bienes arqueológicos y establecido en los artículos 40 y siguientes de la LPHE, así como en las disposiciones del Código Penal que tutelan, directa o indirectamente, los bienes culturales en el caso de daños, destrucción, ocultación, apoderamiento o tráfico ilícito. La razón es que los elementos materiales extraídos de estas labores de excavación, en cuanto testimonios materiales de una enorme relevancia histórica, deben tener la consideración legal de bienes arqueológicos<sup>536</sup>, conforme a la función cultural y social que deben desarrollar en el futuro. Nada debe extrañarnos esta consideración. De una parte, debemos considerar que los términos en los que se definen los bienes arqueológicos en el apartado 1 del artículo 40 de la LPHE son extraordinariamente amplios y, de otra parte,

---

<sup>536</sup> GARCIA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; “La fosa de Lorca se podría abrir por vía administrativa”, entrevista firmada por Valme Cortés y publicada en Diario *El País*, edición de 15 de junio de 2009.

debemos considerar que el factor puramente cronológico, cuando han transcurrido 80 años desde el inicio de la Guerra Civil, terminará por otorgarles muy pronto este innegable valor.

#### **4. El papel de la arqueología en la investigación de los delitos genocidio y de lesa humanidad**

Como complemento de lo manifestado anteriormente, debemos recordar que han sido frecuentes en las llamadas *Guerras de Identidad* de finales de las siglos XX, la existencia de investigaciones por crímenes contra la humanidad que han utilizado la metodología arqueológica para llevar a cabo una reconstrucción suficiente de los hechos, normalmente con la apertura y análisis de fosas comunes y la ayuda de testimonios de víctimas directas o indirectas. Esta valiosa utilidad social de la arqueología debe considerarse como una superación de la clásica condición de mera pericia para convertirse en una práctica procesal que permita su aportación *normalizada* en el curso del proceso. En estos casos, la prueba inculpativa tiene la consideración de un bien arqueológico conforme a la definición amplia que sostiene el artículo 40 de la LPHE por cuanto es susceptible de ser analizada con una metodología y además, guarda una cierta proyección histórica, al margen de que hayan transcurrido o no los plazos temporales que, en ocasiones, señala la norma, como ocurre con los cien años que exige la Convención de la UNESCO para definir el Patrimonio Arqueológico Subacuático. Podemos hablar de bienes u objetos jurídicamente relevantes que *se asimilan*, en todo caso, al régimen jurídico propia de la arqueología.

El Estatuto de Roma de 1998<sup>537</sup> de creación de la *Corte Penal Internacional*, lleva a cabo una definición de los delitos de genocidio (artículo 6), lesa humanidad (artículo 7) y crímenes de guerra (artículo 8) para establecer su competencia. Los propios delitos sobre bienes culturales alcanzan esta última consideración. Como ha puesto de manifiesto la doctrina<sup>538</sup> reiteradamente, las notas esenciales de los delitos de lesa humanidad podrían resumirse, de un lado, aludiendo a su carácter sistemático contra la población civil por razón a su pertenencia a determinados grupos sociales y, de otro, en atención a que sean perpetrados por un gobierno o por una organización de carácter político.

Es evidente que la labor arqueológica requiere tiempo pero hay que tener en cuenta que hablamos de figuras delictivas muchas veces imprescriptibles que permitirán el desarrollo de una actividad arqueológica suficiente para la acreditación de los hechos investigados. En tales casos, lo importante es que los

---

<sup>537</sup> Aprobado por la *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas* en Roma el 17 de julio de 1998.

<sup>538</sup> PERIS RIERA, Jaime; “Delitos contra el orden público ...”; ob. cit., pág. 893



restos sean tratados como hallazgos arqueológicos y reunidos desde una perspectiva metodológica y científica, pero también desde una perspectiva procesal que respete las necesidades de la fe pública procesal y respeto a la cadena de custodia y permita su consideración como una prueba válidamente obtenida que pueda ser sometida a contradicción en el desarrollo de un Juicio Oral con todas las garantías.

## **5. El Patrimonio Histórico Arqueológico como fórmula de cohesión social**

Hemos puesto de manifiesto la necesidad de considerar una versión integradora del conjunto histórico en su relación con el entorno. La aparición de hallazgos arqueológicos de gran valor rompe muchas veces las reglas de la lógica. No solo tienen lugar en espacios reconocidos por su protagonismo histórico, sino que a veces afloran de manera sorprendente en lugares o áreas de expansión urbana que se habrían configurado en su momento como la continuidad de la ciudad antigua pero que perdieron su condición de rastro en la memoria colectiva. En tales casos, la necesidad de preservación *in situ* de los restos hallados conforme a las disposiciones contenidas en la Convención de Londres de 1969 o de La Valeta de 1992, se configura como un sólido elemento de cohesión social que debe complementarse con un principio de incompatibilidad territorial de las nuevas apuestas urbanas con los espacios históricos de mayor valor.

Esta sería una manera *natural* para favorecer espacios degradados donde puede promoverse, de una parte, la excavación pública y la creación de Parques Arqueológicos para su exposición y su disfrute por el público en general y de otra, la necesidad de invertir en nuevos elementos urbanos alejados de los centros históricos y de destructivos intereses materiales y especulativos. Resulta necesario incluir este nuevo principio en la normativa urbanística y administrativa y promover su defensa, cuando resulte indispensable, a través del concurso del derecho penal. Como ya tuve oportunidad de señalar, *el territorio, en definitiva, tiene que ser respetado, conforme a su consolidación histórica, si esta consolidación se convierte en el testimonio virtuoso de otra época, generando un diálogo desde el silencio sonoro que tantas veces nos proporciona la cultura*<sup>539</sup>. Quizá fue este valor, el de la beneficiosa influencia del entorno, el que permite alumbrar un trascendental documento que se hace público en enero

---

<sup>539</sup> GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; *Sobre la libertad de los monumentos*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, publicación corporativa, Granada, 2011.

de 1953 en España, el conocido como *Manifiesto de la Alhambra*<sup>540</sup>, un texto renueva la arquitectura española contemporánea y que constituye un ejemplo histórico que demuestra la importancia de contemplar como un interlocutor real a los más valiosos conjuntos monumentales para encontrar así soluciones que sean reveladas como una especie de *logos sumergido*<sup>541</sup> que aflora hasta nuestro entendimiento, tras un enriquecedor diálogo que demuestra esa permanente *condición de presente* del Patrimonio Histórico.

En todo caso, la virtualidad y respeto de este principio debería convertirse en un elemento interpretativo de gran valor a la hora de establecer posibles responsabilidades por el delito de prevaricación especial del artículo 322 del Código Penal.

---

<sup>540</sup> CHUECA GOITIA, Fernando; *Manifiesto de la Alhambra*, Colegio Oficial de Arquitectos de Granada, Granada, 2004, edición de GIJÓN DÍAZ, Ángel Luis y CASADO DE AMEZÚA VÁZQUEZ, Joaquín. La edición cuenta con imágenes del gran fotógrafo FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Francisco.

<sup>541</sup> ZAMBRANO, María; *Notas a un método*, Editorial Mondadori, Madrid, 1989. En este caso referido a la razón poética.

## Capítulo Octavo

### GRAFITO Y BIENES ARQUEOLÓGICOS. LAS NUEVAS AGRESIONES

Desde que el Código Penal Español de 1995 creara como una nueva categoría de protección los delitos *sobre el Patrimonio Histórico*, el número de infracciones contabilizadas en la estadística criminal no ha sido muy elevado. Es evidente que la importancia de un fenómeno delictivo no puede vincularse en España exclusivamente con su envergadura numérica si tenemos en cuenta la escasa fiabilidad que otorga una estadística criminal basada en un sistema procesal completamente anacrónico<sup>542</sup>. No obstante, hay que reconocer que la cifra estadística global si nos ofrece, cuando menos, una medida aproximada del número de investigaciones iniciadas como *Diligencias Previas* por los órganos judiciales para el esclarecimiento de potenciales delitos en cada una de las tipologías que se integran en el Libro II del Código Penal<sup>543</sup>.

### 1. La falsa percepción del grafito como una delincuencia ocasional

En el caso de los bienes culturales la situación se hace, si cabe, aún más controvertida ya que ni siquiera podemos aproximarnos a esa cifra expresiva de las agresiones *potencialmente* sufridas por los bienes culturales que alcancen relevancia penal. Como ya he puesto de manifiesto en otras ocasiones<sup>544</sup>, podemos encontrar dos causas para explicar esta falta de una *presencia estadística* suficiente.

En primer término, hay que recordar que la defectuosa sistemática de nuestro Código Penal sostiene un mayor número de tipologías lesivas para el Patrimonio Histórico fuera del *Capítulo* específicamente dedicado entre los delitos medioambientales que dentro del mismo, donde solamente se refieren distintas modalidades de derribo o alteración grave de *edificios singularmente protegidos*, así como formas dolosas o imprudentes de daños. Ello comporta que las abultadas cifras anualmente contabilizadas de robos, hurtos, *hurtos de hallazgo*, la antigua malversación de caudales públicos, estafas, receptación o delitos de contrabando integren numerosas infracciones de esta naturaleza que no

---

<sup>542</sup> Esta escasa fiabilidad viene determinada por la irregularidad en la incoación de *Diligencias Previas* ya que se ha denunciado continuamente la falta de un sistema uniforme de registro en los órganos jurisdiccionales, siendo frecuente su duplicidad en el caso de inhibición o la incoación de algunos procedimientos sin verdadera trascendencia penal. Las sucesivas *Memorias* de la Fiscalía General del Estado han significado, en varias ocasiones, que resulta más fiable la cifra de procedimientos judiciales incoados, normalmente de los llamados *Procedimientos Abreviados*.

<sup>543</sup> Podríamos recordar que aproximadamente un 20% de las *Diligencias Previas* que se incoan anualmente en España, unos cuatro millones, son meras inhibiciones o acumulaciones a otras ya iniciadas. Este dato revela lo absurdo de un sistema que derrocha cantidades ingentes de tiempo y esfuerzo en labores puramente burocráticas completamente alejadas de la verdadera investigación criminal. En cuanto a la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Memoria de la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma correspondiente al año 2014, eleva el número de *Diligencias Previas* que han sido incoadas a 843.982, con un total de 37.768 *Procedimientos Abreviados*.

<sup>544</sup> GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup> y ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos; “Grafito y Patrimonio Histórico: Sobre la ciudad histórica indefensa” en la revista *Patrimonio Cultural y Derecho*; n<sup>o</sup> 14, Madrid, 2010; páginas 191 a 219.

merecen un tratamiento o desglose estadístico diferenciado. En realidad, las *cifras negras* han sido una constante en la valoración estadística de la delincuencia *cultural* a consecuencia de lo anterior y también por la falta de corrección institucional para corregir esta incomprensible carencia, llevando a cabo un recuento propio de aquellos delitos contra los bienes culturales que habitualmente engrosan las abultadas cifras de los delitos anteriormente citados contra la propiedad o contra la Administración Pública<sup>545</sup>.

En segundo lugar, la percepción social de que muchas infracciones sistemáticamente producidas contra el Patrimonio Histórico no eran merecedoras de reproche penal, no ha sido corregida por las instituciones, sobre todo por las encargadas de la protección y tutela directa del Patrimonio Histórico, situación que ha ido generando una peligrosa y nociva falta de atención que las ha dotado del lastre de la impunidad y convertido, con el paso del tiempo, en un problema apreciable y difícil de solucionar. Ello ha ocurrido de manera especialmente significativa con las agresiones sufridas en bienes culturales, muchas de valor absolutamente extraordinario, a través de formas de exhibicionismo gráfico, principalmente en la traza urbana algunas grandes ciudades históricas o incluso conjuntos monumentales.

En realidad y al margen de las anteriores consideraciones, hay que reconocer que la puntual elevación de estas cifras ha venido muchas veces determinada por las denuncias presentadas desde asociaciones conservacionistas del Patrimonio Histórico que han reaccionado ante el conocimiento público de algunas rehabilitaciones o iniciativas urbanísticas que afectaban a espacios históricos y generaban una intensa polémica social al suponer la destrucción o limitación de conocidos bienes culturales y de su entorno. De otra parte, es justo reconocer igualmente que la reciente instauración del principio de *especialización funcional* del Ministerio Fiscal español<sup>546</sup> ha permitido, a

---

<sup>545</sup> He citado como ejemplo en otras ocasiones la propia *Memoria* anual elaborada por la Fiscalía General del Estado que no incluye en sus cuadros estadísticos de manera diferenciada los robos, hurtos o apropiaciones indebidas que recaen sobre bienes culturales. De esta manera, se diluyen en las abultadas cifras de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico algunas agresiones muy frecuentes a los bienes culturales como el expolio de piezas arqueológicas que pueden ser calificadas como formas de *hurto de hallazgo*. La estadística, en parte lastrada por los conocidos defectos de la regulación penal española, sólo distingue entre delitos contra el Patrimonio Histórico dolosos e imprudentes. Buena prueba de la discordancia estadística con la realidad es que la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Andalucía, siguiendo los criterios dictados desde la Fiscalía General, durante el año 2009, no contabiliza ningún caso de delito imprudente y un total de 20 delitos dolosos. Basta pasear por el casco histórico de algunas ciudades andaluzas, como ocurre con la ciudad de Granada, para comprobar las numerosísimas agresiones a bienes culturales que permanecen totalmente *invisibles* para la estadística criminal.

<sup>546</sup> Como ya hemos señalado, fue la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en virtud de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, la que estableció una nueva redacción del artículo 20.2 al señalar 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*, que ejerce numerosas funciones de coordinación y estudio de las materias asignadas, al

consecuencia de una mayor coordinación institucional con los departamentos culturales y con algunas fuerzas policiales, el ejercicio de la acción penal ante los tribunales con mayores garantías.

En cualquier caso, podemos concluir que las cifras oficiales sobre delitos de esta naturaleza no han sido nunca cuantiosas y hacen reverdecir la vieja y estéril polémica acerca de la oportunidad de perseguir únicamente estas conductas como infracciones sin relevancia penal y a través de la legislación administrativa sancionadora. Conviene recordar, sin embargo, que las razones para la persecución penal de estas formas de agresión social no se limitan al imperativo constitucional y se extienden a la perpetuación de graves atentados contra los bienes culturales que no son combatidos con la eficacia necesaria por el Derecho Administrativo sancionador. Como ejemplo de ello puede mantenerse que existen agresiones frecuentes y hasta sistemáticas contra el Patrimonio Histórico, como ocurre con los grafitos realizados sobre inmuebles o espacios protegidos, que tienen una indudable relevancia penal y que no son ni esclarecidas, ni investigadas, ni denunciadas en sede judicial o fiscal y ni siquiera, por todo ello, son contabilizadas en nuestra estadística criminal.

La pretensión de este breve capítulo es poner de manifiesto las dimensiones de un fenómeno creciente y muy heterogéneo, insistimos, con indudable relevancia penal y que supone, probablemente, la agresión más habitual a las ciudades históricas de España y a su ambiente monumental. No se trata de un fenómeno social generalizado sino endémico de algunas ciudades concretas, aunque extendido de manera relativamente uniforme por todo nuestro territorio y en países desarrollados de nuestro entorno<sup>547</sup>, patente en aquellos lugares en los que ha prendido la idea de una cierta pasividad, considerando que no constituye un problema policial ya que resulta propio de las autoridades culturales o, en todo caso, de la justicia juvenil, promoviéndose en todo caso la intervención de las Fiscalías de Menores.

La existencia de grafitos sistemáticos sobre toda clase de bienes culturales de un innegable y extraordinario valor y el abultado costo económico de su reparación, así como el deterioro irreparable que tiene lugar en muchas ocasiones, son argumentos que debieran permitir rechazar enérgicamente esa

---

margen de los asuntos de especial relevancia que le pueden ser asignados por la Fiscalía General. Al día de hoy, las sucesivas *Memorias* de la Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Patrimonio Histórico, incluidas en la realizada por la Fiscalía General del Estado, ha venido incluyendo un apartado específico, no muy extenso pero siempre interesante, sobre la materia y recabando los datos más significativos ofrecidos por las distintas Fiscalías territoriales. Recordemos que la especialización del Ministerio Fiscal español no se configura como un simple criterio que facilite un reparto equitativo de trabajo, sino como un auténtico principio informador de sus funciones.

<sup>547</sup> El artículo 322 del Código Penal Francés de 1994 castiga como delito correccional con pena de multa y trabajos en beneficio de la comunidad los daños leves causados a los bienes culturales por grafitis.

pretensión y abonar la idea de emprender investigaciones policiales suficientes para esclarecer algunas de estas continuas agresiones y promover un castigo proporcionado y disuasorio. No se trata de una delincuencia ocasional sino, como ya hemos reiterado, de una agresión sistemática directamente relacionada con la mala gestión de los espacios históricos y que debe promover una respuesta equilibrada de los órganos jurisdiccionales y del Ministerio Fiscal. Naturalmente, esta práctica ha tenido alguna incidencia especialmente significativa en materia arqueológica, al incrementar la cuantía de los daños y las dificultades para su reparación.

Un grafito, conforme a la segunda de las acepciones gramaticales recogida en el Diccionario de la Real Academia es un *letrero o dibujo circunstanciales, generalmente agresivos y de protesta, trazados sobre una pared u otra superficie resistente*<sup>548</sup>. La situación actual de muchos lugares históricos en España permitiría la revisión gramatical del concepto ya que un grafito, de acuerdo con

---

<sup>548</sup> La *Memoria* de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Andalucía correspondiente al año 2009, contiene un amplio estudio sobre *El problema de los grafitos y el daño a los Bienes Culturales* (páginas 198 a 213) y realiza algunas valoraciones respecto de la terminología en los siguientes términos: “En su sentido más técnico, la palabra italiana *graffiti*, plural de *graffito*, ya era utilizada por arqueólogos y epigrafistas para denominar a las marcas o inscripciones espontáneas que se han conservado en los yacimientos arqueológicos y que -en ocasiones- han sido de un enorme interés científico para conocer datos de la vida cotidiana en tiempos inmemoriales. Fue el arqueólogo Raffaele Garrucci quien divulgó el término *graffiti* en medios de académicos internacionales a mediados del siglo XIX<sup>548</sup>. Con todo, el italianismo “graffiti” es el término más empleado en la bibliografía, en los medios de comunicación, y en las distintas páginas en Internet para referirse a la realidad objeto de nuestro análisis<sup>548</sup>. Quizá por ello existe una propuesta oficial para incorporar a la vigésimo tercera edición del Diccionario de la Real Academia el término “grafiti” (con una sola letra f, pues la doble f es ajena a nuestra grafía)<sup>548</sup>. No obstante, en tanto que la citada propuesta no es acogida por la próxima edición de nuestro diccionario más autorizado, consideramos correcto seguir utilizando el término grafito, en lugar de grafitis o pintadas. Esta es la recomendación que realiza la propia Academia en su Primer Diccionario Panhispánico de Dudas (octubre de 2005), cuando se refiere a la voz *Grafito*:

1. Con el sentido de *inscripción o dibujo hecho en una pared*, es adaptación de la voz italiana *graffito*, popularizada en español a través del inglés: «En un sucio muro neoyorquino, una mujer francesa [...] leyó un grafito [...]. El grafito decía: “La nostalgia ya no es lo que era”» (País [Esp.] 1.10.85). Aunque menos usada que graffiti, es la forma más correcta desde el punto de vista etimológico.
2. El uso frecuente del plural italiano *graffiti* ha dado lugar a que en español se emplee la adaptación grafiti con sentido singular: «Otros vecinos pintan un grafiti» (País [Ur.] 12.7.01). Se trata de un caso análogo al de espagueti y se considera válido, debido a su extensión. Su plural es grafitis: «Unos grafitis de los miles que hay en las calles de Buenos Aires» (Barnatán Frente [Arg. 1989]).
3. Cuando el texto ha sido pintado, y no realizado mediante incisión, puede sustituirse el extranjerismo por la voz española pintada, aunque su uso, muy frecuente en España y no desconocido en América, no está generalizado en todo el ámbito hispánico: «En la vidriera de una sastrería, una pintada en letras amarillas decía NO SEA FORRO: HÁGASE RESPONSABLE DE SU CARA» (Cohen Insomnio [Arg. 1986]). En Venezuela se emplea, con este sentido, la voz “pinta”. Finalmente cabe destacar que los términos *grafiteros* y *grafitear*, muy utilizados en el lenguaje de quienes realizan estas conductas, no están admitidos en el Diccionario de la Real Academia, ni existe propuesta alguna que sugiera su incorporación”.

lo que ahora venimos denunciando, ha pasado a convertirse hoy día en un mero acto de exhibicionismo gráfico que, muchas veces, no pretende ninguna forma de protesta de naturaleza pública o social y que no tiene ninguna pretensión artística: Se trata de una simple manifestación de vandalismo urbano en la que se procura, incluso, dejar un rastro autógrafa del autor.

La doctrina española<sup>549</sup> se ha referido en ocasiones a la práctica de los conocidos como *tags* (inscripciones o trazos de signos o dibujos sobre inmuebles) que ha merecido atención en países como Francia, considerándola *particularmente grave cuando se realiza sobre objetos culturales, ya sean pinturas, estatuas o inmuebles u objetos muebles clasificados o inscritos*.

La situación previamente descrita permite considerar que ha tenido lugar un enfoque institucional erróneo e inapropiado ante lo que –quizá– reviste el daño más frecuente a nuestros bienes culturales y arqueológicos, un daño sobre el que se extiende un grueso manto de impunidad que, de persistir, terminará por producir un daño aún mayor abonando la tesis de la práctica imposibilidad de acabar con este fenómeno, justificando un irresponsable abandono del entorno más valioso de nuestras ciudades históricas.

## **2. Los daños *invisibles* al Patrimonio Histórico en la estadística criminal**

La ausencia de una conciencia pública *suficiente* en la necesidad de transmisión y la preservación integral de los bienes culturales, la falta de aplicación estricta tanto de la ley penal como de la ley administrativa sancionadora y la confusión generalizada de algunos conceptos básicos propios del conservacionismo cultural, son circunstancias que generan una lectura oficial francamente sesgada en la actividad institucional que resulta necesaria para la protección del Patrimonio Histórico, una actividad muchas veces interpretada de forma errónea por la propia Administración y que termina por no ser comprendida, precisamente a consecuencia de ello, entre la opinión pública.

La realización de grafitos no autorizados puede consumir numerosas tipologías penales. No ha sido infrecuente, por ejemplo, que sean investigados en procedimientos judiciales porque estén referidos a personas o entidades determinadas porque puedan constituir delitos de injurias, calumnias o amenazas o que guarden un contenido que pueda ser considerado como delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos o hasta como diversas formas de apología del terrorismo, discriminación racial o de género o de justificación de toda clase de actuaciones violentas.

---

<sup>549</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina; “La protección penal del Patrimonio Histórico en el Derecho Comparado” ... ob. cit., pág. 88.



En tales casos, el *soporte* material del grafito puede ocupar un lugar secundario en la actuación criminal aunque lo más habitual sea la búsqueda de la humillación de la víctima escribiendo el contenido del grafito en algún inmueble emblemático o en su propio domicilio, mostrando el agente con su conducta una arrogante proximidad con el sujeto pasivo de la infracción.

La realización de grafitos sobre bienes culturales presenta algunas peculiaridades criminológicas que no han sido analizadas, cuando menos profundamente, en las aportaciones dogmáticas que han tenido lugar hasta la fecha. Podemos considerar que en términos generales y en la mayoría de los supuestos, el grafito no contiene ningún mensaje de relevancia jurídico penal, analizando si el acto de exhibicionismo gráfico supone un delito de daños o una simple situación de deslucimiento que pueda resultar impune conforme a las tipologías contenidas en nuestro Código Penal.

### 3. Formas legales de protección ante los actos de vandalismo tras la reforma de 2015

Conforme a la reforma operada en el Código Penal en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, tiene lugar la desaparición de la falta agravada de daños sobre bienes culturales del párrafo segundo del antiguo artículo 625 del Código Penal que ha quedado derogado. Desde una perspectiva criminológica, la finalidad del viejo precepto se enmarcaba en la creciente necesidad de proteger adecuadamente inmuebles históricos de actos de vandalismo urbano. El párrafo segundo del precepto citado establecía, entre las *Faltas contra el Patrimonio*, una penalidad agravada (la localización permanente de 7 a 12 días o la multa de 15 a 20 días) para quienes causaren daños por importe inferior a los 400 euros en los lugares históricos o bienes culturales que eran descritos en el viejo artículo 323. Resulta interesante recordar que en el Anteproyecto de 2012, se optó por mantener esta figura como un supuesto de *delito menos grave* para los daños de escasa cuantía, siempre que su valoración resultara inferior a los mil euros, que se castigaban con una pena de multa de dos a doce meses. Esta previsión fue criticada rápidamente por la doctrina y considerada como *un exceso punitivo sin justificación alguna*<sup>550</sup>.

Como ya hemos señalado con anterioridad, el legislador ha optado por la despenalización aparente de la falta para convertirla en un delito leve de daños, derivarla al ámbito civil o bien al derecho administrativo sancionador, situaciones que, contrariamente a lo señalado en el *Preámbulo* de la Ley

---

<sup>550</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dirección) y DOPICO GÓMEZ-AYER, Jacobo; *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio y OLLOQUIEGUI SUCUNZA, Idoia. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, páginas 145 y 146.

Orgánica 1/2015, no parece que puedan utilizarse alternativamente y conforme a un criterio reglado de oportunidad que nunca debería aplicarse en estos supuestos por la singular naturaleza del bien jurídico tutelado, salvo –quizá– en algunas situaciones vinculadas con la jurisdicción del menor.

Esta situación resulta totalmente incoherente y no resulta lógica por varias razones. En primer lugar, los daños dolosos producidos sobre bienes culturales siempre debieran castigarse con mayor vigor que aquellos que se producen sobre bienes *comunes*. Este incremento de protección aparece en el resto de tipologías que abordan la agresión a los bienes culturales, entendido a estos como una nueva categoría de protección. De hecho, si asumimos el mismo criterio de la solución despenalizadora, carecería de sentido establecer una mayor penalidad en el artículo 323 al tipificar como un delito especial de daños a los que son producidos sobre bienes culturales con respecto al delito básico del artículo 263 del Código Penal.

La situación no deja de tener una potencial trascendencia práctica, teniendo en cuenta las frecuentes agresiones sufridas en centros históricos y conjuntos monumentales por actos de vandalismo y por la realización masiva de grafitos y otros actos de exhibicionismo gráfico. La única solución que nos ofrece el Código Penal tras la reforma, es acudir a la tipología genérica del delito atenuado de daños, cuando su valoración no alcance los cuatrocientos euros, castigando con la misma intensidad el grafito o el daño de escasa entidad realizado en cualquier zona residencial o en un centro comercial con el que tiene lugar en un espacio singularmente protegido o declarado *Patrimonio de la Humanidad*<sup>551</sup> que puede sufrir, además, agresiones continuas que atentan no solo contra su valor puramente material sino contra su dimensión inmaterial y contra su delicada función social.

Como ya hemos apuntado con anterioridad, no parece que podamos acudir al subtipo agravado de daños a bienes culturales cuando no alcanzamos la cuantía mínima de los 400 €. Otra cosa es que, en la práctica, las agresiones a grandes conjuntos monumentales o bienes especialmente protegidos superen siempre o en la inmensa mayoría de los casos esta cantidad, conforme a una correcta

---

<sup>551</sup> Un ejemplo recurrente de espacio singularmente protegido que sufre continuas agresiones por la realización de grafitos y otros actos de vandalismo, sería el barrio del Albaicín, en Granada, declarado Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO en 1994 y, en particular, algunos espacios de un enorme valor histórico y monumental como la *Puerta Monaita* (siglo XI) o el famoso *Arco de las Pesas* (siglo XII). Situaciones similares tienen lugar en otras ciudades históricas de diferente tamaño pero hay que reconocer que la situación, al margen de analogías muy marcadas como la frecuencia de actos vandálicos producidos por menores, es muy desigual y se vincula especialmente con la eficacia en la gestión del problema por la Policía Local y su coordinación con las Unidades Orgánicas de Seguridad Ciudadana y Policía Judicial (*Memoria de la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Andalucía correspondiente al año 2010, páginas 203 y siguientes*).

valoración que tenga en cuenta la intervención técnica que estos bienes o espacios necesitan para ser restaurados, su documentación y otros gastos tendentes a su completa reparación, gastos que se integrarían en un concepto amplio de *reparación social* y no de simple valor material.

No debemos olvidar que en muchos casos, la reparación de un simple grafito en un conjunto monumental requiere la intervención de un Técnico que realice un proyecto de intervención y hasta una pequeña *Memoria* de la actuación desarrollada; documentos que pueden resultar valiosos para el estudio de los bienes culturales, su desarrollo y para juzgar en el futuro la calidad de la conservación o el juicio sobre la utilización de técnicas apropiadas. La acreditación documental de la agresión y la fórmula de reparación realizada se configuran, de hecho, como un valioso Patrimonio Documental.

Como venimos repitiendo, las frecuentes agresiones que sufren diversos monumentos, lugares históricos o conjuntos monumentales con un excepcional valor y con una fuerte presión turística, aconsejan que en los actos de vandalismo más frecuentes como los grafitos, se delimite el valor de los daños producidos integrando en la valoración los proyectos técnicos o facultativos que se exigen por la legislación cultural para acometer su restauración, conforme a criterios técnicos y teniendo siempre en cuenta el tiempo utilizado para el desarrollo de esta labor. Se trata de una previsión que puede tener especial importancia en la persecución efectiva de estas formas de delincuencia, hasta hace muy poco sin plasmación siquiera en la estadística criminal y que generan un serio quebranto económico que dificulta o impide su adecuada conservación. Estas situaciones requieren una respuesta eficaz y coordinada por todas las instituciones implicadas en la conservación de algunos bienes culturales de inmenso valor y en su disfrute pacífico por la ciudadanía. De mantenerse este criterio, como regla general, la valoración de los daños alcanzará los 400 € y tendremos que acudir en muchas ocasiones al delito especial de daños del artículo 323 y no a la figura residual de los daños leves del último inciso del apartado 1 del artículo 263 del Código Penal.

En cualquier caso, las situaciones de vandalismo requieren una distinción básica entre los daños y el simple deslucimiento de bienes culturales. La diferencia anterior reside en que se produzca o no una alteración permanente de las cualidades del espacio o soporte cultural en el que se realiza el grafito, pintada o cualquier acto de vandalismo con relevancia penal. De este modo, por ejemplo, ensuciar con barro o cualquier otra sustancia una vidriera constituirá un simple deslucimiento y nunca un daño, pues una simple limpieza, restituye el bien afectado a su estado original. En tales casos parece que el derecho administrativo sancionador, incluso a través de meras ordenanzas municipales

que impongan una sanción pecuniaria, puede encontrar soluciones adecuadas para la represión de tales conductas incívicas. Como se afirma en el Diccionario de la Real Academia Española, *deslucir* consiste en *quitar la gracia, atractivo o lustre a algo*, mientras que *dañar* se define como *causar detrimento o perjuicio*.

Cuando se utilizan pinturas, especialmente del tipo *spray*, que son las más habituales para la realización de grafitos, firmas o pintadas, habrá que analizar si dicha pintura puede o no ser removida sin dejar restos. En efecto, algunos de los productos utilizados para realizar grafitos penetran en el interior de las superficies, formando lo que se llaman *sombras* que no desaparecen con sucesivas limpiezas que, de otra parte y por los agentes químicos que contienen, pueden dañar el soporte, normalmente la piedra. En ocasiones el daño queda subsanado volviendo a pintar todo el muro para que éste recobre su estado original y no sea perceptible resto alguno del daño producido. En otros casos de mayor gravedad, por ejemplo cuando se trata de un muro de piedra de sillería, cabe la posibilidad de que el daño sea irreversible, pues los productos químicos que permitirían eliminar las *sombras* del grafito también pueden mermar la resistencia de la piedra. En resumen, lo esencial para distinguir entre deslucimiento y daño es que la pintura pueda ser retirada del soporte sin que queden restos de la misma. Expresamente han acogido este criterio, entre otras, las siguientes sentencias: SAP de Soria de 27 de abril de 2009; SAP de León de 19 de noviembre de 2008; SAP de Madrid de 3 de marzo de 2008, SAP de Burgos de 11 de mayo de 2006; SAP de Tarragona de 9 de enero de 2007; SAP de Cuenca de 10 de diciembre de 2001; y SAP de Girona de 5 de julio de 2001.

En idéntico sentido se habría pronunciado el *Acuerdo* de la Audiencia Provincial de Madrid en la *Junta de Unificación de Criterios* que fue celebrada el 25 de mayo de 2007, estimándose que, cuando la acción encaminada a restaurar el estado de los bienes sobre los que se realizaron los dibujos o *graffitis* no sobrepasara la mera *limpieza*, estaríamos ante un mero deslucimiento atípico. Si por el contrario la retirada de las pinturas genera un menoscabo o deterioro del objeto o exige su reposición, el hecho integrará un delito especial o básico de daños<sup>552</sup> en los términos expresados en los nuevos artículos 323 y 263 del Código Penal.

---

<sup>552</sup> *Acuerdo* adoptado por los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 25 de mayo de 2007: “12º El deslucimiento de bienes (realización de *graffitis* sobre bienes inmuebles y muebles). ¿Es subsumible en el delito o en la (antigua) falta de daños de los arts. 263 y 625 del CP o, todo lo más, podría reputarse como un mero deslucimiento, tipificado como falta en el (antiguo) art. 626 del CP, si afecta a bienes inmuebles, y atípico si afecta a bienes muebles? Cuando la acción encaminada a restaurar el estado de los bienes sobre los que se realizaron los dibujos o *graffitis* no sobrepasara la mera «limpieza» estaríamos ante un mero deslucimiento, sancionable si recae sobre bienes inmuebles conforme al (antiguo) art. 626 del CP y atípico si recae sobre bienes muebles. Si la retirada de

Puede tener lugar una situación dudosa ante el deslucimiento de fachadas o enseres públicos con pintadas o grafitos que requieren una limpieza por personal especialmente cualificado y utilizando productos químicos que deben ser manipulados con un especial cuidado conforme la normativa de prevención de riesgos laborales. En tales casos la jurisprudencia, considerando que tiene lugar un verdadero *tratamiento técnico* del bien dañado, ha entendido la existencia de un delito de daños y no un mero deslucimiento impune desde una perspectiva penal<sup>553</sup>. Otra situación controvertida tiene lugar ante la posibilidad perseguir los daños a inmuebles protegidos y degradados en los que ya existen numerosos grafitos previos o pintadas que los sitúan en una condición de completo abandono en la que difícilmente puede afirmarse que un nuevo grafito cause un perjuicio estético apreciable<sup>554</sup>. Se trata de una situación

---

las pinturas generara un menoscabo o deterioro del objeto o exigiera su reposición, el hecho integrará un delito o falta de daños”. Este acuerdo fue adoptado por mayoría, con 21 votos a favor y 4 abstenciones.

<sup>553</sup> La SAP de Madrid de 26 de marzo de 2008 ha considerado que estamos ante un delito de daños en atención a los siguientes razonamientos: *el importe de la reparación que fue necesario realizar sobre una superficie aproximada de 72 metros cuadrados de los vagones, y que obra en las actuaciones (folio 60), como se dijo ascendió a un importe de 595,55 euros más IVA, y exigió el empleo o utilización de productos de limpieza especiales y la mano de obra de operarios también especializados. La Sala considera que en esta situación la reposición al estado anterior de los bienes afectados no puede reconducirse a los conceptos de limpieza o lavado superficial, ni entender que consistió en labores de escasa importancia, en cuyo caso podría hablarse de un mero deslucir atípico. Es además irrelevante que los daños causados no impidiesen el funcionamiento del vehículo y atender al servicio para el que venía siendo utilizado, lo que afectaría al perjuicio y a la responsabilidad civil por tal concepto, pero no a los daños en sentido estricto.* En el mismo sentido se había pronunciado años antes la SAP de Asturias de 8 de junio de 2000, en la que se había considerado como delito de daños realizar pintadas en un convoy ferroviario que pudieron ser suprimidas, pero el valor de los disolventes especiales utilizados para eliminar las pintadas ascendió a 90.000 ptas.

<sup>554</sup> Este caso ya fue analizado por la SAP de Álava de 4 de enero de 2008. Se trataba de la realización de una pintada en un muro de un colegio en el que previamente se habían realizado cientos de pintadas similares. Por su interés reproducimos la argumentación que lleva al Tribunal a considerar que ésta conducta es impune: *No se trata de decidir si el muro era más o menos bonito antes o después de esas "pintada"; tampoco de que la realización de una pintada legitime la realización de otras posteriores; ni de discutir si está prohibido pintar un bien ajeno, acto que no está permitido. Lo importante es que el estado del muro resulte perjudicado en su aspecto exterior por causa de la pintada, perjuicio que no cabe causar cuando ese aspecto exterior ya está deteriorado previamente a la pintada, sea cual sea la causa de este deterioro. Si con el tipo penal se pretende proteger el aspecto exterior de los inmuebles, que estos mantengan su gracia, atractivo o lustre, la acción no puede ser típica cuando el deterioro previo del aspecto exterior del objeto haga imposible quitarle lo que ya no tiene.* Idéntica posición sostiene también la SAP de Málaga de 2 de abril de 2002: *En relación a si lo acreditado se integra en el tipo penal del artículo 626 del Código Penal, se debe partir de estimar si la acción tiende a deslucir, es decir a estropear estéticamente, el bien inmueble, y para ello se debe examinar el estado previo de dicho bien inmueble (es decir lo lucido, que se deslucir) y es en ello donde se observa, un estado de abandono del inmueble, de no conservación del mismo, de descuido, y por tanto no de lucimiento, y junto a ello la intención del apelante, que no es deslucir (estropear la estética del bien) sino mas bien la de ejercer un acto que por los antecedentes y situación del inmueble no lo considera perjudicial (sino que en algunos casos es una forma de lucimiento del inmueble) y para ello este resolvente se basa en las propias fotografías aportadas a las actuaciones, en las cuales se observa en primer lugar, que en el bien objeto de la acción del apelante existían múltiples dibujos, y algunos de ellos fechados en el año anterior (hecho que denotan un no cuidado expreso del muro) y que en dicho lugar es una acción común el dibujar, por lo que no se desprende (al no borrarse los dibujos en más de un año) que el apelante supuso lo indebido de su acción (ausencia de dolo) y por tanto no se debe criminalizar su conducta (aunque se le puede exigir civilmente la reparación de la parte de muro pintada por él) debiéndose absolver libremente de la*

lamentablemente frecuente en algunos centros históricos en los que la degradación ambiental es, muchas veces, un triste argumento asociado a intereses especulativos para llevar a cabo dudosas y lucrativas intervenciones urbanísticas. Parece lógico que la existencia de grafitos, manchas o pintadas anteriores en un monumento o inmueble protegido, en una situación próxima al expolio *administrativo* del artículo 4 de la LPHE, no debería impedir que la acción pueda ser sancionada por el nuevo artículo 323 del Código Penal, si se demuestra que con la nueva pintada o acto vandálico se produce un mayor deterioro del bien que ha sido previamente agredido. Conforme a lo anterior, habrá que atender, por tanto, a la situación concreta que nos presente cada situación, con especial referencia a la importancia objetiva de bien cultural que ha sido agredido para analizar si se ha producido o no ese nuevo daño o perjuicio estético. En todo caso, debe entenderse que este incremento, en tanto posible y conforme a la lógica más aplastante, teniendo en cuenta el carácter colectivo de los bienes protegidos por la norma penal, siempre tiene lugar y sólo excepcionalmente, en situaciones de degradación extrema, no se produce el delito de daños dolosos a los bienes culturales con una nueva agresión.

Teniendo en cuenta el principio de intervención mínima, parece necesario que el deslucimiento precise un mínimo de gravedad para poder aplicar cualquier tipología penal, como ocurría con la falta del antiguo art. 626 CP<sup>555</sup>. Por ello se han considerado como impunes conductas muy discutibles como orinar en la fachada de un edificio (Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 17 de julio de 1997) o esparcir el contenido de un extintor (Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 25 de marzo de 1998). La pena aplicable a esta falta de deslucimiento era la localización permanente de dos a seis días o de tres a nueve días de trabajo en beneficio de la comunidad. Una sanción penal de tan escasa entidad resultaba escasamente efectiva en cuanto a sus fines rehabilitadores. Por su corta duración no permitía la puesta en marcha de ningún programa terapéutico que corrija al infractor y pueda convencerle, por ejemplo, que debe encauzar su creatividad de una forma más provechosa, menos lesiva para los demás. La escasa importancia que nuestro sistema otorgaba a estas conductas se advertía incluso en su vertiente procesal. Era una de las pocas infracciones cuya competencia para conocer correspondía al Juez de Paz (art. 14

---

*petición de condena realizada frente a él, declarándose de oficio las costas causadas, tanto en la instancia, como en esta alzada, con expresa reserva de acciones civiles al perjudicado.* En cambio, en la SAP de Madrid de 3 de noviembre de 2004 se afirma textualmente que: *La existencia de algunas otras pintadas en la puerta no excluye que la conducta sea igualmente sancionable atendida la finalidad precedentemente mencionada con la que se aprobó la norma.*

<sup>555</sup> GARCÍA ALBERO, Ramón. “Comentario al artículo 626 Código Penal”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y MORALES PRATS, Fermín (Coordinador). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal.* (7ª Ed.). Pamplona, Aranzadi, 2008. Pág. 2.241.

LECrim) y ello a diferencia de lo que sucedía con la falta genérica de daños del art. 625 CP, cuya competencia correspondía al Juez de Instrucción.

La falta de deslucimiento del art. 626 resultaba de aplicación sólo en el caso de inmuebles. La impunidad del mero deslucimiento de los bienes muebles y la relativa falta de tutela penal del sufrido mobiliario urbano (siempre se sostuvo que podrá aplicarse la falta o delito de daños en el caso de contenedores de basura o de otros residuos para su reciclaje, marquesinas de autobús, bancos, maceteros, papeleras, vallas publicitarias, fuentes públicas, estatuas, etc.) generó algunas críticas doctrinales. Debe recordarse que el anterior Código Penal ya protegía específicamente algunos de estos elementos. Así el art. 561 del derogado texto punitivo establecía: “A los que destruyeren o deterioraren pinturas, estatuas u otros monumentos públicos, de utilidad u ornato, se les aplicará la pena de arresto mayor<sup>556</sup> y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas”.

Alguna sentencia vino a realizar una interpretación extensiva de la regulación penal, considerando como atípico no el mero deslucimiento, sino un auténtico daño a bienes muebles. Por ejemplo, en la SAP de Burgos de 11 de mayo de 2006, valoraba este supuesto: varias personas actuando de común acuerdo durante una madrugada realizan múltiples pintadas en contenedores de basura con lemas como “Castilla Antifascista” o “Castilla Anticapitalista” generando unos perjuicios que ascienden a la cantidad de 1.734'42 €. Se considera por el Tribunal que la conducta es atípica, por ser un mero deslucimiento de muebles y ello aunque varios contenedores tuvieron que ser repintados, no simplemente limpiados. En esta sentencia se afirma textualmente: *se colige que tales muebles, si bien resultan afeados o deslucidos, no por ello pierden la utilidad o destino para el que fueron colocados, y por ello en nada se ha alterado sus cualidades esenciales con las pintadas realizadas.*

El aspecto estético del mobiliario urbano, al igual que sucede con cualquier otro bien de naturaleza mueble, constituye un valor relevante que debe ser adecuadamente protegido por la ley. Justamente, son los valores propios de los bienes culturales los que demuestran esta necesidad de protección quizá con mayor facilidad. Una antigua señal de metro como la famosa *M* de color amarillo que señalaba las nuevas estaciones del Metropolitano de París en la mitad del siglo XX, puede ser simplemente deslucida y agredir los sencillos valores de diseño que el turista tiene derecho a contemplar en su visita a la capital francesa. Este ejemplo, próximo temporalmente y que no reviste los rasgos artísticos más acusados de otras formas de mobiliario, como los letreros de entrada *art nouveau* del propio Metropolitano, demuestra la importancia de proteger otros valores

---

<sup>556</sup> Esto es, prisión de un mes y un día a seis meses.

contemporáneos que también pertenecen a la propiedad *integral* de los bienes que, incluso, incluiría los derechos de propiedad intelectual de su diseño. Los bienes muebles que no cuentan con una protección añadida por su valor cultural, son merecedores de protección penal, de maneta siempre proporcionada, en su dimensión estética o de simple uso normalizado.

Por otra parte hay que destacar que cabe el delito continuado de daños por acumulación de varias pintadas que no puede ser suprimidas con una simple limpieza (así, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 7 de mayo de 2002). Y finalmente debe destacarse que, en base al principio de especialidad, si el objeto material de delito pertenece al patrimonio histórico, estaremos ante un delito del art. 323 CP, como analizaremos a continuación y no ante este tipo básico.

Sólo cuando el hecho no sea punible, pues el principio *ne bis in idem* impide la acumulación de sanciones penales y administrativas en estos supuestos, resultarán de aplicación las ordenanzas municipales que reprimen la realización de algunos grafitos que podrían ser, incluso, consentidos por los propietarios de inmuebles pero contrarios a disposiciones locales de disciplina urbanística o ambiental. Como complemento de toda la protección anterior, la legislación de Régimen Local autoriza a los Ayuntamientos a tipificar tales conductas mediante las respectivas Ordenanzas, que pueden contemplar sanciones y medidas de restablecimiento que han sido revisadas al alza tras la modificación de la Ley de Bases de Régimen Local operada por Ley 11/99, de 21 de Abril y sobre todo tras la Ley 57/2003, de 16 de Diciembre *de Modernización Local*, que elevó la cuantía de por infracciones muy graves tipificadas en las *Ordenanzas Locales* hasta los 3.000 euros, caso de infracciones muy graves consistentes en actos de deterioros *graves y relevantes* de espacios públicos o de equipamientos colectivos.

Así, por ejemplo, la *Ordenanza de Medidas para fomentar la convivencia en el espacio público de Granada* señala en su art. 35 que *está prohibido realizar todo tipo de grafito, pintada, mancha, garabato, escrito, inscripción o grafismo, con cualquier materia (tinta, pintura, materia orgánica, o similares) o bien rayando la superficie, sobre cualquier elemento del espacio público, así como en el interior o el exterior de equipamientos, infraestructuras o elementos de un servicio público e instalaciones en general, incluidos transporte público, equipamientos, mobiliario urbano, árboles, jardines y vías públicas en general y el resto de los elementos descritos en el artículo 3 de esta Ordenanza. Quedan excluidos los murales artísticos que se realicen con autorización del propietario, y municipal en su caso, y previa comunicación a la autoridad municipal.* Por su parte, el artículo 36 del mismo texto normativo establece que *las infracciones*



*tendrán el carácter de muy grave, cuando se atente especialmente contra el espacio urbano por realizarse sobre monumentos o edificios catalogados o protegidos, todo ello sin perjuicio de lo que establece la normativa sectorial.* Estas iniciativas son positivas pero no deben sustraer su espacio de actuación al Derecho Penal y justificar otras soluciones fragmentarias e insuficientes.

Finalmente, la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Ley 33/2003, de 3 de noviembre, se ha cuidado de fijar en el párrafo tercero de su art. 193 la obligación de quienes dañen los bienes de dominio público, tanto de soportar las sanciones procedentes, como de *reponer los bienes a su estado anterior, con la indemnización de los daños irreparables y perjuicios causados* (importe que podrá cobrarse mediante el procedimiento de apremio, llegado el caso).

#### **4. El grafito histórico como bien cultural**

La consideración de algunos grafitos muy elaborados como una manifestación artística y cultural de la sociedad de nuestro tiempo es un hecho innegable, como lo es la conservación de algunos grafitos históricos que han sido descubiertos sobre bienes arqueológicos de incalculable valor. En la mayor parte de los casos el *poso* inmaterial de este movimiento se produce entre jóvenes consumidores de determinados productos musicales, ropas y otros productos de ocio que afrontan su labor como *grafiteros* de una manera muchas veces reivindicativa desde una perspectiva social, cuestionando las manifestaciones artísticas más tradicionales y reclamando un espacio urbano propio como soporte de sus postulados estéticos.

En alguna ocasión se ha alegado ante los Tribunales, sin éxito, que el grafito no puede ser sancionado por constituir una manifestación artística. En este sentido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 29 de enero de 2002 se afirma lo siguiente: *Respecto al elemento subjetivo del dolo que también es negado por el recurrente, aunque es cierto que pertenece al fuero interno del acusado, no es de recibo negar el mismo alegando que las pintadas constituyen «una expresión artística» y que la única finalidad era realizar fotografías a las pintadas para su posterior publicación en una revista especializada, y aunque ello pueda ser cierto, ello no elimina el daño causado, pues dicha finalidad también la podía obtener realizando las pintadas en bienes propios, como por ejemplo en el vehículo de su propiedad, pero no en los ajenos.*

En definitiva, del mismo modo que no existe el derecho a la libre expresión de una legítima opinión a través, por ejemplo, de una pintada de grandes dimensiones sobre el asfalto de una carretera (Sentencia de la Audiencia

Provincial de Granada de 7 de junio de 2004)<sup>557</sup>, no existe un derecho a la expresión artística que ampare la realización de daños o deslucimiento de inmuebles, pues la creatividad personal debe canalizarse de forma que no se vean innecesariamente afectados los derechos de los demás, máxime cuando hablamos de bienes culturales merecedores de una singular protección.

Sentado lo anterior, en todo caso, las posiciones artísticas de signo iconoclasta vinculadas al cultivo del grafito, salvo situaciones excepcionales, no agreden bienes culturales *reconocibles* y cada vez son menos agresivas con el entorno urbano que constituye su forma de desarrollo más *natural*, un entorno al que pueden enriquecer con obras muy elaboradas y, en ocasiones, de un extraordinario valor.

Hoy día, las posibles reivindicaciones de tales movimientos estéticos se limitan a reclamar espacios suficientes para su normal desarrollo y para la búsqueda de alternativas públicas que permitan conciliar sus intereses con el cuidado de la ciudad. La realidad sólo nos muestra, como ya hemos señalado, agresiones sistemáticas que sólo consisten en actos de puro exhibicionismo gráfico, que pueden tener un signo reivindicativo que no ampararía la libertad de expresión y que carecen de cualquier sentido estético relevante.

---

<sup>557</sup> También sanciona esta conducta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 31 de julio de 2002 en la que se afirma que es una falta de daños, y no un mero deslucimiento de inmuebles, pintar sobre la calzada, porque menoscaba su función, pudiendo generar una distracción en los usuarios de la vía. La redacción de la resolución casi permitiría considerar la existencia de un delito contra la seguridad vial

ANEXO AL CAPITULO OCTAVO  
RECOMENDACIONES PARA LAS AGRESIONES LEVES A BIENES CULTURALES

Para poder obtener una sentencia condenatoria en las pequeñas agresiones a bienes culturales, nuestro sistema penal exige, como es lógico, que en estos procedimientos los agentes de policía y, en su caso, los peritos realicen un esfuerzo que a veces puede no estar proporcionado con la levedad de la pena impuesta a los autores de estas conductas. Del análisis de la jurisprudencia consultada se derivan las conclusiones que a continuación se exponen y que siguen, con algún añadido reciente, las que fueron utilizadas, a modo de *Recomendación General*, por la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Andalucía con la única intención de rentabilizar al máximo el trabajo que se realiza por los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Fiscal, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los funcionarios de la Administración Cultural. Las recomendaciones, que fueron publicadas por primera vez en la Memoria anual correspondientes al año 2009 y se han reiterado total o parcialmente en varias ocasiones, se dividían en tres apartados y, en términos generales y adaptándonos en cuanto sea necesario a la nueva regulación de los daños dolosos al Patrimonio Histórico, se expresaban en los siguientes términos:

**a) Para los agentes de Policía:**

Las Fiscalías *Delegadas* de Medio Ambiente existentes en cada Fiscalía Provincial, conforme a las posibilidades de coordinación pre procesal de la Policía Judicial y de las Policías Locales, deberían señalar los siguientes criterios<sup>558</sup>:

- Es importante fotografiar en todos los casos la superficie en la que se encuentra el grafito, describir su ubicación y sus medidas, indicar en la denuncia policial o atestado la posible protección cultural o urbanística de naturaleza administrativa e incluir toda esa información de forma ordenada con la incorporación de la legislación administrativa que resulte aplicable en cada caso.
- Debe recabarse también la declaración del propietario del soporte, pues la ausencia de consentimiento es un dato especialmente relevante. Esta manifestación debe mantenerse cualquiera que sea la naturaleza o función del inmueble agredido.

---

<sup>558</sup> En tal sentido, *Memoria* de la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Andalucía correspondiente al año 2009.

- También es relevante establecer la fecha (al menos dentro de unos márgenes temporales) en la que se realizó el grafito. Es esencial de cara a una posible prescripción.
- Las *cifra negras* generadas por esta actividad delictiva son muy altas. Al menos en el caso de los bienes que pertenecen al Patrimonio Histórico Español, resultaría de enorme interés elaborar siempre el correspondiente atestado aunque no exista autor conocido o se proceda de manera inmediata a la reparación como suele ocurrir en grafitos que resultan particularmente ofensivos, reiterando la denuncia cuantas veces sea necesario ante la existencia de nuevas agresiones.
- Si se procede, cuando se estime necesario, a la detención de un sujeto implicado en estas infracciones es de gran utilidad incautar todos los instrumentos de pintura que porte, especialmente botes de spray, pues la correspondiente prueba pericial posterior podría permitir establecer la conexión entre ese bote de pintura y varios grafitos concretos. Si el imputado quiere declarar sobre los hechos, se le preguntará por el motivo por el que portaba esos útiles de pintura.
- Si se sorprende al autor durante la realización de la conducta, es importante describir su reacción ante la presencia de los agentes, ya que la voluntad de darse a la fuga o de esconder los botes de spray con los que se está pintando son reveladores, según la jurisprudencia, de la plena conciencia de que se está causando un daño no consentido. Del mismo modo debe reseñarse en el atestado que el sujeto tiene manchas de pintura en sus manos o en sus ropas.
- La actuación policial debe considerar desde el principio, trasladándolo de manera expresa al Ministerio Fiscal, la posibilidad de utilizar los sistemas de enjuiciamiento rápido e inmediato como herramienta procesal especialmente idónea para el análisis jurisdiccional de infracciones de esta naturaleza.
- Debe valorarse la oportunidad de contar con un registro de firmas en situaciones de exhibición gráfica, incluso acudiendo en situaciones de gravedad a la pericial caligráfica, cuando pueden identificarse agresiones reiteradas de una misma persona o grupo de personas.
- En todos los casos, el atestado policial debe adelantar, aunque sea de forma aproximada, una estimación de la valoración de los daños, indicándose expresamente la existencia de agresiones anteriores. Resulta aconsejable establecer actuaciones coordinadas con la Administración Cultural para la elaboración de listados provinciales de los *Bienes de Interés Cultural*

demostrativos de su estado y actualizando las agresiones que sufran. La valoración no solo debe referirse a la limpieza o tratamiento del soporte. Sería necesaria una estimación de los gastos que comporta para la administración competente conforme a la legislación cultural (proyecto de intervención, desplazamiento, materiales utilizados, cierre provisional de la instalación ...).

#### **b) Para los peritos judiciales:**

De manera muy resumida, cabría considerar las siguientes:

- Es imprescindible establecer con claridad los criterios con los que se realiza la tasación del daño, pues en otro caso esta pericial puede ser impugnada con ciertas garantías de éxito. Resulta igualmente imprescindible que, a través del Ministerio Fiscal, se establezcan fórmulas de colaboración permanente con los departamentos culturales de los Gobiernos Autónomos que permitan la correcta acotación de los bienes culturales dañados que puede extenderse, en ocasiones, a distintos perímetros de protección que son impuestos por la legislación cultural vigente. Es necesario establecer en algunos casos una pericia *relacionada* con el entorno cultural.
- Es especialmente importante distinguir si el grafito puede ser eliminado o no con una simple limpieza, explicando adecuadamente las razones técnicas por las que se sostiene esa opinión y las posibilidades de afectación material al bien para el caso de que estas limpiezas deban reiterarse.
- A la hora de realizar la tasación de los perjuicios es particularmente importante desglosar los diferentes conceptos<sup>559</sup> de los daños que han sido producidos.
- Si es posible, se deben analizar desde un punto de vista grafológico, distintos grafitos, especialmente si son del tipo “firmas” o “tag” y contrastarlos con un cuerpo de escritura del imputado, pues en este caso se podrá imputar un delito o falta continuados en lugar de limitar el procedimiento a una conducta aislada.
- Siempre que sea posible el perito deberá comparar la pintada indubitada (por ejemplo, porque fue sorprendido realizándola) con otras pintadas dubitadas y no con un cuerpo de escritura indubitado habitual por la diferente morfología

---

<sup>559</sup> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de abril de 2004, se aborda el caso en el que se realizan varios grafitos en vagones de tren generando unos perjuicios “por importe de 4.584,33 euros, incluyéndose en dicho coste los conceptos de limpieza, pintado, inmovilización y vigilancia, sin que se concrete el importe estricto de la limpieza, es de aplicación el principio «in dubio pro reo», y en consecuencia debe entenderse que los hechos son constitutivos de una falta de daños del artículo 625 del Código Penal al desconocerse si dicho importe es superior o inferior a 50.000 pesetas o su equivalente en euros”.

de los trazos realizados con spray frente a los realizados con un bolígrafo o similar.

- Si se trata de un bien mueble o inmueble que forma parte del Patrimonio Histórico Español debe reflejarse en el informe esta circunstancia, diferenciando el nivel de protección que merece y adjuntando la ficha correspondiente en el caso de que se trate de un *Bien de Interés Cultural*. Todo ello debe ser tenido en cuenta a la hora de cuantificar el daño producido y las distintas posibilidades de reparación.

**c) Para el Ministerio Fiscal:**

En tanto no tenga lugar, como parece razonable, la redacción de un nuevo Código Procesal Penal que traslade las labores de instrucción o investigación criminal al Ministerio Fiscal, es importante que las Fiscalías Provinciales españolas, lleven a cabo las siguientes actuaciones:

- Debe coordinarse la actuación en cada Fiscalía Provincial de las *Delegaciones* de Medio Ambiente, Urbanismo y Patrimonio Histórico con la Secciones de Menores, donde resultan habituales esta clase de infracciones al objeto de comprobar aquellas que pueden afectar a bienes culturales.
- Debe aprovecharse la redacción y difusión de la *Memoria* anual de la institución para poner de manifiesto las carencias que actualmente presenta la estadística criminal ya que no permite establecer con claridad las agresiones que realmente sufre el Patrimonio Histórico Español. Ello es consecuencia de la dispersión de tipologías protectoras en diversos capítulos del nuestro Código Penal a través de distintas modalidades agravadas que no merecen un recuento independiente. De ser posible, las cifras podrían ser completadas con las ofrecidas por los distintos cuerpos policiales.
- Debe aprovecharse la redacción y difusión de la *Memoria* anual de la institución para incluir un apartado analizando esta clase de agresiones a los bienes culturales y poniendo de manifiesto, en todo caso, la necesidad de llevar a cabo una tarea divulgativa que comience por señalar el quebranto económico que muchas veces supone la restauración de los bienes dañados.
- Es necesario romper la tendencia de impunidad que muchas veces generan esta clase de agresiones a los bienes culturales catalogados, exigiendo en primer término su denuncia para que puedan contabilizarse en una estadística criminal fiable y, de otro lado, una razonable actuación policial, incluyendo la actuación de las Policías Locales.

- Cabría añadir a todo lo anterior, que no debería descartarse la idea de autodefensa en los conjuntos históricos de un gran valor mediante fórmulas de video vigilancia que resulten proporcionadas. Para ello, debe llevarse a cabo, una actuación coordinada con la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma al integrarse el Fiscal Superior en la *Comisión de Garantías de Video Vigilancia* que tendrá que autorizar su utilización<sup>560</sup>.

---

<sup>560</sup> Empieza a ser relativamente frecuente la solicitud de autoprotección en zonas históricas, conforme a lo establecido en el Real Decreto 596/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, *por la que regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos*. Entre sus funciones se encuentra la de emitir informe preceptivo sobre las solicitudes de instalaciones fijas de videocámaras. El informe será vinculante cuando considere que la instalación supondría una vulneración de los criterios establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1997, en cuyo caso no podrá concederse la autorización solicitada. También será vinculante el informe, cuando, siendo favorable a la instalación, se condiciona a restricciones, limitaciones o prevenciones en orden al cumplimiento de lo dispuesto en el mencionado artículo 4, a las cuales deberá sujetarse la autorización solicitada. En cuanto a su composición, está presidida por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, actuando como vocales el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia, un Abogado del Estado designado por el Director del Servicio Jurídico del Estado de entre los destinados en la localidad donde tenga su sede el Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma correspondiente, un representante de la Administración General del Estado, designado por el Secretario de Estado de Seguridad, en razón de sus responsabilidades o pericia profesional, un Alcalde representante de los municipios encuadrados en el ámbito de la correspondiente Comunidad autónoma, designado por la Asociación de municipios de ámbito autonómico con mayor implantación. El Secretario General de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma, asistirá a las reuniones con voz y sin voto y llevará a cabo funciones de Secretario. Puede contar con asesores, expertos en materia de seguridad ciudadana, designados por el Delegado del Gobierno que igualmente participarán en las reuniones con voz y sin voto.

## LA DEFENSA PENAL DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO

### CONCLUSIONES

Al concluir nuestro trabajo y comprobar la complejidad que comporta una defensa ordenada y coherente de nuestro Patrimonio Arqueológico, es el momento de plantear algunas conclusiones que puedan alentar el estudio por el derecho penal de esta singular forma de riqueza que presenta perfiles tan sugerentes como inesperados. Siempre de manera muy sucinta, podemos extraer de nuestro análisis las siguientes conclusiones.

**PRIMERA.** El mandato establecido en el artículo 46 de la Constitución Española de 1978, debe ser interpretado conforme a una idea *en desarrollo*. La relativa falta de tradición jurídica en nuestro derecho acerca del signo colectivo de los bienes culturales, permitió al legislador constitucional la construcción de un derecho fundamental *en formación* que precisaba de la creación de un corpus normativo suficiente desde el derecho administrativo que ha ido produciéndose con el paso de los años. Constituye una singularidad española que esta labor, con la creciente influencia del derecho internacional público, se haya desarrollado por la legislación estatal y por la legislación autonómica, conforme a una idea de acción coordinada que ha sido resuelta, aunque con algunos problemas y no pocos desencuentros, por la jurisprudencia constitucional. Al día de hoy, la evolución del concepto de Patrimonio Histórico permite considerar su protección y el derecho a su disfrute pacífico por la colectividad, como un derecho fundamental que podría ser alegado directamente en la jurisdicción, conforme a una correcta interpretación de lo establecido en el artículo 53 de nuestra *Norma Fundamental*. En esta regulación administrativa se encuentra, además, la *base* de la exigencia penal, aunque nuestro Código, en ningún caso, tipificaría preceptos penales en blanco.

**SEGUNDA.** Esta nueva concepción fue la que permitió al legislador orgánico de 1995, introducir como una nueva categoría autónoma de protección al Patrimonio Histórico entendido, desde una perspectiva penal, como un conjunto de bienes materiales que son merecedores de la máxima protección por el ordenamiento jurídico como consecuencia de su innegable valor histórico.

La doctrina ha estimado esta inclusión, dentro de la delincuencia ambiental, como afortunada pero recuerda que nuestro legislador orgánico ha optado por mantener un sistema de tutela indirecta de los bienes culturales que complementa al anterior con diversas tipologías del Código Penal, mayoritariamente referidas a fórmulas agravadas entre los delitos contra el patrimonio y el orden socio económico, al margen de lo establecido en la Ley



12/1995, de 12 de diciembre, *de Represión del Contrabando*. Esta peculiar situación normativa genera una palpable tensión interna en nuestro Código Penal que no puede ser coherente en el tratamiento de los bienes culturales, especialmente de los bienes arqueológicos, ante la dificultad de delimitar con suficiente nitidez los perfiles de un bien jurídico amplio y pluriofensivo.

De mantenerse la actual posición sistemática de nuestro Código Penal, la elaboración dogmática que permita determinar con mayor exactitud este bien jurídico debería informar una nueva reforma legal que estableciera algunas nuevas tipologías agravadas (blanqueo de capitales y falsificación de bienes culturales) o describiera con mejor técnica legislativa las ya existentes (los actos de expolio) o incluso estableciera algunas normas de aplicación común a diversas tipologías (como el criterio legal del valor incalculable), para que no tengan lugar las situaciones de incoherencia interna que aparecen en la actualidad y que dificultan la aplicación lógica de la norma penal como ocurre, a título de simple ejemplo, con la imposibilidad de relacionar la figura agravada de la receptación con los actos de expolio que pueden configurarse, conforme a distintas posiciones doctrinales no compartidas, como un delito de daños sobre el Patrimonio Histórico ajeno a los delitos contra el patrimonio.

**TERCERA.** El Patrimonio Arqueológico se configura como una manifestación del Patrimonio Histórico caracterizado por las tres notas siguientes: Su amplitud, su fragilidad y el alto valor científico o material que pueden poseer estos bienes.

Esta nota de amplitud viene determinada por la regulación administrativa y la definición que ofrece del Patrimonio Arqueológico la LPHE y, especialmente, su artículo 40.1 cuando nos describe su contenido al recordar que se integra por aquellos *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. Forman parte, asimismo, de este Patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes*. La consecuencia fundamental de esta amplitud conceptual, es la aparición de nuevos campos de actuación para la arqueología, en su definición jurídica, al subrayar su condición social como ocurre con la investigación de algunas formas delictivas de extrema gravedad como los delitos de lesa humanidad o vincularse con nuevos espacios normativos como los que actualmente promueven las recientes leyes de memoria histórica. Encuentra aquí el proceso penal una nueva utilidad que merece ser adecuadamente regulada e interpretada para su utilización como prueba válida en el Juicio Oral, dirimir posibles responsabilidades delictivas vinculadas con bienes arqueológicos (posibles falsificaciones) y para cubrir un servicio de gran valor a

la sociedad de nuestro tiempo teniendo en cuenta, como argumento esencial, su perfil eminentemente científico.

Por su parte, la nota de fragilidad comporta la necesidad de una protección reforzada que comienza por la propia regulación contenida en la LPHE pero que debe continuar en la aplicación uniforme y suficiente de la norma penal. Esta protección se concreta en la necesidad de configurar el expolio como una agresión al yacimiento arqueológico tanto en su dimensión material como inmaterial y permitiendo en todo caso que la responsabilidad por los daños producidos pueda acumularse a la contraída por la apropiación ilícita de los hallazgos arqueológicos.

**CUARTA.** El Patrimonio Histórico Sumergido se configura como un reto para el derecho penal ante la necesidad de una defensa eficaz y basada en los principios que contiene la Convención de la UNESCO *sobre la protección del Patrimonio Cultural Subacuático* de 2001.

No existe inconveniente alguno en trasladar al Patrimonio Arqueológico Subacuático todo el sistema de protección legal diseñado por la legislación administrativa española en la LPHE, máxime tras su mención explícita en el artículo 323 del Código Penal a través de la reforma operada en 2015, pero resulta indispensable llevar a cabo, en primer término, una labor de identificación de los pecios históricos que puedan existir en las aguas jurisdiccionales españolas. En segundo lugar, debe plantearse por las autoridades culturales una ambiciosa labor divulgativa que acabe con el imaginario colectivo que asocia la figura del caza tesoros con un aventurero-investigador eficiente y legitimado para obtener una recompensa material y, por último, es necesario dotar a la Policía Judicial de medios necesarios para combatir el tráfico ilícito transnacional de bienes culturales de esta naturaleza

**QUINTA.** Sigue siendo una de las características esenciales del conservacionismo cultural y del Derecho del Patrimonio Histórico su condición expansiva en la creación de nuevos conceptos que perfeccionan su protección y descubren nuevas modalidades o exponentes que son descubiertos por los estudiosos del conservacionismo para delimitar con mayor exactitud y rigor el repertorio de los bienes culturales. La idea de un Patrimonio Histórico *Múltiple* podría enmarcarse en esta acusada tendencia.

El Derecho Penal no puede extender su campo de actuación sin sopesar razones suficientes que así lo exijan, pero si debe tener en cuenta estas nuevas formulaciones como un elemento interpretativo indispensable que sirva para llevar a cabo una aplicación de la norma penal más ajustada a las necesidades

sociales de nuestro tiempo. La relación del Patrimonio Histórico con la Ordenación Territorial y el Urbanismo pone de manifiesto que, en buena medida, cuando hablamos de Patrimonio Histórico hablamos de un concepto geográfico de manera que no solo se protejan estos bienes desde una visión unívoca y limitada. Los bienes culturales y muy especialmente los arqueológicos, tienen que ser protegidos en su relación con el entorno, asumiendo el derecho penal, como elemento interpretativo, los más relevantes principios formulados desde la arqueología en los últimos años para su conservación, considerando –por ejemplo- que se configuran como un elemento de cohesión social que exige la preservación *in situ* de los hallazgos arqueológicos de suficiente relevancia, al margen de otras consideraciones de carácter general.

Solo con esta mentalidad podrá combatirse el expolio arqueológico promovido por la especulación inmobiliaria y asociado a posibles formas de corrupción pública a la hora de diseñar el planeamiento urbanístico.

**SEXTA.** El análisis de la realidad criminal viene acreditando que la delincuencia vinculada a la destrucción del Patrimonio Histórico y al tráfico ilícito de bienes culturales, se vincula de manera creciente con el crimen organizado y el terrorismo. La especial configuración de las piezas arqueológicas, su valor incalculable, su reconocida capacidad de transporte u ocultación y el contenido simbólico que guarda, muchas veces, la arqueología monumental, determinan que sean objeto de graves delitos y que deba buscarse una mayor eficacia en la persecución transnacional de situaciones de expolio y tráfico ilícito de bienes culturales que procuran la financiación de las formas más graves de terrorismo o crimen organizado.

Al margen de otras muchas decisiones de política criminal como la especialización policial, la cooperación internacional y la restitución de bienes culturales a nivel internacional, la clave que debe sostener el armazón básico de un nuevo *Derecho Penal del Patrimonio Histórico* de nuestro tiempo, es que entendamos que hablamos de un concepto dinámico o de una magnitud *de presente* que sigue incrementándose cada día y que debe ser protegido como uno de los elementos esenciales para el desarrollo moral y económico de cualquier sociedad que aspire a ser calificada como una sociedad democrática.

**SÉPTIMA.** Antes de concluir estas breves conclusiones, no olvidemos que la ciencia penal española puede cubrir un papel determinante en el estudio comparado de la protección penal de los bienes culturales. No solo se configura el territorio español como un espacio único que acumula valores culturales materiales o inmateriales que lideran, junto con la República Italiana y la República Popular China, el mayor número de espacios y bienes que merecen ser

protegidos como *Patrimonio de la Humanidad*. En este sentido España supera a otras potencias de mayor peso económico o poblacional como Francia, Reino Unido o Alemania. Esta especial forma de riqueza no solo debe ser conservada, debe incrementarse, protegerse y vincularse con el ordenamiento jurídico de manera que sea conocida y *cultivada* por la sociedad en su conjunto para diseñar un modelo económico rentable y sostenible.

Es sobradamente conocido el compromiso institucional de España y de las Comunidades Autónomas, en particular con el mundo panhispánico, en la firme defensa de los bienes culturales. El Patrimonio Histórico es un elemento de cohesión social y desarrollo económico que permite a nuestro país alcanzar una posición de liderazgo en un sector estratégico y todo ello redunda en beneficio del interés nacional y de la consolidación del sistema democrático. En esta encrucijada, la aportación de la dogmática penal española debe convertirse en una aportación decisiva porque resulta necesaria y contamos con un nivel académico y científico que no puede ser desaprovechado en una materia tan decisiva para nuestro futuro.

LA DEFENSA PENAL DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO  
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel; *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, Colección Análisis y Documentos, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994 (dos tomos).

ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel; *El Patrimonio Arqueológico: Aspectos de su régimen jurídico*, Estudio publicado en la revista Patrimonio Cultural y Derecho, Fundación *Hispania Nostra*, número 1, Madrid, 1997.

ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel; “Patrimonio Histórico, cultura y Estado Autonómico”, en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria*, Universidad de Cantabria, Santander, 2003.

ALOIS RIEGL, *El culto moderno de los monumentos, su carácter y sus orígenes* primer capítulo del *Proyecto para la reorganización administrativa de la tutela de los monumentos en Austria* Primera edición antológica y comentada en español por ARJONES FERNÁNDEZ, Aurora; Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, Sevilla, 2007.

ALOIS RIEGL, *El culto moderno a los monumentos: Caracteres y orígenes*; traducción de PÉREZ LÓPEZ, Ana; editorial Antonio Machado Libros, colección *La Balsa de Medusa*, Madrid, 2008

ALOIS RIEGL, *El culto moderno a los monumentos. Caracteres y origen* (1903), traducción de PÉREZ LÓPEZ, Ana; Editorial Visor, Madrid, 1987.

ALONSO IBAÑEZ, *El Patrimonio Histórico. Destino Público y valor cultural*, Madrid 1992.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis; *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de junio de 1985*, Editorial Civitas, Madrid 1989.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dirección) y DOPICO GÓMEZ-AYER, Jacobo; *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio y OLLOQUIEGUI SUCUNZA, Idoia. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

ÁLVAREZ GÓNZALEZ, Elsa Marina, “Disfuncionalidades de la protección jurídica del patrimonio cultural subacuático en España. Especial referencia al caso Odyssey”. *Revista de Administración Pública*, número 175, Madrid, 2008.

ÁLVAREZ GÓNZALEZ, Elsa Marina, “Patrimonio sumergido: Claves de su régimen jurídico”. Revista Patrimonio Cultural y Derecho, número 12, Madrid, 2008.

ARROYO ZAPATERO, Luís Alberto; “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, publicado en Revista española de Derecho Constitucional, número 8; editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983.

ASSUNTO, Rosario; *La antigüedad como futuro. Estudio sobre la estética del neoclasicismo europeo*; traducción de GONZÁLEZ, Zósimo; colección La balsa de la medusa, Editorial Visor, Madrid, 1990.

AZNAR GÓMEZ, Mariano J.; *La protección internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España*; Editorial Tirant, monografías, Valencia, 2004.

BADENES CASINO, Margarita; *La protección de los bienes culturales durante los conflictos armados. Especial referencia al conflicto armado en el territorio de la antigua Yugoslavia*; Universitat de Valencia, 2005.

BARCELONA LLOP, Javier; en “El dominio público arqueológico” trabajo publicado en el número 151 de la *Revista de Administración Pública*, Madrid, 2000.

BARRACA DE RAMOS, Pilar; “Cultura y lucha contra el patrimonio ilícito”, en *La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales*, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 2006.

BARRAGÁN MALLOFRET, Daniel y CASTRO FERNANDEZ, Juan Luis; publicado en el número 7 de la *Revista Atlántica Mediterránea de prehistoria y arqueología social*, Cádiz, 2005.

BARRERO GONZÁLEZ, Enrique; *Reflexiones sobre Sevilla como Conjunto Histórico y sobre el pensamiento urbano de José María Izquierdo*. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2008.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Civitas, Madrid, 1990.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, en *Patrimonio Cultural y Derecho. La legislación española y andaluza*, Instituto Andaluz de la Función Pública, Sevilla, 2009.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción; “La ciudad histórica ante un nuevo modelo urbanístico” en *Patrimonio Cultural y Derecho*; nº 16, Madrid, 2012.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción; “Patrimonio Cultural y Derecho. La legislación española y andaluza”, en *Protección jurídica del Patrimonio Cultural*, RODRÍGUEZ LEÓN, Luis Carlos (coordinador), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

BECERRA GARCÍA, Juan Manuel; “Medidas de la Administración Cultural en Andalucía frente al expolio de bienes culturales”; *El tráfico de bienes culturales*; PÉREZ-PRAT DURBAN; Luis y LAZARI, Antonio (coordinadores). Tirant monografías, número 966, Valencia 2015. Páginas 295 a 323.

BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, Félix; *El Patrimonio Cultural Español*, Editorial Comares, Granada, 1995.

BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, Félix; “La situación general de la protección del patrimonio en España”; en *La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales*, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 2006.

BENITEZ ORTUZAR, Ignacio F.; *Estudios sobre el Código Penal reformado* (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), obra colectiva dirigida por MORILLAS CUEVA, Lorenzo; Editorial Dykinson, Madrid, 2015.

BEVERLEY, JHON; *Soledades* de Luis de Góngora, Editorial Cátedra, número 102 de la colección *Letras Hispánicas*, XVª edición, Madrid, 2012.

BIANCHI BANDINELLI, Ranuccio; *Introducción a la arqueología*, Akal Universitaria, 2ª reimpresión, Madrid, 2012.

BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo. 4ª ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2012, 976 págs.

BRITO, Marcelo; *As cidades históricas como destinos patrimoniais. Um estudo comparado. Espanha e Brasil*. Junta de Andalucía, Consejería de Cultura, Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico, Sevilla, 2009.

CABO DE LA VEGA, Elisa; “La protección del patrimonio cultural subacuático y el caso *Nuestra Señora de las Mercedes*. Síntesis del proceso”, en *Patrimonio Cultural y Derecho*; número 16, Madrid 2012.

CÁCERES RUIZ, Luis; *Delitos contra el patrimonio histórico. Sustracción de la cosa propia a su utilidad cultural*. Visión Libros. Colección Derecho, Madrid, 2008.

CARANDE THOVAR, Ramón; *Sevilla, fortaleza y mercado* número 13 de la Colección *Biblioteca Hispalense*, Diario ABC, Sevilla, 2001.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos; *Derecho Penal: Concepto y principios fundamentales*. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1996.

CARMONA SALGADO, Concepción. “Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico”. En *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 2ª ed., Madrid 2005.

CHUECA GOITIA, Fernando; *Manifiesto de la Alhambra*, edición de GIJÓN DÍAZ, Ángel Luis y CASADO DE AMEZÚA VÁZQUEZ, Joaquín. Fotografías de FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Francisco. Colegio Oficial de Arquitectos de Granada, Granada, 2004

CONDE-PUMPIDO TOURON, CÁNDIDO sobre la base de una interpretación sistemática de ambos preceptos; en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tribunal Supremo, Madrid, 1997.

CORTÉS BECHIARELLI, Emilio; “Función social y tutela penal del Patrimonio Arqueológico”, en CORTÉS, GARCÍA Y GUIASOLA, *Tres estudios Jurídicos sobre el Patrimonio Histórico*, Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, Dirección General de Bienes Culturales, Sevilla, 2005, páginas 17 a 47.

CORTÉS RUIZ, Antonio; “Investigación de Delitos contra o Patrimonio Histórico” trabajo publicado en el libro *O Patrimonio Cultural. Valía e Protección*, Consellería de Cultura e Deporte, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2007.

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *La contaminación visual del Patrimonio Histórico Andaluz. El impacto visual en los bienes del patrimonio histórico-artístico, causado por el cableado, antenas y otras instalaciones*. Informe publicado por la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, marzo de 1998. Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía número 224, de 18 de junio de 1998.

DEFENSOR DEL PUEBLO ANADALUZ, II Reunión de la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz y la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Delitos contra la ordenación del territorio y el Patrimonio Histórico. Granada, Marzo, 2005.

DEL CAMPO HERNÁN, María del Pilar. “Los archivos y la protección del patrimonio: La última comisión de la fragata de guerra ‘Nuestra Señora de las Mercedes’”, en MUÑOZ SERRULLA, M.T. (Coord. y Ed.) *La Moneda*:



Investigación numismática y fuentes archivísticas, Madrid: Asociación de Amigos del Archivo Histórico Nacional y Dpto. de Ciencias y Técnicas Historiográficas y de Arqueología , UCM, 2012.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M<sup>a</sup>. “La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico. El delito de expolio”. En *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*. Dir. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Navarra, 2015.

FARALDO CABANA, Patricia (directora); *Ordenación del territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y la legislación especial*; PUENTE ABA, Luz (Coordinadora); “Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando”, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2011.

FEAL LAGO, Carlos; en *La ordenación del territorio en Europa*, Ministerio de la Vivienda, Madrid 1970.

FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel; *La protección penal del Patrimonio Histórico*; Junta de Andalucía, Consejería de Cultura, Dirección General de Bienes Culturales, Sevilla, 2004.

FERNÁNDEZ DE PAZ, Esther; “De tesoro ilustrado a recurso turístico: el cambiante significado del Patrimonio Cultural” en *Pasos*, Revista de Turismo y Patrimonio Cultural, número 4, 2006.

FIDALGO MARTÍN, Consuelo; “Sistema judicial y protección del patrimonio histórico”, *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 2006.

FLETCHER BASS, George; *Bajo los siete mares*. Editorial Blume, Barcelona, 2006.

GARCIA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; *La protección penal del Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995*, Estudios del Ministerio Fiscal, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1997.

GARCÍA ALBERO, Ramón. “Comentario al artículo 626 Código Penal”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y MORALES PRATS, Fermín (Coordinador). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. (7<sup>a</sup> Ed.). Pamplona, Aranzadi, 2008.

GARCIA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; *Los daños por imprudencia al Patrimonio Histórico*, Estudios del Ministerio Fiscal, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1998.

GARCIA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; *La Protección penal del Patrimonio Arqueológico*, Revista *Patrimonio Cultural y Derecho* nº 7, Fundación *Hispania Nostra*, Madrid, 2004.

GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; *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.

GARCIA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; “La protección penal del Patrimonio Arqueológico”, en CORTÉS, GARCÍA Y GUIASOLA, *Tres estudios Jurídicos sobre el Patrimonio Histórico*, Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, Dirección General de Bienes Culturales, Sevilla, 2005, páginas 53 a76.

GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; 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.

GARCIA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; “Protección penal del Patrimonio Arqueológico” en Revista de Derecho de Extremadura, número 2, páginas 109 a 142, Mérida, 2008.

GARCIA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; “Protección penal del Patrimonio Arqueológico”, en *Protección Penal del Patrimonio Histórico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

GARCIA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; *El derecho al futuro de la ciudad histórica*, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Bellas Artes *Nuestra Señora de las Angustias*, Granada, 2010.

GARCIA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>/ ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos; *Grafito y patrimonio Histórico: Sobre la ciudad histórica indefensa*, Revista *Patrimonio Cultural y Derecho* nº 14; Fundación *Hispania Nostra*, Madrid, 2010.

GARCIA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; *Sobre la libertad de los monumentos*, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada y su contestación por el Excmo. Sr. don José María Rosales de Ángulo, Granada, 2011.

GARCÍA CALDERON, Jesús M<sup>a</sup>. “Los delitos contra el patrimonio histórico español. Los daños dolosos a los bienes culturales (artículo 323 del Código Penal Español”. En *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Dir. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Madrid, 2015.

GARCÍA CALDERÓN, Jesús M<sup>a</sup>; “El ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal” en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*; MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coordinador), Editorial Dykinson, Madrid, 2015.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier; *Estudios sobre el derecho del Patrimonio Histórico*; Fundación Registral, Madrid, 2008.

GIANNINI, Massimo Severo; *I beni culturali*, Rivista trimestrale di diritto público, (1) 1976. Páginas 3 y siguientes.

GERMÁN MANCEBO , Isabel. “Una aproximación interdisciplinar a la protección del Patrimonio cultural subacuático . El escenario un año después de la resolución del “Caso Odyssey ”. RIIPAC, Revista sobre Patrimonio Cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial, número 4, julio de 2014, páginas 1 a 26.

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.

GONZALEZ RUIBAL, Alfredo; “Arqueología y Memoria Histórica”; en Revista Patrimonio Cultural de España, número 1, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ RUS, Juan José; en *Sistema de Derecho Penal Español*, Parte Especial; coordinado por MORILLAS CUEVA, Lorenzo; Editorial Dykinson, Madrid, 2011.

GÓRRIZ ROYO, Elena; “Delitos sobre la ordenación del territorio: El condicionamiento temporal de la demolición a la constitución de garantías”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2<sup>a</sup> edición, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (director), GÓRRIZ ROYO, Elena y MATA LLÍN EVAGENCIO, Ángela (coordinadoras), Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2015.

GUISASOLA LERMA, Cristina; *Delitos contra el Patrimonio Cultural: Artículos 321 al 324 del Código Penal*; Editorial Tirant lo Blanch, tratados, Valencia, 2001.

GUISASOLA LERMA, Cristina; “Los delitos sobre el Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995”, en la revista Poder Judicial, número 43-44, Madrid 1996 (II).

GUISASOLA LERMA, Cristina; “La protección penal del Patrimonio Cultural en el Derecho Comparado” en CORTÉS, GARCÍA Y GUISASOLA, *Tres estudios Jurídicos sobre el Patrimonio Histórico*, Consejería de Cultura de la

Junta de Andalucía, Dirección General de Bienes Culturales, Sevilla, 2005, páginas 81 a 122.

GUISASOLA LERMA, Cristina; “El expolio de bienes culturales: El caso particular del Patrimonio Cultural Subacuático”. *El tráfico de bienes culturales*; PÉREZ-PRAT DURBAN; Luis y LAZARI, Antonio (coordinadores). Tirant monografías, número 966, Valencia 2015, páginas 271 a 293.

GUISASOLA LERMA, Cristina. “Delitos contra el patrimonio histórico: artículo 323 CP”. En *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Dir. GONZÁLEZ CUSSAC, José. Valencia 2015.

GUISASOLA LERMA, Cristina, en *La imprudencia profesional*, Editorial Tirant lo Blanch, Colección *Los delitos* número 67, Valencia, 2005.

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Francisca; *La conservación integral del Patrimonio* en Complutum Extra, número 6, Madrid, 1996.

IGLESIAS SKULJ, Agustina; en *Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, obra colectiva dirigida por FARALDO CABANA, Patricia y coordinada por PUENTE ABA, Luz María; Editorial Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia 2011.

ISAC MARTÍNEZ DE CARVAJAL, Ángel; *Historia urbana de Granada* publicado en *Los libros de la estrella*, Diputación de Granada, Granada, 2007.

JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis; *La reforma penal de 2015* (Análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo). Editorial Dykinson, Madrid, 2015.

JAKOBS, Gunther; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición traducida por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis; Marcial Pons, Madrid, 1997.

JESCHECK, Hans Dietrich y WEIGEND, Thomas; en su *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición traducida por OLMEDO CARDENETE, Miguel; Editorial Comares, Granada, 2002.

LAFUENTE BATANERO, Luis; *Líneas de actuación para una eficaz protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático* publicado en el número 7 de la Revista *Patrimonio Cultural y Derecho*, Madrid, 2003.

LAMARCA PÉREZ, Carmen; en “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española”, en Revista española de Derecho Constitucional, número 20, editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

LANDECHO VELÁZQUEZ, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción; *Derecho Penal Español. Parte Especial*; Editorial Tecnos, Madrid 1996.

LAZARI, Antonio; “Para una visión cosmopolita del derecho internacional en tema de devolución de los bienes culturales”, extensamente y dentro del libro *El tráfico de bienes culturales*, coordinado por PÉREZ-PRAT DURBAN, Luis y LAZARI, Antonio; Editorial Tirant lo Blanc Monografías, Valencia, 2015, págs. 91 a 169.

LÓPEZ CALERA, Nicolás; *El ser granadino. Ensayo de una ontología débil*. Editorial Comares, Granada, 1998.

LÓPEZ GUZMAN, Rafael (Coordinación); *Patrimonio Histórico: retos, miradas, asociaciones e industrias culturales*. Seminario Permanente de Patrimonio Histórico. Universidad Internacional de Andalucía. Sevilla, 2010.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando; *Estudios Jurídicos sobre Ordenación del Territorio*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.

LÓPEZ RECHE, Gustavo; “La Ley 14/2007, de 26 de noviembre de Patrimonio Histórico de Andalucía. Primera aproximación”. Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, Dirección General de Bienes Culturales, Sevilla 2008; Introducción, páginas 13 a 26.

LÓPEZ RECHE, Gustavo; “La Ley andaluza de Patrimonio Histórico. Novedades significativas”. *Patrimonio Histórico: retos, miradas, asociaciones e industrias culturales*. LÓPEZ GUZMÁN, Rafael (Coordinador). Seminario Permanente de Patrimonio Histórico. Universidad Internacional de Andalucía. Sevilla, 2010.

MAGDONOGH, Giles, *Después del Reich*; traducción de GIL ARISTO, José Luis; Galaxia Gutenberg, Barcelona 2010.

MARTÍNEZ DIAZ, Belén y QUEROL FERNANDEZ, María Ángeles en “El Patrimonio Arqueológico en la normativa internacional”, publicado en la Revista Complutum Extra, número 6, Madrid, 1996.

MARTÍNEZ PINO, Joaquín; “La comisión Franceschini para la salvaguardia del patrimonio italiano. Riesgo, oportunidad y tradición de una propuesta

innovadora”, publicado en la revista *Patrimonio Cultural y Derecho*, número 16, Madrid, 2012.

MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, correspondiente al año 2004, publicación del Ministerio de Justicia, Madrid, 2005 (Fiscal General Sr. Conde-Pumpido Touron).

MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, correspondiente al año 1997, publicación del Ministerio de Justicia, Madrid, 1998 (Fiscal General Sr. Cardenal Fernández)

MEMORIA DE LA FISCALÍA SUPERIOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA, correspondiente al año 2009, publicación interna remitida al Parlamento de Andalucía, Granada, 2010 (Fiscal Superior Sr. García Calderón).

MEMORIA DE LA FISCALÍA SUPERIOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA, correspondiente al año 2010, publicación interna remitida al Parlamento de Andalucía, Granada, 2011 (Fiscal Superior Sr. García Calderón).

MEMORIA DE LA FISCALÍA SUPERIOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA, correspondiente al año 20014, publicación interna remitida al Parlamento de Andalucía, Granada, 2015 (Fiscal Superior Sr. García Calderón).

MILANS DEL BOSCH Y JORDAN DE URRIES, Santiago; LESMES SERRANO, Carlos; ROMÁN GARCÍA, F; ORTEGA MARÍN, E.; *Derecho Penal Administrativo Ordenación del territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente*), publicado por Editorial Comares, Granada, 1997.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª ed., Barcelona 2015.

MIRÓ LINARES, Fernando; “Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado*”, MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dirección); Editorial Dykinson, Madrid, 2015.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*. 2ª ed., Madrid 2010.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales”. En *Foro FICP*, 2013 nº 2, septiembre, págs. 52-107.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador) *Estudios sobre el Código Penal Reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco; “El tráfico ilegal de obras de arte”, en *Estudios Penales y criminológicos XVI*, Santiago de Compostela, 1993.

MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCÍA ARÁN, Mercedes.. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª ed. Valencia, 2015.

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.

NAVARRO BLASCO, Eduardo; “Reforma de los delitos de hurto, robo y otros delitos patrimoniales”, en *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director), Aranzadi, 2015.

NUÑEZ SÁNCHEZ, Ángel; “El expolio de yacimientos arqueológicos”, en *Tráfico ilícito de bienes culturales*, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 2006.

NUÑEZ SÁNCHEZ, Ángel; “La protección penal del patrimonio arqueológico subacuático” en *El patrimonio arqueológico subacuático y el comercio de bienes culturales*, Xunta de Galicia, 2009.

OLMEDO CARDENETE, Miguel; “Los delitos relativos al patrimonio histórico”. En *Sistema de Derecho Penal Español, Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coordinador) ; Madrid, 2011.

ORFILA PONS, Margarita; SOTOMAYOR, Manuel; SÁNCHEZ, Elena y MARTÍN, Purificación; *La Granada falsificada. El pícaro Juan Flores*, Diputación de Granada, Granada 2012.

ORTIZ SÁNCHEZ, Mónica y ALBERT, María del Amor; “Odyssey y la protección del patrimonio arqueológico por las Comunidades Autónomas”, publicado por Revista PH del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, número 82, Sevilla, 2012.

PASTOR MUÑOZ, Mauricio y PACHÓN ROMERO, Juan Antonio; “¿Quién protege nuestro Patrimonio Arqueológico?” Revista de Arqueología, nº 111, Madrid, 1990.

PÉREZ ALONSO, Esteban; “Los delitos contra el Patrimonio Histórico”, en *Actualidad penal*, nº 33, Madrid, 1998.

PÉREZ ALONSO, Esteban y ORZCO PARDO, Guillermo; *La tutela civil y penal del Patrimonio histórico, cultural o artístico*. Madrid, 1995.

PÉREZ-PRAT DURBAN; Luis y LAZARI, Antonio (coordinadores); *El tráfico de bienes culturales*; PÉREZ-PRAT DURBAN; Luis “La falsificación de obras de arte ¿Un problema internacional?”; LAZARI, Antonio “Para una visión cosmopolita del Derecho Internacional en el tema de la evolución de los bienes culturales”. Tirant monografías, número 966, Valencia 2015. Páginas 175 a 216.

PERIS RIERA, Jaime; “Delitos contra el Orden Público y la Comunidad Internacional”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador) *Estudios sobre el Código Penal Reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, páginas 875 a 903.

PERIS RIERA, Jaime; “Delitos contra la Comunidad Internacional. MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador) *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Editorial Dykinson, Madrid, 2011, páginas 1.253-1.254.

PIGNATELLI Y MECA, Fernando; “LA protección de los bienes culturales en los conflictos armados”, en *La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales*, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 2006.

PRIETO DE PEDRO, Jesús; “Concepto y otros aspectos del Patrimonio Cultural en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

PRIETO SANCHIS, Luis; *Los principios rectores de la política social o económica*, en *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990.

QUATREMÈRE DE QUINCY, Antoine; *Cartas a Miranda*, con traducción de PINTOR MAZAEDA, Ilduara; estudio preliminar de RICO CAMPS, Daniel; con el título *El Patrimonio integral y universal de Quatremère de Quincy*, Nausicaä Editorial Electrónica, Murcia 2007.

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*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert; “El derecho penal y los principios rectores de la política social y económica”, en



*Derecho Penal Constitucional*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director), JARIA MANZANO, Jordi (coordinador); Valencia, 2015.

RABADÁN, Tomas; “Las brigadas del patrimonio en el entorno jurídico de las comunidades autónomas”, en *La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales*, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 2006.

RAMOS RUBIO, Carlos; “El nuevo delito de administración desleal”, en *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director), Aranzadi, 2015.

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 Blanch, Valencia, 2011.

RENART GARCÍA, Felipe; *El delito de daños al patrimonio cultural español. Análisis del artículo 323 del Código Penal de 1995*. Estudios de derecho penal nº 36. Editorial Comares, Granada, 2002.

RENART GARCÍA, Felipe; “Aspectos sustantivos del delito de contrabando de bienes culturales” publicado en el número 5.427 del Diario *La Ley*, Madrid, 2001.

RENART GARCÍA, Felipe; “La protección indirecta del patrimonio cultural español a través de los delitos contra la religión: una interpretación histórica de su fundamento”, publicado en *Actualidad Penal*, número 40, Madrid, 2002, páginas 1.037 a 1.066.

RENART GARCÍA, Felipe en “A conducta típica nos daños dolosos ao Patrimonio Histórico Español” trabajo publicado en el libro *O Patrimonio Cultural. Valía e Protección*, Consellería de Cultura e Deporte, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2007.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Samuel, “Defraudaciones” en *Estudios sobre el Código Penal reformado*”, dirección, MORRILLAS CUEVA, Lorenzo; Editorial Dykinson, Madrid, 2015.

RODRÍGUEZ LEÓN, Luis Carlos (coordinador); “El Fiscal en los delitos contra el Patrimonio Histórico” en *Protección jurídica del Patrimonio Cultural*, Junta de Andalucía, Consejería de Justicia y Administración Pública, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, páginas 211 a 244.

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.

RODRÍGUEZ MORO, Luis; *Los delitos sobre el Patrimonio Histórico. En Ordenación del territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y legislación especial*. Dir. FARALDO CABANA, Patricia (Directora) PUENTE ABA, Luz María (Coordinadora), Editorial Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2011.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis; “¿Hacia un derecho penal privado y secundario?” (*Las nuevas cuestiones prejudiciales suspensivas*) en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 251, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio; *Indiana Jones sin futuro. La lucha contra el expolio del patrimonio arqueológico*, JAS ARQUEOLOGÍA Editorial, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio y MATAS ADAMUZ, Francisco Javier; “Arqueólogos contra piteros: Superar una incomprensión”, trabajo publicado en *Arqueología Pública Española*, JAS Arqueología, Madrid, 2013.

RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio; YAÑEZ VEGA, Ana y ORTIZ SÁNCHEZ, Mónica; “Arqueología y el uso de detectores en España: El caso de Andalucía”. *La linde*, revista digital de arqueología profesional, 2015, páginas 53 a 73.

RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio; “Propuesta de valoración de daños en yacimientos arqueológicos” en *Patrimonio Cultural y Derecho*, número 16, Madrid, 2012

ROMA VALDÉS, Antonio; “Las excavaciones ilegales y la protección penal del Patrimonio Histórico”, *Revista de Derecho Ambiental*, número 17, Madrid, 1996.

ROMA VALDÉS, Antonio; “La protección penal del Patrimonio Arqueológico”, en *Estudios del Ministerio Fiscal, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, Madrid, 1998.

ROMA VALDÉS, Antonio; *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Editorial Comares, Granada, 2008.

ROMA VALDÉS, Antonio; “El expolio del patrimonio arqueológico español”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, número 6, Madrid, 2002, páginas 127 a 148.

ROMA VALDÉS, Antonio; “Por una reforma de la protección penal del patrimonio cultural”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, número 9, Madrid, 2005, páginas 251 a 260.

ROMA VALDÉS, Antonio; “La Fiscalía y la protección del patrimonio cultural”, Revista PH: Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, número 82, Sevilla, 2012, páginas 75 y 76.

ROMA VALDÉS, Antonio; “La recuperación de bienes de valor cultural por la jurisdicción penal”, Revista Patrimonio Cultural y Derecho, número 12, Madrid, 2008, páginas 11 a 24.

ROMA VALDÉS, Antonio; “La valoración de los daños arqueológicos y la justicia cautelar en el proceso penal” publicado por Revista PH del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, número 82, Sevilla, 2012.

ROMA VALDÉS, Antonio; *Comercio y circulación de bienes culturales. Guía jurídica para profesionales y coleccionistas de arte y antigüedades*, publicado por Difusión Jurídica, Madrid, 2011.

ROMA VALDÉS, Antonio; (director y autor comentario del 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.

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.

ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I; 2ª edición traducida por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y DE VICENTE REMESAL, Javier; Editorial Civitas, Madrid, 2006.

RUIZ MANTECA, Rafael; *El régimen jurídico del Patrimonio Cultural Subacuático. Aspectos de derecho interno y de derecho internacional público y privado*. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, Madrid, 2012.

RUIZ MANTECA, Rafael; “El llamado caso Odyssey: análisis y valoración”, en la revista Patrimonio Cultural y Derecho, número 16, Madrid, 2012

SAINZ CANTERO CAPARRÓS, José; “La reforma de los delitos contra la administración pública” en *Estudios sobre el Código Penal reformado*”, MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dirección); Editorial Dykinson, Madrid, 2015.

SALINERO ALONSO, Carmen; *La protección del Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995*. Cedecs Editorial, Derecho Penal, Barcelona 1997.

SALINERO ALONSO, Carmen; *Delitos contra la Ordenación del Territorio* publicado por la Revista La Ley, número 4354, Madrid, Agosto de 1997, páginas 1.332 a 1.341.

SÁNCHEZ LÓPEZ, Elena, MARÍN DIAZ, Purificación y GÓMEZ ROMAN, Ana María; *En torno a la Granada falsificada*, con prólogo de MARGARITA ORFILA PONS, Diputación de Granada, Granada, 2012.

SÁNCHEZ ROBERT, María José; “La demolición de obra en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”. En *Sistema de Derecho Penal Español, Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coordinador); Editorial Dikynson, Madrid, 2011.

SOUTO GARCÍA, Eva María; califica esta disposición como una *clausula específica de contenido reparatorio*; en *Ordenación del territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y la legislación especial*; FARALDO CABANA, Patricia (directora) y PUENTE ABA, Luz María (coordinadora), Editorial Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia 2011.

STEINER, George. *Una idea de Europa*, traducción del francés de María Cándor, Biblioteca de Ensayo, Editorial Siruela, Madrid, 2004.

STEINER, George. *El silencio de los libros*, traducción del francés de María Cándor, Biblioteca de Ensayo, Editorial Siruela, Madrid, 2011.

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.

TORRES BALBÁS, Leopoldo; “Granada: La ciudad que desaparece”, Revista Arquitectura V, Septiembre, Madrid, 1923.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inma; “Malversación”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (director), GÓRRIZ ROYO, Elena y MATA LLÍN EVAGENCIO, Ángela (coordinadoras), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

VERCHER NOGUERA, Antonio; “Delitos contra el patrimonio Histórico”, *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y particulares*, Expansión, Madrid, 1996.

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, Sevilla, 2005.

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 Blanch, Valencia 2015.

VIVES ANTÓN, Tomas S.; “Reforma política y derecho penal”. En *La libertad como pretexto*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1995.

ZAMBRANO, María; *Notas a un método*, Editorial Mondadori, Madrid, 1989. En este caso referido a la razón poética.