



Universidad de Granada

Facultad de Derecho- Departamento de Derecho penal

EL DELITO DE DAÑOS AL PATRIMONIO HISTÓRICO

Encarnación Martínez Rodríguez

DIRECTORA: Prof. Dra. Dña. M^a Ángeles Cuadrado Ruiz

Granada, 2015

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autora: Encarnación Martínez Rodríguez
ISBN: 978-84-9125-785-1
URI: <http://hdl.handle.net/10481/43532>



Universidad de Granada

Facultad de Derecho- Departamento de Derecho penal

EL DELITO DE DAÑOS AL PATRIMONIO HISTÓRICO

Encarnación Martínez Rodríguez

Granada, 2015

EL DELITO DE DAÑOS AL PATRIMONIO HISTÓRICO

**Tesis doctoral presentada por Encarnación Martínez Rodríguez
bajo la dirección de la Profesora Titular de Derecho penal, Prof. Dra. Dña.
M^a Ángeles Cuadrado Ruiz, para la obtención del Título de Doctor en
Ciencias Jurídicas por la Universidad de Granada.**

GRANADA, 2015

*A mi madre, a la memoria de mi padre, y a todos
aquellos que de algún modo han contribuido para que
esta tesis sea una realidad.*

Nunca nada puede considerarse concluido.

Del Tagebuch.

ÍNDICE

PRIMERA PARTE

CAPITULO I

PATRIMONIO HISTÓRICO Y CONSTITUCIÓN

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES	11
II. DERECHO COMPARADO: CONSTITUCIONES EUROPEAS.....	16
III. PATRIMONIO HISTÓRICO Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978	17
1. Patrimonio histórico, cultural y artístico.....	19
2. El patrimonio cultural del art. 46 de la Constitución	22
3. La Constitución cultural.....	25
4. La sanción penal como respuesta a los atentados al Patrimonio cultural.....	30

CAPITULO II

PATRIMONIO HISTÓRICO Y DERECHO ADMINISTRATIVO

I. EL PATRIMONIO HISTÓRICO EN LA LEY 16/1985, DE 25 DE JUNIO.....	35
1. Ideas previas, finalidad de la Ley, e intereses que ésta tutela.....	35
2. Los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español.....	40
2.1 Bienes inmuebles.....	40

2.2 Bienes muebles.....	42
3. Distintos niveles de protección establecidos por la LPHE de 1985.....	43
4. El régimen sancionador en los atentados contra el Patrimonio Histórico.....	45
4.1 Ideas previas.....	45
4.2 Infracciones y sanciones.....	46
4.3 Principio “non bis in idem”.....	48
II. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA...51	

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES PREVIAS

CAPÍTULO II

REGULACIÓN DEL DELITO DE DAÑOS AL PATRIMONIO HISTÓRICO DESDE 1995 A LA REFORMA DE 2015

CAPÍTULO III

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN

I. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN.....	64
II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	66

CAPITULO IV

EL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 323 DEL CÓDIGO PENAL

I. IDEAS PREVIAS.....	75
II. EL ARTICULO 323 DEL CÓDIGO PENAL TRAS LA L.O. 1/2015.....	76
1. Introducción.....	76
2. Tipo objetivo.....	82
2.1. Bien jurídico protegido. Sujetos activo y pasivo.....	82
2.2. Conducta típica.....	85
2.2.1. Precisiones terminológicas.....	85
2.2.2. Contenido material de la acción típica.....	88
2.2.3. Los daños del art. 323 del CP y la comisión por omisión.....	91
2.3. Objeto material.....	98
2.3.1. Configuración del objeto material.....	98
2.3.2. Posiciones doctrinales.....	106
2.3.3. Criterio jurisprudencial.....	114
2.3.4. Objeto material del art. 323 CP antes de la Reforma de 2015.....	119
2.3.5. Archivo.....	122
2.3.5.1. Archivos administrativos y archivos históricos.....	124
2.3.5.2. Archivos privados.....	128
2.3.6. Registro.....	129
2.3.7. Museo.....	131
2.3.8. Biblioteca.....	134
2.3.9. Centro docente.....	135
2.3.10. Gabinete científico.....	136
2.3.11. Institución análoga.....	138
2.3.12. Bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental....	139
2.3.13. Yacimientos arqueológicos.....	142

3. Tipo subjetivo: dolo y tratamiento del error.....	147
4. Antijuridicidad	151
5.Culpabilidad.....	152
6. Consumación.....	154
7. Autoría y participación.....	155
8. Problemas concursales.....	158
9. El delito de expolio. Nuevos problemas concursales en relación con el expolio.....	165
10. Subtipo agravado del artículo 323.2 del CP.....	173
11. Penalidad.....	175
11.1. Configuración de la penalidad.....	175
11.2. Referencia a la penalidad antes de la Reforma de 2015.....	177
11.3. Valor de los daños producidos. Despenalización de agresiones de escaso valor...179	
11.3.1. Aspectos de carácter procesal.....	186
12. La reparación del daño causado. Y otras disposiciones comunes.....	188
13. Consecuencias de la creación de los delitos leves.....	190
13.1. Los antecedentes penales.....	191
13.2. Suspensión de la pena.....	192
13.3. Prescripción.....	193
13.4. Otras consecuencias de la transformación de las faltas en delitos leves....194	
13.4.1. Posible detención.....	194
14. Responsabilidad civil derivada de los daños al Patrimonio Histórico.....	195
15. Especial referencia a los grafitos.....	196
16. Principales modificaciones.....	199
17. Valoración de la reforma.....	202

CAPITULO V
EL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 324 DEL CÓDIGO PENAL

I. INTRODUCCIÓN.....	204
II. TIPO OBJETIVO.....	205
1. Sujetos activo y pasivo.....	205
2. Conducta típica.....	206
3. Objeto material.....	208
III. TIPO SUBJETIVO.....	211
1. La imprudencia grave.....	211
2. Tratamiento del error.....	216
IV. CONSUMACIÓN.....	217
V. PROBLEMAS CONCURSALES.....	218
VI. PENALIDAD.....	219
1. Determinación e individualización de la pena.....	219
VII. REQUISITOS DE PERSEGUIBILIDAD.....	220

CAPITULO VI
LOS ATENTADOS AL PATRIMONIO CULTURAL DEL ARTÍCULO 613
DEL CÓDIGO PENAL.

CONCLUSIONES.....	223
BIBLIOGRAFÍA.....	240

PRIMERA PARTE

CAPITULO I

PATRIMONIO HISTÓRICO Y CONSTITUCIÓN

I.- INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES.

España es un país con un enorme Patrimonio histórico y cultural, el cual ha sido objeto, desgraciadamente, de todo tipo de atentados. Los poderes públicos se han preocupado desde tiempos remotos por la protección del Patrimonio histórico, artístico y cultural de la nación, pero en pocas ocasiones se llevaban a la práctica medidas de defensa de aquél y los ejemplos históricos de destrucción, de expoliación, tráfico ilícito o especulación han sucedido tan asiduamente que se convirtieron en la regla general. Lamentablemente ello se ha visto favorecido a veces por la desidia y el desinterés de la propia Administración y el propio sentir de las gentes que perciben como lejana la protección de lo que no les pertenece privativamente.

Nuestro país, rico en la creación artística y con un tradicional y extraordinario Patrimonio histórico, ha sido un campo abonado para todo tipo de agresiones y los poderes públicos han tenido cierta responsabilidad en ello. Como ejemplo, baste citar el caso del hispanista Arthur Byrme que en los años

veinte, sacó de España piedra a piedra, dos monasterios por encargo del multimillonario Hearts¹.

En la actualidad, la necesidad de defender y proteger el patrimonio cultural se ha extendido, y va calando en la conciencia de un número cada vez mayor de personas.

Y a ello ha contribuido, sin duda, la protección normativa. No obstante, la constitucionalización de los deberes del Estado en la protección y enriquecimiento de dicho Patrimonio es un fenómeno claramente contemporáneo.

El tardío reconocimiento constitucional del elemento cultural y su falta de previsión en numerosos textos fundamentales de nuestra órbita geográfica obedece a razones históricas, de contenido eminentemente económico, que conviene examinar para comprender la evolución y significado de la consagración normativa de este valor o elemento en su plenitud².

¹ ARTHUR BYNE, nacido en Filadelfia (EE.UU.), era licenciado en arte, y vivió en España durante dos décadas, de 1915 a 1935; durante ese tiempo desmembró, o mejor, destrozó, decenas de iglesias, palacios, conventos y monasterios y se los llevó “enteros” a EEUU piedra a piedra, los que compró ilegalmente, para venderlos a magnates. Byne, por encargo del multimillonario William Randolph HEARST, puso en manos del magnate más de 80 artesonados hispano-musulmanes para que este decorase sus mansiones de Florida y California. Byne, por encargo de Hearst, compró el Convento de San Francisco de Cuellar (Segovia), que estaba en manos privadas (lo que se produjo sin oposición de las instancias públicas) y se lo llevó a EEUU piedra a piedra; algunas de sus partes se utilizaron en la reconstrucción del Monasterio de Sacramenia en Miami. También compró, el Castillo de Benavente (Zamora), la Catedral de Seo de Urgel (Lérida), etc.. Así Byne, robó, engañó, sobornó, y consumó el mayor saqueo conocido del patrimonio arquitectónico español.

² RENART GARCIA, F.: *El delito de daños al patrimonio cultural español. Análisis del art. 323 del Código Penal de 1995*. Granada, 2.002, pág. 111.

Así, desde los inicios de la humanidad, las contiendas bélicas han demostrado que la dominación del vencedor se extiende no sólo sobre el contingente humano sino, principalmente, sobre los bienes más relevantes de su Patrimonio cultural, logrando, de este modo, una doble pretensión: adquirir objetos de valor como <justa recompensa> a su mayor destreza en el campo de batalla y, a su vez, despojar al vencido de sus principales señas de identidad y borrar todo trazo de su civilización³. Desde la Antigüedad, constituía “una ley universal y permanente el que, en una ciudad tomada por los enemigos en estado de guerra, todo, incluidas las personas y los bienes, perteneciera a los vencedores”⁴.

Actualmente, tenemos un claro ejemplo de lo anterior en la antigua ciudad de Palmira (Siria), que en los siglos I y II d. C. fue uno de los centros culturales más importantes del mundo antiguo, declarada Patrimonio de la Humanidad por la Unesco, una joya del patrimonio histórico, y que ha sido objeto de destrucción por parte del Estado Islámico (recordemos lo ocurrido con el Templo de Bel de Palmira), perpetrando así la mayor destrucción de patrimonio cultural desde la II Guerra Mundial. Estos hechos han sido calificados por la Unesco como “crimen contra la civilización”; también se habla de “crimen de guerra”.

³ Así, TOMAN, J.: *La protection des biens culturels en cas de conflit armé*, Paris, 1994, págs. 18 y ss. En la misma línea, GRISOLIA, M.: *La tutela delle cose d'arte*, Roma, 1952, pág. 130, donde viene a poner de manifiesto cómo el derecho del vencedor sobre las obras de arte del vencido era reconocido en la época del Renacimiento, citando en este sentido las grandes confiscaciones de bienes culturales llevadas a cabo por Carlos VIII y Luis XII durante sus guerras en Italia.

⁴ Así lo manifestaba Xenofón en *Cyropédie* (VII, 5, 73) en cita tomada de DUCREY, P.: *Guerre et guerriers dans la Grèce Antique*, Paris, 1985, pág. 243.

A finales de siglo XVIII los países industrializados que ejercen su dominio sobre territorios colonizados explotan impunemente sus yacimientos arqueológicos.

Paralelamente, el respeto por la propiedad privada de corte liberal-individualista que los países del mediterráneo profesan, y entre los cuales se encuentra España, facilita que los gobiernos y particulares de los países de nuestro entorno, con su opulenta economía, adquieran obras de arte y bienes de relevante valor histórico-artístico⁵.

La creciente industrialización en Inglaterra, Francia y Alemania, propicia la exaltación de lo nacional y la protección a ultranza de su acervo cultural mediante diversas medidas de carácter administrativo y de naturaleza preventiva. Pero, “el problema serio de defensa de sus patrimonios afectaba a los países mediterráneos, que no consiguieron ponerse a su altura económica y en los que las divisas extranjeras eran un bien precioso”⁶.

Esta situación es la que explica que en España a principios del siglo XX proliferaran disposiciones administrativas sobre conservación y defensa del

⁵ En esta línea, PÉREZ LUÑO, A. E.: “Artículo 46”, en ALZAGA, O. (Dir.): *Comentarios a las leyes políticas*, Tomo IV, Madrid, 1984, pág. 286, que afirma que “en las democracias occidentales la necesidad de proteger el patrimonio histórico-artístico ha venido impuesta por la lógica económica de la explotación capitalista. Las leyes del mercado no han perdonado de sus afares especulativos ni a los monumentos, ni a los distintos objetos de interés artístico, que se han visto sometidos, como mercancías a las reglas del tráfico económico”, mientras que “en los países socialistas la protección del patrimonio histórico cultural ha obedecido a distintas motivaciones. Se ha tratado, sobre todo, de reconocer unas parcelas para la libertad de la expresión y del goce estético, aspiraciones progresivamente sentidas en el marco de unas sociedades dominadas por el aparato burocrático”.

⁶ GUTIERREZ NIETO, R.: *Ley de protección del Patrimonio Histórico Artístico*, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Madrid, 1980, pág. 21.

Patrimonio Histórico, así como la constitucionalización de la tutela de nuestro acervo cultural en el art. 45 de la Constitución republicana de 1931. Fue la necesidad de los países mediterráneos de menor potencial económico (España, Italia, Grecia y Portugal) de protegerse de la constante salida de sus obras y bienes culturales lo que les lleva a elevar a rango constitucional la tutela del Patrimonio Histórico.

El art. 45 de la Constitución de 1931⁷ se anticipó en muchos años a otras Constituciones europeas, es una norma de extraordinaria importancia para su época, innovadora y progresista, que habla de “el tesoro cultural de la Nación”, y que viene a emplear el término cultural, en detrimento de los términos histórico o artístico, además, no podemos olvidar su facultad precursora de la integración del elemento cultural entre los derechos sociales⁸. Al citado art. 45, le asiste el mérito de ser el primer texto que recoge como derechos constitucionales los relativos a la Cultura, el que configura la Cultura

⁷ El artículo 45 de la Constitución de 1931 proclama que: “toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye el tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado, que podrá prohibir su exportación y enajenación y decretar las expropiaciones legales que estimare oportunas para su defensa. El Estado organizará un registro de la riqueza artística e histórica, asegurará su celosa custodia y atenderá a su perfecta conservación. El Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico”.

⁸ RENART GARCIA, F.: *El delito de daños ...*, ob. cit., pág. 114. En la misma línea, BARRERO RODRÍGUEZ, M.C.: *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Madrid, 1990, pág. 67, dice que, tanto el D.L. de 1926 como la Constitución de 1931 “marcan, en suma, un momento fundamental en nuestra historia normativa, caracterizado por la considerable extensión que con ellas adquiere la realidad tutelada por el Derecho, extensión vinculada a la afirmación del valor cultural como elemento aglutinador de todo ese conjunto de bienes, variables y heterogéneos, que el ordenamiento jurídico considera digno de amparo”. En la misma línea también, PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, A.: “Una década de aplicación de la Ley del Patrimonio Histórico Español”, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 1, Madrid, 1997, pág. 37.

como concepto autónomo, trazando así el camino legislativo de la protección del Patrimonio Histórico hasta la vigente Constitución de 1978.

II.- DERECHO COMPARADO: CONSTITUCIONES EUROPEAS.

Como ya hemos afirmado anteriormente, la constitucionalización de los deberes del Estado en la protección y enriquecimiento del Patrimonio histórico, artístico y cultural es un fenómeno claramente contemporáneo. Así, el mandato constitucional dirigido a la salvaguardia del Patrimonio cultural contenido la Constitución Italiana de 1947, en la Constitución Griega de 1975 y en la Constitución Portuguesa de 1976, cuya influencia se ha hecho notar en la redacción que del artículo 46 realiza el constituyente español de 1978.

Italia constituye el primer país que, en la Constitución de 1947, establece un mandato expreso de los poderes públicos dirigido a la salvaguardia de su patrimonio histórico y artístico, y es el primer país que introduce la protección de ese patrimonio entre sus principios fundamentales. Así en su art. 9 proclama que: “la República promoverá el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica” y “tutelaré el paisaje y el patrimonio histórico y artístico”.

La Constitución griega de 1975, en su art. 24 establece que: “constituye obligación del Estado la protección del medio ambiente cultural y natural. El Estado estará obligado a adoptar medidas especiales, preventivas o represivas, con vistas a la conservación de aquél”, así como que “quedan bajo la protección del Estado los monumentos, así como los lugares históricos y sus elementos”, correspondiéndole a la ley fijar “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”. De este modo se vuelve a incorporar en el constitucionalismo mediterráneo el término cultural.

En la Constitución portuguesa de 1976 se aprecia el progresivo interés que el elemento cultural va generando en las respectivas Constituciones, alude continuamente al elemento cultural, lo que pone de manifiesto la intensidad con la que el constituyente portugués se dedica a la construcción de un Derecho constitucional cultural o de protección de los bienes culturales⁹; así, en el art. 9, situado entre los “principios fundamentales”, establece como tarea esencial del Estado la de “conservar y acrecentar los bienes culturales del pueblo portugués”, y en el art. 78, bajo la rúbrica de “El Patrimonio Cultural” establece la obligación del Estado de “preservar, defender y aprovechar el patrimonio cultural del pueblo portugués”.

III.- PATRIMONIO HISTÓRICO Y CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978.

La Constitución Española de 1.978 aborda la problemática de la protección de nuestro Patrimonio Histórico y lo hace en su artículo 46.

El art. 46 de la Constitución de 1978 establece:

⁹ En esta línea, HÁBERLE, P.: “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, en Revista española de Derecho Constitucional, traducción de Carlos Ruiz Miguel, núm. 54, Madrid, 1998, pág. 17. El paralelismo entre las legislaciones española y portuguesa queda en evidencia si comparamos la similitud de lo prevenido en el art. 45 de nuestra Constitución de 1931 con lo dispuesto, más sintéticamente, en el art. 52 de la Constitución portuguesa de 1933: “Están sujetos a la protección del Estado los monumentos artísticos, históricos y naturales y los objetos de arte oficialmente reconocidos como tales, y queda prohibida la enajenación a favor de extranjeros”.

“Los poderes públicos garantizaran 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”.

En la redacción definitiva del citado precepto si la comparamos con el contenido del art. 39 del Anteproyecto de Constitución¹⁰, se pone de manifiesto que se han producido pocas modificaciones para llegar a la redacción definitiva del art. 46, lo demuestra la casi unanimidad a la que llegaron las fuerzas políticas en la constitucionalización del elemento cultural¹¹.

Hoy día no cabe duda alguna acerca de la necesidad legal y en concreto de proteger penalmente el patrimonio histórico, cultural y artístico de cualquier pueblo. Basta con tener presente el mandato constitucional del art. 46 CE (el inciso final de este precepto constituye una obligación para el legislador, debiendo establecer como mínimo sanciones para las conductas atentatorias

¹⁰ Art. 39 del Anteproyecto de Constitución: “Los poderes públicos salvaguardan la conservación y promueven el enriquecimiento del legado histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran sitios en su territorio, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”.

¹¹ Sobre el desarrollo parlamentario ver, BENSUSAN MARTIN, M^a. del P.: *La protección urbanística de los bienes inmuebles históricos*, Granada, 1996, págs. 108 y ss.. ALEGRE AVILA, J.M.: *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*. Madrid, 1994, págs.. 267 y ss.. GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P. y PENDÁS GARCÍA, B.: *El nuevo régimen jurídico del patrimonio histórico español*, Madrid, 1986, págs. 43 y ss.. SALINERO ALONSO, C.: *La protección del Patrimonio Histórico en el Código penal de 1995*, Barcelona, 1997, págs. 45 y ss.. PÉREZ LUÑO, A. E.: “Artículo 46 ...”, ob. cit., págs. 294 y ss.. GONZÁLEZ-ÚBEDA RICO, G.: *Aspectos jurídicos de la protección del patrimonio histórico-artístico cultural*, Madrid, 1981, págs. 68 y ss. En este sentido ver *Diario de Sesiones del Congreso*, núm. 73, de 23 de junio de 1978, y núm. 108, de 12 de julio de 1978; y ver el *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 46, de 30 de agosto de 1978, y núm. 61, de 28 de septiembre de 1978.

contra el patrimonio histórico español) o con tener presente los frecuentes atentados que el mismo padece, y que han sido denunciados por la doctrina penal¹².

La Carta Magna protege nuestro Patrimonio Histórico a través de dos aspectos, promoción y sanción. Promoción de la cultura a través de políticas de fomento como las subvenciones, bonificaciones fiscales; y sanción a través del derecho administrativo sancionador y del derecho penal. Dicha protección se lleva a cabo independientemente de la titularidad del bien objeto de protección.

1. Patrimonio histórico, cultural y artístico.

Como vemos, la Constitución contiene un mandato expreso, dirigido a los poderes públicos, de conservación y promoción, que recae sobre el “patrimonio histórico, cultural y artístico”. Es por ello, que se ha de llevar a cabo una determinación del significado o delimitación de cada uno de esos términos.

La introducción del término “patrimonio” por el constituyente de 1978 se considera acertada¹³, es un término de difícil delimitación, pero la significación

¹² Vid. por todos, PÉREZ ALONSO, E.J. en OROZCO PARDO, G. y PÉREZ ALONSO, E.J.: *La tutela civil y penal del Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico*, Madrid, 1996, pág. 119 y ss.. MUÑOZ CONDE, F.: “El tráfico ilegal de obras de arte”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XVI, Santiago de Compostela, 1993, pág. 401, donde dice que “España es uno de los países donde más daño de este tipo se producen. Desde destruir un puente romano hasta escribir pintadas en las paredes de una iglesia románica o mozárabe, aquí se ha hecho de todo, por no decir nada de los desastres urbanísticos, de las construcciones de torres de pisos al lado de catedrales o del Acueducto de Segovia. (...). Muchas de estas obras de arte terminan en casas particulares de ricos industriales y comerciantes holandeses, norteamericanos o alemanes”.

del mismo en el ámbito del Derecho administrativo y del Derecho civil es imprescindible para poder entender su significación en el art. 46 de la Constitución.

El término Patrimonio designa, en nuestro ámbito concreto, a un conjunto de bienes cuya unidad deriva de sus propias cualidades, al ser portadores de un valor cultural, circunstancia que hace a estos bienes de interés general determinando el nacimiento de un derecho de toda la colectividad sobre ellos, derecho que se traduce, desde el punto de vista del ordenamiento positivo, en la necesidad de un régimen o regulación normativa que preserve su integridad haciendo realmente eficaz el mismo, con independencia de quienes sean, en cada caso, sus concretos titulares¹⁴.

“El concepto de patrimonio es, a priori, difícil de acotar, cuesta delimitarlo, aunque a partir de un concepto base puede ser algo definible. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua española se refiere a él, como:

1. Hacienda que alguien ha heredado de sus ascendientes.
2. Conjunto de los bienes propios adquiridos por cualquier título.

¹³ PRIETO DE PEDRO, J.: “Consideraciones sobre la enseñanza de la Constitución” en *Lecturas sobre la Constitución española*, tomo II, Madrid, 1978, pág. 1553, considera que el éxito de la voz “patrimonio” radica sobre todo en que: a) da cobertura conceptual unitaria como *genus* a un conjunto amplio y materialmente heterogéneo de *species*, de manifestaciones concretas de la cultura material, a las que aglutina como un conjunto solidario a los efectos de su tutela jurídica; b) destaca, en una de sus acepciones posibles, la más ceñida a su origen etimológico (*pater*), el hecho de ser una herencia que se recibe de las generaciones precedentes; y c) aporta una connotación apreciativa (no económica) destinada a llamar la atención sobre el hecho de que esa unidad conceptual encierra intereses jurídicamente relevantes.

¹⁴ BARRERO RODRÍGUEZ, M^a.C.: *La ordenación ...*, ob. cit., pág. 158.

3. Conjunto de los bienes propios, antes espiritualizados y hoy capitalizados y adscritos a un ordenando, como título para su ordenación.

4. Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica.

Etimológicamente patrimonio procede de la palabra *patrimonium*, lo que recibimos del padre o de la madre, algo que nos ha llegado, una herencia que recibimos de un antepasado, un legado (legacy). Es decir, algo que perdura, transmisible y que llegará a otras generaciones. En el patrimonio la relación pasado-presente es algo consustancial. El pasado se hace presente y el presente rememora lo pasado constantemente. Ciertamente, la necesidad de pasado es algo reconocible desde tiempos remotos. El ser humano, hombre o mujer, por serlo, es un ser emprendedor, esto es, arriesgado, creativo, imaginativo y arraigado y, por ello, busca sus raíces para ofrecerlas a las generaciones futuras.

En este paso del pasado al presente, el medio físico y el tiempo son dos variables fundamentales:

a) Por una parte, la idea de patrimonio que engloba una serie de objetos choca con la perdurabilidad de los materiales y, en consecuencia, surge el problema de la conservación: las modificaciones o transformaciones que sufren los materiales para su perduración hasta el presente, lo que de alguna manera también implica renovación. Al mismo tiempo, se incorpora al presente algo del pasado para conseguir su transmisibilidad.

b) De otra parte, el paso del tiempo modifica también el valor de las cosas. El hombre, asimismo, atribuye una serie de valores a las cosas: unas sirven o tienen un valor durante un período de tiempo determinado, para convertirse

posteriormente en desechos, y otras, sin embargo, aparecen para ganarle una batalla al tiempo, surgiendo así la pasión por conservar”¹⁵.

Desde una esfera jurídico penal, se puede **definir el <patrimonio histórico>** como “aquel que se integra por cualesquiera bienes materiales que ostentan un valor cultural, histórico o antropológico innegable”.¹⁶ El concepto de patrimonio histórico debe circunscribirse a la cultura material, o dicho de otro modo, la integrada por aquellos bienes que teniendo valor cultural propio tienen como soporte físico una cosa.

Así la denominación de Patrimonio Histórico Español se refiere a todos aquellos bienes de valor histórico, artístico, científico o técnico que conforman la aportación de España a la cultura.

2. El patrimonio cultural del art. 46 de la Constitución.

La cultura, en cuanto elemento determinante de la protección otorgada por el Derecho, halla significación en la idea de civilización; un bien posee valor cultural y, en consecuencia, debe ser tutelado por el orden jurídico cuando dadas sus características, sus cualidades, es relevante para el conocimiento de las formas de vida de los hombres en cualquiera de sus manifestaciones¹⁷.

¹⁵ CUADRADO RUIZ, M^a.A.: “Patrimonio y Delito”, en CIPEG, 2008, pág. 1-2.

¹⁶ GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “Un concepto jurídico propio para la arqueología”, *Cuadernos de Prehistoria y Arqueología*, Universidad de Granada núm. 21, Granada, 2011, pág. 208, que en relación con la definición de <patrimonio histórico> dice que es “lo suficientemente abierta como para contener la falta de necesidad de catalogación o inventario previo, la protección del llamado patrimonio oculto o no declarado, la discrecionalidad judicial basada en criterios científicos y la convicción acerca de la relevancia histórica de los bienes que, cuando menos de forma aproximada, debe poseer el agresor”.

¹⁷ BARRERO RODRIGUEZ, M^a.C.: *La ordenación jurídica ...*, ob. cit. pág. 168.

Creemos que un bien tiene la cualidad de cultural cuando él mismo es parte integrante de la Cultura (en el sentido apuntado por BARRERO RODRIGUEZ), que lo cultural es anterior a lo jurídico y tiene vida propia con independencia del Derecho; y pensamos que no están en la línea correcta quienes piensan que un bien sólo tiene la cualidad de cultural cuando así lo establece una norma jurídica de manera expresa o cuando es objeto de una declaración al respecto en el correspondiente procedimiento administrativo. No se puede esperar al reconocimiento como bien cultural por una norma jurídica de bienes, piénsese por ejemplo en la Sagrada Familia de Barcelona y en la Alhambra de Granada, para su protección, ya que su valor cultural en función de lo apuntado antes queda fuera de toda duda, y esperar a su declaración como tal es una auténtica barbaridad y podría dar lugar a la pérdida de bienes de innegable valor histórico-artístico. Una efectiva protección del patrimonio cultural exige que esta protección se produzca con independencia de la declaración formal del mismo realizada por los órganos administrativos o por la ley. En el caso de que se dejara al legislador y a la Administración la determinación de qué bienes han de considerarse de valor histórico o artístico se plantearía el grave problema de si han de dejarse fuera o no ha de reconocerse el valor histórico o artístico de determinado bien que no haya sido objeto de declaración formal ni por el legislador ni por la Administración. Desde luego, esto último no deja de crear situaciones sorprendentes¹⁸.

¹⁸ En este sentido, GARCÍA CALDERÓN, J.M.: "La protección penal del Patrimonio Histórico", en Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, núm. IV, Madrid, 1997, pág. 407: "He tenido la oportunidad de escuchar a responsables culturales mostrar una patente indignación ante la catalogación, probablemente merecida, como patrimonio etnográfico de una mesa tocinera,

Como ya hemos visto, el art. 46 de la CE encomienda a los poderes públicos la conservación, promoción y enriquecimiento de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español (PHE) “cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad”; y esta es la declaración en la que se apoyan nuestra doctrina y jurisprudencia para negar la necesidad de previa declaración administrativa. O sea, doctrina y jurisprudencia mantienen que el patrimonio histórico a que se refiere el art. 46 es el real (el que tiene un valor histórico intrínseco con independencia de una declaración formal de la administración en ese sentido, el que recae sobre bienes muebles e inmuebles que conforme a circunstancias objetivas resulte innegable su valor histórico, cultural o artístico, estén o no declarados de interés cultural o inventariados), y no sólo el formalmente declarado, así se manifiesta la Sentencia del T.S. de 12 de febrero de 2.003: “viene a resolver la cuestión de si tal protección penal exige una previa declaración administrativa que resuelva la integración de los bienes del patrimonio histórico, cultural o artístico. Y éste es el criterio que se ha impuesto en la doctrina científica¹⁹ en tanto que el precepto constitucional no exige la previa declaración administrativa y permite que se actúe la protección penal

mientras aseguraban conocer lienzos no inventariados de un extraordinario pintor aragonés de la Ilustración”.

¹⁹ Por todos, ALEGRE AVILA, J.M.: *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*. Madrid, 1994, pág. 375, cuando proclama que “como reflejo del escalonamiento de los niveles de protección de los bienes que forman parte de éste (refiriéndose al Patrimonio Histórico Español) ... hay que referirse ...a los demás bienes muebles que, formando parte del PHE, por concurrir en los mismos aquel <interés> o <valor> a que se refiere el art. 1, 2 LPHE, no son, sin embargo, objeto de declaración como Bienes de Interés Cultural o de inclusión en el Inventario General de Bienes Muebles. Su pertenencia al Patrimonio Histórico Español, en todo caso, configura a estos bienes como típicos exponentes de una <propiedad estatutaria>, que impone a sus titulares el deber de garantizar su <conservación, mantenimiento y custodia> (art. 36, 1 LPHE). MUÑOZ CONDE, F.: “El tráfico ilegal de obras de arte”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XVI, Santiago de Compostela, 1993, pág. 405.

cualquiera que sea el régimen jurídico de los bienes y su titularidad. Así lo entiende también la Jurisprudencia de esta Sala, no obstante la aparición de la Ley 16/1.985, de 25 de junio, sobre Regulación del Patrimonio Histórico, de carácter administrativo”.

3. La Constitución cultural.

El art. 46 de la CE no puede ser entendido como un precepto aislado, sino integrado en un sistema al que la doctrina ha llamado Constitución cultural²⁰. Este precepto, encuadrado en el Título I de la CE, relativo a los derechos fundamentales, y el mandato que el mismo contiene dirigido a los poderes públicos en orden a la conservación, promoción y enriquecimiento de los bienes a que se refiere se encuentran reforzados por otros preceptos constitucionales, dispersos en la Constitución y donde son numerosas las referencias a la cultura y al elemento cultural, lo que ha sido objeto de crítica.

En el Preámbulo de la Constitución se proclama la voluntad de la Nación de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones” y de

²⁰ Por todos, TORRES DEL MORAL, A.: “Artículo 44”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.): *Comentarios a las leyes políticas*, Tomo IV, Madrid, 1984, pág. 210. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. y PENDÁS GARCÍA, B.: *El nuevo régimen ...*, ob. cit. pág. 54: La Constitución Cultural está integrada por un conjunto de reglas generales tendentes a crear una situación ambiental que facilite al máximo el ejercicio de los derechos y libertades individuales, cuyo fundamento se encuentra en la opción por un modelo determinado de cultura y, en el extremo, por la inescindible relación entre cultura y libertad. La cultura es, en el Estado social de nuestro tiempo, base y fundamento de la preservación del individuo libre en la compleja sociedad dominada por la tecnología y las organizaciones de intereses, a la vez que la libertad es el supuesto irrenunciable de toda creación cultural digna de ese nombre.

“promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”. Esta proclamación evidencia, entre otras cosas, la importancia de la cultura en la Constitución. Y es que, como dice ÁLVAREZ ÁLVAREZ, difícilmente puede haber acceso a la cultura y libertad de creación cultural fuera del Estado de Derecho, y difícilmente puede existir convivencia democrática y sociedad avanzada sin una preferente atención a la cultura que haga que la sociedad entera llegue a ser una sociedad culta, que se proponga como objetivos primarios la convivencia y el avance o progreso²¹.

El art. 46 CE está relacionado con otros preceptos constitucionales por cuanto que también vienen a garantizar el libre desarrollo de la personalidad; así, con el art. 9.2 que establece que: “corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, y con el art. 10.1 al establecer que: “la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social”.

El principio de libre desarrollo de la personalidad es un principio basilar que soporta la tabla constitucional entera de los derechos fundamentales y las libertades públicas por cuanto afirma la idea de que <cada individuo> ha de poder desarrollar por sí mismo su diferente e irrepetible singularidad humana. El art. 10 de la CE y en relación a la idea de la dignidad de la persona proclama la necesidad de la cultura “porque, en suma, quien no conoce vive en la

²¹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L.: *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25-6-85*, Madrid, 1989, pág. 49.

ignorancia y la ignorancia es el mayor obstáculo para que el hombre pueda ser libre y feliz”²².

Particularmente importante en la materia es la proclamación contenida en el art. 44.1 de la CE, el cual forma parte también de la llamada Constitución Cultural, que establece:

“Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho”.

Esta norma contiene dos declaraciones: el derecho de todos los españoles de acceder a la cultura, y el deber de los poderes públicos de promover y tutelar ese acceso. Es decir, nos hallamos ante la concreción normativa del deber del legislador, y de los poderes públicos, de hacer efectivo ese derecho fundamental a la cultura y, en consecuencia, a la conservación y puesta en valor del Patrimonio Histórico²³.

²² Así, PRIETO DE PEDRO, J.: *Cultura, Culturas y Constitución*, Madrid, 1993, págs. 248 y ss. que añade que “Un ordenamiento que sanciona dicho principio no sólo afirma la preeminencia del individuo sobre el Estado sino que establece un énfasis antropocéntrico, una evidente finalidad humanista en su interpretación. SALINERO ALONSO, C.: *La protección ...*, ob. cit. pág. 31.

²³ En este sentido, ALONSO IBÁÑEZ, M^a.R.: *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural*, Madrid, 1992, págs. 164 y 165, que señala que “Hay que integrar en el mandato constitucional a los poderes públicos en orden a garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del Patrimonio Histórico la dimensión social del derecho reconocido en el artículo 44.1 de la Constitución, de tal forma que la colectividad se constituye en el único destinatario de esa política en materia de Patrimonio Histórico, política por tanto en la que siempre debe estar presente esa proyección social. Deber del legislador, y del resto de los poderes públicos, es hacer efectivo ese Derecho Fundamental a la Cultura, y, en consecuencia, a la conservación y puesta en valor del Patrimonio Histórico. Ahora bien, la acción del Estado no consiste en convertir ese principio constitucional en un derecho subjetivo de disfrute efectivo de los bienes que integran el Patrimonio, sino fijar un nivel concreto de prestaciones, exigibles jurisdiccionalmente, que expliciten la existencia del acceso como tal, es

El derecho de acceso a la cultura consiste en tener la posibilidad de poder disponer de los medios necesarios para el conocimiento de los valores culturales de una sociedad; el derecho a los medios que facilitan el acceso a la cultura. Correlativamente a ese derecho se encuentra la obligación de los poderes públicos de conservar y promover el enriquecimiento de los bienes culturales, es decir, de poner tales bienes a disposición de los ciudadanos para que éstos los disfruten; hacer accesibles a los ciudadanos los bienes integrantes del patrimonio cultural.

También en relación con ese derecho de acceso a la cultura, otro precepto constitucional importante es el art. 33 que reconoce “el derecho a la propiedad privada y a la herencia”, y establece que “la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes”. Este precepto se ha de complementar con el art. 128.1 de la CE donde viene a establecer que “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”. El contenido del derecho de propiedad sobre los bienes está definido por la utilidad individual y la función social. La función social forma parte del contenido del derecho de propiedad, lo que supone que la propiedad comporta en sí misma una función social, y que ésta es un “elemento esencial e intrínseco de ella²⁴”.

decir, universalmente considerado. No es exigible constitucionalmente la efectividad de un derecho subjetivo al uso o disfrute de los bienes que integran el Patrimonio Histórico. Lo que sí es exigible constitucionalmente es que se garantice la conservación y puesta en valor de los mismos”.

²⁴ BARRERO RODRÍGUEZ, M^a.C.: *La ordenación ...*, ob. cit., pág. 341. En este sentido la STC de 26 de marzo de 1987 dice que interés individual e interés social se alían en la esencia misma del derecho de propiedad formando un binomio inseparable, utilidad

La sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 1987 viene a decir, en este sentido, que “la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo”.

Como consecuencia de la función social que el derecho de propiedad privada debe cumplir, la legitimidad de la intervención pública en ese derecho de propiedad privada estaría implícita en el concepto constitucional de la misma. Sólo partiendo de esta premisa pueden ser interpretados los tipos penales que contraponen la situación del titular dominical del bien en el tipo básico y el interés general en las circunstancias agravatorias; la protección penal debe operar con independencia de la voluntad del propietario²⁵. Como señala MUÑOZ CONDE: “El propietario de la Mezquita, si fuera particular jamás podrá invocar su derecho de propiedad para derribarla y construir un hotel en su solar. Pero lo mismo se puede decir del propietario de un Velázquez que quiera venderlo y sacarlo de España”²⁶. O del propietario, Jaime Botín, del cuadro de Picasso “Cabeza de mujer joven” en caso de querer venderlo y sacarlo de España. En este caso del cuadro de Botín estamos ante un tráfico ilegal de obra de arte, su exportación estaba prohibida, y el Ministerio de Cultura no autorizó en ningún caso su salida de España. El consentimiento del propietario

individual y función social definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

²⁵ RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob.cit. pág.157.

²⁶ MUÑOZ CONDE, F.: “El tráfico ...”, ob. cit. pág. 402.

autorizando cualquier ataque lesivo es ineficaz lo que corrobora la indisponibilidad del bien jurídico tutelado y el carácter general de los bienes tutelados por la norma penal²⁷.

Como señala PÉREZ ALONSO, en virtud de lo establecido en el art. 33.2 de la CE, la *función social* de la propiedad se convierte en el factor decisivo de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico, en el sentido de que la misma modaliza en interés de la colectividad el uso y disfrute del derecho de propiedad de los bienes culturales, atendiendo a su naturaleza y características: la misma naturaleza de la cosa dicta su utilidad y destino. Estos bienes de valor cultural innegable, que trasciende a la esfera individual de su titular para adquirir carta de naturaleza como interés colectivo que afecta a la generalidad de los ciudadanos. En definitiva, lo que debe ser objeto de especial consideración es que con la propiedad de los bienes culturales se satisfacen prioritaria y fundamentalmente intereses supraindividuales o colectivos de sus beneficiarios, por el uso social que le dictan sus cualidades objetivas, y no intereses individuales de su titular²⁸.

4. La sanción penal como respuesta a los atentados al Patrimonio cultural.

²⁷ Los hechos han tenido lugar en el verano de 2015, cuando el famoso cuadro “Cabeza de mujer joven” de Picasso valorado en 26,2 millones de euros fue incautado por agentes de Aduanas de Francia en una embarcación en el puerto de Calvi en Córcega, al parecer cuando estaba lista para su venta en Suiza, pese a haber sido declarada inexportable por la Junta de Calificación y Valoración de Bienes del Patrimonio Histórico Español, ya que se considera de especial importancia por <no existir en España ninguna semejante y ser esencial en la evolución artística de Picasso>.

²⁸ PÉREZ ALONSO, E.J.: “Los delitos, ..., ob. cit. pág. 614.

La preocupación por la conservación de nuestro Patrimonio Histórico y la trascendencia socio-cultural del bien jurídico protegido (el patrimonio histórico, cultural y artístico), ha llevado al constituyente a establecer en el último inciso del art. 46 CE un claro mandato de criminalización de los atentados contra el mismo²⁹. De este modo, nuestra Constitución, a través del art. 46, es la única que establece que los atentados al Patrimonio Histórico se sancionarán penalmente, la única que se refiere de modo expreso a la ley penal.

Este mandato ha sido objeto de crítica por una parte de la doctrina penal; así VAELLO ESQUERDO considera innecesario establecer que se sancionen penalmente los atentados contra dicho patrimonio³⁰. Pero, por otro lado, también hay autores que valoran de manera positiva la previsión constitucional si con ello se consigue favorecer la protección penal del Patrimonio Histórico; así hay un sector doctrinal que considera que “toda

²⁹ En relación con el mandato constitucional de criminalización, SANTANA VEGA, D.M^a.: “Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (Coordinadores): *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano, 2001, págs. 865 y ss.. MILÁNS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S.: “Delitos sobre el Patrimonio Histórico”, en LESMES SERRANO, C; ROMÁN GARCÍA, F. y ORTEGA MARTÍN, E.: *Derecho penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente)*, Granada, 1997, págs.. 143 y ss.

³⁰ VAELLO ESQUERDO, E.: “La defensa del patrimonio histórico-artístico y el Derecho Penal”, en *Derecho y Proceso, Estudios jurídicos en honor del Prof. A. Martínez Bernal*, Murcia, 1980, pág. 697: “Es indudable que la Constitución consagra una serie de derechos y libertades cuya transgresión o violación son materia constitutiva de delito ... sin necesidad de que así se establezca en apartado alguno de la propia Constitución, porque, en definitiva, los tipos penales no requieren apoyaturas de tales características”.

defensa será poca, y, por ello, bien está que la Constitución mencione dicha materia”³¹.

En relación con el mandato de criminalización contenido en el art. 46 RENART GARCIA señala que la pretendida incompatibilidad con los dictados del principio de intervención mínima ³² es susceptible de ciertas

³¹ En este sentido, TAMAMES, R.: Introducción a la Constitución española, Madrid, 1980, pág. 81. En la misma línea, OROZCO PARDO, G. y PÉREZ ALONSO, E.J.: *La tutela ...*, ob. cit. pág. 133. SALINERO ALONSO, C.: *La protección ...*, ob. cit. pág. 57. ENTRENA CUESTA, R.: “Artículo 46”, en GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, págs. 536 y ss.

³² MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Valencia, 2015, pág. 77 y ss.: en torno al principio de intervención mínima señala que, “el Derecho penal solamente debe de intervenir en los casos en los que no sean suficientes las sanciones previstas por otras ramas del Derecho. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. De ahí que se diga también que el Derecho penal tiene carácter *subsidiario* frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico. Del principio de intervención mínima se deriva que la misión del Derecho penal no es la de proteger todos los bienes jurídicos ni protegerlos frente a cualquier ataque, sino que sólo ha de intervenir en caso de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. De ahí que se afirme que el Derecho penal es *fragmentario*. Del principio de intervención mínima se deduce que debe prescindirse de una determinada sanción penal si es suficiente, a efectos preventivos, aplicar otra sanción penal menos grave” (pág. 77), y, “De la concepción del Derecho penal como instrumento de protección de bienes jurídicos no se deduce, sin embargo, automáticamente que el legislador esté obligado a sancionar penalmente todos los comportamientos que lesionen bienes jurídicos, cuando la protección a los mismos se puede conseguir incluso más eficazmente con otros instrumentos jurídicos no penales” (pág. 91); como bien dice Muñoz Conde, al hablar de esos instrumentos señala los de una adecuada política sobre la materia, que tiene un efecto de protección mayor que <todas las prohibiciones penales juntas>, asimismo, señala que, “Actualmente se advierte una tendencia a ampliar el ámbito de intervención del Derecho penal a la protección de *bienes jurídicos universales* cada vez más inaprensibles y, por eso mismo, difíciles de delimitar. De esta tendencia hay muchas muestras en el actual Código penal, en cuyo Título XVI se protegen bienes jurídicos como ... <el patrimonio histórico> (Capítulo II), Dada la importancia de estos sectores en las sociedades modernas, parece inevitable recurrir también al Derecho penal para su protección. Pero ello en ningún caso debería significar la pérdida de identidad del Derecho penal y su

puntualizaciones. Y es que de la formulación del art. 46 no puede colegirse que la totalidad de los atentados o de los elementos integrantes del Patrimonio Histórico deban ser forzosamente recogidos en una norma penal. Si en función del carácter fragmentario del Derecho Penal éste no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas contra los mismos, sino sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, conviene precisar que el mandato del art. 46 de la Constitución no cercena la facultad del legislador en la concreción de las conductas lesivas merecedoras de reproche penal. Desde ese prisma, la obligación que impone el texto constitucional de criminalizar los atentados contra el Patrimonio histórico, cultural y artístico no puede ser objeto de reproche; máxime cuando la elección de las conductas lesivas, en orden a su tipificación, y la ponderación de su gravedad competen en exclusiva al legislador penal³³.

En cualquier caso, hemos de entender que el Derecho penal es la *última ratio*³⁴, lo que nos lleva a la no criminalización de conductas constitutivas de

conversión en una *soft law* haciéndole cumplir funciones más propias del Derecho civil o administrativo o utilizándolo simplemente como <tapadera> de los déficit de funcionamiento de otras ramas del Derecho. El bien jurídico, concebido originariamente como límite del poder punitivo del Estado, se convierte en una legitimación de la ampliación del Derecho penal a la prevención de riesgos difícilmente identificables como bienes jurídicos. Esta <funcionalización> del Derecho penal encierra el peligro de que se le asignen tareas que luego en la práctica no puede cumplir, ofreciendo engañosamente a la opinión pública unas perspectivas de solución a los problemas que luego no se verifican en la realidad” (pág. 92).

³³ RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 161.

³⁴ Así, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General, ...*, ob. cit. págs. 77 y ss. señala que “Dentro del Ordenamiento jurídico, al Derecho penal le corresponde sancionar con las sanciones más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes, y, en este sentido, sí se puede decir que el Derecho penal debe ser subsidiario del resto de las normas del Ordenamiento jurídico, por cuanto en ello se expresa su carácter de *última ratio*; es decir, cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea

ilícitos poco graves, por hechos poco importantes, y que afecten levemente al bien jurídico o interés objeto de protección. En la tutela de los bienes relativos al patrimonio histórico del art. 323 del C.P. (y del art. 324 C.P.), no cabe sino admitir la <primacía del Derecho administrativo>³⁵, siendo que el Derecho penal debe desarrollar una función secundaria y accesoria.

Pero al contrario, también se vería justificada la intervención del ordenamiento penal (aún sin mandato constitucional) por la dimensión social del patrimonio objeto de estudio. En este sentido si no se discute la necesidad de tipificar los atentados al patrimonio individual, recogidos siempre en el Código Penal, por la misma razón, incluso más evidente, tampoco puede cuestionarse esa necesidad en relación al patrimonio histórico, cultural o artístico, en el que concurre una dimensión social que está ausente en el primero³⁶.

tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquéllas las aplicables”, y también que, “Frente ello – en relación a la expansión o incremento del Derecho penal en los últimos años – sólo cabe recordar el carácter de *última ratio* que tiene el Derecho penal y la insuficiencia protectora y motivadora de sus instrumentos, cuando no van acompañados por otros de carácter preventivo o reparador o éstos no se emplean adecuadamente”.

³⁵ FARALDO CABANA, P. (*Directora*) y otros: *Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y la Legislación Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pág. 98.

³⁶ Así, GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo XLVIII, fasc. I, Madrid, 1995, pág. 41.

CAPITULO II

PATRIMONIO HISTÓRICO Y DERECHO ADMINISTRATIVO

I.- EL PATRIMONIO HISTÓRICO EN LA LEY 16/1985, DE 25 DE JUNIO.

1. Ideas previas, finalidad de la Ley, e intereses que ésta tutela.

El artículo 46 de la Constitución de 1978 contiene el mandato dirigido a los poderes públicos consistente en garantizar la conservación y la promoción del enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, lo que determinó la necesidad de elaborar una ley del Patrimonio Histórico acorde con los postulados constitucionales; pero la necesidad de tutela de este patrimonio ya venía siendo reivindicada por sectores doctrinales³⁷, con independencia de la existencia del mandato contenido en nuestra Carta Magna. Lo anterior dio lugar a la publicación de la vigente Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante, LPHE). Esta Ley, según su Preámbulo, no busca sino el acceso a los bienes que constituyen nuestro Patrimonio Histórico, estableciendo medidas de protección y fomento que sólo cobran sentido si, al final conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo. Porque, según el Preámbulo de la Ley, “en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad

³⁷ Así, ROCA ROCA, E.: *El patrimonio artístico y cultural*, Madrid, 1976, pág. 89. SOSA WAGNER, F.: “Suspensión de obras, licencias de derribo y defensa del patrimonio histórico-artístico”, en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 21, Madrid, 1979, pág. 271.

en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos”. En suma, la LPHE busca, según su Preámbulo, “asegurar la protección y fomentar la cultura material debida a la acción del hombre en sentido amplio”, y concibe la cultura como “un conjunto de bienes que en sí mismos han de ser apreciados, sin establecer limitaciones derivadas de su propiedad, uso, antigüedad o valor económico”.

En relación con el término “histórico” utilizado por la LPHE, resulta patente que el legislador ha pretendido que dicho término adquiera carácter omnicomprendivo y globalizador, amparando a “todos aquellos bienes, indicios o manifestaciones que nos acercan al conocimiento de pasadas civilizaciones”³⁸, de forma que se convierta en sinónimo de “cultural”, con el fin de tutelar intereses que excedan del puramente histórico.

Entiendo que el término “histórico” no puede tener un carácter globalizador o generalizador de los distintos bienes tutelados por la norma cuando las características de los mismos en muchos casos distan de poseer cualidades históricas. Es por ello, que considero preferible la postura que aconseja la utilización del término de Ley del Patrimonio Histórico-Artístico, o Ley del Patrimonio Cultural, o siguiendo lo establecido en la Constitución de

³⁸ BARRERO RODRÍGUEZ, M^a.C.: *La ordenación...*, ob. cit. pág. 200. Así lo entienden también, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. y PENDÁS GARCÍA, B.: *El nuevo ...*, ob. cit. pág. 85, que señalan que “la propia denominación de la Ley (“patrimonio histórico”, en lugar de las clásicas “patrimonio histórico-artístico” o “patrimonio cultural”, explícitamente rechazadas durante la tramitación parlamentaria) refleja este espíritu de generalización, acorde con los principios modernos de la teoría jurídica del patrimonio histórico”. Por el contrario, BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, F.: *El patrimonio...*, ob. cit. pág. 43, considera preferible la expresión “Patrimonio Cultural”.

1978, Ley del Patrimonio histórico, cultural o artístico. Esta crítica se extiende al legislador penal de 1995, ya que procede a adoptar la denominación de la ley administrativa sin entrar a considerar su pertinencia, así el Capítulo II del Título XVI del Libro II del Código Penal de 1995 lo denomina como “los delitos sobre el Patrimonio Histórico”.

La LPHE da una nueva definición de Patrimonio Histórico, ampliando notablemente su extensión, que comprende, según establece el párrafo cuarto del Preámbulo de la misma, “los bienes muebles e inmuebles que los constituyen, el Patrimonio Arqueológico y el Etnográfico, los Museos, Archivos y Bibliotecas de titularidad estatal, así como el Patrimonio Documental y Bibliográfico”. Y en el artículo 1.2º de la citada Ley concreta que integran el Patrimonio Histórico Español “los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico”.

El <objeto> de la LPHE viene constituido por la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español (cuyo contenido acabamos de exponer), y de este modo, pretende dar cumplimiento al mandato del art. 46 de la Constitución. Con este objeto lo que se persigue es que la Ley se convierta en el cauce instrumental

por el que un número cada vez mayor de ciudadanos acceda, contemple y disfrute las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo³⁹.

La protección del Patrimonio Histórico Español constituye el primer objetivo de la LPHE y requiere, como primer paso, una política de protección o conservación efectiva, pues no habrá acrecentamiento del patrimonio sin una previa y efectiva salvaguardia del mismo, ni la posibilidad de transmitir éste, en el presente o en el futuro, si ha dejado de existir. El acrecentamiento de este Patrimonio constituye el segundo objetivo de la Ley, y viene a recoger el mandato constitucional de promoción del enriquecimiento del Patrimonio Histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran⁴⁰. Este enriquecimiento sólo es posible con una previa política de protección que salvaguarde lo ya existente, y se identifica con el aumento o incremento de bienes culturales y su incorporación a la normativa que tutela los mismos. La conservación y aumento del patrimonio constituyen un derecho y un deber que pesa no sólo sobre los poderes públicos sino sobre la misma sociedad⁴¹, y que vienen a materializar el reconocimiento que el art. 44 de la

³⁹ RENART GARCIA, F.: *El delito...*, ob. cit. pág. 11.

⁴⁰ Así, VAQUER CABALLERIA, M.: *Estado y Cultura. La función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Madrid, 1998, pág. 267, que señala que “para dicho enriquecimiento, los poderes públicos tienen en su poder acciones directas, como por ejemplo el desarrollo de la catalogación de los bienes o las adquisiciones de fondos para las colecciones públicas”, pero, añade que “las acciones más eficaces para promover el enriquecimiento del patrimonio cultural son las indirectas: las dirigidas a promover el acceso de los ciudadanos a dicho patrimonio cultural, de forma que, actuando como fuente inspiradora de su creatividad, sirva como fermento de su propio acrecentamiento”.

⁴¹ Así el artículo 8 de la LPHE en su punto 1 establece que: “Las personas que observen peligro de destrucción o deterioro en un bien integrante del Patrimonio Histórico Español deberán, en el menor tiempo posible, ponerlo en conocimiento de la Administración

Constitución establece del derecho de todo ciudadano de acceso a la cultura, cuya máxima expresión lo constituye el derecho de visita. Por último, el tercer objeto de la LPHE viene constituido por la transmisión del indicado patrimonio a las generaciones futuras, lo que constituye la lógica consecuencia de su conservación y acrecentamiento; así, cada generación ha de transmitir un legado que pertenece a la colectividad y traspasar una herencia recibida, enriquecida en la medida de lo posible, a quienes nos sucedan en el futuro⁴².

La LPHE en su art. 1.2º, visto anteriormente, expresa de un modo exhaustivo el concepto y contenido del Patrimonio Histórico Español, y lo hace en función de unos intereses o valores que, presentes en los bienes, motivan su integración en éste. Así, esta Ley tras incluir en el ámbito de su tutela, en primer lugar, a los bienes muebles o inmuebles como primer criterio clasificatorio, recurre a la noción de “interés”, que constituye un concepto jurídico indeterminado y siendo necesario para su determinación acudir a criterios y conceptos extrajurídicos, mutables, flexibles y elásticos, subjetivos⁴³, de indudable carga valorativa sólo determinable por el órgano administrativo o judicial competente. Los intereses expresados en el art. 1.2º de la Ley son los siguientes: interés artístico, interés histórico, interés paleontológico, interés arqueológico, interés etnográfico, interés científico, e interés técnico.

competente, quien comprobará el objeto de la denuncia y actuará con arreglo a lo que en esta Ley se dispone”.

⁴² En este sentido, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L.: *Estudios ...*, ob. cit. pág. 89, que señala que: “Cada generación es simplemente depositaria y usufructuaria de ese Patrimonio, pero su obligación es conocerlo, empaparse de él, disfrutarlo y enriquecerlo, ..., tiene el derecho de usar, pero no de abusar de él, y tiene una obligación de restitución o entrega a los que le sucederán”. En idéntico sentido, ROCA ROCA, E.: *El patrimonio ...*, ob. cit. pág. 10.

⁴³ En este sentido, SALINERO ALONSO, C.: *La protección ...*, ob. cit. pág. 79. BARRERO RODRÍGUEZ, M^a.C.: *La ordenación ...*, ob. cit. pág. 201 y 202.

2. Los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español.

Como ya hemos apuntado antes, la LPHE indica que son objeto de tutela por la misma e integran el Patrimonio Histórico Español, como primer criterio clasificatorio, los bienes inmuebles y muebles. Art. 1.2 LPHE.

2.1 Bienes inmuebles.

Los bienes inmuebles (o Raíces), según el Diccionario de la Lengua Española, son “las tierras, edificios, caminos, construcciones y minas y los adornos, artefactos o derechos a los cuales atribuye la ley consideración de inmuebles”.

El Título II de la LPHE está dedicado a la regulación de los bienes inmuebles. El art. 14.1 de la LPHE define los bienes inmuebles a los efectos de esta Ley, así establece que: “tienen la consideración de bienes inmuebles, además de los enumerados en el art. 334 del Código Civil⁴⁴, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los

⁴⁴ El artículo 334 del Código Civil establece: “Son bienes inmuebles: Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo... Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma... Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa...”.

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”. Y en el número 2 del art. 14 de la LPHE señala que: “Los bienes inmuebles integrados en el Patrimonio Histórico Español pueden ser declarados Monumentos, Jardines, Conjuntos y Sitios Históricos, así como Zonas Arqueológicas, todos ellos como Bienes de Interés Cultural”.

En el art. 15 de la LPHE, en sus cinco puntos, el legislador define distintas categorías de bienes inmuebles, así:

1. Monumentos: 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.

2.2 Bienes muebles.

Conforme al artículo 335 del Código Civil “se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior (relativo a los bienes inmuebles), y en general, todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos”. Así, son los objetos que pueden trasladarse de una parte a otra sin menoscabo de la cosa inmueble que los contiene: una pintura sobre lienzo, tabla, cobre, etc.; una escultura exenta, el objeto extraído de una excavación arqueológica; un instrumento de música o científico; un manuscrito, etc.

El Título III de la LPHE está íntegramente dedicado a la regulación de los bienes muebles.

3. Distintos niveles de protección establecidos por la LPHE de 1985.

Existen diversos niveles de protección, previstos éstos para aquellos bienes que presentan alguno de los intereses enunciados en el art. 1.2º de la LPHE, lo que se evidencia en la declaración contenida en el apartado 3º del precepto citado, el cual proclama que “los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley”, de este modo se está reconociendo la existencia de dos mecanismos de protección específicos, y también, implícitamente la existencia de bienes de menor relevancia pertenecientes a una categoría jurídica genérica de los que formarían parte aquellos bienes, muebles o inmuebles, que, sin ser merecedores de su declaración como bienes de interés cultural o inventariados, detentan un interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico de <menor intensidad>, es decir, que sean portadores de alguno de los intereses previstos en el art. 1.2º de la Ley.

La calificación de un bien como Bien de Interés Cultural (BIC) constituye el instrumento formal por el que se otorga el mayor nivel de protección a los bienes más relevantes, muebles e inmuebles, integrantes del Patrimonio Histórico Español.

Un segundo nivel de protección viene constituido por el Inventario General al que, previa declaración formal, quedarán adscritos aquellos bienes

muebles del Patrimonio Histórico Español, no declarados de interés cultural, que tengan singular relevancia⁴⁵.

Por último, y con carácter residual, estaría la categoría genérica a la que nos hemos referido anteriormente.

El art. 9 de la LPHE prevé dos formas de declaración de Bien de Interés Cultural: por ministerio de la Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada, exigiéndose en este último caso la incoación y tramitación de un expediente administrativo cuya competencia corresponde al Ministerio de Cultura respecto de aquellos bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración General del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional, y a las Comunidades Autónomas en los demás casos.

El máximo nivel de protección que surge por la declaración de Bien de Interés Cultural se plasma en la configuración de un conjunto de medidas de diverso signo. Estas medidas son fundamentalmente limitativas del derecho de goce y tienen por objeto garantizar la salvaguarda de la condición cultural y del destino público del bien y, con ello, su acrecentamiento y transmisión a generaciones futuras. Las consecuencias de la declaración de BIC son: el “deber de conservación” del bien y la prohibición de realizar determinados hechos o actuaciones sobre el bien; así, su inexportabilidad, la obligación de permitir su estudio a los investigadores, la obligación de prestarlos con las

⁴⁵ SALINERO ALONSO, C.: *La protección ...*, ob. cit. pág. 97, que critica la no previsión de un inventario de inmuebles paralelo y equivalente al previsto para los bienes muebles, considerando incomprensible esta descompensación en perjuicio de los inmuebles. En idéntico sentido, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L.: *Estudios ...*, ob. cit. págs. 198 y ss.

debidas garantías para exposiciones temporales organizadas por las Administraciones, la no realización de obras sin la autorización correspondiente, etc.

4. El régimen sancionador en los atentados contra el Patrimonio Histórico.

4.1 Ideas previas.

La potestad sancionadora de la Administración en los atentados contra el Patrimonio Histórico viene consagrada en la Constitución Española de 1.978 en su artículo 25.1 donde establece que:

“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”,

y en el artículo 25.3 establece que:

“la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad”;

Y es en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común donde se regula el ejercicio de la potestad sancionadora, reconocida por la Constitución, así como los principios que la informan y el procedimiento sancionador, produciéndose de este modo la asunción legal por parte del

Derecho Administrativo sancionador de los principios inspiradores del Derecho Penal.

En materia de tutela del Patrimonio Histórico Artístico, el Título IX de la LPHE de 1985 regula las infracciones administrativas y sus sanciones, en sus artículos 75 a 79.

4.2 Infracciones y sanciones.

El Título IX de la LPHE al regular las infracciones administrativas y las sanciones correspondientes muestra la necesidad de arbitrar mecanismos represivos frente a los atentados de que son objeto los bienes integrantes del Patrimonio Histórico. Estos mecanismos represivos se activan cuando las medidas de conservación, protección y fomento que la propia Ley establece resulten ineficaces, y en estos casos, la tipificación de las infracciones y las correspondientes sanciones constituyen el último recurso en defensa del Patrimonio Histórico amenazado desde el campo del Derecho Administrativo. Ahora bien, los ataques más graves a dicho Patrimonio entran en el campo del Derecho Penal, entendiéndolo así la propia LPHE al decir en su artículo 76.1 que:

“salvo que sean constitutivo de delito, los hechos que a continuación se mencionan constituyen infracciones administrativas que serán sancionadas conforme a lo dispuesto en este artículo”.

Conforme al artículo 75 de la LPHE constituirá delito, o en su caso, infracción de contrabando, de conformidad con la legislación en esta materia, la

exportación de un bien mueble integrante del Patrimonio Histórico Español que se realice “sin la autorización” prevista en el artículo 5 de esta ley (autorización expresa y previa de la Administración del Estado en forma y con las condiciones establecidas).

La LPHE al establecer las infracciones no hace una clasificación de las mismas, más atendiendo a la gravedad de las sanciones que impone, se pueden clasificar en leves, graves y muy graves⁴⁶.

⁴⁶< Infracciones leves>: Previstas en el artículo 76.1 a) y b) se refieren al incumplimiento por parte de los propietarios o de los titulares de derechos reales o los poseedores de los bienes de las disposiciones contenidas en la propia Ley, en los artículos 13, 26.2, 4 y 6, 28, 35.3, 36.1 y 2, 38.1, 39, 44, 51.2 y 52.1 y 3, así, entre otras: No permitir o facilitar la inspección de Bienes de Interés Cultural (BIC) por parte de los Organismos competentes, o no permitir su estudio a los investigadores o su visita pública en las condiciones establecidas en el artículo 13 de la Ley; La enajenación por parte de las Administraciones Públicas de bienes muebles que forman parte del Patrimonio Histórico Español fuera de los cauces establecidos en la propia LPHE, conforme al artículo 28.2 de la Ley; No cumplir con los deberes de conservación, mantenimiento y custodia de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, conforme al artículo 36.1 de la Ley. <Infracciones graves>: Previstas en el artículo 76.1 c), d), e) y f) se refieren a la concesión de licencias para la realización de obras y a la realización de obras sin la autorización correspondiente, así, entre otras: El otorgamiento de licencias para la realización de obras sin haber sido concedida la previa y preceptiva autorización administrativa, conforme al artículo 23 de la Ley; La realización de obras en un bien inmueble respecto del cual se ha incoado expediente de declaración de interés cultural, conforme al artículo 16 de la Ley. <Infracciones muy graves>: Recogidas en el artículo 76.1 g), h), i) y j) tipifican conductas que suponen una mayor lesión hacia los bienes integrantes de nuestro Patrimonio Histórico consistentes en la pérdida, exportación y destrucción de bienes culturales, así: La exportación de los bienes declarados de interés cultural (BIC), así como la de aquellos otros que la Administración del Estado declare expresamente inexportables, sin la debida autorización, conforme al artículo 5.2 y 3 de la Ley. <Sanciones>: Las sanciones correspondientes a las infracciones anteriormente indicadas vienen determinadas en los apartados 2 y 3 del artículo 76 de la LPHE y se basan fundamentalmente en la valoración económica de la lesión producida al Patrimonio Histórico Español con ocasión de la infracción, determinando en el apartado 2 del precepto mencionado que ésta, la infracción, será sancionada con multa del tanto al cuádruplo del valor del daño causado, y ello lógicamente sólo

4.3 Principio *non bis in idem*.

El principio conocido por *non bis in idem*, principio de creación jurisprudencial ⁴⁷, supone el que no recaiga duplicidad de sanciones, administrativa y penal, en los casos en que un mismo hecho sea objeto de una regulación sancionadora administrativa y de otra regulación penal, y el hecho cumpla los siguientes requisitos de identidad: 1. Identidad de sujeto (el sujeto afectado debe ser el mismo, debe de ser la misma persona a la cual se le inició una instrucción penal y se le inicia también un procedimiento administrativo sancionador); 2. Identidad de hecho (que los hechos enjuiciados sean los mismos, y deban ser penados o sancionados tanto por el órgano jurisdiccional como por la autoridad administrativa); 3. Identidad de fundamento (que las

será posible en los casos en los que la lesión producida sea valorable económicamente. Pero para los casos en que ello no sea posible, el apartado 3 del citado artículo 76 establece que se impondrán las sanciones siguientes: a) Multa de hasta 60.101,21 euros en los supuestos a) y b) del apartado 1 del artículo 76 de la Ley. b) Multa de hasta 150.253,03 euros en los supuestos c), d), e) y f) del apartado 1 del artículo 76 de la Ley. c) Multa de hasta 601.012,10 euros en los supuestos g), h), i) y j) del apartado 1 del artículo 76 de la Ley. Dicho lo anterior, vemos como las sanciones giran en torno a un criterio cuantitativo.

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal ...*, ob. cit. pág. 83, señala en relación con el principio que estudiamos que, se plantea el “problema de si se pueden o no imponer sanciones administrativas junto con las sanciones penales” y añade que “para resolver esta cuestión acudiremos al principio *non bis in ídem*, principio de creación jurisprudencial que no se recoge como tal en la Constitución, pero que tanto la doctrina como una importante jurisprudencia constitucional entienden que deriva del principio de legalidad contenido en el art. 25.1 de la Constitución Española”. Y según este principio, una persona no puede ser sancionada o castigada dos veces por una misma conducta cuando exista <identidad de sujeto, hecho y fundamento> (STC 2/1981, de 30 de enero). Es decir, que está prohibido imponer conjuntamente dos sanciones cuando se de una triple coincidencia, pero no en caso contrario, pudiendo por tanto imponerse dos sanciones a una misma persona por un mismo hecho cuando éstas obedezcan a diferentes fundamentos”.

medidas sancionadoras no pueden concurrir si responden a una misma naturaleza, es decir, si participan de una misma fundamentación teleológica); y ello, siempre que no existiera una relación de supremacía especial de la Administración (relación de funcionario, servicio público, etc.) que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración⁴⁸.

Cuando la autoridad administrativa se encuentra con esta dualidad, debe aplicar el principio que estudiamos, en los dos supuestos que se presentan. En el primer supuesto, cuando el órgano jurisdiccional impuso una pena privativa de libertad a un sujeto con la consiguiente pena accesoria o limitativa de derecho, la autoridad administrativa se limitará a hacer cumplir la sanción

⁴⁸ Así, la STC 221/1997, de 4 de diciembre de 1997, en el punto 3 de sus Fundamentos Jurídicos, proclama que: “el principio del *non bis in ídem* aparece vinculado a la problemática referida al concurso de delitos y a la pluralidad de procesos penales, así como a la excepción procesal de la cosa juzgada. Pues bien, hemos de afirmar que si se constata adecuadamente el doble castigo penal por un mismo hecho, a un mismo sujeto y por idéntica infracción delictiva, tal actuación punitiva habrá de reputarse contraria al art. 25.1 CE”, y añade que “siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada, la duplicidad de penas es un resultado constitucionalmente proscrito”. STC 2/2003, de 16 de enero: en esta sentencia del Tribunal Constitucional *a priori* se puede ver vulnerado el principio general *no bis in ídem* que estamos analizando, es el caso de una persona que es detenida por los agentes de la autoridad como consecuencia de ser autor de un delito contra la seguridad del tráfico tipificado en el artículo 379 del Código Penal, y al mismo tiempo o simultáneamente es sancionado por la Administración por infracción del artículo 20.1 del Reglamento general de circulación. El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo al considerar que en el caso examinado, las resoluciones penales no han ocasionado la vulneración del derecho a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos con el mismo fundamento (artículo 25.1 de la CE), pues no ha habido reiteración sancionadora, ni tampoco la lesión del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento punitivo por los mismos hechos (art. 24.2 en relación con el art. 25.1 CE), ya que el procedimiento administrativo sustanciado no es equiparable a un proceso penal a los efectos de este derecho fundamental.

judicial impuesta contra el sujeto, absteniéndose de imponer otra sanción administrativa que se base en los mismos hechos. En el segundo supuesto, referido a la declaración de sobreseimiento en el proceso penal, o sea, cuando no exista una sanción punitiva y ni una limitativa de derechos, en este caso, al haber sido declarado sobreseído el proceso y al no existir sanción penal, ni limitativa de derechos, la autoridad administrativa no puede aplicar sanción alguna, porque el órgano jurisdiccional ha establecido la inexistencia de responsabilidad penal, por lo tanto al no existir la imposición de una pena principal, la pena accesoria tampoco puede ser impuesta. Pero podría continuar el procedimiento administrativo para aquellos aspectos no abarcados por la tipificación penal. En ambos casos la autoridad administrativa deberá acatar lo ordenado por el órgano jurisdiccional.

En caso de que se imponga una sanción administrativa por los mismos hechos, se estará infringiendo el carácter vinculante que tiene una resolución judicial firme en un procedimiento administrativo sancionador.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁹ reconoce la vigencia del principio *non bis in ídem* al declarar que cuando un acto ilícito había sido ya

⁴⁹ STS de 25 de marzo de 2004, desestima la vulneración del principio general *non bis in ídem* en el caso donde el recurrente ante la denuncia procede voluntariamente a realizar el pago de la multa administrativa sabiendo que existe un proceso penal por los mismos hechos, considerando el Alto Tribunal *que una aplicación a ultranza del principio non bis in ídem llevaría, en estos supuestos, a dejar en manos de la voluntad del infractor eludir la vía penal con sólo admitir y someterse a la sanción administrativa, lo cual cree el TS, no debe ser admisible pues, utilizar la sanción administrativa como defensa ulterior frente a la condena penal es una alteración de la funcionalidad del principio non bis in ídem que no puede ser atendible, y, en definitiva, entraña un fraude de aquellos preceptos constitucionales y legales que establecen la prevalencia de la jurisdicción penal sobre la Administración sancionadora. Sigue declarando el Alto Tribunal que para conjugar estos intereses se debe de seguir la pauta*

castigado por los Tribunales de justicia, la cosa juzgada impedía una posterior actuación administrativa, pero no al revés; ello significaba que, si era la Administración la primera en imponer la sanción, ello no impedía la posterior actuación y sanción de los órganos judiciales penales.

El Tribunal Constitucional⁵⁰ ha declarado reiteradamente que el principio *non bis in ídem* está íntimamente ligado a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el artículo 25 de la Constitución; así mismo, dicho Tribunal ha mantenido la idea de que la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera.

II. LA PROTECCION DEL PATRIMONIO HISTÓRICO EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.

apuntada en la sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero, según la cual procede subsanarlo, dando así satisfacción a dicho principio *non bis in ídem*, aplicando en ejecución de sentencia el descuento sobre la pena, que con toda corrección le impone la sentencia, de aquellas cantidades que acredite haber satisfecho por este motivo a la administración, y ordenando se libre testimonio de la resolución a la administración al objeto de que deje sin efecto cualquier anotación o consecuencia posterior que puede tener el expediente. Así se impide el exceso punitivo y no puede afirmarse que se hayan impuesto dos sanciones al recurrente, una en vía administrativa y otra en vía penal.

⁵⁰ Así, STC 2/1981 de 30 de enero, situó el principio *non bis in ídem* bajo la órbita del art. 25.1 CE, a pesar de su falta de mención expresa, dada su conexión con las garantías de tipicidad y legalidad de las infracciones, y se delimitó el contenido de este principio como la “prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que quepa apreciar una triple identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración (relación de funcionario, servicio público, ...) que justifique el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”. La garantía de no ser sometido a *bis in ídem* se configura, así, como un derecho fundamental.

España es un Estado complejo, el art. 2 de la C.E. reconoce “la unidad de la Nación española” al tiempo que “reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran”, donde conviven varios pueblos con sus propias culturas, además de las comunes a todo el pueblo español, por lo que es evidente que las Comunidades Autónomas han de tener un papel relevante en el ámbito cultural. Por eso, es importante determinar qué competencias en materia de Patrimonio Histórico corresponden a cada uno de los poderes públicos. La Constitución Española, contiene varias normas de distribución de competencias en relación al Patrimonio Histórico, así, los artículos 137, 148.1.15 a 17, 148.2, 149.1.28, 149.2 y 3. El artículo 149.1.28 de la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva sobre *“defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y expoliación, y en museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas”*. Y el artículo 148.1.15 y 16 atribuye a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir competencias *“en materia de museos, bibliotecas, conservatorios de música y Patrimonio monumental de interés para la Comunidad Autónoma”*.

En la actualidad todas las Comunidades Autónomas tienen competencias sobre museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma, patrimonio monumental en los mismos casos de interés, y fomento de la cultura, aunque ésta última competencia con carácter concurrente.

Pero estamos ante una materia sobre la cual tienen competencias tanto el Estado como las Comunidades Autónomas, por lo que se plantea el

“problema” de delimitar las competencias entre los distintos Entes Institucionales. Tal problema es resuelto por el Tribunal Constitucional que se pronunció por primera vez sobre el tema en la sentencia 49/1.984, de 5 de abril, donde considera que, no existe base en la Constitución para atribuir competencia exclusiva en materia cultural a ningún ente público, y que el devenir cultural de toda sociedad impone una situación de “*concurrentia competencial*”, en la que el Estado mantiene sus competencias sobre el patrimonio cultural común y también sobre aquello que precise de tratamientos generales o que hagan necesario esa acción pública; y todo ello, sin perjuicio de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas tras la LOTCA (Ley Orgánica de Transferencia de Competencias a las Comunidades Autónomas de 23 de diciembre de 1992).. Esta situación de “*concurrentia competencial*” ha sido confirmada por la STC 109/1.996, de 13 de junio.

Sentado el principio general de que a todos los poderes públicos les corresponde cierta actuación en materia cultural, se plantea el problema de cuál es el campo de actuación de cada uno de ellos. El Tribunal Constitucional adopta como criterio general en algunas de sus sentencias, el de “*la finalidad específica a la que la norma en cada caso cuestionada pretende atender*”. Pero hemos de referirnos aquí a la importante STC 17/1991 de 31 de enero, dictada como consecuencia del recurso interpuesto por varias Comunidades Autónomas (Cataluña, Galicia y País Vasco) contra algunos preceptos de la LPHE de 1985 por entender que invadían sus competencias en materia de Patrimonio Histórico⁵¹.

⁵¹ En la STC 17/1991, de 31 de enero, en relación con el impugnado art. 9 de la LPHE, considerado por el Tribunal Constitucional como <un nudo esencial en el régimen de

Las distintas Comunidades Autónomas se han dotado de su propia Ley de Patrimonio Histórico⁵².

competencias debatido>, el Tribunal dice que si a tenor del citado precepto la competencia para proceder a la declaración de BIC le corresponde al Gobierno de la nación, esa competencia ha de entenderse comprendida dentro de las facultades atribuidas por sus Estatutos a las Comunidades Autónomas recurrentes, reservando a la Administración del Estado la declaración de BIC en los supuestos a que se refiere el art. 6. b), es decir, cuando se trate de bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional.

⁵² Así, en la Comunidad Autónoma de Andalucía es la Ley del Patrimonio Histórico de Andalucía de 26 de noviembre de 2.007 (LPHA), la que en su artículo 2 establece que “el Patrimonio Histórico Andaluz se compone de todos los bienes de la cultura, materiales e inmateriales, en cuanto se encuentren en Andalucía y revelen un interés artístico, histórico, arqueológico, etnográfico, documental, bibliográfico, científico o industrial para la Comunidad Autónoma, incluidas las particularidades lingüísticas”. Es por ello, por lo que hemos de tomar como referente estas Leyes del Patrimonio Histórico.

SEGUNDA PARTE

CAPITULO I

CONSIDERACIONES PREVIAS

El artículo 46 de la Constitución Española legitima en su segundo inciso la intervención penal para la tutela de nuestro Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico, más esa protección es evidente pues si el legislador penal tutela los bienes patrimoniales desde una óptica individual, mayor razón para la tutela de los bienes patrimoniales cuando trasciende de la titularidad particular para pasar a ser un valor colectivo o social supraindividual; la importancia social de este Patrimonio es indudable⁵³, ya que⁵⁴ *“ en él se materializan las señas de identidad de culturas y civilizaciones en las que los pueblos se reconocen ...Los elementos que lo integran constituyen un extraordinario legado de la historia que tenemos el derecho de disfrutar y la obligación de preservar y transmitir, cuidado y enriquecido, a generaciones futuras”*.

⁵³ En ese sentido el Preámbulo de la Ley del Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985 establece que “El Patrimonio Histórico Español es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal”, señala que “los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen”, y añade que “en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos”.

⁵⁴ Así, GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Puntos de partida ...”, ob. cit. págs. 41 y ss.

Es este valor social del Patrimonio histórico, cultural y artístico, así como el hecho de que se trata de bienes materiales, el que pueden ser lesionados y ser objeto de atentados (robos, hurtos, daños, incendios, expoliaciones, falsificaciones, receptación, contrabando, ...), sufriendo un daño material objetivo, lo que ha hecho que deje fuera de toda duda el que dicho patrimonio sea objeto de protección penal.

Los bienes objeto de protección se individualizan así por su valor social en cuanto expresión de su cultura y de sus señas mismas de identidad. Tratándose de bienes del referido valor, es indiferente que su propiedad sea pública o privada, de naturaleza mueble o inmueble, así como el régimen jurídico a que se encuentran sometidos⁵⁵, pasando su valor económico a un segundo plano. En este sentido la Ley del Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985 en su art. 1.2 establece que integran el mismo “los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico”.

Ahora bien, la protección penal del Patrimonio Histórico debe ser entendida como una protección para los atentados más graves a este patrimonio, debería ser una protección final. El Derecho Penal debe ser

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Valencia, 2015, págs. 491 y 492.

también la *última ratio*⁵⁶ en la tutela de estos bienes jurídicos, siendo a mi entender el ámbito más adecuado para la protección de los mismos el derecho administrativo sancionador, acudiéndose a la tutela penal cuando no sea posible la protección del Patrimonio Histórico a través de otras ramas del ordenamiento jurídico, a las que habrá que acudir en primer lugar, como pueda ser a través del Derecho Administrativo sancionador (previsto éste en la Ley 16/1.985, de 25 de junio, sobre Patrimonio Histórico, o en las leyes que en el ejercicio de sus facultades hayan dictado cada Comunidad Autónoma), o en su caso, a través de las normas de responsabilidad extracontractual de los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil. Este tipo de protección tiene su fundamento en el principio de intervención mínima⁵⁷ que rige en la esfera del Derecho Penal.

En los delitos relativos a la protección del Patrimonio Histórico Español el Derecho Penal constituye un instrumento eficaz y de prevención, el miedo a la pena viene, o al menos debería, frenar los ataques a nuestro Patrimonio.

No podemos concluir que todos los atentados al Patrimonio histórico, cultural o artístico hayan de ser sancionados por la ley penal, ni que todos los elementos integrantes del mismo hayan de ser objeto de protección penal o de la misma protección penal. Conforme al principio de intervención mínima y en observancia del carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal, la tutela penal de aquel ha de establecerse sobre la base de que sólo los bienes de mayor relevancia y los comportamientos más graves han de integrar los ilícitos

⁵⁶ Vid. supra, nota nº 34.

⁵⁷ Vid. al respecto MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte General*, ..., ob. cit. págs. 77 y ss.

penales en esta materia. Por tanto, es claro que ha de ser preservada una esfera propia de protección no penal en cuyo ámbito debe desarrollarse la capacidad interventora y sancionadora de la Administración.

Para dar cumplimiento a la exigencia constitucional del art. 46 y evitar las constantes agresiones a los bienes culturales se ha introducido, por primera vez, en el Código Penal de 1995, un capítulo específico que lleva por rúbrica “De los delitos sobre el patrimonio histórico”. Desde luego es una novedad, en tanto que se trata de la primera vez que el Código Penal dedica un capítulo independiente a la protección del Patrimonio cultural e histórico, materia con una singularidad propia que justifica el que sea objeto de un tratamiento sistemático diferenciado de los delitos contra el patrimonio individual y el orden socioeconómico. Este capítulo llama la atención por su carácter innovador, pero, al mismo tiempo, resulta poco afortunado, desde el punto de vista teórico, político-legislativo y político-criminal⁵⁸.

⁵⁸ PÉREZ ALONSO, E.J.: “Los delitos contra el patrimonio histórico en el Código Penal de 1995”, *Actualidad Penal*, Nº 33, Madrid, 1998, pág. 612.

CAPITULO II

REGULACIÓN DEL DELITO DE DAÑOS AL PATRIMONIO

HISTORICO DESDE 1995 A LA REFORMA DE 2015

Bajo la rúbrica “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente”⁵⁹ el Título XVI del Libro II del actual Código Penal de 1.995 tras la Reforma por LO 1/2015, y también antes de la reforma, regula, en su Capítulo II “los delitos sobre el Patrimonio Histórico”⁶⁰, que comprende los artículos 321 a 324. Estos preceptos junto con el art. 340 (y hasta la reforma introducida por la L.O. 1/2015 también junto con el art. 625.2º del Código Penal, pero esta falta se ha suprimido con la misma), tratan de proteger penalmente el Patrimonio Histórico. Además en el Código Penal se contienen agravaciones específicas en relación a diversos tipos básicos comunes de los delitos contra el patrimonio, como son el hurto, el robo, la apropiación indebida, la estafa, cuando se trate de objetos que puedan integrar este Patrimonio.

⁵⁹ Téngase en cuenta que la rúbrica actual de Título XVI tras la modificación introducida por la L.O. 5/2010, de 22 de junio es “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente” que venía a modificar la rúbrica original de dicho Título cual era la siguiente “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”. Con la modificación operada por la L.O. 5/2010 citada se vino a introducir en la rúbrica del Título citado <el urbanismo>.

⁶⁰ RODRIGUEZ MOURULLO, G.: “El objeto de protección en los delitos contra el patrimonio histórico”, en CARBONELL MATEU, J.C., y otros (Coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pág. 778, señala que la particularizada referencia al “patrimonio histórico” en el encabezamiento del epígrafe del Capítulo ha de interpretarse en sentido amplio, comprensivo también del patrimonio artístico y cultural, lo que se deduce del contenido exacto de los tipos delictivos.

Como vemos, la protección penal del Patrimonio Histórico la establece fundamentalmente el Código Penal, a la que hay que añadir la que otorga la legislación especial de contrabando⁶¹, especialmente la dirigida a la lucha contra las exportaciones ilegales de bienes culturales.

De este modo se aprecia que, aunque el legislador con la regulación de los delitos sobre el patrimonio histórico del Capítulo II del Título XVI del Libro II del Código Penal que se compone de cuatro preceptos, los arts. 321 a 324, pretendía una visión y regulación unitaria de los mismos, lo cierto es que fracasó en su intento al no otorgar protección frente a cualquier atentado o agresión posible que sufra el patrimonio histórico, encontrando la protección necesitada fuera del citado capítulo⁶², así sigue siendo incluso actualmente tras la reforma del Código Penal de 2015:

⁶¹ Ley Orgánica 12/1.995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, art. 2 y ss.

⁶² En este sentido MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial ...*, ob. cit. pág. 491: “El Capítulo II del Título XVI contempla en los arts. 321 a 324 los delitos sobre el patrimonio histórico. No obstante, a pesar de la novedosa ubicación de estos delitos en un Capítulo autónomo, hay que tener en cuenta que la protección de dichos bienes se completa por otros preceptos del Código que vienen igualmente a tutelar esta dimensión supraindividual y pública del dominio. Así, entre las formas cualificadas de hurto, el art. 235.1.1º contempla los casos en que la sustracción recae sobre cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y lo mismo ocurre en relación al robo con fuerza (art. 240.2); el art. 250.1.3º, entre las cualificaciones del tipo de estafa, recoge los casos en que recae sobre bienes que integran el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico; el art. 253 (apropiación indebida) se remite expresamente al 250 y el art. 254.1, como forma cualificada de la apropiación específica que en él se regula, contempla los casos en que su objeto sean cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico; y el art. 298.1.a) establece como tipo cualificado del delito de receptación cuando los bienes receptados sean <cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico>. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la L.O. 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, considera delito en su art. 2 la conducta de sacar del territorio español bienes que integren el patrimonio histórico español sin la debida autorización, siempre que su valor alcance los 3 millones de pesetas (18.030,36 euros)”. PÉREZ ALONSO, E.J.: “Los delitos ...,

- El hurto de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, art. 235.1.1º del Código Penal.
- Robo con fuerza de bienes de valor artístico, cultural o científico, art. 240.2 del Código Penal.
- Defraudaciones de bienes de valor artístico, cultural o científico: estafa del art. 250.1.3º del Código Penal (entre las cualificaciones del tipo de estafa, recoge los casos en que recae sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico) y apropiación indebida del art. 254.1 del Código Penal (como forma cualificada de la apropiación específica que en él se regula, contempla los casos en que su objeto sean cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico).
- Delitos urbanísticos sobre lugares que tengan reconocido su valor artístico, histórico o cultural del art. 319.1 del Código Penal.

ob. cit. pág.613: “debe quedar claro, ya desde un principio, que la tutela jurídica dispensada por la legislación penal española al patrimonio histórico no es nueva ni tampoco exclusiva del Capítulo II del Título XVI. Al contrario, ya en los Códigos anteriores existía una regulación de esta materia y, además, en la legislación penal vigente podemos encontrar diversas figuras delictivas que, estando fuera de este capítulo, también tienen asignada la misma finalidad. Entre las mismas cabe destacar los tipos agravados de hurto (art. 235.2 CP), robo con fuerza en las cosas (art. 241 CP), estafa (art. 250.1.5º CP), apropiación indebida (art.252 CP), apropiación de una cosa perdida o de dueño desconocido (art. 253 CP), malversación de caudales públicos (art. 432.2 CP), así como los delitos urbanísticos (art. 319.1 CP), las más específicas figuras de daños en cosa propia (art. 289 CP), y, finalmente el delito de contrabando [art. 2.1.e) LORC]. Solo teniendo presente todos los preceptos enumerados podremos alcanzar una comprensión global a cerca de la regulación penal vigente en esta materia y, con ello, evitaremos los equívocos a que da lugar la incierta rúbrica del Capítulo II del Título XVI. En el mismo sólo se castigan los actos de derribo y alteración de edificios (art. 321 CP), la prevaricación específica de los funcionarios que los autoricen (art. 322 CP) y los daños dolosos (art. 323 CP) o imprudentes (art 324 CP) que recaigan sobre los bienes culturales”.

- Daños en cosa propia de utilidad social o cultural del art. 289 del Código Penal.

Además se echa en falta en la regulación penal un específico delito de receptación del patrimonio histórico que vendría a hacer más completa la protección penal del mismo, y ello porque si existe una tutela penal de los bienes integrantes de nuestro patrimonio histórico que trasciende de la titularidad particular porque se trata de un valor colectivo o social supraindividual, distinta esa tutela penal otorgada a los bienes patrimoniales desde una óptica individual, por la misma razón merecerían un tratamiento aparte la receptación de los objetos o piezas integrantes de nuestro Patrimonio Histórico dada la indudable importancia social del mismo. Actualmente el art. 298.1.a) del Código Penal, entre las cualificaciones del delito de receptación, recoge los casos en que se trate de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

Por otra parte, para la interpretación de algunos de los elementos de estos tipos penales será necesario acudir, como veremos, a la normativa administrativa que define y tutela el patrimonio histórico, básicamente la Ley del Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985, y su reglamento de desarrollo parcial, el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero. A pesar de la necesidad de amparo a efectos interpretativos del tipo penal, ninguno de los tipos recogidos en el Capítulo II constituyen normas penales en blanco (ello a diferencia de lo que ocurre en el caso de tratarse de delitos urbanísticos o medioambientales de los Capítulos I y III del Título XVI del Libro II del Código Penal, que sí constituyen normas penales en blanco), pues todos ellos definen

de forma íntegra la infracción constitutiva de delito y sus elementos nucleares, esto es, conducta típica, objeto material y pena⁶³. La necesaria remisión que se efectúa en algunos casos a la normativa administrativa, así por lo que respecta a la LPHE, al concepto de expolio del art. 4, para la determinación conforme al art. 9 de los Bienes de Interés Cultural (BIC) o inventariados, ..., lo es a efectos interpretativos, pues, como ya hemos indicado, todos los tipos penales recogidos en el Capítulo II definen claramente la infracción constitutiva de delito y sus elementos nucleares y la normativa administrativa a que se remiten no viene a constituir un dato más que condicione la antinormatividad del hecho (o sea, la norma penal está complementada y la normativa extrapenal sólo viene a añadir datos a la misma).

Los atentados al Patrimonio histórico que recoge el Capítulo II son los siguientes:

- El derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental, art. 321 C.P.
- Prevaricación para el derribo o alteración de los edificios singularmente protegidos, art. 322 C.P.
- Los daños dolosos al patrimonio histórico, art. 323 C.P.
- Los daños por imprudencia grave al patrimonio histórico, art. 324 C.P.

⁶³ Así, RODRIGUEZ MORO, L.: "Los delitos sobre el patrimonio histórico" en FARALDO CABANA, P. (Dir.) y PUENTE ABA, L.M^a.: *Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y la Legislación Especial*, Valencia, 2011, pág. 178; GARCÍA CALDERÓN, J.M.: "La protección, ..., ob. cit. pág. 19. De opinión contraria, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: "Algunos problemas en la protección penal del patrimonio cultural", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 1 extraordinario, 2000, pág. 407.

CAPITULO III

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN

I. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN.

El “ineludible fundamento” justificativo del tratamiento específico del patrimonio histórico en el orden penal se encuentra en el art. 46 de la CE cuando indica que “la Ley penal sancionará los atentados contra éste patrimonio” (en referencia al patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran)⁶⁴.

Se considera también, como expresa PÉREZ ALONSO, que el fundamento de la protección jurídico-penal dispensada al patrimonio histórico, cultural y artístico español reside básicamente en tres órdenes de factores constitucionalmente asentados, muy dinámicos y estrechamente vinculados entre sí, que evidencian la concepción social del Estado español (art. 1 CE):

En primer lugar, y en virtud de lo dispuesto en los arts. 44 y 46 de la CE es posible afirmar que la tutela jurídica de este patrimonio puede ser sentida por los ciudadanos como un *derecho fundamental* de índole político, económico, cultural y social. Se habla de un derecho fundamental, pese a que estos preceptos se ubican sistemáticamente entre los principios rectores de la

⁶⁴ Así, BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C.: “De los delitos sobre el patrimonio histórico”, en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, pág. 1583.

política social y económica, porque la concepción de los derechos fundamentales ha ido evolucionando y cambiando de forma importante en las últimas décadas por la propia dinámica de la transición del Estado Liberal al Estado Social, dotándolos de un significado distinto. Así, si relacionamos los artículos 46 (incardinado entre los principios rectores de la política social y económica) y 53 de la CE, entendemos que el legislador ha de desarrollar la previsión contenida en el primero de los preceptos a través de la correspondiente ley, lo que así hizo mediante la publicación de la legislación administrativa constituida por la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985, y es a partir del desarrollo normativo correspondiente cuando podemos hablar del Patrimonio histórico, artístico y cultural español como derecho fundamental articulado (antes de dicho desarrollo legislativo se habla de derecho fundamental no articulado), pero en todo caso como derecho fundamental. Por ello, como indica PÉREZ LUÑO, “la moderna noción de los derechos fundamentales no coincide con los derechos públicos subjetivos, ligados a la concepción individualista propia del Estado Liberal de Derecho, sino que engloba también a los derechos económicos, sociales y culturales”⁶⁵. Desde esta perspectiva, como la conservación y promoción del patrimonio histórico, cultural y artístico de cualquier pueblo está destinada a satisfacer las necesidades sociales básicas del conjunto de los miembros de la sociedad, podría afirmarse que el art. 46 de la CE reconoce el derecho de todos los ciudadanos a acceder y disfrutar de los bienes que lo integran, es decir, todos tienen derecho a participar en la vida cultural (art. 44 CE).

⁶⁵ PÉREZ LUÑO, A. E.: “Artículo 46, ..., ob.cit. pág. 299.

En segundo lugar, este derecho de los ciudadanos sólo puede hacerse efectivo plenamente si los poderes públicos acatan el *deber de carácter social* constitucionalmente adquirido o impuesto por vía de los arts. 44 y 46 en relación con el art. 9.2 CE. Los primeros plasman uno de los valores-guía fundamentales que se ha marcado nuestra Constitución para alcanzar un proyecto ideal de convivencia que, en este caso, se refiere al bienestar sociocultural de todos los españoles. Por ello, se exige de los poderes públicos una política más activa, es necesario promover su enriquecimiento. Nuestra Constitución no sólo requiere una protección estática del patrimonio cultural, sino una tutela dinámica, una auténtica política promocional de la cultura. La consecución de esta meta se ve reforzada por el art. 9.2 CE, que impone a los poderes públicos la obligación de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida cultural, removiendo los obstáculos que lo impidan o dificulten.

En tercer lugar, en virtud de lo establecido en el art. 33.2 de la CE, la *función social* de la propiedad se convierte en el factor decisivo de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico, en el sentido que ya apuntamos anteriormente al estudiar la Constitución cultural, a lo que nos remitimos⁶⁶.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Para un sector de la doctrina, el bien jurídico protegido en las conductas tipificadas en el Capítulo II del Título XVI del Libro II del CP es el <Patrimonio

⁶⁶ PÉREZ ALONSO, E.J.: "Los delitos, ..., ob. cit. págs. 613 y 614.

Histórico”⁶⁷ o el <Patrimonio Cultural>⁶⁸, o bien el <Patrimonio Histórico y Cultural>⁶⁹, pero ello supone una afirmación demasiado abstracta que no deja claro cuál es el objeto de la tutela penal, pues resulta ineludible realizar algunas precisiones. Así tenemos que precisar que el Capítulo II protege valores (como el científico o el artístico) que exceden del estrictamente histórico⁷⁰.

Referirse al Patrimonio Histórico como bien jurídico protegido puede conducir al equívoco de pensar que la norma penal está únicamente tutelando el aspecto material de los bienes que lo componen en detrimento de la función social y cultural que ejercen. Las conductas de daños tipificadas en el Capítulo II del Título XVI no se criminalizan por su exclusiva afección al valor material del bien tutelado, sino más bien, por su grave incidencia en la función social y cultural que los mismos desempeñan. Así, la convicción de que las obras de arte son componentes vitales para la elevación espiritual de la colectividad y uno de los principales fines que el Estado debe de perseguir requiere que la

⁶⁷ GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “La protección penal ...”, ob. cit. pág. 409. SALINERO ALONSO, C.: *La protección del Patrimonio ...*, ob. cit. pág. 295.

⁶⁸ FARRÉ DÍAZ, E.: “Delitos relativos a la protección del Patrimonio Histórico-Artístico”, en GANZENMÜLLER ROIG, ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA (Dir.): *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del Patrimonio Histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva (delitos de riesgo catastrófico e incendios)*, Barcelona, 1999, pág. 99.

⁶⁹ TASENDE CALVO, J.J.: “La protección penal del Patrimonio histórico-cultural”, en La Ley, núm. 5011, Madrid, 13 de marzo de 2000, pág. 1.

⁷⁰ Por ello, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II, Madrid, 1997, pág. 3211, dice que: “el bien jurídico protegido en estos tipos delictivos es el <patrimonio histórico, artístico y cultural de los Pueblos de España>, criticando la rúbrica del Capítulo II al inducir a cierta confusión <pues parece que sólo se protege el patrimonio de valor histórico>”.

tutela de estos bienes atiende, fundamentalmente, al valor ideal que presentan⁷¹.

El bien <jurídico protegido> en los delitos relativos al Patrimonio Histórico está constituido por el valor que para la historia, la cultura y la ciencia, representan determinados elementos patrimoniales (bienes muebles o inmuebles) para un pueblo o nación. O dicho de otro modo es la cultura y tradición de un pueblo. También se considera como tal, el derecho colectivo vinculado a la calidad de vida de los ciudadanos.

En palabras de PÉREZ ALONSO el bien jurídico protegido es “el conjunto de los bienes socio-culturalmente relevantes, por su valor y función, que conforman el patrimonio histórico, cultural y artístico real de los pueblos de España”,⁷² por ello, continúa, “lo decisivo para afrontar el tratamiento jurídico-penal de esta materia, sin duda, será atender de forma prioritaria a la utilidad y destino de los bienes culturales objeto de tutela penal, en función de sus beneficiarios, es decir, la colectividad en su conjunto y no de los titulares públicos o privados de tal derecho, como establece el propio art. 46 CE”. La <función y valor sociocultural> de los bienes integrantes de este patrimonio es lo que algunos autores destacan como la esencia del bien jurídico protegido.

En la misma línea, CARMONA SALGADO⁷³, para quien el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es “de carácter supraindividual”, y señala que el objeto de tutela se materializa en todos aquellos bienes que cumplan una

⁷¹ Así, RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. págs.. 233 y 234.

⁷² PEREZ ALONSO, E.J.: “Los delitos contra ...”, ob. cit. pág. 615. OROZCO PARDO, G. y PEREZ ALONSO, E.J.: *La tutela civil y penal ...*, ob. cit. pág. 129.

⁷³ CARMONA SALGADO, C. en, COBO DEL ROSAL, M. (Director) y otros: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2000, pág. 598.

reconocida <función social y cultural>, cuya protección, en base a su trascendencia general, impide la disponibilidad del bien jurídico por el propietario que, eventualmente, pudiera consentir un comportamiento lesivo a su derecho. Igualmente MUÑOZ CONDE en la misma línea considera el bien jurídico protegido en los delitos relativos al Patrimonio Histórico el <valor cultural y social> de los bienes que lo integran, se trata de un bien de <dimensión social y colectiva>⁷⁴. Otra opinión, con la que coincidimos, es que “el bien jurídico protegido es el valor que los bienes de contenido histórico, cultural y artístico presentan y la función socio-cultural que los mismos desempeñan”⁷⁵.

Como el bien jurídico protegido tiene un carácter cultural y no económico el grado de afectación de dicho valor cultural ha de ponderarse en cada caso con independencia del valor económico del daño o perjuicio causado sobre el objeto atacado (soporte material del bien jurídico)⁷⁶. Además, por la titularidad

⁷⁴ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial. ...*, ob. cit. pág. 492: “*Bien jurídico protegido* es el valor cultural y social de dichos bienes, pasando a un segundo plano su valor económico. De hecho, son perfectamente imaginables bienes de gran valor cultural cuyo valor económico, por ejemplo, por el estado ruinoso en que se encuentran, sea nulo. Nos encontramos en definitiva ante un bien de dimensión social colectiva, cifrado en la conservación del patrimonio histórico cultural”.

⁷⁵ Así, GUIASOLA LERMA, C.: “Los delitos sobre el patrimonio histórico en el nuevo Código Penal de 1995”, en *Poder Judicial*, núm. 43-44, Madrid, 1996, págs. 174 y ss.. También, VERCHER NOGUERA, A.: “De los delitos sobre el patrimonio histórico”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.): *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*, Granada, 1998, pág. 1474; MILÁNS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S.: “Delitos ...”, ob. cit. pág. 168, para quien en los delitos sobre el Patrimonio Histórico el bien jurídico común a todos los <objetos materiales> sobre los que recae la acción delictiva es el valor <cultural> objetivo y no el valor económico de los daños producidos.

⁷⁶ Aspecto ampliamente destacado por la doctrina. Así, FARRÉ DÍAZ, E.: “Delitos ...”, ob. cit. pág. 101, señala que el legislador contempla el patrimonio histórico, al encauzar su defensa penal, desde una perspectiva estrictamente cultural que no económica, castigándose

social o colectiva de este bien jurídico y la independencia del mismo de los derechos patrimoniales que recaigan sobre el objeto afectado, el dueño de éste no puede disponer de él, por lo que su consentimiento para la acción delictiva es irrelevante.

Dicho lo anterior, hemos de decir que, se han dictado sentencias en las que el juzgador ha emitido una resolución contraria al criterio que acabamos de exponer al considerar como bien jurídico protegido en los delitos que estudiamos, solamente, el valor material de los bienes que integran el Patrimonio Histórico español. En este sentido, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña de fecha 22 de enero de 1998 (ARP 1998/804), resolución errónea, veámoslo. Así, según consta en los <hechos probados> de la sentencia, éstos se produjeron a las 2:45 horas del día 20 de septiembre de 1996 en la localidad de Valdoviño (la Coruña), donde el acusado tras apoderarse de un martillo se dirigió hacia un cruceiro, levantado en honor de los caídos de España, y comenzó a golpearlo en su placa dedicatoria, causando daños valorados en 160.000 pesetas. En este caso, consideramos⁷⁷ que, es evidente que los daños causados en la citada placa dedicatoria no afectan a la función cultural del citado cruceiro sino a la función informativa para la que fue creada. Por ello, continúa, los daños causados en el soporte material, por muy elevado que sea su valor económico, deben

las conductas que atenten contra el mismo con independencia del valor económico del perjuicio causado, que únicamente podrá tenerse en cuenta a efecto de la reparación e indemnización de los perjuicios que se produzcan, y cuya protección se dispensará con independencia de la titularidad del objeto material sobre el que se proyecte, por ser el bien jurídico propiedad de la sociedad. Opina lo mismo, ORTS BERENGUEZ, E.: "Exportación sin autorización de obras u objetos de interés histórico o artístico", en COBO DEL ROSAL (Dir.): *Comentarios a la legislación penal*, tomo III, Madrid, 1984, pág. 88.

⁷⁷ Así también, RENART GARCIA, F.: *El delito de ...*, ob. cit. págs. 235- 237.

calificarse como un delito de daños del art. 263 del CP, siendo únicamente susceptibles de constituir un delito contra el Patrimonio Histórico a partir del instante en que afecten al valor y función socio-cultural del bien. En este caso, cuando los daños producidos afecten al valor y función socio-cultural del bien, hay quien considera que el daño no tiene que ser estrictamente físico o material que suponga una merma de su sustancia pudiendo, por ejemplo, irrogarse un daño social impidiendo que el bien afectado pueda ser visionado o disfrutado por la colectividad, sufriendo así una merma en su función⁷⁸.

Si partimos de la distinción entre el daño material y el daño a la función socio-cultural de un bien cultural, es posible la existencia de un daño funcional sobre el mismo producido durante el proceso de acondicionamiento material del bien u objeto dirigido a mejorarlo, o sea, producido por una inadecuada labor de restauración o rehabilitación de la materia o bien que puede afectar a su función socio-cultural y constituir un delito imprudente de daños contra el Patrimonio Histórico⁷⁹. De este modo, cabe hablar de un daño en la materia que no afecte al componente cultural, y también, de una alteración de esa misma materia, dirigida a preservarla o restaurarla, que incida negativamente en su función socio cultural; esta alteración supone la realización del tipo del

⁷⁸ Así, GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “La protección ...”, ob. cit. pág. 424.

⁷⁹ En este sentido, el art. 39.3 de la LPHE establece que: “Las restauraciones de los bienes a que se refiere el presente artículo respetarán las aportaciones de todas las épocas existentes. La eliminación de alguna de ellas sólo se autorizará con carácter excepcional y siempre que los elementos que traten de suprimirse supongan una evidente degradación del bien y su eliminación fuere necesaria para permitir una mejor interpretación histórica del mismo. Las partes suprimidas quedarán debidamente documentadas”. Conviene recordar ahora que en el art. 76 de la LPHE se prevé la imposición de multa de hasta 150.253,03 euros para quien realice cualquier clase de obra o intervención que contravenga lo dispuesto en el citado art. 39.

art. 323 del CP, más debe producirse una afección siquiera mínima de la sustancia, rechazándose un concepto estrictamente funcional del daño⁸⁰.

Hemos de referirnos aquí a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª) núm. 17/2005, de 25 de enero, donde considera que el bien jurídico protegido en los delitos que son objeto de nuestro estudio, es el valor (o función) social o cultural de los bienes que integran el Patrimonio Histórico español, <absolviendo> a los acusados por un delito sobre el Patrimonio Histórico al no resultar lesionado el valor anterior. Según los <hechos probados> de la sentencia, éstos se produjeron como consecuencia de unas obras iniciadas en agosto de 2001 en un edificio situado en la calle Conde Pallares de la ciudad de Lugo, calificado como bien integrante del Patrimonio Cultural de Galicia y que forma parte del Conjunto Histórico de Lugo, y en cuya ficha particular se prevén actuaciones de reelaboración obligatoria de las fachadas traseras y bajos, con posible adición de una planta retrasada “respetando el escudo” de la fachada principal y configura como elementos catalogados las cornisas, impostas (que no tiene), torna lluvias (que tampoco tiene), ventanas y rejerías. Los acusados, disponiendo de autorización para la demolición interior de dicho edificio hasta el nivel de rasante (a efectos de llevar a cabo excavaciones arqueológicas), por decisión conjunta extendieron la obra al derribo de la fachada posterior y muros medianeros y de la fachada principal, previo desmontaje de la cornisa y del escudo. Expresa la sentencia que aunque se derribaron los muros y ello resulta intocable, no está probado que se produjesen daños en el patrimonio histórico-artístico, cultural-

⁸⁰ ROMA VALDÉS, A.: “Las excavaciones ilegales y la protección penal del Patrimonio Histórico”, en *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 17, Madrid, 1996, pág. 68. De la misma opinión, TASENDE CALVO, J.J.: “La protección ...”, ob. cit. pág. 4.

monumental bien jurídico protegido por el tipo penal. Los peritos que declaran en el procedimiento afirman tajantemente que: el valor cultural de la fachada reside en el escudo y no en la fachada que es de acompañamiento y “anda por los pelos para catalogar”, que no se han producido daños y el valor histórico-artístico de la fachada y del edificio no ha sufrido, no viendo tampoco ningún daño en el escudo que es donde consideran que reside únicamente el valor artístico. Así las cosas, la Sala sentencia que “el valor histórico-artístico no ha sufrido; ni tampoco, prescindiendo de la perspectiva puramente económica, la función social o cultural colectiva que contiene la idea de patrimonio histórico conforme al art. 46 de la Constitución”, razón por la cual absuelve a los acusados del delito sobre el patrimonio histórico que se les imputaba.

Considero, por todo ello, que, <el bien jurídico objeto de tutela penal> es el valor cultural incorporado al bien objeto de protección y no el bien en sí mismo. No son los objetos los que han de tutelarse por sí mismos sino por lo que representan o incorporan al servicio de la cultura, y al progreso de los individuos; de este modo, la lesión del bien jurídico se materializa a partir del instante en que, a resultas del acto lesivo sobre el objeto material, el bien cultural se ve imposibilitado de ejercer su función de ser vehículo de acceso a la cultura y, contribución al desarrollo de la personalidad. Y ello a pesar de que alguna jurisprudencia considera como bien jurídico protegido sólo el valor material de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, así la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 22 de enero de 1998, antes estudiada. Dicho lo anterior, discrepo con el sector doctrinal que considera que lo que se protege son sólo los bienes que conforman el

Patrimonio histórico y su integridad física⁸¹. Y que la afectación material del bien no supone, en todo caso, un menoscabo de su función cultural. Así una eficaz protección penal de los bienes culturales requiere atender de forma prioritaria a la utilidad y destino de los mismos en función de sus beneficiarios, es decir, la colectividad en su conjunto, y no de los titulares públicos o privados de tal derecho, como establece el art. 46 de la CE.

⁸¹ SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho ...*, ob. cit. pág. 577.

CAPITULO IV

EL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 323 DEL CÓDIGO PENAL

I. IDEAS PREVIAS.

Bajo la rúbrica “De los delitos sobre el patrimonio histórico el Capítulo II del Título XVI del Libro II de Código Penal regula en sus arts. 321 a 324 un conjunto de conductas que vienen a proteger nuestro patrimonio histórico. Los tipos penales que castigan las conductas que lesionan el patrimonio histórico son básicamente los recogidos en los arts. 321 y 323. El primero castiga el derribo y/o alteración grave de los edificios singularmente protegidos por su interés cultural, mientras que el segundo los daños cometidos sobre cualquier categoría de bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental. Sin embargo, la relación que vincula a ambos no ha resultado del todo clara, especialmente por las penas que incluyen, al menos a los efectos de determinar la naturaleza de los tipos⁸².

Por nuestra parte, antes de continuar, quiero poner de manifiesto que el objeto de este estudio se va a centrar en los daños dolosos a nuestro Patrimonio Histórico del artículo 323 del Código Penal pues es, precisamente, a este precepto al que ha afectado la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, así como también a los daños por imprudencia grave realizados sobre el mismo del artículo 324 del mismo cuerpo legal, y aunque también pueden considerarse como daños al Patrimonio que estudiamos las conductas descritas en el art. 321 del CP relativas al derribo o

⁸² RODRIGUEZ MORO, L.: “Los delitos ..., ob. cit. págs. 178 y 179.

alteración grave de edificios singularmente protegidos, vamos a dejar su estudio para hacerlo de forma independiente, en un momento posterior. Ahora bien, sí entra dentro de nuestro estudio el derribo y/o alteración de edificios singularmente protegidos cuando éste no sea grave, incardinables dichas conductas en el art. 323 del CP.

Vamos a hacer un estudio del actual art. 323 del CP.

II. EL ARTICULO 323 DEL CODIGO PENAL TRAS LA L.O. 1/2015.

1. Introducción.

Hay que señalar que por L.O. 1/2015 de 30 de marzo se ha producido una importantísima reforma del Código Penal que afecta también a la materia objeto de nuestro estudio. La reforma del Código Penal en 2015 introduce por <primera vez>, desde que se aprobó el CP de 1995 unas mínimas variaciones, más formales que sustanciales, en el art. 323 del CP, precepto que sanciona los daños en bienes culturales.

Desde la promulgación del CP de 1995 se han introducido múltiples modificaciones al mismo, algunas de ellas se han realizado en el Título XVI del Libro II afectando a los delitos urbanísticos y contra el medio ambiente, pero ninguna a los delitos sobre el patrimonio histórico, lo que ha sido objeto de crítica por no haber aprovechado alguna de estas reformas para introducir las modificaciones ampliamente demandadas, lo que demuestra la escasa atención que se otorga a la tutela penal del Patrimonio Histórico⁸³.

⁸³ Así, GUIASOLA LERMA, C.: "Delitos sobre el Patrimonio Histórico: Artículo 323 del CP" en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, A.

Las concretas propuestas de reforma ampliamente demandadas se concretaban, en primer lugar, en el hecho de incorporar o introducir en el Capítulo II del Título XVI toda la protección penal de los bienes culturales (sobre todo, los actos de sustracción y apropiación de bienes culturales), pues de este modo se hubiera producido una “mayor clarificación del bien jurídico tutelado, haciendo hincapié en su carácter cultural y no meramente patrimonial”. La razón de ser de esta propuesta es clara si se observa la regulación que de las agresiones a los bienes culturales se efectúa en el Código Penal, pues además de los tipos penales del Capítulo II, subsisten en el Libro II (así, en los delitos contra la propiedad) numerosos tipos penales relacionados con los daños a bienes culturales, por lo que se puede decir que, hay más artículos relativos a la tutela penal del Patrimonio Histórico fuera del Capítulo II del Título XVI que contiene la regulación de los “delitos sobre el Patrimonio Histórico” que dentro de él. Ahora bien, esta demandada reforma no se ha llevado a cabo, modificándose únicamente el art. 323 del CP, que tipifica como hemos dicho los daños en bienes de valor cultural⁸⁴.

(Coords.): Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2ª edición, Valencia, 2015, págs. 1001 y 1002. También, GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “Los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español. Los daños dolosos a los bienes culturales (artículo 323 del Código Penal)”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.): *Comentarios al Código Penal reformado (2015)*, Madrid, 2015, págs. 741 y 742, que cita como nuevo argumento del escaso interés del legislador español en la materia, “el hecho de que el extenso Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, al igual que ocurre con otras reformas de indudable importancia, ni siquiera comente la que ha sido operada en el art. 323 del Código Penal”.

⁸⁴ GUIASOLA LERMA, C.: “Delitos sobre el Patrimonio Histórico: Artículo 323 del CP” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coords.): Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2ª edición, Valencia, 2015, págs. 1001 y 1002.

El art. 323 CP constituye un tipo de daños que completa el sistema autónomo de protección penal del patrimonio histórico, ampliando la tutela a mayor número de bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental que los recogidos en los arts. 321⁸⁵ CP y 322 CP⁸⁶. Este mayor ámbito de aplicación del tipo puede hacer pensar que estamos ante el tipo básico de los delitos sobre el patrimonio histórico, ya que se refiere a una categoría de bienes más amplia que incluiría los contenidos en aquellos. Ello explica que muchas de las infracciones no subsumibles en el art. 321 CP por razón del objeto material, sí lo sean en el art. 323. Ahora bien, este razonamiento no es coherente con la decisión del legislador si vemos las penas con las que castiga las conductas del art. 323 CP.

Con carácter previo al estudio de la reforma introducida en el art. 323, convendría hacer una breve referencia a la evolución pre-legislativa de este precepto. Para ello hay que partir del Proyecto de Reforma del Código Penal publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (en adelante BOCG) de

⁸⁵ El artículo 321 del Código Penal dispone: *“Los que derriben o alteren gravemente edificios 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”*.

⁸⁶ El artículo 322 del Código Penal establece: *“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 con 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”*.

4 de octubre de 2013, que se inició como Anteproyecto en octubre de 2012. Este Anteproyecto de 2012 propone una reforma del art. 323 CP que, aunque sin finalidad clara, aparte del endurecimiento de las penas, la justifica en la necesidad de adaptarla a la desaparición del Libro III “De las faltas”, pues su desaparición conlleva la del art. 625 del CP, y por tanto, las faltas de daños en los bienes protegidos por el art. 323 quedarían impunes; por ello, el Anteproyecto incorporó un nuevo segundo párrafo que contenía un tipo privilegiado por razón de la escasa cuantía del daño ocasionado, inferior a 1000 euros. Este tipo privilegiado fue objeto de crítica tanto por la doctrina, como por el Consejo General del Poder Judicial y por el Consejo Fiscal en los preceptivos informes emitidos por éstos dos últimos⁸⁷.

⁸⁷ Así, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. y OLLOQUIEGUI SUCUNZA, I.: “Falta contra el patrimonio histórico”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma de 2012*, Valencia, 2013, pág. 146, pusieron de manifiesto que, el nuevo párrafo tenía el efecto de endurecer la respuesta penal respecto de conductas muy escasamente lesivas, merecedoras de idéntico juicio de desvalor (y escasa antijuricidad) que las tipificadas en la falta a la que se trata de sustituir. También es crítico el informe emitido por el CGPJ que sugiere que, para determinar la pena, junto al valor económico de los objetos dañados, debería poder valorarse el perjuicio causado al patrimonio histórico o artístico; dicho informe dice textualmente: “El valor económico de la cosa dañada es el único aspecto relevante de cara a ponderar la escasa gravedad, sin tener en cuenta la entidad del perjuicio ocasionado al patrimonio histórico o artístico, dato éste que también debería ser tomado en consideración, dada la naturaleza del bien jurídico protegido”. Mayores críticas emitió el Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2012 en su preceptivo informe, pues en él, sugiere la supresión del nuevo tipo privilegiado (al no tener en cuenta los valores históricos o artísticos de los bienes objeto de protección, y sí, sólo, el valor económico de los mismos), y propone, por un lado, un tipo agravado para los “actos de expolio de yacimientos arqueológicos, así como las conductas de falsificación o alteración de obras de arte, que actualmente encuentran difícil acomodo en otros preceptos”, y, por otro lado, la cualificación de la pena para aquellos supuestos en los que “los bienes afectados por el delito posean un valor artístico o histórico muy relevante, con el fin de facilitar una graduación de la pena más acorde con la antijuricidad material del hecho”.

Como consecuencia de ello, el 3 de abril de 2013 aparece otro Anteproyecto, que incorpora algunas de las sugerencias del Consejo Fiscal efectuadas en relación a lo previsto para el art. 323 del CP en el Anteproyecto de 2012, así, mantiene el tipo privilegiado para “bienes de ínfimo valor” destinado a sustituir la desaparecida falta del art. 625, pero abandonando el carácter marcadamente económico y el límite de 1000 euros como cuantía máxima para su aplicación; también, por un lado, introduce un nuevo tipo penal, el “delito de expolio”, y por otro, incorpora dos cualificaciones, por el valor del daño causado y por el valor del objeto dañado. Además, limita el objeto del tipo básico, suprimiendo del precepto penal los daños causados en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico o institución análoga (casuística relación que había sido objeto de crítica por parte de la Doctrina).

Y el 4 de octubre de 2013 se publica en el BOCG el Proyecto de Reforma del Código Penal, que tras una pequeña precisión al mismo en el informe de la Comisión de Justicia (que matiza el texto del Proyecto al incluir la precisión de que los yacimientos arqueológicos protegidos podrán ser terrestres o subacuáticos), es el que se aprueba⁸⁸.

El art. 323 del CP actualmente (tras la reforma introducida por 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) queda redactado así:

⁸⁸ Vid. DE LA CUESTA AGUADO, P.M. (Aut.), “La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico. El delito de expolio”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentario a la Reforma Penal de 2.015*, 1ª edición. Pamplona 2015, págs. 643 y ss. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *La Reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Madrid, 2015, pág.273, donde afirma que, “el nuevo texto del artículo 323 procede sustancialmente del Proyecto”.

“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 éstos últimos.

2. Si se hubieren 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.”

Conforme a lo dispuesto en la Disposición final octava de la Ley Orgánica 1/2015, esta Ley, y por tanto el precepto que estudiamos, entró en vigor el 1 de julio de 2015.

Dicho esto ¿en qué consiste la reforma operada sobre el artículo 323 del C.P.? Es claro que estamos ante un delito especial de daños por razón de los bienes sobre los que producen estos daños (bienes de valor histórico,...) frente al tipo genérico de daños del art. 263 C.P., pero ¿qué modificación sobre el mismo operó la reforma?, así, por ejemplo, ¿han quedado desprotegidos los museos, archivos, registros, bibliotecas, centros docentes, gabinetes científicos o instituciones análogas, al desaparecer estos términos de la nueva redacción

del art. 323 C.P.?, pues bien, el régimen aplicable desde la reforma es el que exponemos más adelante en este estudio.

2. Tipo objetivo.

2.1. Bien jurídico protegido. Sujetos activo y pasivo.

Como hemos dicho anteriormente, se protege el valor cultural de los bienes que forman parte del patrimonio histórico, siendo un bien jurídico protegido de naturaleza inmaterial y colectiva, vinculado a la noción de interés general y que está representado por el conjunto de la sociedad. No se requiere que dicho valor cultural esté reconocido como una categoría jurídica asignada formalmente. La tutela penal del art. 323 CP abarca bienes que tengan dicho valor aunque no estén reconocidos o inventariados en algún registro por dicha circunstancia.

El art. 323 castiga a “el que” cause daños sobre determinados bienes. Por ello, entendemos que, el sujeto activo del delito es genérico, y por tanto, puede serlo cualquier persona física, siendo un delito común⁸⁹.

No existe obstáculo para considerar sujeto activo del delito al propietario del bien mueble o inmueble, pues el tipo penal protege un bien jurídico de dimensión colectiva y social que es indisponible para aquél, siendo ésta la

⁸⁹ Por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2ª edición, Valencia 2005, pág. 816.

opinión mayoritaria de la doctrina⁹⁰. Además, el precepto no añade a los elementos que constituyen el objeto material la cualidad de “ajenidad”⁹¹.

Sin embargo, hay una opinión doctrinal minoritaria que niega la posibilidad de que el propietario de un bien cultural pueda constituirse en sujeto activo del delito amparándose en el término “cultural” introducido en el delito de sustracción de cosa propia regulado en el art. 289 CP⁹², y ello lleva a un sector doctrinal amplio a hablar de que en esos casos existe un concurso de normas con el art. 323⁹³.

Ahora de lo que se trata es de determinar si el propietario del bien cultural puede ser sujeto activo del delito que estamos estudiando. Así, si nos atenemos al bien jurídico protegido no hay razón alguna que impida incluir al propietario entre los posibles sujetos activos del delito, bastando para esta afirmación acudir al mandato constitucional del art. 46 donde establece la tutela de los bienes que integran nuestro patrimonio histórico cualquiera que

⁹⁰ Así, GUIASOLA LERMA, C.: *Delitos ...*, ob. cit, pág. 181. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Nuevo ...*, ob. cit. pág. 480.

⁹¹ Por todos, GUIASOLA LERMA, C.: *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 323 a 324 del Código penal*, Valencia, 2001, págs. 657-659, quien pone los ejemplos de quien daña sus bienes con valor histórico a los efectos de cobrar un seguro indemnizatorio o evitar la expropiación de un terreno. MORENO VERDEJO, J.: “De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.): *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, pág. 1387.

⁹² De esa opinión, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial ...*, ob. cit. pág. 496. El artículo 289 del Código Penal establece: “El 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, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses”.

⁹³ Así, TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “La protección ...”, ob. cit. pág. 62. TASENDE CALVO, J.J.: “La protección ...”, ob. cit. pág. 4. RODRIGUEZ NÚÑEZ, A.: “La protección ...”, ob. cit. pág. 154. SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: “De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) y JORGE BARREIRO, A. (Coord.): *Comentarios al Código penal*, 1ª ed., Madrid, 1997, pág. 832.

sea su régimen jurídico y “su titularidad”, pudiendo ser también sujeto activo quien tenga relación con el objeto material, ya sea persona física o jurídica, o pública o privada. Como afirma LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, nos hallamos ante una tutela penal fundamentada en la especificidad del objeto material que pretende garantizar la conservación del patrimonio cultural cuyo centro de gravedad se coloca en su condición de bienes que incorporan <valores espirituales> de interés para la colectividad y que detentadores deben posibilitar⁹⁴.

En definitiva, y como mantenemos también, la tutela del valor cultural y de la propia función socio-cultural que el bien está llamado a desempeñar debe llevarse a cabo con independencia de su titularidad⁹⁵.

El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido y, rotundamente, está constituido por toda la colectividad, la sociedad en su conjunto, en cuanto beneficiaria de la función socio-cultural que los bienes culturales están llamados a desempeñar en un Estado Social y Democrático como el nuestro⁹⁶.

Por otro lado, esta tutela es compatible con la del patrimonio individual del propietario del bien dañado en el caso de que la afectación de su valor cultural implique también una disminución del valor económico del bien, lo que, en

⁹⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La Ley Valenciana de Patrimonio Cultural. Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Histórico-Artístico*, Valencia, 1999, pág. 27. De la misma opinión, RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 269.

⁹⁵ RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 269.

⁹⁶ Y esta constituye la opinión que unánimemente es compartida por nuestra doctrina. Por todos, CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, vol. II, Madrid, 1997, pág. 37.

cualquier caso, va a ser susceptible de satisfacción en concepto de responsabilidad civil derivada del delito⁹⁷.

2.2. Conducta típica.

2.2.1. Precisiones terminológicas.

El art. 323 CP, recoge un <delito específico de daños> de preferente aplicación por razón de especialidad (la materia sobre la que recae el delito) frente al tipo genérico de daños del art. 263 del C.P. Y en éste sentido, en relación con la especificidad del delito, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 10 de diciembre de 2.001. Dicha sentencia se señala que:

“... constituyendo el comportamiento típico en causar daños en alguno de los lugares o bienes referenciados, y correspondiéndose la acción punible de dañar, según reiterado criterio jurisprudencial, con los verbos destruir como pérdida total, inutilizar como pérdida de su eficacia, productividad o rentabilidad, y deteriorar como pérdida parcial del quantum, ..., bajo la causalidad de un único “animus damnandi” ”.

La acción típica del art. 323 del CP consiste, antes y después de la Reforma de 2015, en “causar daños”, y para su delimitación nos hemos de remitir al tipo genérico de daños del art. 263 del CP, ya que la acción prevista en ambos preceptos son coincidentes, siendo que la especialidad del delito que estudiamos viene determinada por el objeto y no por la acción.

El término de daño, multívoco incluso en su acepción jurídica, lo sigue siendo sobre todo en la penal, ya que por él se designa, o puede designarse,

⁹⁷ RODRIGUEZ MORO, L.: “Los delitos ..., ob. cit. pág. 208.

tanto el mal implícito en la acción criminal como el ocasionado en el mundo exterior efectivo por su perpetración⁹⁸.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el “daño” como <efecto de dañar o dañarse>, y entiende por dañar <causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia>, y también <maltratar o echar a perder algo>. La doctrina penal española ha venido tradicionalmente asimilando la causación de daños con la destrucción o deterioro de la cosa y, alternativa o cumulativamente, con su inutilización, pérdida o disminución de valor o utilidad⁹⁹.

En cuanto al significado de los verbos típicos que conducen al resultado lesivo castigado en el delito de daños, o sea, destruir, deteriorar, inutilizar, hay amplio consenso en la doctrina. Así, “destruir” significa <deshacer, arruinar, asolar una cosa material>, lo que conlleva la realización de una actuación física y, en cierto sentido, violenta que recae sobre la cosa, anulando su valor a través de la eliminación material de la misma; supone, en definitiva, el aniquilamiento de la cosa en su esencia específica¹⁰⁰. “Deteriorar” significa <estropear> o <menoscabar> la cosa por lo que implica una disminución del valor de la misma debido a una modificación o alteración en su materialidad;

⁹⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, A.: “Daños”, en *la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo VI, Barcelona, 1985, pág. 211. En la misma línea, PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo IV, Madrid, 1969, pág. 403, que señala que: “cuando en el lenguaje jurídicopenal se habla de <daños>, lo primero que hace falta es diferenciar aquellos que se producen como consecuencia de un delito de aquellos otros que adquieren sustantividad independiente como entidad penal diferenciada”.

⁹⁹ Por todos, RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 272.

¹⁰⁰ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: *El delito de daños: consideraciones jurídico-políticas y dogmáticas*, Burgos, 1999, pág. 128.

como ejemplo, la mutilación de una estatua o ensuciar una pintura¹⁰¹. Y por último, la “inutilización” que significa la anulación de la función del bien objeto de protección, haciéndolo inservible para el fin al que estaba destinado, produciendo como resultado la pérdida de su valor de uso; en definitiva, se trata de <la falta de idoneidad de la cosa para desempeñar, en todo o en parte, transitoria o definitivamente, la función a la que está naturalmente destinada>¹⁰².

La conducta típica del art. 323 CP puede consistir además de en “dañar” los bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, tras la Reforma de 2015, en “expoliar” los yacimientos arqueológicos. El art. 4 de la LPHE define la expoliación 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 que perturbe el cumplimiento de su función social*”, definición que resulta ciertamente muy amplia.

El legislador penal, por el contrario, no indica qué ha de entenderse por expolio a efectos de este delito, si bien habrá que incluir en él conductas que no se puedan considerar daños en sentido estricto, pero tampoco meras sustracciones o apropiaciones indebidas, que pueden castigarse aplicando los tipos cualificados de los respectivos delitos contra el patrimonio (arts. 235.1.1º, 240.2 o 254.1). Habrán de interpretarse como expolio, por tanto, conductas

¹⁰¹ SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: *Los delitos de daños*, Pamplona, 1994, pág. 68, donde afirma que el deterioro o menoscabo implica <la degradación o desmerecimiento de la cosa, poniéndola en inferior condición, ya sea estéticamente (pintadas, carteles, manchas, rayones, abolladuras, etc.) o ya funcionalmente (roturas, destrozos parciales, estropeamientos, averías, etc.) lo que coincidirá, prácticamente, cuando fuere total, con la inutilización>.

¹⁰² BRICOLA, F.: “Danneggiamento”, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XI, Milano, 1962, pág. 600.

como las de realizar excavaciones ilegales o perpetrar actos vandálicos en los yacimientos, entre otras¹⁰³.

2.2.2. Contenido material de la acción típica.

Como premisa en esta materia tenemos que decir que, el injusto típico del art. 323, lo que prohíbe, consiste en la causación de daños a determinados bienes del patrimonio histórico (la realización de cualquier tipo de daños a bienes distintos de los comprendidos en el art. 321, cuales son los “edificios singularmente protegidos”)¹⁰⁴; el valor cultural de estos bienes y la función socio-cultural que están llamados a desempeñar constituye el bien jurídico protegido cuya lesión integra el desvalor de resultado. El objeto sobre el que recae la acción es el bien integrante del Patrimonio Histórico español. Pero no toda lesión a este patrimonio integra el injusto típico del precepto citado; por tanto, la pérdida o grave minoración del valor cultural que el bien detenta y la pérdida o minoración de la función socio-cultural que ejerce (desvalor de resultado) sólo será típica cuando, como veremos, se halla llevado a cabo de una manera determinada.

¹⁰³ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª edición ..., ob. cit. págs. 494 y 495.

¹⁰⁴ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, ..., ob. cit. págs. 492 a 494, donde afirma que, “la acción típica se configura de un modo amplio como la realización de cualquier tipo de daños distintos de los comprendidos en el art. 321”, y en relación con este último precepto señala que “la acción típica consiste en el derribo o alteración de los inmuebles a que se refiere el precepto”, siendo que este precepto se refiere expresamente a los <edificios singularmente protegidos> por su interés histórico, artístico, cultural o monumental.

La doctrina española dominante viene manteniendo que la inutilización de la cosa constituye una de las modalidades típicas a través de la cual se perfecciona el delito¹⁰⁵.

Un reducido número de autores considera que “si el bien jurídico tutelado es esencialmente la utilidad que determinados bienes proporcionan a la colectividad, lo decisivo para concretar el daño penalmente relevante es el perjuicio o perturbación para la función social que dicho bien desempeña, y no tanto si este perjuicio se ha producido lesionando la sustancia de la cosa o alterando su valor de uso o destino”¹⁰⁶. En base a ello, el daño ocasionado ha de cifrarse en la imposibilidad o grave perturbación en la específica función cultural ... exista o no afección a la sustancia de la cosa¹⁰⁷. Esta opinión o

¹⁰⁵ Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, tomo XIV, fasc. II, Madrid, 1961, pág. 234. GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A.: “Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima. El problema del accidente de tráfico. La punición de los delitos imprudentes”, en *Poder Judicial*, núm. XII especial, Madrid, 1990, págs. 232 y ss. RUÍZ ANTÓN, L.F.: “El delito de daños en las cosas”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios a la legislación penal*, tomo XIV, vol. 2º, Madrid, 1992, pág. 912. JORDANA DE POZAS GONZÁLEZ, L.: “De los daños”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo II, Madrid, 1997, pág. 2914. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 128. GUIASOLA LERMA, C.: “Los delitos ...”, ob. cit. pág. 181. En este sentido también, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y entre otras en la siguiente sentencia: STS de 6 de diciembre de 1984 (RJ 1984/6247). Por contra, JIMÉNEZ HUERTA, M.: *Derecho penal mexicano. La tutela penal del patrimonio*, tomo 4, México, 1981, pág. 409, para quien “no constituye delito de daño, según nuestro ordenamiento vigente, el hacer desaparecer la cosa o el mutar su modo de ser, pues estos hechos no presuponen su destrucción o deterioro. No negamos que a consecuencia de estas conductas se causa un daño a otro, pero afirmamos que este daño sólo origina responsabilidad extracontractual por un acto ilícito, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1910 del Código Civil”.

¹⁰⁶ PÉREZ ALONSO, E.J.: “Los delitos ...”, ob. cit. pág. 633.

¹⁰⁷ PÉREZ ALONSO, E.J.: “Los delitos ...”, ob. cit. pág. 629. Y en con FARRÉ DÍAZ, E.: “Delitos ...”, ob. cit. pág. 149, que mantiene que la acción de <causar daños> prevista en el art. 323 implica un detrimento del objeto sobre el que recae, entendido como destrucción total o

teoría basada en un concepto funcional del daño (consecuente con la tesis que considera como objeto del delito la función socio-cultural que los bienes históricos desempeñan) lleva a conclusiones sorprendentes como el considerar delito la construcción de un rascacielos que impida la contemplación de una catedral del siglo XV de valor histórico-artístico.

En la misma línea que acabamos de exponer, GARCÍA CALDERÓN mantiene que, “el daño no tiene porque ser estrictamente físico o material que suponga una merma de su sustancia, pudiendo, por ejemplo, en consonancia con el concepto normativo de Patrimonio, irrogarse un daño social impidiendo que el bien afectado pueda ser visionado o disfrutado por la colectividad, sufriendo por tanto una merma en su función”¹⁰⁸. Una rigurosa aplicación de esta teoría nos lleva a situaciones llamativas, así, piénsese en el caso de cierre de varias salas del Museo del Prado durante un período de tiempo prolongado, para llevar a cabo el acondicionamiento de las mismas o para la restauración de sus principales obras pictóricas, durante ese tiempo no es posible que el público tenga acceso a las mismas, por lo que estos bienes dejan de cumplir su función socio-cultural; conforme a la tesis expuesta, la acción sería típica aunque no antijurídica al estar amparada por una causa de justificación.

En definitiva, entendemos, conforme a la opinión mayoritaria, que, mediante la destrucción, deterioro, alteración o inutilización del objeto material debe producirse una pérdida o grave minoración del valor cultural de la cosa o una pérdida o grave minoración de la función socio-cultural que le corresponde

parcial e incluso su deterioro; añade que: “Consiste, por tanto, en toda actividad u omisión voluntaria que ocasione la destrucción o inutilización total o parcial, o el menoscabo, de una cosa corporal de las enumeradas en el precepto, siempre y cuando posean connotaciones histórico-artísticas o científicas y no se trate de daños contemplados en el art. 321”.

¹⁰⁸ GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “La protección ..., ob. cit. pág. 424.

desempeñar, sin que sea necesario la producción de ambos resultados lesivos. Así, encuadraría en el tipo del art. 323 la acción vandálica de quien arroja al mar una escultura helénica con el propósito de sustraerla a la contemplación de la colectividad, pues, de este modo, no sólo afecta a la función socio-cultural del mencionado bien sino que también se produciría un deterioro de la sustancia debido a la acción corrosiva de la sal marina¹⁰⁹.

El injusto típico del art. 323, también prohíbe, la realización de actos de expolio en yacimientos arqueológicos. En cuanto a la conducta de expolio de yacimientos arqueológicos, decir que, el expolio supone incautar, sustraer o apoderarse (con ánimo de lucro) de bienes del patrimonio arqueológico, que dan lugar a la pérdida o destrucción de todos o algunos de los bienes que integran el mismo, lo que, en definitiva, supone la causación de daños al patrimonio arqueológico, subsumibles o incardinables como acción típica (tanto el apoderamiento patrimonial como los daños) en el artículo 323 del CP.

Con el expolio se daña de alguna forma el yacimiento, es decir, al conjunto, al privarle de uno de sus elementos que pudiera ser necesario para determinarlo correctamente, por ej., en un contexto histórico y espacial determinado, por lo que si tal menoscabo se produce se podría castigar por el art. 323¹¹⁰.

2.2.3. Los daños del art. 323 CP y la comisión por omisión.

¹⁰⁹ RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 284.

¹¹⁰ Así, ARIAS EIBE, M.J.: *El patrimonio cultural ...*, ob. cit. págs. 192 a 194.

No existen obstáculos para admitir la comisión por omisión¹¹¹.

Los delitos tipificados en el art. 323 del CP son delitos de resultado (entendiendo el resultado como la producción de un efecto en el mundo exterior diferenciado espacio-temporalmente de la acción). De acuerdo con ello, la acción de dañar, consistente en destruir, deteriorar o inutilizar, no basta para la realización del delito si no se produce como resultado de la acción una pérdida o grave minoración del valor cultural del objeto sobre el que recae y la imposibilidad o grave perturbación en el ejercicio de la función socio-cultural que el mismo bien u objeto desempeña. El resultado viene a coincidir con el “desvalor del resultado” de la acción que viene materializado en la lesión del bien jurídico protegido.

En el caso del tipo del art. 323 del CP, la propia configuración del tipo hace posible la comisión por omisión¹¹², pues aunque en el mismo no se contiene una descripción expresa de la omisión, tiene el sentido de prohibir todas las conductas, tanto activas como omisivas, que den lugar a la producción de un determinado resultado; así, por ejemplo, la no restauración de un cuadro de Picasso, o el no restaurar la catedral de una ciudad, cuando fuese necesario y produciendo este actuar omisivo daños en estos bienes culturales.

En nuestro Código Penal se regula la comisión por omisión en el art. 11 que establece:

¹¹¹ Vid ampliamente, CUADRADO RUIZ, M^a. A.: “La comisión por omisión como problema dogmático”, en ADPCP, 1997, págs.387 y ss. RODRIGUEZ MORO, L.: “Los delitos ...”, ob. cit. pág. 218.

¹¹² Admitiendo la comisión por omisión en el delito genérico de daños, por todos, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 144.

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

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

Conforme a este precepto la no evitación del resultado equivale, según el texto de la ley, a su causación; además, dicho precepto nos indica los posibles sujetos activos del delito realizado en comisión por omisión, diciendo que son aquellos que tienen un especial deber jurídico de evitar la producción del resultado. Estamos, en ese último caso, ante la conocida <posición de garante>¹¹³ entendiendo ésta como la situación de responsabilidad en la que se encuentran determinados sujetos con respecto a ciertos bienes jurídicos y que obliga a estos sujetos a garantizar la indemnidad¹¹⁴ de tales bienes, surgiendo esa situación de responsabilidad de alguna de las tres fuentes previstas en la norma, cuales son, la ley, el contrato y la injerencia o actuar precedente.

Trasladando esto a los delitos contra el Patrimonio Histórico decir que, en el delito de daños del art. 323 del CP la acción típica consiste en dañar el bien objeto de protección, teniendo esa acción distintas modalidades de

¹¹³ Para un análisis más detallado de la posición de garante, recogiendo las distintas teorías sobre la materia en la doctrina alemana y en la española, CUADRADO RUIZ, M^a. A.: “La posición de garante”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 6, Madrid, 2000, págs. 11 y ss.

¹¹⁴ En este sentido, SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “La comisión por omisión en el Código penal de 1995”, en *La Ley*, tomo I, Madrid, 1999, pág. 1748.

comisión, así, destruir, deteriorar, o inutilizar; pero también se destruye, deteriora o inutiliza el objeto material protegido, o sea también se produce el resultado, mediante la no realización de actividad alguna, omitiendo la conducta debida. Así, por ejemplo, piénsese en un valioso lienzo depositado en una de las dependencias del Museo del Prado, y quien tiene el deber de vigilancia o de aseguramiento de las fuentes de peligro que puedan lesionar el bien jurídico (la persona encargada de la restauración del lienzo en el citado museo o el vigilante del mismo), omite dolosamente llevar a cabo la restauración del lienzo, necesitada de ella, en tiempo oportuno para evitar su deterioro, u omite adoptar las medidas necesarias para evitar el efecto nocivo de una gotera sobre el lienzo.

En la regulación que de la comisión por omisión se hace en el art. 11 del CP se exige que concurra un especial deber jurídico del autor, deber jurídico que determina que el sujeto se encuentre en una posición de garante para la protección del bien jurídico tutelado, deber que se infringe, no realizando la acción esperada, e imputando el resultado producido por la no realización de la acción a la omisión producida. Hay tres fuentes que colocan al sujeto en la posición de garante.

La posición de garante puede provenir del un específico “deber legal de actuar”¹¹⁵. Existen normas administrativas, tanto estatales como autonómicas, y de menor rango, que regulan la protección del patrimonio cultural y que vienen a establecer deberes de conservación, mantenimiento y custodia del mismo dirigidos a personas físicas y jurídicas que se encuentran en alguna posición

¹¹⁵ En este sentido, puntualizar que el concepto de Ley ha de ser entendido en un sentido amplio, que abarca desde las Leyes a los Decretos, Reglamentos, Órdenes Ministeriales e incluso las Ordenanzas Municipales.

determinada en relación con el bien objeto de protección. Así, se impone un deber específico de tutela al propietario, poseedor o titular de derechos reales sobre el bien cultural. En este sentido el artículo 36 de la LPHE impone la obligación de conservación, mantenimiento y custodia a quienes mantengan una posición de disponibilidad material del objeto mueble o inmueble de valor cultural. Así, por ejemplo, la obligación que tienen los propietarios y poseedores de archivos y documentos que han sido declarados históricos de conservarlos y de proceder a la restauración de aquellos que se encuentren deteriorados, o bien que estos soliciten de las autoridades o instituciones culturales, o sea, soliciten de la Administración competente que proceda a su restauración. En este caso sería la propia LPHE, la fuente de la posición de garante.

Pero la obligación de conservación de los bienes jurídicos objeto de protección es más amplia, se extiende también a los responsables institucionales de determinados establecimientos de carácter cultural. A modo de ejemplo, decir que en el art. 16 del Real Decreto 620/1.987, de 10 de abril (modificado por R.D. 496/1994, de 17 de marzo), por el que se aprueba el Reglamento de los Museos de titularidad estatal y el Sistema Español de Museos impone la obligación al director del museo de adopción de las medidas necesarias para la seguridad del patrimonio cultural custodiado en el mismo, surgiendo así también la posición de garantía frente a los bienes culturales para los directores de museos.

La pasividad es lo que tradicionalmente ha caracterizado a la Administración en España cuando se encuentra ante situaciones de riesgo para

la integridad de su patrimonio cultural¹¹⁶. Por esa razón, la LPHE de 1985 toma cartas en el asunto y en su art. 2.1 impone a la Administración del Estado “el deber de garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español”; y esta Ley también impone a los Ayuntamientos, quizá por su cercanía a los bienes objeto de protección¹¹⁷, en su art. 7, la obligación de cooperar con los Organismos competentes en la conservación y custodia del Patrimonio Histórico Español comprendido en su término municipal, adoptando las medidas oportunas para evitar su deterioro, pérdida o destrucción, así como, la obligación de notificar a la Administración competente cualquier amenaza, daño o perturbación de su función social que tales bienes sufran, y, las dificultades y necesidades que tengan para el cuidado de tales bienes.

Dicho esto, la determinación de quiénes son las personas físicas responsables penalmente de la no evitación del resultado lesivo, es tarea que corresponde al juzgador, el cual acudirá, en primer lugar, al R.D. 2586/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, y, dependiendo del lugar en el que se hayan producido los daños al patrimonio histórico, a las Ordenanzas Municipales que regulan la organización y funcionamiento de la Corporación Local.

Piénsese, conforme a lo dicho anteriormente, en el caso de un funcionario de Ayuntamiento de una determinada localidad, el cual es la

¹¹⁶ La doctrina administrativa española también lo entiende así; por todos, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L.: *Estudios ...*, ob. cit. págs. 503 y ss.

¹¹⁷ El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la sentencia 388/1998, de 23 de marzo (RJCA 1998/2087) indica que por autoridad competente en la materia hay que entender al Delegado Provincial de la Consejería.

persona responsable de la conservación del patrimonio histórico que existe en el ámbito geográfico de su competencia y el cual omite dolosamente adoptar las medidas necesarias para evitar el resultado lesivo; entonces, si como resultado del incumplimiento del deber legal que tiene el funcionario de comunicar al órgano autonómico competente el estado de amenaza en el que se encuentra el bien se produce la lesión de tal bien cabe imputarle la realización del delito de daños del art. 323 del CP en comisión por omisión¹¹⁸.

La segunda fuente de la posición de garante que se cita en el art. 11 del CP es “el contrato”, el Código Penal la llama obligación contractual, y estamos en esta posición cuando el sujeto está obligado a evitar el resultado porque a ello se ha comprometido mediante un contrato. Sería el caso, por ejemplo, del vigilante de seguridad que contrata con un museo, a cambio de una retribución económica, la vigilancia del mismo y en el contrato se compromete a cuidar de los objetos depositados en él.

La tercera fuente de la posición de garantía es la “injerencia”, en virtud de la cual quien mediante un actuar precedente crea un peligro de lesión de un bien jurídico, responde de esa lesión igual que si la hubiera causado mediante una acción, si posteriormente omite evitar el resultado típico en el que ha desembocado aquel actuar precedente¹¹⁹.

¹¹⁸ RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. págs. 300 y ss.

¹¹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Art. 11”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, tomo I, (Arts. 1 a 18), Madrid, 1999, pág. 416. CUADRADO RUIZ, M^a. A.: “La posición de garante”,..., ob. cit. págs.. 29 y ss. En palabras de BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Art. 11”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, 1^a ed., Madrid, 1997, pág. 434, “el fundamento de la injerencia se basa en el principio <neminem laedere>, es decir, en el principio que establece que todos los ciudadanos son libres

En conclusión decir que: 1. El autor del delito del art. 323 del CP cometido en comisión por omisión es aquel que se encuentra en posición de garantizar la indemnidad del bien jurídico protegido, ya por su relación especial con el mismo o con una fuente de peligro que le pueda afectar; 2. La existencia de un deber jurídico que se encuentra fuera del tipo penal es la «fuente» de la que surge o emana la posición de garante; 3. El especial deber jurídico del autor emana de una específica obligación legal o contractual de actuar o cuando el omitente haya creado una situación de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente; 4. Para fundamentar la responsabilidad penal en la comisión por omisión es necesario además de la posición de garante del sujeto, la omisión por su parte de la conducta debida; 5. La posición de garante no ofrece ninguna dificultad en los casos en los que proviene de la ley o de los reglamentos dictados en virtud de una ley (recuérdese lo relativo a la posición de garante de la LPHE a que nos hemos referido anteriormente).

2.3. Objeto material.

2.3.1. Configuración del objeto material.

El anterior art. 323 del C.P. en la regulación que el mismo contenía especificaba que castigaba los daños causados en “un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos”, mientras que la reforma operada por la Ley

de configurar sus propias actividades y tareas personales, con la contrapartida de responder por los daños que ello cause a los demás.

Orgánica 1/2015 ha suprimido toda referencia expresa al objeto material¹²⁰ de la acción que recae sobre “un archivo, registro, *museo*, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga”, quedando subsumidos dentro de la referencia genérica a los daños en “*bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos*”, destacando el valor cultural de los mismos con independencia de su ubicación, y acabándose, de este modo, con la dualidad de las conductas criminalizadas en el art. 323 C.P. (daños en un archivo, ... y daños en bienes de valor histórico, ...).

Ello supone, desde mi análisis, un gran acierto del legislador y así es interpretado y entendido por la mayoría de la Doctrina¹²¹. Hasta ahora no se entendía la razón por la que se les otorgaba a los bienes indicados una protección privilegiada, pues de tratarse de un archivo, museo, biblioteca, ... con valor histórico, artístico, científico o cultural, ya estaban debidamente protegidos por el art. 323 C.P. con la expresión “bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos”; y de este modo, tras la reforma, los daños causados, por ejemplo, sobre una biblioteca carente del valor anterior, o sea, no se trate de

¹²⁰ MUÑOZ CONDE, F.: *Análisis de las Reformas penales. Presente y futuro*. Valencia, 2015.

¹²¹ DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: “La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico, ..., ob. cit. pág. 647, indica que, “Esta nueva redacción merece una valoración positiva ya que la redacción original (previa) es excesivamente amplia; incluía objetos difícilmente equiparables y originaba dudas interpretativas que habían llevado a la Doctrina a reclamar una interpretación muy estricta que permitiera excluir los daños menores originados en los inmuebles o cuando no tuvieran relevancia alguna desde una interpretación teleológica (por ejemplo, daños en los pupitres o cuartos de servicio de un centro docente)”.

bien de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, la protección de tales daños se otorga a través de los art. 263 y ss. C.P.

Además, aunque no hay duda del valor de bien histórico, artístico, científico o cultural, de *un “museo”*, difícilmente un centro docente puede tener el mismo, por lo que es de alabar la supresión del citado privilegio.

Hemos de tener en cuenta que, en ocasiones, la modificación de un precepto, como ocurre en el caso del art. 323, ha de ir acompañada de la modificación de otros preceptos que puedan verse afectados; en este caso se ha planteado un problema pues el legislador ha olvidado introducir la misma modificación relativa al objeto material en el art. 324, el cual está establecido para castigar los daños previstos en el art. 323 (dado que sus elementos del tipo objetivo son idénticos a los del tipo imprudente) cuando se cometen por imprudencia grave. De este modo la reforma queda parcheada lo que puede afectar a la seguridad jurídica y a la resolución de asuntos en la práctica judicial¹²².

Centrándonos en los “museos, archivos, registros, bibliotecas, ...”, la desaparición de estos conceptos/bienes culturales del art. 323 C.P. no supone en mi opinión en modo alguno una merma en su protección. Como veremos, la protección que se les dispensa tras la reforma es la misma.

El objeto material protegido a partir del día 1 de julio de 2.015 (fecha de la entrada en vigor la L.O.1/2015) es idéntico, pues nada obsta a seguir

¹²² GUIASOLA LERMA, C.: “Delitos sobre el Patrimonio Histórico: Artículo 323 del CP” ..., ob. cit. pág. 1002.

manteniendo la tesis que mantiene que el patrimonio histórico protegido por el art. 323 del C.P. (y el 324) es el real¹²³, y no sólo el formalmente declarado.

En el primer párrafo del art. 323 del CP castiga y castigaba los daños causados en “bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos”. Se trata de una cláusula abierta, y aunque en principio algunos hayan considerado que el objeto protegido son sólo bienes muebles (pues no existe en el Capítulo II otro tipo relativo a daños sobre bienes muebles), la referencia a bienes de valor monumental (que la LPHE reserva a bienes inmuebles) nos permite concluir que la acción de dañar, y por tanto la protección penal dispensada por el art. 323 y también por el art. 324 ambos del C.P., puede recaer tanto sobre bienes muebles como sobre bienes inmuebles, que tengan un “valor histórico, artístico, científico o monumental” que es lo que justifica la existencia de estos tipos específicos de daños. Es más, los yacimientos arqueológicos son considerados como bienes inmuebles. Nos clarifican la cuestión los arts. 14 y 15 de la LPHE, conforme a los cuales tendrán la consideración de bienes inmuebles tanto los así definidos en el art. 334 del Código civil (entre los que se encuentran, entre otros, las tierras, caminos, minas, canteras, ...), como los monumentos, jardines, parajes naturales o zonas arqueológicas, referenciados de forma particularizada por la aquella ley. Por tanto, los daños efectuados sobre estas categorías de bienes inmuebles distintas de un “edificio” serán constitutivos de un delito del art. 323 siempre y cuando tengan un valor artístico, histórico,

¹²³ Patrimonio Histórico real es: El que tiene un valor histórico intrínseco con independencia de una declaración formal de la administración en ese sentido, el que recae sobre bienes muebles e inmuebles que conforme a circunstancias objetivas resulte innegable su valor histórico, cultural o artístico, estén o no declarados de interés cultural o inventariados.

científico, cultural o monumental. Quedan excluidos del ámbito de esta protección los bienes inmuebles que constituyan “edificios singularmente protegidos”, cuya protección les viene dispensada por el art. 321 del C.P. en caso de derribo o alteración grave de los mismos, ya sea total o parcial.

Hay que señalar que, a diferencia del tipo del art. 321 CP que castiga los daños sobre edificios “singularmente protegidos” necesitando de forma expresa para obtener la tutela que éstos hayan sido declarados formalmente como “bienes de interés cultural” por alguno de los procedimientos recogidos en el art. 9 de la LPHE¹²⁴, el art. 323 no requiere, al menos de forma expresa, que los bienes muebles o inmuebles a los que se refiere deban disfrutar de dicha tutela. Este precepto penal no hace referencia a la necesidad de declaración administrativa alguna, a diferencia del art. 321, y es por ello, por lo que la mayoría de la doctrina no exige esa declaración formal¹²⁵ y considera el referido “valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental” un término normativo de naturaleza cultural pendiente de valoración judicial. En este sentido, el art. 46 CE insta a la ley penal a sancionar los atentados que se produzcan contra el patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran “cualquiera que sea su régimen jurídico”, por lo que debe abarcar tanto los que estén registrados, reconocidos

¹²⁴ El art. 9.1 de la LPHE establece que: “Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural por ministerio de esta ley o mediante Real Decreto de forma individualizada.

¹²⁵ SERRANO GÓMEZ, A./ SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho penal. Parte especial*, 14^a ed., Madrid, 2009, pág. 642, que consideran se debe incluir en el tipo los edificios (y cualquier otro bien mueble o inmueble) respecto de los que se halla incoado expediente para su declaración formal y registro como bienes de interés cultural pero que todavía está pendiente de resolución definitiva, esto es, edificios “no singularmente protegidos”, pero en proceso de ser así declarados, los cuales están excluidos del art. 321.

o declarados, como los que no. Serán los jueces o tribunales los que tendrán que determinar en cada caso concreto si el bien mueble o inmueble tiene dicho valor o no¹²⁶. Para dicha labor interpretativa los jueces deben guiarse, según parte de la doctrina, por el auxilio a la normativa administrativa como criterio orientador (así las declaraciones que realiza de “bienes de interés cultural), es decir, que no se dejen llevar por sus particulares consideraciones y sí por los elementos tenidos en cuenta por la normativa administrativa a la hora de considerar un bien de valor histórico o cultural¹²⁷.

Ahora bien, en el caso de que la “alteración” a que se refiere el art. 321 C.P. no sea grave, se plantea la duda de si estamos ante el tipo de daños del art. 323 (o en su caso del 324 del C.P.), o ante infracciones administrativas conforme al art. 76 de la LPHE¹²⁸. Este último precepto al describir las infracciones es consciente de que las mismas pueden ser constitutivas de delito, así comienza diciendo el art. 76.1 LPHE lo siguiente:

“Salvo que sean constitutivos de delito, los hechos que a continuación se mencionan constituyen infracciones administrativas...”.

¹²⁶ Cabe esperar que los bienes que estén registrados o inventariados por alguno de los procedimientos que recoge la ley tendrán dicho valor. Como indica RODRIGUEZ MOURULLO, G.: “El objeto ..., ob. cit. págs. 783 y ss., se ha de considerar que no lo tendrán aquellos bienes cuyo valor cultural les fue expresamente negado por la Administración, tras la instrucción del expediente. La labor de valoración de los jueces y tribunales se ciñe, pues, a los bienes del patrimonio histórico no declarados formalmente como bienes de interés cultural.

¹²⁷ Así, ARIAS EIBE, M.J.: *El patrimonio cultural . La nueva protección en los arts. 321 a 324 del Código Penal de 1995*, Comares, Granada, 2001, págs. 189 y 190. GUIASOLA LERMA, C.: *Delitos ..., ob.cit. pág. 654*. VEGA RUIZ, J.A.: *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código penal de 1995*, Madrid, 1996, pág. 124.

¹²⁸ Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, artículo 76.1.g): “El derribo, desplazamiento o remoción ilegales de cualquier inmueble afectado por un expediente de declaración de Bien de Interés Cultural”.

Llegados a este punto, la determinación de la gravedad de la infracción que nos permita dilucidar si estamos ante un ilícito penal o un ilícito administrativo, tiene carácter subjetivo pues será valorada por el Juez o Tribunal libremente (con fundamento y motivación) teniendo en cuenta la valoración económica del menoscabo ocasionado que nos permita entrar en los daños del art. 323 C.P., tomando básicamente como referencia la prueba pericial.

Como vemos, en el ámbito penal se ha optado, como afirma GARCÍA CALDERÓN¹²⁹, por contar con una solución basada en la amplitud del concepto para obtener así una protección suficiente y proporcionada, considerando que la esfera de protección de la norma se refiere a todos aquellos bienes muebles e inmuebles que sean objetivamente merecedores de incluirse en el catálogo de bienes que integrarían el Patrimonio Histórico Español, con independencia de que esa inclusión haya tenido lugar o no de manera efectiva. De esta forma, continúa, se protege el llamado Patrimonio oculto, tan frecuente entre los bienes arqueológicos. Así, en cada caso concreto, se procede a la valoración del bien dañado debiendo de acudir a los catálogos públicos e inventarios generales para ver si está o no incluido en ellos, o sea, para ver si es o no un bien cultural formalmente declarado administrativamente (si los bienes cuentan con una previa catalogación administrativa), pero en caso de no estar incluido, ello no supone que no deban ser protegidos por la norma penal. Se adopta una postura antiformalista al delimitar el ámbito objetivo de protección de la norma penal basada en el art. 46 de la Constitución y en la necesidad de proteger el llamado Patrimonio

¹²⁹ GARCÍA CALDERÓN, J.M.: "Los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español. Los daños dolosos a los bienes culturales ...", ob. cit. pág. 745.

Histórico oculto. Así, lo esencial es que los bienes sean merecedores de integrarse objetivamente en el Patrimonio Histórico Español y puedan ser objeto material de los delitos que estudiamos, al considerarse que son merecedores de una singular protección y tutela. Ahora bien, hemos de referirnos aquí a la idea de “notoriedad” de los bienes culturales que han sido dañados, considerando que estamos ante un elemento valorativo de gran importancia práctica. Los bienes culturales notorios, que son aquellos que son públicamente conocidos como tales, como regla general, estos bienes sí que necesitan para ser protegidos por la ley penal a través de estos delitos (de los art. 323 y 324 CP), una previa declaración administrativa que les otorgue valor histórico o cultural.

Siguiendo con el objeto material, se especifica y añade, en el punto 1 del art. 323 CP al castigar los daños causados en **yacimientos arqueológicos**, las palabras “**terrestres o subacuáticos**”, de este modo se tipifica expresamente el carácter terrestre o subacuático de los yacimientos arqueológicos protegidos, incorporando así las previsiones de la Convención de la UNESCO para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático aprobada en París en el año 2001, ratificada por España en el año 2005 y en vigor desde enero de 2009, que en su artículo primero define que se entiende, a efectos de la Convención, por patrimonio cultural subacuático¹³⁰. Pero esta Convención no obliga a una

¹³⁰ Por “patrimonio cultural subacuático”, conforme a lo establecido en el artículo 1 de la Convención de la UNESCO de París de 2001 sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, se entiende 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 durante 100 años, tales como:

- Los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural;

tipificación sobre la materia, aunque sí al compromiso de proteger ese patrimonio con medidas de todo tipo, sobre todo preventivas.

Esta especificación dentro del art. 323 del CP no era necesaria para su protección, quizás tiene su razón de ser en el hecho de que con la reforma se ha querido dejar fuera de toda duda que, al existir yacimientos arqueológicos subacuáticos estos también integran nuestro patrimonio histórico, y han de ser objeto de la misma protección que los terrestres. Nosotros abogamos, al igual que DE LA CUESTA AGUADO¹³¹, por su supresión, que además de no causar menoscabo alguno al texto, facilitaría la inclusión en el precepto de todo tipo de yacimientos, cualquiera que sea el adjetivo que mereciera por su ubicación y su antigüedad (mayor de 100 años según la Convención).

2.3.2. Posiciones doctrinales.

En el Código Penal, en relación con los delitos que estamos estudiando, establece que son objeto de protección los bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, incluidos los yacimientos arqueológicos, pero no hace una determinación de su contenido. La concreción o determinación de los bienes o valores objeto de protección propicia la existencia de dos posturas doctrinales antagónicas. Por un lado, están aquellos autores que entienden que el concepto de valor histórico, artístico, científico, monumental o cultural es un elemento normativo legalmente valorado de acuerdo con lo prevenido en la LPHE y en el Real Decreto de 10 de enero de 1986, o sea conforme a la

-
- Los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural; y
 - Los objetos de carácter prehistórico.

¹³¹ DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: "La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico ..., o. cit. pág.648.

legislación administrativa. Por otro lado, está la postura de aquellos autores que consideran que los valores mencionados constituyen conceptos valorativos pendientes de valoración judicial.

Dicho de otro modo, una cuestión fundamental es si el objeto material de los delitos de daños de los arts. 323 y 324 del CP y de los demás delitos contra el Patrimonio Histórico, los “bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así los yacimientos arqueológicos”, sobre los que recae la acción punitiva y por tanto que han de ser objeto de protección penal, han de formar parte del patrimonio histórico real o sólo del patrimonio histórico formalmente declarado. Evidentemente el patrimonio histórico real es mucho más amplio, integrado al menos por el patrimonio formalmente declarado¹³².

¹³² Así conforme a la legislación administrativa, forman parte, entre otros, del patrimonio histórico:

- 1- Los bienes declarados Bienes de Interés Cultural (arts. 9 y ss. LPHE), que se inscriben en el “Registro de Bienes de interés cultural”.
- 2- Los bienes no declarados BIC que tengan una singular relevancia por su notable valor histórico, artístico, científico, técnico o cultural, y arqueológico, que han de ser incluidos en el Inventario General a que se refiere el art. 26 LPHE (arts. 26 y ss. LPHE y arts. 24 y ss. R.D. 111/1986).
- 3- Los que tengan más de cien años de antigüedad o hayan sido declarados expresamente inexportables (art. 5 LPHE y 45 R.D. 111/1986).
- 4- Los enumerados en los Planes Nacionales de Información sobre el Patrimonio Histórico Español (art. 35 LPHE).
- 5- Los susceptibles de inclusión en los conceptos legales de Patrimonio Arqueológico (arts. 40 y ss. LPHE), Patrimonio Etnográfico (arts. 46 y 47 LPHE), Patrimonio Documental y Bibliográfico (arts. 48 y ss. LPHE).

Así un indicativo para la determinación del ámbito de aplicación de los delitos contra el Patrimonio Histórico, y por tanto, de los delitos de daños de los arts. 323 y 324 del Código Penal puede ser el Registro de Bienes de Interés Cultural o el Inventario General de Bienes Muebles, pues los bienes incorporados al Registro y al Inventario indicados han sido incorporados al Patrimonio Histórico de manera expresa por una declaración administrativa tras la tramitación del correspondiente expediente. Ahora bien, existen bienes de valor histórico que no están incorporados al patrimonio histórico de manera expresa por una declaración administrativa, lo cual no desmerece su valor respecto de aquellos otros que si lo están, simplemente que aún no se han incorporado de manera formal, a través de la correspondiente declaración al Registro, Inventario o Catálogo correspondiente, pudiendo formar parte del patrimonio histórico declarado en el futuro, y a pesar de todo forman parte del patrimonio histórico, artístico y cultural español.

Las **posturas doctrinales** a favor de la tesis que considera como patrimonio histórico protegido el formalmente declarado son **minoritarias**, en este sentido, BAJO FERNANDEZ entiende que por cosas de valor histórico, cultural o artístico han de entenderse los bienes inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en la Ley¹³³ al constituir el fundamento

-
- 6- Los que estén custodiados en los archivos, bibliotecas y museos de titularidad estatal y demás bienes a que se refiere el art. 60 LPHE (arts. 60 y ss. LPHE).

¹³³ BAJO FERNÁNDEZ, M.; PÉREZ MANZANO, M. y GONZÁLEZ SUÁREZ, C.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1993, pág.91. En la misma línea, PÉREZ MANZANO, M.: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.): *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. II, Madrid, 1998, pág. 467. BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C.: “De los delitos ...”, ob. cit. pág 636. VIVES ANTON, T.S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Art. 235”, en

de esta modalidad agravada la especial protección que el Derecho penal ofrece al titular (público o privado) del bien como contrapartida a los especiales deberes de carácter social que éste bien soporta (como mantenerlo accesible al público para su contemplación y disfrute)¹³⁴; y, continúa, los bienes sobre los que recaen esos especiales deberes son declarados de interés cultural inscritos en un registro especial, los bienes muebles incluidos en el Inventario General de bienes muebles del Patrimonio Histórico Español y aquellos que forman parte del llamado Patrimonio arqueológico, etnográfico, documental y bibliográfico¹³⁵. Por su parte, RODRIGUEZ NUÑEZ entiende que, sólo los

VIVES ANTON, T.S. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, págs. 1583 y ss. LUZON CUESTA, J. M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, 2011, págs. 199 y ss. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones penales patrimoniales*, Madrid, 2000, pág. 74. ORTS BERENGUEZ, E.: “Exportación ...”, ob. cit. pág. 94, que considera que la determinación del objeto material de la acción no puede dejarse al absoluto arbitrio judicial que, atendiendo a un criterio sustancial, tratase de definir en cada caso si el objeto o la obra tiene interés histórico o artístico. De la misma opinión respecto de la Ley de Contrabando, ROMERO ESCABIAS DE CARBAJAL, J.A.: “Problemática jurídico-penal de la Ley de contrabando de 1995”, en SORIANO SORIANO, J.R. (Dir.): *Delitos contra la salud pública y contrabando*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 5, Madrid, 2000, pág. 314.

¹³⁴ En contra, GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Delitos contra la propiedad” en COBO DEL ROSAL, M. (Dir): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, 1992, pág. 52, que entiende que el fundamento de la agravación no reside en la compensación por los especiales deberes de carácter social que el propietario debe soportar, ya que la protección más intensa obedece al valor que se reconoce a la cosa en sí, y no en atención al dueño.

¹³⁵ En la misma línea, FARRÉ DÍAZ, E.: “Delitos ...”, ob. cit. págs. 150 y ss. que sostiene (en su análisis del art. 323 del CP por el que se castigan, entre otros, los daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos) la exigencia de una previa catalogación administrativa <para evitar vulneraciones del principio de seguridad jurídica, como se produciría si la valoración quedara exclusivamente al arbitrio de los Jueces o Tribunales> y porque dar un carácter de *numerus apertus* a la norma penal la dotaría de una extensión y alcance preocupante que vulneraría los principios de intervención mínima y prohibición de exceso. En términos parecidos VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Nuevo Código Penal comentado*, Madrid, 1996, pág. 480, donde señala que “los bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental deben estar así

objetos muebles que hayan adquirido definitivamente una especial protección administrativa deben ser acreedores de la protección penal pues son los únicos que con certeza forman parte del Patrimonio Histórico; a tal efecto, considera necesaria la declaración del bien como de interés cultural, o su inclusión en el Inventario General en atención a su singular relevancia, o su inscripción en el Censo de Bienes integrantes del Patrimonio Documental o en el Catálogo Colectivo de los Bienes integrantes del Patrimonio Bibliográfico¹³⁶.

La seguridad jurídica y la vulneración del principio de legalidad constituyen fundamentalmente la justificación de estas posturas doctrinales.

La **posición doctrinal mayoritaria** entiende que los valores que la norma penal tutela son conceptos normativos pendientes de valoración por parte del órgano judicial, atendiendo a las cualidades del objeto y a las valoraciones sociales imperantes en el momento de la aplicación del precepto, desempeñando la Ley de Patrimonio Histórico y la normativa internacional sobre la materia una importante función indiciaria y aclaratoria¹³⁷. Así, la doctrina mayoritaria considera los intereses tutelados como conceptos valorativos libres encomendados al criterio del juzgador¹³⁸. En este sentido,

catalogados a raíz de una disposición legal o de lo contrario la norma penal adquiriría una extensión inmensa y preocupante”.

¹³⁶ RODRIGUEZ NÚÑEZ, A.: “La protección del Patrimonio Cultural en el Código Penal de 1995”, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 2, Madrid, 1998, págs. 133 y ss.

¹³⁷ En este sentido, SALINERO ALONSO, C.: *La protección ...*, ob. cit. pág. 189.

¹³⁸ VAELLO ESQUERDO, E.: “Las cualificaciones del hurto” en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pág. 733. RUIZ VADILLO, E.: “La punición de los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y estafa en la reforma del Código penal de 25 de junio de 1983. Las circunstancias de agravación específicas”, en *Estudios Penales y Criminológicos VII*, Santiago de Compostela, 1984, pág. 362. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J.: “Protección penal del Patrimonio Histórico español: aproximación a la situación actual y proyecto de reforma”, en *Cuadernos de Política Criminal*,

VIVES ANTON viene a proclamar el sentir de la doctrina mayoritaria al decir que, “sin perjuicio de que las normas reguladoras del patrimonio histórico puedan contribuir al esclarecimiento de la Ley penal, no parece que ésta pueda ser interpretada exclusivamente en base a las mismas. Y, menos aún, que pueda ceñirse la sobreprotección penal a los bienes inventariados. El interés colectivo, al que la norma penal trata de dar protección, ni aumenta ni disminuye por el hecho de que el bien de que se trate se halle o no inventariado. En consecuencia, la determinación de lo que posee un relevante interés histórico, artístico, o cultural habrá de llevarse a cabo por el intérprete, atendiendo a las valoraciones sociales imperantes en el momento de la aplicación del precepto”¹³⁹.

El Código penal de 1995 amplió notablemente el círculo de delitos que vienen a prever, directa o indirectamente, la tutela del Patrimonio Histórico mediante el recurso a circunstancias agravatorias (fundamentalmente en los delitos contra el patrimonio) y a través de la configuración de tipos autónomos, sin que por ello el legislador haya resuelto de una manera definitiva la dicotomía entre valoración legal y valoración cultural¹⁴⁰. Sin embargo, la

núm. 53, 1994, págs. 506 y ss. VALMAÑA OCHAÍTA, S.: *El tipo objetivo en el robo con fuerza en las cosas*, Madrid, 1993, pág. 98. SORIANO SORIANO, J.R.: *Las agravantes específicas comunes al hurto y robo*, Valencia, 1993, pág. 180. MUÑOZ CONDE, F.: “El tráfico ...”, ob. cit. pág. 404. PÉREZ ALONSO, E.J.: *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes <indeterminadas> en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, 1995, pág. 419. GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Delitos ...”, ob. cit. págs. 52 y ss. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, ..., ob. cit. pág. 535.

¹³⁹ VIVES ANTON, T.S., en VIVES ANTON, T.S. (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1990, pág. 796.

¹⁴⁰ RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 247.

mayoría de la doctrina sigue entendiendo que nos hallamos ante conceptos normativos pendientes de valoración judicial¹⁴¹.

La Constitución Española de 1978 al proteger el patrimonio histórico *de la nación*, se refiere al Patrimonio Artístico “real”, es decir, a aquel <que no requiere una previa declaración de bienes artísticos por parte de la Administración pública>¹⁴².

En nuestra opinión, el patrimonio histórico protegido en los tipos penales relativos a esta materia, y, por tanto, el protegido por los arts. 323 y 324 del CP es el real, es decir, el que tiene un valor histórico intrínseco con independencia

¹⁴¹ VALLE MUÑIZ, J.M.: “De las defraudaciones”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1999, pág. 543. TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “La protección penal de los bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Histórico”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Coor.): *Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio*, Sevilla, 1998, pág. 62. GARCÍA ARÁN, M.: *El delito de hurto*, Valencia, 1998, pág. 154. GUIASOLA LERMA, C.: “Los delitos ...”, ob. cit. págs. 182 y ss. GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “La protección ...”, ob. cit. pág. 411. LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador: Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, pág. 160. DE VEGA RUIZ, J.A.: *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, Patrimonio Histórico, Flora y Fauna en el Código penal de 1995*, Madrid, 1996, pág. 123. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: “Art. 235”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.): *Código penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, Granada, 1998, pág. 1183. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Estafas*, Valencia, 1997, pág. 165. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, 1999, pág. 106. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D.: *El robo con fractura exterior*, Barcelona, 1997, pág. 114. PÉREZ ALONSO, E.J.: “Los delitos ...”, ob. cit. pág. 622. SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: “El hurto y el robo con fuerza en las cosas” en RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 1997, págs. 108 y ss. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, ..., ob. cit. pág. 535, donde habla de “elemento normativo de valor cultural”. ROBLEDO VILLAR, A.: *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Barcelona, 1997, pág. 41. ROMA VALDÉS, A.: “Los delitos sobre el Patrimonio Histórico”, en *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*, vol. V, ed. especial del Diario Expansión, Madrid, 1999, págs. 447 y ss.

¹⁴² FERNÁNDEZ ALBOR, A.: “El Patrimonio Artístico y su protección penal”, en *Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pág. 709.

de una declaración formal de la administración en ese sentido, el que recae sobre bienes muebles e inmuebles que conforme a circunstancias objetivas resulte innegable su valor histórico, cultural o artístico, estén o no declarados de interés cultural o inventariados, y no sólo el formalmente declarado.

En todo caso, entendemos que, el objeto material de protección (tanto antes como después de la Reforma de 2015) es el Patrimonio Histórico en general, tanto el formalmente declarado o en vías de declaración como el que no se encuentra en estas situaciones. Esto es conforme con el mandato constitucional de tutela cualquiera que sea el régimen jurídico y titularidad de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español (art. 46 de la C.E.), y además, refleja el concepto que de Patrimonio Histórico Español se deduce de la LPHE¹⁴³. Lo cierto es que, consideramos, que no hay razón alguna para dejar sin protección penal a una gran parte del PHE. Si sólo se diera protección a los bienes inventariados o declarados de interés cultural de reduciría ampliamente el ámbito y eficacia de las disposiciones penales, otorgándose una protección insuficiente y desigual, en función de la mayor o menor actividad en las declaraciones administrativas, y máxime cuando en la práctica

¹⁴³ En el Preámbulo de la LPHE, en su párrafo quinto establece que el Patrimonio Histórico Español está constituido por: *“todos aquellos bienes de valor histórico, artístico, científico o técnico que conforman la aportación de España a la cultura universal”*; el art. 1.2 de la LPHE establece que: *“Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico”*; y del conjunto de disposiciones de la LPHE se deduce que no sólo integran al PHE los BIC o los inventariados o los que superen los cien años de antigüedad, sin perjuicio de que dentro de aquellos se otorgue a éstos una protección administrativa especial.

la mayorías de los delitos de daños de los preceptos estudiados recaen sobre bienes muebles generalmente no registrados.

Así, entendemos que, para poder acusar y juzgar penalmente, primero habrá que acudir: a la normativa administrativa, LPHE y las leyes que dentro de cada Comunidad Autónoma se haya dictado en la materia; al régimen de publicidad del carácter de los bienes establecido en la LPHE o en las Leyes de Patrimonio Histórico de las Comunidades Autónomas (inscripción en el Registro de BIC, en el Inventario General de bienes de singular relevancia del PHE o en los catálogos generales del PH de las Comunidades Autónomas, en los Censos de Bienes integrantes del patrimonio documental, en los catálogos colectivos de Bienes integrantes del Patrimonio Bibliográfico, etc. ...); y a los informes periciales cualificados, fundamentalmente los elaborados por técnicos de organismos oficiales expertos en materia de protección del Patrimonio histórico-artístico, aunque como se ha dicho anteriormente dicha catalogación administrativa no es vinculante en el orden penal.

2.3.3. Criterio jurisprudencial.

Nuestro Tribunal Supremo ha venido decantándose por el criterio mayoritario en la doctrina de basar la protección penal de los bienes de nuestro Patrimonio histórico atendiendo a su valor cultural, sin que sea necesario una previa declaración formal, o sea, que el patrimonio protegido es el real y no sólo el formalmente declarado. Este criterio no ha cambiado, por lo que se mantiene actualmente. En este sentido, citaremos a modo de ejemplo, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo:

STS de 8 de abril de 1986 (Rj.1986/1945), que contiene el primer pronunciamiento sobre el particular, dictada ésta, como consecuencia de un hurto de monedas antiguas del Museo Arqueológico Provincial de Palencia, y en la que indica que queda al arbitrio judicial determinar si los bienes u objetos tienen el valor histórico o cultural que requiere el tipo agravado.

STS de 6 de junio de 1988 (R. 1988/4478), en ella el Tribunal Supremo se pronuncia de manera inequívoca sobre la cuestión, decantándose por el criterio mayoritario defendido por la doctrina. En el 2º Fundamento Jurídico de la sentencia, el Tribunal tiene presente el debate doctrinal sobre el carácter formal o material de los valores tutelados en la agravación del tipo penal, y tras considerar más aceptable la postura doctrinal mayoritaria, concluye lo siguiente:

“dado el estado de la normativa vigente, debe entenderse que queda al arbitrio judicial la determinación, en cada caso concreto de enjuiciamiento, de si los bienes u objetos ostentan o no el valor justificativo del tipo agravado, sin que, ello es obvio, ello signifique ... dejar a los gustos, preferencias, etc. de los jueces, tal determinación ya que ello no supondría arbitrio sino arbitrariedad a la posibilidad de que incurriese en ella, sino que como en todos los casos en que la apreciación de algo se deja legalmente al arbitrio judicial, los Tribunales habrán de atenerse con la mayor prudencia y cautela a aquellos criterios que aparezcan como más objetivos, según el común sentir de la colectividad, y, a ser posible, como manifiestamente notorios e indiscutibles y siempre inspirándose en el espíritu del conjunto normativo regulador de la materia de que se trate”.

STS de 12 de noviembre de 1991 (Rj 1991/8049) en la que el Tribunal se pronuncia sobre la innecesariedad de previa declaración formal, a propósito del robo con fuerza en las cosas de unas tallas del siglo XVIII de la parroquia de Trespuentes (Álava), cuando dice:

“cuya existencia secular trasciende a la memoria colectiva, constituyendo parte del patrimonio global histórico, cultural y artístico de la nación”.

STS de 3 de junio de 1995 en la que el Tribunal señala de modo claro que <la ausencia de declaración previa por el órgano administrativo correspondiente no impide que se aplique la normativa protectora al respecto>.

La **Sentencia del T.S. de 12 de febrero de 2.003** vuelve a justificar el entendimiento a favor del Patrimonio Histórico-Artístico real en el mandato constitucional, diciendo:

“... el cual viene a resolver la cuestión de si tal protección penal exige una previa declaración administrativa que resuelva la integración de los bienes del patrimonio histórico, cultural o artístico, pues esta exigencia, que venía en los proyectos de reforma de 1980 y 1982, desapareció en el proyecto de reforma urgente y parcial de 1983. Y éste es el criterio que se ha impuesto en la doctrina científica¹⁴⁴ en tanto que el precepto constitucional no exige la

¹⁴⁴ Por todos, ALEGRE AVILA, J.M.: *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*. Madrid, 1994, pág. 375, cuando proclama que “como reflejo del escalonamiento de los niveles de protección de los bienes que forman parte de éste (refiriéndose al Patrimonio Histórico Español) ... hay que referirse ... a los demás bienes muebles que, formando parte del PHE, por concurrir en los mismos aquel <interés> o <valor> a que se refiere el art. 1, 2 LPHE, no son, sin embargo, objeto de declaración como Bienes de Interés Cultural o de inclusión en el Inventario General de Bienes Muebles. Su pertenencia al Patrimonio Histórico Español, en todo caso, configura a estos bienes como típicos exponentes de una <propiedad estatutaria>, que

previa declaración administrativa y permite que se actúe la protección penal cualquiera que sea el régimen jurídico de los bienes y su titularidad. Así lo entiende también la Jurisprudencia de esta Sala, no obstante la aparición de la Ley 16/1.985, de 25 de junio, sobre Regulación del Patrimonio Histórico, de carácter administrativo”.

Las Audiencias Provinciales, han tenido la oportunidad de pronunciarse mayor número de veces, por vía de recurso, sobre la materia que nos ocupa, poniéndose de manifiesto que, también, siguen el criterio doctrinal mayoritario de la protección penal del patrimonio real. Así:

SAP de Zamora de 24 de febrero de 2000 la cual reproduce y comparte las afirmaciones anteriores en su Fundamento de Derecho quinto, al decir que: *“el precepto constitucional no exige la previa declaración administrativa y permite que actúe la protección penal cualquiera que sea el régimen de los bienes y su titularidad y la determinación de lo que posee este valor histórico o artístico ha de llevarse a cabo por el intérprete atendiendo a los valores sociales imperantes en la aplicación del precepto”*, basando su postura en las STS de 6 de junio de 1988 y especialmente en la de 12 de noviembre de 1991.

Por su parte, el Tribunal Constitucional también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la materia, así:

STC de 17 de septiembre de 1998 (RTC 1998/181), referida a diversos hallazgos arqueológicos destruidos con ocasión de una obra que tenía lugar sobre un solar de la isla de Mallorca, la cual no deja duda de su postura

impone a sus titulares el deber de garantizar su <conservación, mantenimiento y custodia> (art. 36, 1 LPHE).

conforme al criterio doctrinal mayoritario estudiado, y aplicado en las sentencias anteriores, y en la que el Tribunal concluye que:

“la interpretación que del art. 558.5º del CP han realizado las sentencias impugnadas no es, en modo alguno, arbitraria, irrazonable o fruto de un error patente. Si se atiende a la regulación contenida en la citada Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, su art. 1, 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... ello no significa que los bienes no declarados de interés cultural queden extramuros del concepto de Patrimonio Histórico Español. No constituye, pues, según la interpretación respaldada por esta línea jurisprudencial, 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 éste es configurado por la citada Ley 16/1985”.

En consecuencia, no concurren razones de peso para entender modificado el criterio, por lo que la jurisprudencia mencionada (especialmente la sintetizada en la STS de 6 de junio de 1988, pero confirmada en este aspecto de la innecesariedad de previa declaración administrativa en otras sentencias como la STS de 15 de octubre de 1990, 12 de noviembre de 1991, 3 de junio de 1995 y 12 de febrero de 2003) debe seguir siendo entendida como la más procedente.

Es decir, la jurisprudencia sostiene y es también mi opinión que, no se requiere declaración administrativa previa para considerar un bien con valor histórico, artístico, etc, en definitiva, con valor cultural. Y ello es también consecuencia del concepto que hemos manejado tanto desde el punto de vista constitucional, así como del concepto de bien jurídico, que nos llevan a considerar que el objeto de protección de la norma penal es el Patrimonio Histórico real.

2.3.4. Objeto material del art. 323 CP antes de la Reforma de 2015.

El art. 323 del CP define ampliamente, aunque de modo innecesario, la relación de los posibles bienes o lugares sobre los que han de recaer los daños, o sea, realiza la determinación del objeto sobre el que recae la acción típica a través de una enumeración ejemplificativa. El artículo 323 del Código Penal, con anterioridad a la reforma de 2.015 disponía que:

“ Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos.

Esta relación de objetos materiales ha sido objeto de crítica, no por los objetos que se encuentran incluidos en ella (escasamente cuestionada) sino por la confusa interrelación entre las distintas categorías en las que aquellos parecen dividirse, pues algunas de las referencias resultan redundantes y

confusas¹⁴⁵, y la terminología empleada, pues algunos términos, si no se procede a una interpretación material, pueden llevar a resultados demasiado amplios, y ello es lo que ocurre con referencia a <centro docente> que, en principio permite subsumir en el tipo los daños causados en los pupitres o en la pizarra de una escuela. Es quizás por las razones anteriores por lo que en la regulación actual se ha suprimido la enumeración ejemplificativa de objetos materiales, eliminando del texto del precepto (a través de la Reforma de 2015) la expresión “en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico o institución análoga”. En todo caso, el legislador dejó claro el carácter no exhaustivo de la enumeración al referirse de modo amplio a <institución análoga> así como a los <bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos>.

En torno a la definición del <objeto material de la acción> se planteaban dificultades, como veremos a continuación.

En primer lugar, en relación con las bibliotecas y centros docentes, es discutible el hecho de que se hubiesen incorporado al Capítulo II de los delitos sobre el patrimonio histórico “daños en bibliotecas y centros docentes” otorgándoles una protección privilegiada distinta de la otorgada a través de los artículos 263 y ss. del CP (daños), salvo para los casos en que concurriera una agravación específica (no es lo mismo la biblioteca de una escuela, que la

¹⁴⁵ En este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G.(Dir.): *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, pág. 922. TAMARIT SUMALLA, J.M.: “De los delitos sobre el patrimonio histórico” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal. Tomo III. Parte Especial (Artículo 319 a DF 7ª)*, 5ª ed. 2008, págs. 50 y 51. TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Los delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Dir.): *Derecho penal del medio ambiente*, Madrid, 1997, págs. 38 y 39.

Biblioteca Nacional donde se encuentran depositados libros de incalculable valor cultural).

Ahora bien, se admite que los daños causados en “un museo, archivo, registro, biblioteca, centro docente o gabinetes científico” recaen sobre bienes de valor histórico, cultural, artístico o científico, salvo que recaigan sobre elementos de los mismos carentes de dicho valor; de este modo se pone de manifiesto que no era necesaria esa protección privilegiada, quedando debidamente protegidos dichos bienes a través del segundo inciso del párrafo primero del precepto que estudiamos.

Y en relación con las bibliotecas y museos cuando se definen el art. 59.2 y 3 de la LPHE, respectivamente, parece que se refiere sólo a las instituciones culturales (edificios) que tengan los libros o colecciones de obras culturales para su guarda, conservación o exhibición.

Cualquiera que sea el tipo de bienes al que pretende referirse el art. 323 CP en ambos supuestos resulta redundante. Si se trata de bienes inmuebles, éstos ya estarían salvaguardados, en el caso de gozar de singular protección (edificios “singularmente protegidos”), por el art. 321 CP¹⁴⁶ y, de no ser así (edificios, que “no estén singularmente protegidos”), por la referencia del mismo art. 323 a los bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, que abarca los inmuebles¹⁴⁷. De ser los bienes muebles albergados por estos edificios los que se pretende tutelar, ocurriría lo mismo, pues éstos ya estarían protegidos por la misma referencia a los bienes de valor

¹⁴⁶ Vid. GUIASOLA LERMA, C.: Delitos ..., ob. cit. pág. 634.

¹⁴⁷ Así, BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C.: “De los delitos ..., ob. cit. pág. 1589.

histórico, artístico, etc..., siempre que tengan dicho valor¹⁴⁸. De este modo, se excluyen del tipo los daños a bienes muebles no pertenecientes al patrimonio histórico que se encuentren dentro de un edificio que sí forme parte de él¹⁴⁹.

Vamos a analizar el objeto material en su redacción anterior a la Reforma de 2015.

2.3.5. Archivo.

En el diccionario de la Real Academia de la lengua española la voz <archivo> es el conjunto ordenado de documentos que una persona, una sociedad, una institución, etc., producen en el ejercicio de sus funciones o actividades¹⁵⁰; también, es el lugar en el que se custodian uno o varios archivos. De este modo, el concepto de archivo hace referencia tanto al edificio en el que se custodian determinados documentos (continente) como al conjunto material y orgánico de los mismos (contenido).

La LPHE en su art. 59.1 define los *Archivos* como: “los conjuntos orgánicos de documentos, o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas jurídicas, públicas o privadas, en el ejercicio de sus actividades, al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa. Asimismo se entienden por Archivos las instituciones

¹⁴⁸ BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C.: “De los delitos ...”, ob.cit. pág. 1589.

¹⁴⁹ Así, BAUCCELLS LLADÓS, J.: “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en CÓRDOBA RODA, J./ GARCIA ARÁN, M. (Dir.): *Comentarios al código penal. Parte especial*, Tomo I, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 1377 y 1378, que utiliza como ejemplo los pupitres y pizarras de un centro docente.

¹⁵⁰ En, Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, 23ª edición, Madrid, 2014.

culturales donde se reúnen, conservan, ordenan y difunden para los fines anteriormente mencionados dichos conjuntos orgánicos”.

La Administración del Estado podrá *crear*, previa consulta con la Comunidad Autónoma correspondiente, cuantos *archivos* considere oportunos¹⁵¹, cuando las necesidades culturales y sociales así lo requieran y sin perjuicio de la iniciativa de otros organismos, instituciones o particulares.

Los documentos que integran un archivo deben ser conservados de forma organizada, respetando el orden en el que fueron creados y basando la unión entre ellos en un vínculo común, o sea, deben ser un <conjunto orgánico>.

¹⁵¹ Vid. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E.: “Régimen jurídico administrativo de archivos y bibliotecas”, en *La Ley. Actualidad Administrativa*, núm. 17, Madrid, 2002, págs. 429 Y ss.; De acuerdo con lo estipulado en el artículo 61 de la Ley del Patrimonio Histórico español de 25 de junio de 1.985, la Administración del Estado puede crear archivos, previa consulta con la Comunidad Autónoma correspondiente, y mediante Real Decreto si se trata de archivos de titularidad estatal y carácter nacional. De acuerdo con ello, *crea el* “Archivo General de la Guerra Civil Española” mediante Real Decreto 426/1.999, de 12 de marzo. También la Administración del Estado promoverá la *comunicación y coordinación de todos los archivos* de titularidad estatal existentes en el territorio español. Y en los casos en que existan convenios de gestión en la materia con las Comunidades Autónomas hay que estar a lo que éstos dispongan. Cada Departamento ministerial asegurará la coordinación del funcionamiento de todos los archivos del Ministerio y de los organismos a él vinculados, así como la transferencia regular de los documentos sujetos a la LPHE desde los organismos dependientes de la Administración del Estado hacia los archivos del mismo. Conforme la art. 66 de la LPHE: *Constituyen el Sistema Español de Archivos*, los archivos, así como los servicios de carácter técnico o docente directamente relacionados con los mismos, que se incorporen en virtud de lo que se disponga reglamentariamente. Y al respecto, ALONSO IBÁÑEZ, M^º.R.: *El Patrimonio ...*, ob. cit. pág. 181 señala que: “A través de estos Sistemas, que se configuran como redes en las que se integran los Archivos, Bibliotecas y Museos que desarrollen funciones de divulgación, prescindiendo de cual sea la titularidad de los mismos, la Administración lleva a cabo una labor de cooperación y coordinación de todos ellos, lo que permite que lleguen al ciudadano de forma más eficaz”.

2.3.5.1. Archivos administrativos y archivos históricos.

La cuestión que nos interesa y hemos de clarificar es determinar cuáles son los archivos tutelados penalmente y cuáles de los objetos integrados en los mismos se encuadran en el tipo de injusto del art. 323 del CP. Desde luego, tal determinación no es tarea fácil. En términos generales, se ha venido distinguiendo entre archivos administrativos y archivos históricos (que pierde interés desde el momento en que lo que nos interesa son los archivos con un valor cultural), pero esa distinción no la establece la LPHE pues al definir ésta ley los archivos en su art. 59.1 dota de una regulación unitaria a todos los archivos; por otro lado, también se ha puesto de manifiesto la dificultad originada por el hecho de que todo documento histórico integrado en un archivo ha sido un documento administrativo. La cuestión se centra en determinar las pautas que nos permiten trasladar la documentación de los archivos de las dependencias de la Administración a aquellos otros archivos en los que deba conservarse toda la documentación que se considere que tiene un valor histórico indudable¹⁵². Está claro que, “todo documento¹⁵³ es en sí mismo fuente de conocimiento en cuanto portador de una información; ahora bien, no todo documento es útil o significativo desde el punto de vista de la historia de la

¹⁵² Así, PESCADOR DEL HOYO, M^a.C.: “Un problema de la Administración sin resolver”, en *Documentación Administrativa*, núm. 77, Madrid, 1964, pág. 98.

¹⁵³ A efectos penales el art. 26 del Código Penal establece que debe entenderse como documento, con la siguiente redacción: “A efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”.

civilización humana, por lo que, en consecuencia, no todo Archivo posee valor cultural”¹⁵⁴.

Antes de continuar, hay que dejar claro que, no se deben confundir los daños causados en un documento histórico con los daños causados en un archivo. Dañar un documento histórico no es dañar el conjunto orgánico de los mismos, que es lo que define el archivo, por ello, entendemos, al igual que RENART GARCÍA ¹⁵⁵, que, sólo estamos ante un delito de daños sobre el objeto material <archivo> si con la destrucción, inutilización o grave alteración del documento se impide u obstaculiza gravemente la función socio-cultural que el archivo histórico está llamado a desempeñar. De este modo, los daños causados en un documento aislado que, aunque esté integrado en un conjunto, tenga su propia individualidad o existencia autónoma, también integraran un delito de daños del art. 323 CP pero no ya como <archivo> sino como <bien de valor histórico, científico o cultural>.

En definitiva, en virtud de lo expuesto hasta ahora y conforme al art. 46 de la Constitución, entendemos que los <archivos objeto de protección penal> son aquellos archivos constituidos por un conjunto de documentos culturalmente relevantes, documentos que conforman un todo orgánico y que incorporan una referencia a la historia de la civilización como circunstancia intrínseca al bien, con independencia de su titularidad y de su antigüedad. Pues en virtud del art. 46 de la CE la protección a los bienes culturales, en este caso de los documentos, se ha de otorgar con independencia de su titularidad; y se ha de otorgar a bienes que presenten un innegable valor histórico-cultural y

¹⁵⁴ BARRERO RODRÍGUEZ, M^a.C.: *La ordenación ...*, ob. cit. pág. 248.

¹⁵⁵ RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 312.

desempeñen una importante función socio-cultural; de este modo, no quedan protegidos los documentos que no reúnan estas características a pesar de tratarse de documentos conforme al art. 49.1 de la LPHE¹⁵⁶.

En cuanto al *soporte físico* de los archivos, entiendo que, los inmuebles destinados a la instalación de Archivos de titularidad estatal, así como los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español en ellos custodiados (fondos custodiados en los archivos) <quedarán sometidos>, conforme al art. 60.1 de la LPHE, al régimen establecido en esta Ley para los Bienes de Interés Cultural (BIC), que es el régimen que tal Ley reserva a los bienes que gozan de un máximo nivel de protección. Por tanto, los inmuebles destinados a la instalación de archivos quedan sometidos al régimen de los BIC, pero no son BIC, salvo en los casos en que por su relevante valor histórico-artístico la Ley los declare expresamente de valor cultural¹⁵⁷. El mismo precepto establece que, el Gobierno puede, a propuesta de la Administración competente, extender dicho régimen a otros archivos. También decir que, conforme a lo apuntado antes, la consideración de los inmuebles destinados a la instalación de archivos como BIC y sometidos al régimen de éstos, que no sean merecedores de tal declaración, dejarán de estar sometidos al régimen de

¹⁵⁶ El artículo 49.1 de la LPHE establece que: “Se entiende por documento, a los efectos de la presente Ley, toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora , o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos. Se excluyen los ejemplares no originales de ediciones”.

¹⁵⁷ Por el contrario, identifica estos bienes inmuebles con los BIC, ROMA VALDÉS, A.: “Los delitos ...”, ob. cit. pág. 457.

los BIC cuando el <archivo>, como conjunto orgánico de documentos, sea trasladado a otro lugar¹⁵⁸.

Lo anterior tiene trascendencia en el ámbito penal y nos lleva a distinguir los siguientes supuestos:

1. Que el bien inmueble en el que está destinado el archivo haya sido declarado BIC, o sea, se trate de un edificio “singularmente protegido”, en caso de derribo o grave alteración del mismo sería de aplicación el art. 321 del CP.

2. Que el bien inmueble en el que está destinado el archivo “no” haya sido declarado BIC pero tenga un innegable valor histórico, artístico, monumental o cultural, en cuyo caso los daños producidos al mismo se enmarcan en el art. 323 del CP.

3. Que el bien inmueble en el que está destinado el archivo no presente ninguno valor de los citados en los dos puntos anteriores, en ese caso, los daños producidos en el mismo son constitutivos de un delito de daños del art. 263.4 del CP.

4. Que la destrucción del bien inmueble, carente de valor cultural, en el que está destinado el archivo, suponga la causación de daños en el propio archivo histórico documental, en esta caso estaríamos en un concurso entre los arts. 263.4 y 323, ambos del CP.

5. Que la destrucción o grave deterioro del bien inmueble declarado BIC en el que está destinado el archivo, produzca daños en el conjunto de documentos

¹⁵⁸ En este sentido, ALEGRE AVILA, J.M.: *Evolución ...*, ob. cit. págs. 392 y ss. BARRERO RODRÍGUEZ, M^a.C.: *La ordenación ...*, ob. cit. pág. 249.

de valor histórico en él custodiados, en este caso estaríamos ante un concurso entre los arts. 321 y 323¹⁵⁹.

Para RODRÍGUEZ MORO¹⁶⁰, cabe preguntarse, si los daños causados en “un archivo, registro, museo, biblioteca, ...” son los realizados directamente sobre los propios edificios¹⁶¹, tanto en su exterior como en su interior (paredes, fachadas, columnas o decoración), o si se refiere también¹⁶², o exclusivamente¹⁶³, a los realizados en los objetos materiales (documentos, libros o bienes) que se encuentran archivados, registrados, guardados o expuestos. La terminología utilizada por el legislador penal, aunque parece referirse a los bienes muebles albergados en los inmuebles, puede dar pie a ambas interpretaciones. Téngase en cuenta, que la propia LPHE de 1985 considera “bienes de interés cultural” en su art. 27 a los “bienes muebles contenidos en un inmueble que haya sido objeto de dicha declaración y que ésta los reconozca como parte esencial de su historia”. Ahora bien, si partimos del art. 60 de la LPHE, antes examinado, la cuestión queda clara. Entendiendo que los daños causados en un archivo, museo, registro, ... comprende tanto los daños realizados sobre los propios edificios destinados a museos, archivos, etc., como los realizados sobre los bienes y objetos en ellos custodiados.

2.3.5.2. Archivos privados.

¹⁵⁹ RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 316 y ss.

¹⁶⁰ RODRIGUEZ MORO, L.: “Los delitos ...”, ob. cit. págs. 213 y 214.

¹⁶¹ Así, QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 2010, pág. 1103.

¹⁶² ROMA VALDÉS, A.: “Los delitos ...”, ob.cit. pág. 450.

¹⁶³ GUIASOLA LERMA, C.: *Delitos ...*, ob. cit. págs. 626 y ss.

Otra cuestión a tratar es la relativa a los archivos privados. Ciertamente es que la LPHE cuando define los archivos en su art. 59.1 sólo se refiere a los archivos públicos e ignora por completo a los archivos privados que incorporan documentos con un claro valor y fin socio-cultural. Entiendo, como la mayoría de la doctrina, que la protección penal de los archivos se extiende por igual a los archivos públicos y a los privados, pues la ley no hace distinción de ninguna clase¹⁶⁴. Y aunque hay algún autor que entiende que la tutela penal de los archivos privados exige que éstos estén abiertos al público¹⁶⁵ porque de este modo cumplen una función social, considerando que el bien jurídico protegido en estos delitos no es otro que la función social de los archivos, la cual no cumplen si no están abiertos al público; por nuestra parte entendemos que, los daños producidos en un archivo privado que incorpora documentos de innegable valor y fin socio-cultural, aunque el archivo no estuviese abierto al público, integrarían el tipo del art. 323 de CP, ya que la tutela otorgada por este precepto no es sólo la utilidad pública o social de los archivos, sino básicamente, su valor y función socio-cultural.

2.3.6. Registro.

Tradicionalmente, la protección penal de los <registros> se ha llevado a cabo en el seno de los delitos patrimoniales, considerando su inclusión en el

¹⁶⁴ DÍAZ VALCÁRCEL, L.M.: *La revisión del Código penal y otras leyes especiales*, Barcelona, 1964, pág. 298.

¹⁶⁵ De esta opinión, GUIASOLA LERMA, C.: "Delitos ...", ob. cit. pág. 185.

seno de los delitos contra el patrimonio histórico del Capítulo II del Título XVI como apresurada¹⁶⁶.

Los Registros son el protocolo del notario o registrador; lugar y oficina donde se registra; en las diversas dependencias de la Administración Pública, departamento especial donde se entrega, anota y registra la documentación referente a ellas; asiento que queda de lo que se registra; cédula o albalá en que consta haberse registrado algo; libro, a manera de índice, donde se apuntan noticias o datos¹⁶⁷.

Se ha puesto en duda el valor o relevancia cultural de los <registros>, lo que se ha puesto de manifiesto en la ausencia de mención alguna de los mismos en la LPHE.

El registro como objeto material del art. 323 del CP exige que el mismo detente un valor cultural para ser merecedor de protección penal en el capítulo relativo a los delitos sobre el patrimonio histórico. En este sentido, podemos hablar de los fondos del Registro de la Propiedad que constituyen una fuente de inapreciable valor cultural, donde se encuentran los libros de Contadurías de Hipotecas (que eran libros donde se registraban las traslaciones de dominio de bienes gravados con algún censo o hipoteca hasta 1861). Los registros administrativos que tienen por objeto la recepción de documentos, difícilmente van a tener valor cultural.

¹⁶⁶ BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C,: "De los delitos ..., ob. cit. pág. 1589, apuntan que esta referencia expresa a los registros (junto a los centros docentes y gabinetes científicos) produce <cierta perplejidad>.

¹⁶⁷ Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, 23ª edición, Madrid, 2014.

2.3.7. Museo.

El museo constituye el objeto material del delito de daños dolosos del art. 323 CP y del de daños imprudentes del art. 324 del CP. Aparece de modo expreso en la relación del objeto material que contiene el art. 323 antes de la Reforma de 2015, no después de ésta. Y si constituye el objeto material del delito de daños imprudentes del art. 324 tanto antes como después de la reforma indicada.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua define el <museo> como el “edificio o lugar destinado para el estudio de las ciencias, letras humanas y artes liberales”, o el “lugar donde con fines exclusivamente culturales, se guardan y exponen objetos notables, pertenecientes a las ciencias y artes, como pinturas, esculturas, medallas, máquinas, armas, etc.”.

Por su parte, la LPHE en su art. 59.3 define los *museos* como “las instituciones de carácter permanente que adquieren, conservan, investigan, comunican y exhiben para fines de estudio, educación y contemplación conjuntos y colecciones de valor histórico, artístico, científico y técnico o de cualquier otra naturaleza cultural”. Básicamente, los museos son centros de conservación y difusión del patrimonio cultural.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Así, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E.: “Régimen jurídico administrativo de los museos”, en *La Ley. Actualidad Administrativa*, núm. 28, Madrid, 2002, pág. 817, donde indica que: “La Administración del Estado puede *crear* cuantos Museos considere oportunos, cuando las necesidades culturales y sociales así lo requieran y sin perjuicio de la iniciativa de otros organismos, instituciones o particulares, pero previamente ha de consultarlo a la Comunidad Autónoma correspondiente. La Administración del Estado (a través del Ministerio de Cultura) promoverá la comunicación y coordinación de todos los museos de titularidad estatal existentes en el territorio español. Si el museo de titularidad estatal está gestionado por una Comunidad Autónoma, se estará en este punto, a lo que disponga el convenio de gestión”.

Se tiende a identificar al <museo> con el inmueble o edificio en el que se sustenta. Los inmuebles destinados a la instalación de museos de titularidad estatal, quedan sometidos al régimen establecido en la LPHE para los BIC (así como los fondos custodiados en ellos), lo que no supone que el edificio tenga necesariamente interés cultural¹⁶⁹. Los daños producidos al edificio en que se encuentra el museo integrarán el tipo del art. 323 del CP siempre y cuando el edificio tenga un innegable valor cultural, no es necesario que haya sido declarado BIC, pues de lo contrario quedarían fuera de la protección penal que otorga el art. 323 los daños producidos en aquellos edificios que presentan un valor histórico, artístico, cultural o monumental. Museos de titularidad estatal son algunos: el Museo Nacional del Prado y el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, ambos en Madrid, la Casa Museo de Cervantes (Valladolid).

La protección penal de los museos a través del art. 323 CP se extiende también, además de al inmueble en el que se encuentra el museo, a aquellos bienes de valor cultural que dotan de contenido al museo y son su razón de ser y su esencia, nos referimos a los fondos museísticos o colecciones museográficas, que se encuentran integrados por los bienes asignados a museos de titularidad estatal que pasan a integrar la colección estable del mismo y por los bienes que se encuentran depositados en él para ser custodiados. Los bienes integrantes de los museos que son objeto de protección penal son aquellos que, por sus cualidades y características, son

¹⁶⁹ BARRERO RODRÍGUEZ, M^a.C.: *La ordenación ...*, ob. cit. pág. 264, dice que: “Los bienes de interés cultural constituyen la categoría más importante de las tipificadas en la Ley; de un lado, porque acoge a todos los bienes de carácter inmueble, así como a los de naturaleza mueble más relevantes desde el punto de vista de su interés histórico y de otro, porque a ella va ligado el mayor nivel de protección de los configurados en la norma”..

relevantes para el conocimiento de las formas de vida de los hombres en cualquiera de sus manifestaciones, es decir, aquellos que incorporan una referencia a la historia de la civilización. Por ello, la protección penal no sólo debe abarcar a los museos que contengan grandes obras pictóricas de pintores conocidos, sino también aquellos que conserven bienes que vengan a ilustrarnos sobre la evolución de determinada civilización. Así, los daños causados en un cuadro de Goya, en un objeto arqueológico o en un coche histórico, que estén expuestos o depositados en un <museo> integran el delito del art. 323.

Entendemos que el bien jurídico protegido en este delito es no sólo la función socio-cultural de los bienes pertenecientes al Patrimonio Histórico, sino, fundamentalmente su valor cultural. Por ello, se aplicará el art. 323 en el caso de daño producidos a los museos, aun en el supuesto de que éstos no estén abiertos al público; aplicación que no se produciría, si se considerase que el bien jurídico protegido es sólo la función social que ejercen los museos y su interés público, y los museos no estuviesen abiertos al público, aplicándose, en este caso, el tipo genérico de daños. Esto último es injustificable, piénsese en la restauración de importantes cuadros de Velázquez, Goya, Zurbarán, que se encuentran en el Museo del Prado, y, mientras se lleva a cabo la restauración de los mismos, no se exponen al público; en esta situación, si consideramos que el bien jurídico protegido es sólo la función social de los museos, los daños producidos a los cuadros no constituyen el delito del art. 323 sino un delito genérico de daños, al no considerar como bien jurídico protegido el valor cultural de los cuadros, siendo el valor cultural del bien el que nos permite hablar de delito de daños del art. 323 CP.

2.3.8. Biblioteca.

La <biblioteca> se define, en el diccionario de la Real Academia de la Lengua como el “local donde se tiene considerable número de libros ordenados para la lectura”, y como el “conjunto de estos libros”.

Las bibliotecas se definen en el art. 59.2 de la LPHE como “las instituciones culturales donde se conservan, reúnen, seleccionan, inventarían, catalogan, clasifican y difunden conjuntos o colecciones de libros, manuscritos y otros materiales bibliográficos o reproducidos por cualquier medio para su lectura en sala pública o mediante préstamo temporal, al servicio de la educación, la investigación, la cultura y la información”.

Como vemos, la biblioteca (a diferencia de los archivos), se define legalmente sin hacer alusión alguna a la titularidad, centrándose en su finalidad, cual es, la lectura de libros, manuscritos u otros materiales bibliográficos con independencia de quien sea su titular.

La protección penal del art. 323 CP se extiende al inmueble donde está ubicada la biblioteca, del mismo modo que ya vimos para archivos y museos. La norma penal tutela también los bienes pertenecientes al Patrimonio Bibliográfico español, del que forman parte las bibliotecas y colecciones bibliográficas de titularidad pública (conforme al art. 60 LPHE), pero no a todos los bienes de este Patrimonio sino a los bienes del mismo integrados en una biblioteca que presenten un interés histórico o valor cultural. Pero entendemos también que, la norma penal debe también tutelar a aquellas bibliotecas y

colecciones bibliográficas de titularidad privada siempre que el bien objeto de protección sea merecedor de la misma en base a su valor histórico o cultural.

Sólo se puede hablar de daños a una biblioteca cuando la conducta típica recae sobre una colección o conjunto de obras, o sobre una obra integrante de una colección, y como consecuencia de esos daños se derive un menoscabo del valor histórico o cultural de la colección. Lo contrario llevaría a consecuencias tan absurdas como considerar que los daños causados a una obra recibida por préstamo interbibliotecario lo son a la biblioteca de procedencia¹⁷⁰.

2.3.9. Centro docente.

La inclusión del <centro docente> como objeto material del delito del art. 323 del CP (y del art. 324) no puede ser más desconcertante, como así también lo ha señalado también la doctrina que habla de “perplejidad”¹⁷¹.

Un centro docente sólo puede ser objeto material del delito que estudiamos si el inmueble que lo conforma o los objetos muebles en él integrados gozan de un valor histórico, artístico o cultural.

¹⁷⁰ RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág.340.

¹⁷¹ Así, CARMONA SALGADO, C.: “Delitos ...”, ob. cit. pág. 44. VERCHER NOGUERA, A.: “Delitos contra el patrimonio histórico”, en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, vol. V, Madrid, 1996, pág. 582, que señala que la expresión <centro docente> parece en principio <ajena a las connotaciones históricas aplicable al resto de términos>.

Centro docente sería aquel que imparte la enseñanza correspondiente a los distintos niveles educativos previstos en la Ley. Resulta indicativa la Ley Orgánica del derecho a la enseñanza de 3 de julio de 1985 (LOSE), y partiendo de ella, se puede hablar de distintos tipos de centros en función de las enseñanzas que se imparten y de su titularidad, así, se habla de centros docentes de Educación Preescolar, de Educación General Básica, de Enseñanza Secundaria Obligatoria, de Bachillerato, y de centros docentes públicos, privados y concertados.

La protección penal requiere que el daño recaiga no sólo en un bien de valor histórico o cultural sino que este bien se encuentre integrado en un centro de educación que ha de haber sido declarado como <centro docente>, para lo cual el centro docente ha de inscribirse en el registro público establecido al efecto (inscripción que tiene carácter constitutivo) y quedar reflejado así en el Ministerio de Educación. Tal inscripción es esencial para la consideración del centro docente público a efectos penales. Respecto a los centros privados de enseñanza necesitan de la autorización administrativa correspondiente, así, los daños que se causen en los mismos integrarán la conducta del art. 323 del CP cuando, además de afectar al valor histórico o cultural del inmueble o de los bienes muebles que lo integran, recaen sobre un centro privado legalmente autorizado.

2.3.10. Gabinete científico.

Entiendo que la inclusión de los <gabinetes científicos> en el catálogo de los bienes objeto de protección del delito de daños al Patrimonio Histórico del

art. 323 CP es criticable, al igual que la doctrina penal que ha estudiado el tema¹⁷².

La cuestión se centra en determinar qué es un gabinete científico, y posteriormente, cuándo es objeto de la tutela penal del art. 323 CP.

Gabinete, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua es el “local en que se exhibe una colección de objetos curiosos o destinados al estudio de una ciencia o arte”. Lo que más se aproxima al objeto protegido en el art. 323 es la consideración del gabinete como “local con objetos destinados al estudio de una ciencia o arte”, además esta definición pone de manifiesto que el gabinete es un bien inmueble y que en él hay objetos destinados al estudio de una ciencia.

En el Consejo Superior de Investigaciones Científicas pueden existir varios <gabinetes científicos>, o sea, lugares concretos y determinados en los que se lleva a cabo una investigación científica determinada y donde se encuentran equipos, aparatos e instrumentos científicos destinados a la investigación, y éstos últimos han de presentar un valor histórico o cultural para poder ser objeto de tutela penal. Por tanto, los daños a un gabinete científico previstos en el art. 323 del CP sólo serán típicamente relevantes si afectan no sólo al valor científico del objeto, aparato, equipo o instrumento en cuestión, sino, y esto es fundamental, a su interés histórico o cultural. El Patrimonio Histórico español se verá afectado en cuanto que el bien dañado aporta un

¹⁷² Así para CARMONA SALGADO, C.: “Delitos ..., ob. cit. pág. 44, la previsión de los gabinetes científicos produce <perplejidad y desconcierto>.

dato relevante para el conocimiento de nuestra civilización¹⁷³. Así, por ejemplo, viene a constituir objeto material del delito que estudiamos el microscopio Bausch and Lomb utilizado por Ramón y Cajal y expuesto en Instituto de Neurobiología Ramón y Cajal, pues constituye un testimonio de la investigación científica realizada en nuestro país.

2.3.11. Institución Análoga.

Entendemos que se ha de hacer una interpretación restrictiva de la expresión <Institución análoga> si nos atenemos a los principios de tipicidad y seguridad jurídica. Esta expresión se puede entender como una cláusula abierta que permite incluir en ella otras instituciones de carácter cultural, como por ejemplo, las Reales Academias, Monasterios, Iglesias, Conventos, etc.

Lo cierto es que la expresión <institución análoga> resulta redundante, pues el último inciso del primer párrafo del art. 323 cuando se refiere a “bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental” presenta la amplitud suficiente como para abarcar cualquier institución de relevancia cultural.

¹⁷³ Así, GIMENO QUESADA, M.: “La protección del patrimonio arqueológico. El marco legal. LPHE y legislación regional”, en *Curso Protección del Patrimonio Arqueológico dirigido a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado*, 23 a 25 de mayo de 1.994, Murcia, 1996, pág. 37, viene a señalar que <no todo bien de interés científico es protegible al amparo de la legislación de Patrimonio Histórico; sino que, el interés científico es una manifestación o expresión del valor cultural, de tal manera que, todo aquello que aun presentando un interés de tal naturaleza no aporte nada al conocimiento de la civilización humana, se encuentra excluido del concepto de Patrimonio Histórico>.

2.3.12. Bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental.

Los <bienes de valor histórico> que el art. 323 del CP protege son aquellos que ampliamente valorados por la comunidad, constituyen un testimonio significativo de un hecho o suceso puntual acaecido en el tiempo, o aquellos que son manifestación de eventos o acontecimientos trascendentales y relevantes en el devenir del hombre y que nos aportan una referencia temporal y espacial útil para identificar un pueblo o una comunidad¹⁷⁴.

En relación con los <bienes de valor artístico> hay que decir que, la consideración de la obra artística como producto humano realizado en cierto lugar y tiempo determinado permite su conexión con el hecho histórico en sí mismo considerado y como vehículo o instrumento de conocimiento de la vida del pasado¹⁷⁵. Las dificultades en la determinación de un bien de valor artístico, permite que el juzgador, debidamente asesorado por expertos en la materia, sea el que interprete el sentir de la colectividad.

Los <bienes de valor científico> presentan dificultades a la hora de determinar el contenido de ese valor el cual se considera excesivamente genérico. El interés científico es para la norma penal (art. 323 CP) una manifestación o expresión del valor cultural, de modo que, aquello que aún

¹⁷⁴ SALINERO ALONSO, C.: *La protección ...*, ob. cit. pág. 83.

¹⁷⁵ Para BARRERO RODRÍGUEZ, M^a.C.: *La ordenación ...*, ob. cit. pág. 179, "las obras de arte representan, en cierto sentido, las ideas vigentes en la sociedad en la que nacen".

presentando un interés científico nada aporte al conocimiento de la civilización humana, se encuentra excluido del concepto de Patrimonio Histórico¹⁷⁶.

La expresión <valor cultural> contenida en el art. 323, entendemos que, no es redundante de las demás contenidas en el precepto, es un valor independiente y muestra la voluntad firme del legislador de tutelarlos. Esta expresión se introdujo por primera vez en nuestro Código Penal con la reforma al mismo efectuada en 1983, así se encuentra incorporada junto con los valores “histórico y artístico” en diversos tipos penales (delito de hurto del art. 235.1, delito de apropiación indebida del art. 252, etc.), y como se trata de una expresión amplia y susceptible de múltiples acepciones es necesario delimitarla.

Los <bienes de valor cultural> penalmente protegidos son aquellos recogidos en el art. 1.2 de la LPHE¹⁷⁷, cuales son los bienes integrantes el Patrimonio Histórico Español, y son aquellos bienes que constituyen un testimonio material de los valores de la civilización y que aparecen como significativos para el conocimiento de la historia del hombre en su más amplia dimensión, o dicho de otro modo, aquellos bienes que constituyan un instrumento ilustrativo de los modos de vivir de los hombres en otro tiempo y lugar. Por ejemplo, los bienes de interés arqueológico se encuadrarían en los

¹⁷⁶ BARRERO RODRÍGUEZ, M^a.C.: *La ordenación ...*, ob. cit. pág. 208. En la misma línea, SALINERO ALONSO, C.: *La protección ...*, ob. cit. pág. 88, que indica que “únicamente formarán parte de nuestro Patrimonio Histórico aquellos objetos que teniendo interés científico, por ser relevantes para la Ciencia, en cualquiera de sus manifestaciones y facetas, son al mismo tiempo significativos para el conocimiento de nuestra cultura y pueblos”.

¹⁷⁷ Conforme al art. 1.2 de la LPHE integran el Patrimonio Histórico Español los bienes de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico, técnico, documental, bibliográfico y antropológico.

bienes de valor cultural siempre y cuando resultasen aptos para conocer, mediante su examen, los caracteres o formas de vida de los hombres de otro tiempo¹⁷⁸. En esta línea, los bienes de valor histórico o artístico en sentido estricto, tutelados en el art. 323, vienen a constituir una manifestación concreta del valor cultural.

En cuanto al <valor monumental>, gozan del mismo, aquellos bienes inmuebles referidos en el art. 15 de la LPHE. En el citado precepto se definen los Monumentos como “aquellos bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería, u obras de escultura colosal siempre que tengan interés histórico, artístico, científico o social”.

Se trata de un concepto amplio de <monumento> valorado positivamente por la doctrina. Así, además de las construcciones arquitectónicas asimiladas a la noción de “edificio” (como catedrales, iglesias, abadías, castillos, palacios, monasterios, catedrales, etc.), integran la definición de <monumento> bienes inmuebles desprovistos de protección bajo las expresiones “realizaciones de ingeniería” (como edificios industriales, presas canales, puentes, etc., que forman parte de la llamada Arqueología Industrial) y “obras de escultura colosal” (que se integran en el concepto clásico de escultura)¹⁷⁹. Como

¹⁷⁸ BARRERO RODRÍGUEZ, M^a.C.: *La ordenación ...*, ob. cit. pág. 167. RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág.371.

¹⁷⁹ Así, ALONSO IBÁÑEZ, M^a.R.: *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Madrid, 1994, pág, 54, señala que “un ejemplo de construcciones que carecían por completo de atención eran las denominadas técnicas e industriales, esto es, la llamada arquitectura del hierro y las obras públicas: edificios industriales, presas, canales, puentes, etc.”. BENSUSAN MARTIN, M^a. del P.: *La protección ...*, ob. cit. pág. 27, que añade a los ejemplos de la anterior autora los “caminos, puertos, estaciones de ferrocarril, fábricas, almacenes, centrales eléctricas que tengan un gran interés científico, social, histórico e incluso, por qué no, artístico, y

ejemplo de bien perteneciente a la arqueología industrial declarado BIC, con categoría de monumento, nos encontramos el Pantano de Tibi en Alicante.

Ahora bien, para que estos inmuebles puedan calificarse como <monumentos históricos> es necesario que presenten un “interés histórico, artístico, científico o social”, o sea, que han de tener un “interés cultural”, gozando de ese interés aquellos bienes significativos para el conocimiento de la civilización humana.

En el concepto de monumento del art. 15 de la LPHE se incluyen, como hemos visto, las construcciones arquitectónicas asimiladas a la noción de “edificio”, pero la tutela del art. 323 del CP excluye a los “edificios singularmente protegidos” al ser estos objeto de la protección penal del art. 321.

2.3.13. Yacimientos arqueológicos.

No hay precepto legal alguno en la LPHE que determine qué se entiende o defina el <yacimiento arqueológico>.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define el yacimiento arqueológico como “el sitio donde se encuentran restos arqueológicos”, haciendo así referencia al terreno y a su permanencia en el mismo. Se protege su permanencia o estancia en el terreno con independencia de si se ha excavado o no. Por lo que se refiere al concepto de <restos arqueológicos> (que constituye el contenido del yacimiento) comprende tanto los restos

haciendo inclusión también de maquinaria industrial, ferrocarriles, generadores, ascensores, elevadores, etc. que sean consustanciales a ellos”.

paleontológicos como los históricos. El concepto <arqueológico> (estudio de lo antiguo) puede abarcar los resultados de la paleontología (estudio de los seres antiguos)¹⁸⁰.

El yacimiento arqueológico es o se identifica con los lugares o asentamientos en los que hay una concentración de restos arqueológicos de diferente tipo (utensilios, cerámicas, pinturas, huesos), cuyo valor histórico es inestimable¹⁸¹.

Conforme al art. 1.2 de la LPHE integran el Patrimonio Histórico Español: los inmuebles y objetos muebles de interés paleontológico y arqueológico, y también, los yacimientos y zonas arqueológicas; de este modo, viene a diferenciar el bien arqueológico unitariamente considerado del espacio físico o sitio en que se ubica o se ubicó en su momento¹⁸². Trasladando esta distinción al art. 323 del Código Penal hay que diferenciar, los daños que se pudieran ocasionar al bien arqueológico individualmente considerado y que se integraría en los “bienes de interés histórico, artístico, científico, cultural o monumental”, y los daños causados al yacimiento arqueológico en sí mismo y que serían subsumibles en la expresión “yacimientos arqueológicos”. En su caso, la tutela penal del art. 323 CP exige se produzcan pérdidas que resten elementos de conocimiento relativos a la manera de ser, actuar o expresarse nuestros antepasados. En este sentido mencionar las sentencias siguientes:

¹⁸⁰ ROMA VALDÉS, A.: *La aplicación ...*, ob. cit. pág. 74.

¹⁸¹ RODRIGUEZ MORO, L.: “Los delitos ...”, ob. cit. pág. 214.

¹⁸² En este sentido, BARRERO RODRÍGUEZ, M^a.C.: *La ordenación ...*, ob. cit. pág. 232.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 17 de mayo de 2003, donde en los hechos probados y como argumento de incriminación dice que:

“como consecuencia de la inadecuada extracción de elementos del yacimiento y la falta de rigor metodológico en los trabajos de excavación, se produjo deterioro en las piezas y provocó que se perdiera la información que pudieran haber aportado en su conjunto, perdiendo gran parte de su interés científico al impedir la reconstrucción del contexto o las circunstancias de su deposición en el yacimiento, siendo irreparable la destrucción producida en este patrimonio arqueológico”.

Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 11 de noviembre de 2001, que viene a decir que:

“en Arqueología quizás deba recordarse que lo importante no es tanto que la pieza luzca como lo hacía hace siglos, sino permitir directamente el estudio de un objeto de procedencia directamente y sin alteraciones posteriores”.

Hay que señalar que, la desaparición de objetos de un determinado yacimiento no determina la ausencia de valor científico y cultural de éste, pues puede permanecer intacto su valor paleontológico y geológico. Aunque el legislador penal se refiera solo a los yacimientos arqueológicos, es necesario incluir en su ámbito de protección a los yacimientos paleontológicos y elementos geológicos relacionados con la historia del hombre, sus orígenes y antecedentes¹⁸³.

¹⁸³ Así, RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 360. También, ROMA VALDÉS, A.: “Los delitos ...”, ob. cit. pág.451, al señalar que “resultaría un contrasentido no incluir dentro

Establecida la separación entre yacimiento arqueológico y objeto o bien arqueológico hemos de determinar si hay coincidencia entre <yacimiento> y <zona arqueológica>. Creemos que hay una clara separación entre ambos, conclusión a la que llegamos de la lectura del art. 1.2 de la LPHE. Pero esta Ley, como indicamos antes, no define el yacimiento y sólo da una definición de la <zona arqueológica> en su art. 15.5 diciendo que 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”.

En algunos casos, cuando estamos ante yacimientos que no estén abiertos a la vista pública, se exige autorización administrativa para la ubicación y declaración de una Zona arqueológica. La declaración de una determinada área como <zona arqueológica> puede coincidir con la superficie exacta del yacimiento, o abarcar una superficie mucho mayor al considerar que lo necesitado de protección no es sólo el yacimiento sino también su entorno, además, una zona arqueológica puede comprender varios yacimientos arqueológicos.

Esta determinación es importante pues lo contrario podría llevar al juzgador a identificar el yacimiento arqueológico con la zona arqueológica.

La protección que el art. 323 del CP otorga a los yacimientos arqueológicos, se considera acertada pero insuficiente, pues no alcanza a las

del tipo del art. 323 del Código Penal un destrozo en un yacimiento como el de Atapuerca (en el que se aprecian varias estratificaciones, una de ellas con los primeros homínidos europeos) y sí otros propiamente arqueológicos pero de menor interés”.

zonas arqueológicas, o sea, a los espacios circundantes que configuran su entorno y que en muchos casos aportan datos fundamentales para una adecuada apreciación de su valor y de su identidad.

En definitiva y a modo de conclusión en torno al “objeto material” antes de la Reforma de 2015 decir que, la relación o enumeración que realiza el art. 323 CP de los bienes o lugares sobre los que han de recaer los daños que tipifica (archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga) era meramente ejemplificativa y, al mismo tiempo, innecesaria, ya que el precepto indicado engloba los mismos en la expresión “bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos” de modo que de no existir tal enumeración de bienes éstos quedarían debidamente protegidos a través de la citada expresión, siempre que tengan el indicado valor. La enumeración de los concretos bienes objeto de protección era redundante, y pudiera hacer pensar que los mismos gozaban de una protección privilegiada (plus protección) con respecto a los demás bienes culturales protegidos por el art. 323 y no enumerados expresamente en él.

Quizás la referencia que efectuaba el art. 323 a los archivos, registros, etc., no es sino reflejo de las dificultades a las que tradicionalmente ha tenido que hacer el legislador para concretar el objeto material de estos delitos y para encontrar una fórmula aglutinadora clara. Lo que es cierto es que el legislador pretendía proteger expresamente los bienes que enumera en el precepto, al entender que requieren una mención expresa para que el juzgador no albergue dudas acerca de su inclusión en el concepto de Patrimonio Cultural, pero en cualquier caso, entiendo que era necesaria la desaparición de la enumeración

de dicho precepto y proceder a la unificación del objeto material tutelado a través de una fórmula genérica que englobase los bienes del Patrimonio Histórico susceptibles de protección, y en este sentido la expresión “bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental” resulta adecuada para proteger nuestro patrimonio cultural.

3. Tipo subjetivo: dolo y tratamiento del error.

El del art. 323 del CP es un tipo doloso¹⁸⁴, castiga los daños dolosos sobre los objetos que describe. Si los daños son cometidos por imprudencia grave se aplicará el art. 324, que recoge un tipo de daños imprudentes sobre los mismos objetos materiales descritos en el art. 323.

El dolo debe de abarcar el conocimiento de que se están cometiendo unos daños (conocimiento y voluntad en cuanto al hecho de dañar) y que los bienes dañados tienen interés o valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental (conocimiento actual del especial valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, del bien dañado). No se extiende en cambio a la mayor o menor presencia de ese interés, esto es, el dato de que el objeto sea concretamente romano o celtibérico si la conciencia de su historicidad se hace patente, ni tampoco a la cuantía del daño producido por encima o por debajo de las cuantías mencionadas (en los arts. 324 CP y 625 CP ya

¹⁸⁴ Por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal ...*, ob. cit. pág. 816.

derogado)¹⁸⁵. El fin que persigue la conducta del agente es causar un daño en un bien de valor cultural.

En cuanto al tipo de dolo, es suficiente el dolo eventual¹⁸⁶. Por tanto, además del dolo directo, cabe también el dolo indirecto o de segundo grado o incluso el eventual por el que el sujeto ve el resultado sólo como probable pero lo acepta para el caso de que se produzca.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que para que exista delito de daños basta con la existencia de un dolo genérico o de consecuencias necesarias. Así, este criterio es recogido, entre otras, en la STS de 3 de junio de 1995 (Rj 1995/4535) y la STS de 29 de enero de 1997 (Rj 1997/111). En esta última sentencia se viene a confirmar la sentencia de instancia en la que se condenaba a los dos acusados, constructor y trabajador autónomo propietario de una máquina excavadora, respectivamente, por realizar durante los días 22 y 23 de marzo de 1994, el vaciado de un solar destinado a la construcción a pesar de haber sido requeridos para que no lo hicieran por los importantes restos arqueológicos que en el mismo se estaban investigando; y la sentencia en el Fundamento de Derecho séptimo proclama:

“El conocimiento 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 consecuencias necesarias derivado de la finalidad lucrativa directamente perseguida”.

¹⁸⁵ ROMA VALDÉS, A.: *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, Granada, 2008, pág. 63.

¹⁸⁶ Vid por todos DIAZ PITA, M.M.: *El dolo eventual*, Valencia, 1994.

La reforma del Código Penal efectuada por la L.O.1/2015 ha supuesto la incorporación expresa al párrafo 1º, inciso segundo, del art. 323 del CP de los actos de expolio, quedando redactado actualmente así:

“Con la misma pena se castigaran los actos de expolio en estos últimos”, siendo que en párrafo 1º, inciso primero de ese mismo precepto castiga los daños producidos en bienes culturales, incluidos los yacimientos arqueológicos. En ambos casos, la pena es la misma. Pero esta asimilación que en la redacción actual del art. 323 CP se hace de los *actos de expolio* incide en el *dolo* porque en estos casos se exige un dolo no de dañar sino un “dolo de sustraer” piezas u objetos arqueológicos, asumiendo el sujeto activo el daño que necesariamente tiene que producir con su acción sobre el yacimiento arqueológico.

Error de tipo.

De no concurrir el conocimiento por el sujeto activo de la presencia de un valor histórico, artístico, cultural, científico o monumental en el bien que daña, o sea, desconoce la importancia del bien dañado, y si se trata de yacimientos arqueológicos desconoce la importancia del yacimiento, ni resultar ese valor notorio, y por tanto, no conocido por la generalidad de la gente, estamos ante un “error de tipo”¹⁸⁷. Este error de ser vencible, en virtud del art. 14 del CP daría lugar a la aplicación del tipo imprudente, en este caso se encuentra expresamente tipificado en el art. 324 castigándose según lo previsto

¹⁸⁷ Por todos, GUIASOLA LERMA, C.: *Delitos ...*, ob. cit. pág. 666. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial ...*, ob. cit. pág. 536.

en él; y de ser invencible, y conforme al art. 14.1 del CP, debe excluir la responsabilidad penal. . Aunque en los casos de error, los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales por vía de recurso, han venido aplicando el error vencible como una forma de atenuación al considerar que la respuesta del derecho penal en algunos casos podría ser excesiva. Bien es cierto que esta situación se ha visto favorecida, por factores como la falta de señalización de los yacimientos arqueológicos y zonas monumentales y la falta de implicación suficiente de las administraciones local y cultural.¹⁸⁸

Sin embargo, alguna doctrina ha señalado que el error invencible no implica siempre la impunidad, pues de haber un propietario del bien dañado, será de aplicación el delito genérico de daños del art. 263 CP, puesto que el sujeto continúa teniendo conocimiento y voluntad de dañar un bien ajeno¹⁸⁹.

El error de tipo puede referirse a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva (cosa, bien cultural, ...) o normativa (ajena, ...). En este caso estamos ante un error sobre elementos de carácter descriptivo utilizados en la tipificación del supuesto de hecho delictivo y que recibe el tratamiento del error <sobre un elemento constitutivo de la infracción penal> previsto en el apartado 1 del art. 14¹⁹⁰.

Hemos de hacer mención aquí a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2001, nº 435/2001, que establece que: en materia de error le corresponde al autor del delito la prueba de la ignorancia que alega.

¹⁸⁸ Como así lo ha apuntado, GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “Los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español ...”, ob. cit. pág. 751.

¹⁸⁹ BAUCELLS LLADÓS, J.: “De los delitos ...”, ob. cit. pág. 1379.

¹⁹⁰ MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, ..., ob. cit. págs. 292 y 293.

En los casos de error inverso, que se da cuando el autor daña un objeto ajeno con la creencia errónea de que se trata de un objeto o bien con valor histórico o cultural¹⁹¹, también se aplica el delito genérico de daños del art. 263 CP (al ser impune conforme al art. 323 dada la ausencia de lesión al bien jurídico protegido por el mismo). Como ejemplo, el caso de una persona que creyendo dañar un cuadro de Velázquez expuesto en el Museo del Prado en realidad está dañando una fiel reproducción del mismo, al estar el original en restauración, y por tanto, inaccesible al público.

4. Antijuridicidad.

Una conducta típicamente relevante normalmente es antijurídica salvo que concurra una causa de justificación, pues en éste último caso, la conducta se considera jurídicamente correcta.

El bien jurídico protegido en el delito del art. 323 del CP es de naturaleza supraindividual y colectiva, lo que supone que el consentimiento de la persona titular del derecho de propiedad sobre los bienes culturales es ineficaz respecto de los daños causados por un tercero sobre los mismos¹⁹².

En los delitos de daños sobre el patrimonio histórico tipificados en el art. 323 del Código Penal es difícil la aplicación de una causa de justificación, aunque puede darse el caso de que concurra la eximente de responsabilidad criminal del art. 20.5 de <estado de necesidad>, siendo necesario para la

¹⁹¹ Así, RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág.417.

¹⁹² Por todos, GONZÁLEZ RUS, J.J.: "Protección penal del patrimonio artístico", en TERRADILLOS BASOCO, J.J. (Coord.): *Reforma penal y delitos contra el orden socio-económico*. Actas del XVI Curso de verano de San Roque, Cádiz, 1996, pág. 87.

aplicación de la misma, además de una situación de necesidad , que concurren los tres requisitos exigidos, o sea, que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

La conducta sólo estará justificada en aquellos casos en los que los daños al patrimonio histórico se hayan producido para evitar un mal a un bien jurídico de mayor valor. Hay que estar a la ponderación de los intereses en conflicto.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de lluvias torrenciales que se producen en una zona de España, que causan grandes inundaciones que ponen en peligro la vidas humanas, y donde la única vía para salvar la vida de determinadas personas es causando daños a un bien de valor cultural. Así, en la situación anterior, se rompen los muros de una iglesia del siglo XVI de valor histórico-artístico para salvar la vida de las personas que se encuentran dentro, ante la entrada imparable de agua en su interior que amenaza con anegar la iglesia totalmente y provocar la muerte de las personas que se encuentran en su interior. Hay que atender a los bienes jurídicos en conflicto, que en este caso son <vida> y <valor y función socio-cultural>, sin duda de mayor valor el primero, por lo que habrá que entender justificada la conducta dañosa producida.

5. Culpabilidad.

El artículo 14.3 del CP establece la exclusión de la responsabilidad penal en el supuesto de error de prohibición invencible, al tiempo que rebaja la pena en uno o dos grados en los supuestos de error de prohibición vencible, en estos casos se trata de un error, y según la redacción dada en dicho precepto, “*sobre la ilicitud del hecho constitutivo de infracción penal*”, o dicho de otro modo, sobre la significación antijurídica de la conducta.

El error de prohibición presenta dos supuestos: por un lado, la ignorancia o el desconocimiento por parte del autor de la existencia de una prohibición penal; por otro lado, el sujeto sabe que su conducta es contraria a derecho pero cree erróneamente estar amparado por una causa de justificación.

El error de prohibición supone que el sujeto no sabe ni pudo saber que su conducta estaba prohibida jurídicamente, el sujeto cree que su conducta es conforme a derecho cuando en realidad no es así. Un ejemplo de este tipo de error sería, del caso del novel trabajador de la construcción que en su primer día de trabajo se encuentra sólo en un solar haciendo uso de la máquina excavadora, y descubre bienes arqueológicos y, a pesar de ello, continúa con su labor de perforación y excavación de terreno, ignorando la existencia de una norma prohibitiva de causar daños en los bienes arqueológicos.

La dificultad que plantea el error de prohibición se encuentra a la hora de delimitar el carácter vencible o invencible del mismo, y en este sentido el criterio seguido por la jurisprudencia es que la invencibilidad del error radica en que no exista una conciencia de una alta posibilidad de antijuridicidad, pudiendo basarse en no haber tenido el autor la posibilidad de conocer la ilicitud o en no haber podido conocerla a pesar de haber empleado su

capacidad para ello. No es necesario conocer la norma jurídica concreta violada ni el delito, basta que el sujeto tenga conciencia de que su conducta es contraria a derecho¹⁹³.

6. Consumación.

El art. 323 constituye un tipo de resultado material¹⁹⁴ que requiere para su consumación la efectiva destrucción, inutilización, menoscabo o deterioro del bien o lugar, pudiendo ser total o parcial, aunque siempre ha de afectar al valor histórico o cultural del bien.

Cabe la “tentativa” en sus dos modalidades, acabada e inacabada¹⁹⁵, o sea, de aquellos casos en los cuales el sujeto ya ha practicado, respectivamente, todos los actos de ejecución o sólo algunos de ellos sin conseguir, sin embargo, su propósito.

¹⁹³ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1996 (Rj 1996/2015). Auto del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1999 (Rj 1999/5840) en el que señala que, el error de prohibición en su faceta invencible exige determinados requisitos: a) su estudio y aplicación al caso concreto debe partir del hecho probado declarado en la sentencia de instancia; b) para excluir el error no se precisa que el agente tenga seguridad respecto de su proceder antijurídico, pues basta con que tenga consciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad; c) en todo caso debe ser probado por quien lo alega, si se pretende la exculpación; d) para llegar a esta exculpación habrán de tenerse en cuenta los condicionamientos jurídicos y culturales del agente, así como las posibilidades de recibir instrucciones y asesoramiento y acudir a medios que permitan conocer la trascendencia jurídica de la acción, y e) su invocación no es aceptable en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de comprensión generalizada.

¹⁹⁴ Por todos, RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. págs. 289 y 290.

¹⁹⁵ GUIASOLA LERMA, C.: *Delitos ...*, ob. cit. págs.. 621 y 622.

7. Autoría y participación.

El tipo penal del art. 323 dada su descripción puede ser cometido en cualquiera de las formas del régimen general de autoría y participación.

Conforme al art. 28 del CP, párrafo primero, son autores quienes “realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”. De este modo se distinguen tres tipos de autorías: inmediata o directa, coautoría y mediata.

En la <autoría inmediata o directa> el autor directo realiza personalmente el comportamiento descrito en el tipo penal, así en el delito del tipo del art. 323 del CP el autor directo es el que lleva a cabo la conducta de daños prevista en el tipo. Y esa conducta de daños prevista en el tipo penal puede ser realizada conjuntamente por varias personas, realizando el hecho cada una de ellas, sería el caso de la <coautoría¹⁹⁶>.

A la autoría mediata se refiere el art. 28 del CP cuando habla de ejecutar el hecho “por medio de otro del que se sirven como instrumento”, siendo que esta consiste en que una persona (autor mediato, llamado “hombre de atrás”) que no realiza directa y personalmente el hecho, pero que sí tiene en todo momento el dominio del mismo y el control del curso de la ejecución del delito, se sirve de otra persona que actúa como instrumento (autor inmediato) y que es la que realiza el hecho típico¹⁹⁷. El instrumento ha de realizar la acción o

¹⁹⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona. 1991.

¹⁹⁷ Como dice SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: “Art. 28”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.): *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, pág. 434, “el autor mediato ni realiza el tipo, ni toma parte directa en la ejecución del hecho, ni es inductor para que otro realice dolosamente un delito, en el sentido técnico-jurídico de la inducción”.

conducta humana¹⁹⁸, y no ser utilizado por el autor mediato simplemente como una cosa, pues en este último caso (la utilización del instrumento como simple cosa) no podríamos hablar de autoría mediata, sino de autoría directa o inmediata¹⁹⁹.

La autoría mediata suele ser admitida en los casos en que el instrumento: es inimputable (aunque no siempre)²⁰⁰, está amparado por una causa de justificación (en cumplimiento de un deber, miedo insuperable), o realiza una conducta atípica o inculpable (por falta de dolo).

Circunscribiéndonos al delito de daños del art. 323 del Código Penal creemos que es posible apreciar la autoría mediata en los supuestos, entre otros, en que el instrumento actúa con “error de tipo” que haya sido provocado o aprovechado por el “hombre de atrás”. Así, por ejemplo, el caso del

¹⁹⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: “La autoría conforme al Código penal”, en *La Ley*, núm. 2, Madrid, 2000, pág. 1726.

¹⁹⁹ Así, en relación con esta materia es muy significativa la STS de 4 de marzo de 1996 (Rj 1996/1896) que en su relato de hechos dice que la acusada realizó un viaje de Ceuta a Algeciras “en compañía de de su hijo de dos años de edad, entre cuyos pañales, oculto, portaba tres envoltorios conteniendo un total de 490 gramos de hachís”. En torno a la posible realización del delito en autoría mediata, la sentencia proclama que nunca es instrumento por autoría inmediata un objeto (habla de la cosificación del niño de de dos años) pues en tales casos el “hombre de atrás” es autor inmediato diciendo que “la utilización de un objeto ni es la realización ni comisión del tipo, que supone siempre en la norma una participación en la acción por parte del instrumento que actúa sin dolo o con falta de motivación por la norma, pero no en los casos en que no interviene más que como algo objetal o inerte en la acción delictiva al carecer de dominio funcional del acto”.

²⁰⁰ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho ...*, ob. cit. págs. 463 y ss, aunque estos autores son partidarios de la teoría del dominio del hecho consideran que “es difícil fundamentar la autoría mediata en el caso del que se vale de un inimputable para cometer el delito, ya que no siempre el que hace esto tiene el dominio del hecho. Generalmente en estos casos hay inducción, que es una forma de participación pero no de autoría”.

restaurador de un museo importante que recibe el encargo de restaurar una obra pictórica de gran valor artístico y que ejecuta la restauración sin saber que las soluciones que utiliza para ello habían sido previamente cambiadas por ácidos corrosivos de efecto retardado. En este caso, el instrumento, si el error es invencible, no sería responsable; y si el error es vencible, responde de un delito de daños imprudentes sobre el patrimonio histórico del art. 324 del C.P. Y el “hombre de atrás” en ambos casos responde como autor de un delito doloso de daños del art. 323 en autoría mediata.

También se habla de autoría mediata en el “cumplimiento de un deber” cuando el mismo deriva directamente de órdenes recibidas con las formalidades legales. Así, por ejemplo, el caso de un subordinado que recibe de su superior la orden, (aparentemente legal) de derribar un edificio histórico no declarado BIC y la cumple. La orden del superior es dolosa y delictiva. En este caso, el superior es autor, en autoría mediata, de un delito de daños del art. 323 ²⁰¹. El instrumento (el subordinado) de este modo actúa justificadamente, al obrar objetiva y subjetivamente conforme a derecho, o sea, actúa jurídicamente tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, pero aquí lo que nos importa no es su actuación ajustada a derecho, sino la ilicitud de la actuación del hombre de atrás (el superior) si éste sabe que se trataba de un edificio histórico, y por tanto, objeto de protección.

En cuanto a la <participación>, aunque el art. 28 del CP considera también autores a los inductores y a los cooperadores necesarios, no es sino una equiparación con los autores a efectos punitivos, puesto que realmente estamos ante dos formas de participación.

²⁰¹ RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 438.

La <complicidad> en el delito de daños sobre el Patrimonio Histórico no presenta variación conforme al régimen general de la participación.

8. Problemas concursales.

La relación entre los tipos de los arts. 323 y 321 es sencilla. Mientras que el art. 321 se refiere a concretos bienes inmuebles, los “edificios”, que dispongan de una “singular protección”, quedando reservada su aplicación a éstos concretos objetos, los “edificios singularmente protegidos”; el art. 323 CP tendrá operatividad para el resto de bienes que integran el patrimonio histórico. Entre ambos preceptos hay una relación de especialidad²⁰², lo que determina la aplicación preferente del art. 321, y en caso de no existir el tipo del art. 321, las conductas punibles serían constitutivas del tipo del art. 323, ya que todos los edificios singularmente protegidos lo son por haberles sido reconocido su valor histórico, artístico, cultural o monumental, lo cual es necesario para poder aplicar el art. 323; además, toda conducta que suponga “destruir” o “alterar gravemente”(del art. 321), total o parcialmente, es constitutiva de “daños” (del art. 323)²⁰³. Este último precepto se considera como el género de los daños contra el patrimonio histórico, que se ve especificado en diversos aspectos por el art. 321 CP el cual limita el daño genérico y el objeto material del delito, pues

²⁰² SERRANO GÓMEZ, A./ SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho penal. Parte especial ...*, ob. cit. pág. 640. En este sentido, PÉREZ ALONSO, E.J.: “Los delitos ...”, ob. cit. pág. 634. DE VEGA RUIZ, J.A.: *Delitos ...*, ob.cit. pág. 124, para el que, el art. 321 “es un delito de daños especialmente cualificado por la regla de la especialidad”. ALMELA VICH, C.: “Delitos ...”, ob. cit. pág. 877, que defiende el carácter subsidiario del art. 323 respecto del 321. CARMONA SALGADO, C.: “Delitos ...”, ob. cit. págs. 38 y ss. En contra, RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 461.

²⁰³ RODRIGUEZ MORO, L.: “Los delitos ...”, ob. cit. pág. 221.

el daño consiste en el derribo o alteración grave del bien, y el objeto material sólo puede serlo un edificio que además haya sido declarado de interés cultural.

Cabe la posibilidad de un “concurso real de delitos”, comportando una mayor penalidad, en los casos en que con una o varias conductas se produzca la destrucción y/o alteración de un edificio singularmente protegido y, además, daños en otros que no lo estén, o en bienes muebles de valor histórico o cultural²⁰⁴.

No cabe concurso de delitos entre el tipo genérico de daños del art. 263, que castiga los daños no comprendidos en otros títulos del Código Penal, y el tipo del art. 323, en el caso de que los daños afecten a un bien de valor histórico o artístico que sea de “propiedad ajena”. El art. 323 resulta de aplicación preferente frente a los delitos de daños tipificados en los arts. 263 y ss., y en concreto frente a la cualificación contemplada en el apartado 4º del art. 263.2, relativa a los casos en los que el daño afecte a bienes de dominio o uso público o comunal, precepto que resulta de aplicación subsidiaria respecto a los arts. 321 y ss. Pero si se dan las circunstancias del art. 266.1²⁰⁵, será éste

²⁰⁴ GUIASOLA LERMA, C.: *Delitos ...*, ob. cit. págs.674 y 675. RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 465.

²⁰⁵ El artículo 266.1 del Código Penal establece: “Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años el que cometiere los daños previstos en el apartado 1 del artículo 263 mediante incendio, o provocando explosiones, o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva o que genere un riesgo relevante de explosión o de causación de otros daños de especial gravedad, o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas”.

de preferente aplicación²⁰⁶. La relación que existe entra estos dos preceptos es de subsidiariedad y no de especialidad²⁰⁷.

Procede apreciar el correspondiente “concurso de delitos” cuando los daños se realicen <con la finalidad> de cometer un hurto, un robo, una estafa (art. 250.3), una apropiación indebida (254) o una malversación de bienes pertenecientes al patrimonio histórico, y también ha de apreciarse, cuando se lleve a cabo la realización de cualquier menoscabo que se produzca con ocasión de la ejecución de alguna de esas conductas, ya sea a título de dolo del art. 323 del CP, ya a título de imprudencia (art. 324)²⁰⁸.

Cuando los daños sobre los bienes muebles de valor cultural se realicen con la finalidad o sean consecuencia de su robo, habrá un concurso (real) de delitos con la figura agravada del art. 241.4²⁰⁹ en relación con el art. 235.1.1º. Ahora bien, si la sustracción no genera daños sólo será aplicable el tipo de apoderamiento.

Distinto es el caso en que se originen daños sobre un bien de valor histórico o cultural, mueble o inmueble, para acceder al lugar donde se encuentra otra cosa mueble (tenga ésta o no el mismo valor) que es la que se sustrae. Así, por ejemplo, el caso de quien daña un arcón del siglo XV con el propósito de acceder a su contenido (que no tiene valor cultural) para apoderarse de él. Aunque para un sector de la doctrina, los daños producidos

²⁰⁶ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial ...*, ob. cit. pág. 496. TAMARIT SUMALLA, J.M.: “De los delitos ...”, ob. cit. pág. 51. CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre ...”, ob. cit. pág. 689. BAUCELLS LLADÓS, J.: “De los delitos ...”, ob. cit. pág. 1380.

²⁰⁷ Así, QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial ...*, ob. cit. pág. 1103.

²⁰⁸ CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio”, en, COBO DEL ROSAL ..., ob. cit. pág. 606.

²⁰⁹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial ...*, ob. cit. pág. 496.

por la fuerza empleada para acceder son los constitutivos del concepto normativo de “fuerza en las cosas” de los arts. 237 y 238 del CP, y son absorbidos por él, por lo que se aplica la modalidad de robo agravado, que viene a absorber el delito contra el patrimonio histórico²¹⁰. Entendemos, como también otro sector doctrinal, que hay que rechazar la consunción y apreciar un concurso medial entre los daños del art. 323, y el robo con fuerza (básico o agravado, dependiendo de si lo sustraído tiene o no valor cultural)²¹¹.

Habrá concurso real de delitos entre el hurto cualificado previsto en el art. 235.1 y los daños al patrimonio histórico del art. 323 en aquellos casos en que el sujeto activo se apodera con ánimo de lucro de un bien mueble ajeno de valor histórico, artístico, cultural o científico y posteriormente decide dañarlo para borrar todo rastro del delito cometido, por ejemplo, al verse sorprendido instantes después del hurto por la policía decide dañar el bien mueble para borrar cualquier evidencia del delito. Ahora bien, en el caso de que se hurte un bien de valor histórico o cultural indicado con el único fin de destruirlo, en este caso el sujeto activo no actúa con el ánimo de lucro que es exigido en el hurto, por lo que en este caso sólo se aplicará el delito de daños del art. 323 del CP²¹². Un ejemplo de esto último es, cuando A pretende destruir un valioso cuadro perteneciente a B que, en ese momento, se encuentra en una

²¹⁰ GUIASOLA LERMA, C.: *Delitos ...*, ob. cit. pág. 554.

²¹¹ Así, RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. págs. 467 y 468, pero ésta autor habla de “concurso ideal” cuando dice que “es fácilmente constatable que el art. 323 prevé una pena más grave que la establecida en el art. 240 lo que conduce, a nuestro entender, a tener que rechazar la consunción y apreciar, más bien, un concurso ideal entre ambos preceptos, imponiéndose, de este modo, la pena del art. 323 en su mitad superior según lo establecido en el art. 77”.

²¹² RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 466. RODRIGUEZ MORO, L.: “Los delitos ...”, ob. cit. pág. 223.

exposición benéfica, y ante la imposibilidad de llevarlo a cabo, debido a la concurrencia de visitantes a la exposición, opta, en un momento de descuido por parte de los organizadores de aquella, por llevárselo a su casa en la cual realiza la destrucción²¹³. Sí se apreciará el correspondiente “concurso de delitos” cuando los daños a un bien de valor histórico, artístico, cultural o científico se realicen <a consecuencia> o <con la finalidad> de cometer un hurto, es decir, que el sujeto activo actúe con la finalidad de apoderarse con ánimo de lucro de un bien mueble ajeno de valor histórico, artístico, cultural o científico y como consecuencia de ello se causen daños dicho bien, y en estos casos estaríamos ante un concurso ideal de delitos entre el hurto cualificado previsto en el art. 235.1 y los daños al patrimonio histórico del art. 323.

En relación con este último concurso de delitos hemos de mencionar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Nº 2 de Jaén de 10 de junio de 2014 (S. 296/14), en la que condena a los acusados por un delito de hurto en grado de tentativa de bienes de valor histórico y cultural del art. 235.1 del CP en concurso ideal con un delito de daños del art. 323 del CP. Dicha sentencia como hechos probados establece que:

“los acusados, con ánimo de lucro, el 1-9-11, valiéndose de un soplete y con la finalidad de sustraerla procedieron a cortar una viga metálica del puente metálico que une el pozo minero de San Vicente y el Pozo Rico por donde discurrían las vagonetas de carga de mineral extraídos de las explotaciones mineras. Tanto el Pozo minero de San Vicente como sus instalaciones como el Pozo Rico y sus instalaciones de raíles metálicos y la conexión con el Pozo minero de San Vicente, se encuentran inscritos bajo el núm. 30 y 29

²¹³ Ejemplo de ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 204.

respectivamente en el catálogo general de Patrimonio Histórico andaluz según resolución de 3-12-03 de la Dirección General de Bienes Culturales publicada en BOJA de 14-1-04.

Los acusados no pudieron culminar su propósito al ser sorprendidos sobre las 12 horas del día 1-9-11, por la Guardia Civil una vez tenían cortada la viga de los soportes del puente y se encontraban troceándola con el soplete para facilitar su transporte”.

Está claro que los acusados con la intención de apoderarse con ánimo de lucro de la viga metálica, que estaba catalogada como bien cultural, causan daños a ese bien cultural. En relación a estos daños, a la necesidad o no de una específica intención de dañar, la sentencia que estudiamos en su Fundamento de Derecho Tercero deja claro que no es necesaria una intención específica de dañar y acogiéndose a la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 1995, expresa que:

“basta en todo caso con la existencia de un <dolo genérico>, configurándose el contenido exacto del delito dentro de un amplio y genérico compendio desde el que la acción punible de dañar se corresponda con los verbos destruir como pérdida total, inutilizar como pérdida de su eficacia, productividad y rentabilidad, deteriorar como pérdida parcial del <quantum>, así como la alteración de la sustancia o cualquier menoscabo o desmerecimiento, siempre bajo la causalidad de un <animus damnandi> o intención concreta de causar un detrimento patrimonial de forma consciente y voluntaria en un bien ajeno”.

En los casos en que los daños a bienes de interés cultural se perpetren por el propietario del bien en cuestión, se aplicará preferentemente el art. 289

del CP (que castiga al que destruyere, dañare o inutilizare una cosa propia de utilidad social o cultural o la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad)²¹⁴. No obstante, hay que llamar la atención sobre la atenuada punibilidad que establece el art. 289 CP (prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses) cuando los daños son causados por el propietario del bien, y la pena notablemente más grave que, cuando los mismos daños sobre el bien cultural son producidos por un tercero (un extraño), establece el art. 323 CP (en su actual redacción, prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses)²¹⁵. En este sentido CARMONA SALGADO²¹⁶, con la que coincidimos, señala ante la diferente penalidad, que “produce efectos un tanto distorsionantes”, y añade “así las cosas, resulta legítimo cuestionarse si, estando en juego la función social o cultural de tales bienes, puede justificarse una diferencia tan acusada de las respectivas penas en base al hecho de que el autor de los daños ha sido su propietario y no un extraño”.

El art. 289 CP se refiere también, en relación a la cosa propia de utilidad social o cultural, a la “sustracción de la misma al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad”, que engloba conductas que producen como resultado el no disfrute del bien por parte de la sociedad. Así los casos de ocultación²¹⁷ (así, el caso del propietario de un cuadro de Velázquez que lo oculta para su exposición en un museo), traslado fuera del

²¹⁴ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial ...*, ob. cit. pág. 496. CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio”, en, COBO DEL ROSAL ..., ob. cit. pág. 606.

²¹⁵ RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 446 y 447.

²¹⁶ CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio”, en, COBO DEL ROSAL ..., ob. cit. pág. 606.

²¹⁷ SALINERO ALONSO, C.: *La protección ...*, ob. cit. pág. 320.

país, la simple negativa del propietario a facilitar el acceso al bien a los investigadores o no permitir la visita pública del bien conforme a lo previsto en el art. 13.2 de la LPHE. En los casos en que, además de la conducta de daños que atenta al patrimonio histórico, se produce una sustracción al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad, el art. 289 no quedaría desplazado por el art. 323, sino que en ese caso procede admitir un concurso real de delitos²¹⁸.

9. El delito de expolio. Nuevos problemas concursales en relación con el expolio.

Dada la peculiaridad del Patrimonio Arqueológico es necesario que el Derecho penal le otorgue una protección específica. Antes de adentrarnos en la regulación penal vamos a ver qué se entiende por Patrimonio Arqueológico y cuál es el carácter de los bienes que lo integran. Pues bien, el art. 40.1 de la LPHE define el Patrimonio Arqueológico en los siguientes términos: *aquél que está integrado por “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”*. Se trata de una definición muy amplia, y por ello, cuando se pretendan llevar a cabo actuaciones dirigidas al descubrimiento y extracción de este Patrimonio se necesitará, en todo caso, la correspondiente autorización por parte de la Administración Pública que realiza una declaración de voluntad en virtud de la cual señala y acota el perímetro de un lugar o yacimiento donde se encuentra una fuente de conocimiento que

²¹⁸ RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 449.

además puede tener un gran valor material, pero que, en todo caso, le pertenece,. Así, los bienes arqueológicos ocultos, cuando son formalmente declarados protegidos (lo que se documenta por la Administración), son ajenos, y la riqueza arqueológica de yacimiento le pertenece a la Administración. En cuanto al carácter de los bienes que integran el Patrimonio Arqueológico, el art. 44.1 de la LPHE les otorga el carácter de “bienes de dominio público” a *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 art. 323 del C.P. en el segundo inciso del nº 1 (del párrafo primero) castiga, expresamente, con la misma pena que en el caso de daños dolosos a los bienes culturales (o sea, sanciona con igual pena a la del tipo básico del apartado precedente), los actos de expolio en los yacimientos arqueológicos, terrestres y subacuáticos, al decir, *“Con la misma pena se castigarán los actos de expolio en estos últimos”*. Como vemos, se castiga con igual pena los daños causados en yacimientos arqueológicos y los actos de expolio de que son objeto los mismos. De este modo se produce la tipificación expresa del “delito de expolio”.

En torno al delito de expolio se ha dicho que, con la reforma, el legislador no ha establecido realmente una nueva tipología del expolio arqueológico, sino que la incrusta en el delito de daños dolosos al Patrimonio Histórico Español, agravando, de esta forma, la defectuosa sistemática que el Código Penal mantiene en el tratamiento de los bienes culturales²¹⁹.

²¹⁹ GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “Los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español. Los daños dolosos a los bienes culturales ...”, ob. cit. pág. 754.

Con esta reforma del art. 323 se ha incorporado al Código Penal la propuesta que, en relación a los actos de expolio en yacimientos arqueológicos, efectuó el Consejo Fiscal en el preceptivo informe emitido al Anteproyecto de 2012, y al que hemos hecho referencia anteriormente, en el cual se plasmaba que algunas de las actuaciones del Ministerio Fiscal destinadas a frenar el comercio ilícito de objetos con valor histórico procedentes de yacimientos (conocidos o no) se habían visto frustradas.

Consideramos que la decisión legal efectuada en materia de expolio es una decisión de importancia, por ello, no entendemos la razón por la que el Preámbulo de la L.O. 1/2015 no dedica ni una sola línea para dar una explicación al respecto.

En cuanto al concepto de expolio y ante la ausencia de definición alguna del mismo a efectos penales, habrá que remitirse a la definición dada por el derecho administrativo en el artículo 4 de la LPHE que señala que el expolio *“es 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 función social”*.

A pesar de la anterior definición, la ausencia de un concepto jurídico-penal de expolio en el precepto reformado provocará problemas interpretativos.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua “expoliar” es despojar con violencia o con iniquidad (entendiendo ésta última como maldad o injusticia grande). También se utiliza el término expolio para referirse al saqueo sistemático de bienes culturales de cualquier tipo.

En un sentido estricto, centrado en las agresiones que se perpetran sobre los yacimientos arqueológicos, suele considerarse que las conductas

más frecuentes de expolio son las derivadas de actuaciones urbanísticas, actos vandálicos, excavaciones ilegales, remoción de tierras y uso de detectores de metal²²⁰.

Para que exista un “expolio” es preciso que el sujeto activo haya obtenido la disponibilidad de la cosa mueble, concepto este último idéntico al de los delitos patrimoniales de apoderamiento, o sea, que nos encontramos ante un auténtico delito de apoderamiento patrimonial en el que la singularidad del tipo viene constituida por el objeto sobre el que recae la acción (objetos pertenecientes a un yacimiento arqueológico).

En relación al objeto de la acción (objetos materiales muebles pertenecientes a un yacimiento arqueológico) hay que decir que es la condición de pertenencia al yacimiento la que a efectos típicos, otorga la cualificación típica, y ello, con independencia de que el objeto, aisladamente considerado, tenga valor (histórico, cultural, científico, etc.) o no. Esta afirmación aunque evidente, no es baladí. Se equiparan a efectos penales: el expolio del objeto sin valor significativo en sí mismo, en el que el expolio sólo merece un juicio de reproche por el perjuicio que origina al yacimiento que se ve alterado o menoscabado, por el perjuicio a la información que contiene al faltarle algunos elementos o por la pérdida de valor que ello implica (por tanto, alteración o menoscabo, ahora, no por daños o destrozos, sino por el perjuicio de esa información); y el expolio de un objeto muy valioso, en sí mismo considerado²²¹.

²²⁰ NÚÑEZ SÁNCHEZ, A.: “El expolio de yacimientos arqueológicos”, en *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, 2006, pág. 175.

²²¹ DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: “La reforma de los delitos ...”, ob. cit. pág. 649.

El artículo 323 CP, al incluir expresamente los actos de expolio en yacimientos arqueológicos dentro de este delito especial de daños, se aleja del concepto administrativo de expolio del art. 4 de la LPHE que se refiere a una situación de puesta en peligro que no tiene cabida en el Código Penal²²².

La reforma del primer párrafo del art. 323 del CP, con la tipificación expresa del expolio, obliga a la siguiente distinción: los daños en yacimientos arqueológicos (primer párrafo, primer apartado), y, el expolio en sentido estricto (primer párrafo, segundo apartado). Así, el concepto penal de expolio debe abarcar: los daños (materiales o inmateriales) sufridos por el yacimiento, entendido este como fuente de conocimiento e información científica; y el apoderamiento o incautación de bienes o piezas arqueológicas (descubiertas por el autor), y cuyo valor debe acumularse a los daños producidos para llevar a cabo la sustracción de éstas. Tanto los daños como el apoderamiento patrimonial son subsumibles en el artículo 323 del C.P.

Nuevos problemas concursales en relación con el expolio.

La introducción del nuevo delito de expolio en el art. 323 del CP puede plantear problemas concursales, así:

- Con el delito de hurto cualificado del art. 235.1.1^a del CP²²³ cuando el objeto expoliado (y el yacimiento) está integrado en el patrimonio de una persona física o jurídica, pública o privada.

²²² GARCÍA CALDERÓN, J.M.: "Los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español. Los daños dolosos a los bienes culturales ...", ob. cit. pág. 755.

²²³ Conforme a la actual redacción del art. 235.1,1^a del Código Penal será castigado el hurto con la pena de prisión de uno a tres años, cuando *se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*. Recoge el precepto un tipo agravado de hurto con una penalidad

- Con el delito de robo del art. 241.4 del CP.
- Con el delito apropiación indebida de objetos perdidos del art. 254 del CP²²⁴ (antes de la reforma art. 253), precepto este que sería de aplicación cuando el yacimiento no fuera conocido (cosa perdida).

La doctrina mayoritaria, hasta ahora ha venido considerando en estos casos un “concurso de delitos” entre, el delito de daños producidos al yacimiento y un delito agravado de hurto o de apropiación indebida, según el apoderamiento tuviera lugar en un yacimiento 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”²²⁵.

Otra parte de la doctrina rechazaba el concurso de delitos al considerar que los objetos sustraídos del yacimiento tras su descubrimiento, no tenían la consideración de cosa ajena o de cosa perdida o de dueño desconocido, como exigían los tipos agravados de hurto o apropiación indebida, respectivamente. Consideraban que sólo con posterioridad al descubrimiento del yacimiento podían considerarse los objetos arqueológicos encontrados como un bien ajeno o que hubiera perdido la Administración, pero con anterioridad no cabe hablar

igual a la establecida con anterioridad a la reforma, pero ahora, no es necesario que el valor de los bienes supere los 400 euros, tal y como establece el actual art. 234.2 del Código Penal.

²²⁴ El actual art. 254 del Código Penal *castiga* con la pena de prisión de seis meses a dos años *a quien se apropiare de una cosa mueble ajena cuando de tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*. Se castiga, por tanto, el *apoderamiento de de cosas muebles ajenas*. Y conforme a lo establecido en el apartado segundo, *si la cuantía de lo apropiado no excede de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses*. En el antiguo art. 253 del CP, se castigaba con la misma pena que el actual art. 254, a los que *con ánimo de lucro se apropiaran de una cosa perdida o de dueño desconocido siempre que se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*.

²²⁵ GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “Los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español. Los daños dolosos a los bienes culturales ...”, ob. cit. pág. 756.

de titularidad por parte de la Administración Pública al desconocer su existencia. Una vez encontrado el objeto ya no se puede decir que tenga un dueño desconocido. Por lo anterior, es por lo que considera que el apoderamiento de bienes o piezas arqueológicas ha de perseguirse como delito especial de daños del art. 323 del CP.

En la práctica judicial se venía acogiendo la solución del concurso medial, calificando los hechos como hurto o apropiación indebida junto con el delito de daños causados al yacimiento arqueológico. Como ejemplo, la sentencia nº 301/2014 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Cáceres de 29 de octubre de 2014, en la que se condena a varias personas por delitos continuados de daños en yacimientos arqueológicos y apropiación indebida en situación de concurso del art. 74 del Código Penal²²⁶.

Actualmente, en los nuevos tipos de hurto y apropiación indebida se mantienen las agravaciones específicas por razón del objeto en los arts. 235.1.1ª y 253 del Código Penal, pero en la regulación actual de la apropiación indebida se ha sustituido la expresión de “cosas perdidas o de dueño desconocido” por “cosas muebles ajenas”, y en la regulación actual del hurto agravado se ha indicado que puede ser aplicado sin que sea necesario que el valor de los bienes alcance los 400 euros, conforme establece el art. 234.2 del CP, siendo que lo anterior, viene a facilitar la aplicación del concurso de delitos, que ya venía aplicándose como regla general por los tribunales.

²²⁶ GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “Los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español. Los daños dolosos ...”, ob. cit. pág. 756, donde señala en relación con la sentencia citada que, tal sentencia tuvo su origen en la llamada *Operación Badía* desarrollada por el *Servicio de Protección de la Naturaleza* de la Guardia Civil en la provincia de Cáceres.

La reforma legal que estudiamos, plantea una situación en la que confluyen opiniones diferentes: unas opiniones, se inclinan por apreciar el concurso medial de delitos, entre los daños y la sustracción, al menos en casos especialmente graves; otras opiniones, se inclinan por aplicar la pena (asimilada a los daños del párrafo primero, primer inciso del art. 323 CP) del párrafo primero, segundo inciso, del delito de expolio del art. 323 del CP, al considerar que por aplicación de las reglas del art. 8 del CP, el nuevo delito de expolio es de aplicación preferente sobre hurtos, apropiaciones indebidas y robos, y por tanto se excluye la aplicación de estos últimos.

En mi opinión, la solución de concurso entre sustracción y daños parece la más acertada, debiendo calificarse los hechos como delito de daños en concurso medial con delito agravado de hurto o apropiación indebida, según haya o no un conocimiento anterior y una catalogación del yacimiento arqueológico expoliado por parte de la Administración Pública.

Finalmente, decir que, la necesidad de la reforma en materia de expolio resulta cuestionada por esta parte, pues las conductas que se tipifican expresamente como delito de expolio son perfectamente subsumibles en tipos preexistentes.

También, como pone de manifiesto DE LA CUESTA AGUADO²²⁷, el vigente Código Penal no prevé el caso del <coleccionista de objetos de arte> que, aunque presumiblemente proceden de yacimientos arqueológicos, no se puede probar ni el yacimiento de origen, ni si él expolió, o compró los objetos, ni cuándo lo hizo; en estos casos - continúa diciendo - las conductas serían impunes salvo que fueran tratadas como supuestos de receptación, lo que sólo

²²⁷ DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: "La reforma de los delitos ..., ob. cit. pág. 652.

sería posible, si no existiera el art. 323.1, 2 del CP. Por el contrario entiendo que, no hay obstáculo para que estas conductas si resultan impunes conforme al art. 323.1,2 CP puedan considerarse como delito de receptación.

10. Subtipo agravado del artículo 323.2 del CP

Se introduce con la Ley Orgánica 1/2015 una agravación que permite imponer la pena superior en grado cuando se hubieren causado daños de especial gravedad o que afecte a bienes especialmente relevantes, en el punto 2 del art. 323 C.P. que establece:

“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”.

Se incorporan así dos cualificaciones: por el valor del daño causado y por el valor del objeto dañado. No es lo mismo los daños causados en el Palacio de Carlos V integrado en el recinto de la Alhambra de Granada que los producidos en otro edificio histórico que no tenga tal relevancia, pues en el primer caso entraría en juego la agravación del punto 2 del art. 323 C.P., lo que ha de ser tenido en cuenta, entre otros, por los amantes de las pinturas en edificios protegidos, sobre todo en ciudades como Granada donde hay un elevado número de “pintores de ese tipo de lienzos”.

Consideramos un acierto del legislador la introducción de la agravación de la pena que podrá imponerse en aquellos casos de producción de daños en

bienes muebles o inmuebles que son objeto de una protección singular, como es el caso de los Bienes de Interés Cultural o de los bienes muebles integrados en los Inventarios Generales elaborados por la Administración Pública tanto estatal como autonómica.

En cualquier caso la “especial gravedad” dependerá de la valoración que el Juez o Tribunal haga de los daños para considerarlos especialmente graves, valoración difícil de realizar y no que no puede deducirse exclusivamente del valor material de los daños producidos. En este sentido hemos de tener presente para efectuar la valoración la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004 que, en relación con la alteración grave del art. 321, afirma que:

“tal gravedad debe de interpretarse tanto en sentido cuantitativo, como en sentido cualitativamente relevante en cuanto a la finalidad que esta norma penal tiene, la protección del interés histórico o cultural”.

En relación con la especial gravedad GARCIA CALDERÓN alude a la idea de valor incalculable y también a la idea de reparación moral²²⁸.

²²⁸ GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “Los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español ...”, ob. cit. pág. 760, que en relación con la *especial gravedad* y tras considerar que esta no se puede deducir sólo del valor material de los daños producidos, indica que: *“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 el daño ocasionado a la sociedad en su conjunto como depositaria permanente de los bienes culturales. 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 responsabilidad moral. Esta idea de reparación moral no debería parecerse ni mucho menos extravagante. El origen de esta percepción se encuentra en la enriquecedora relación de los bienes culturales con la ciudadanía”.*

En cuanto a la “especial relevancia” de los bienes culturales dañados, también va a depender de la valoración del Juez o Tribunal la determinación para que se pueda aplicar la agravación, lo que hará atendiendo al valor económico del perjuicio y principalmente al valor cultural del bien dañado. Por nuestra parte consideramos que, aunque no se exija una cuantía mínima de los daños producidos, parece evidente que estos deben de superar los 400 euros, al resultar ello consecuente con el tipo básico de daños del art. 323.1 CP y al ser esta la interpretación más favorable para el reo. El legislador guarda silencio en este punto. Estos bienes de especial relevancia “*deberían identificarse, cuando menos, con todos los que han sido declarados conforme a las previsiones de la LPHE, Bien de Interés Cultural*”²²⁹.

11. Penalidad.

11.1 Configuración de la penalidad.

Tras la reforma efectuada por la L.O. 1/2015 el número 1 del art. 323 CP castiga los daños a los bienes que indica con la “*pena de prisión de seis meses a tres años*”, de este modo se reduce el límite mínimo de la pena de prisión de un año (que es la establecida antes de la reforma) a seis meses, lo que supone una penalidad acorde con la prevista en el art. 321 del CP que establece la pena de prisión de seis meses a tres años para los casos en los que se produzcan las conductas que tipifica, o sea, el derribo y/o alteración “grave” de

²²⁹ Ídem. GARCÍA CALDERÓN, J.M., pág. 761.

edificios singularmente protegidos, ya sea total o parcial²³⁰; antes la pena de ambos preceptos sólo resultaba coincidente en su límite máximo. Hasta la reforma que aquí estudiamos, no se entendía la menor penalidad prevista en el art. 321 CP (en comparación con la del el art. 323.1 del mismo cuerpo legal) y menos aún al especificar el precepto que el derribo o alteración debía ser grave, por lo que consideramos que ha sido un acierto del legislador el establecimiento de la igualdad de la pena en este caso.

Además esta reducción que del límite mínimo de la pena de prisión hasta los seis meses establece el art. 323.1 CP es consecuencia de la supresión o desaparición de las faltas, y en este caso en particular, de la falta del desaparecido art. 625.2 y poder así aplicar una penalidad acorde con la nueva modalidad de delitos que la reforma establece “los delitos leves”.

Además, el nuevo artículo 323 del CP en su número 1, prevé la aplicación alternativa de las penas de prisión o multa, así se castigan los daños en los bienes culturales que indica con “la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses” cuando antes de la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 se castigaban esos daños con “la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses”, siendo que este cambio de la “y” por la “o” es sumamente importante, pues se ha efectuado para poder aplicar una pena adecuada y acorde con los delitos

²³⁰ El art. 321 de CP establece: “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 6 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”.

leves, y ello al desaparecer las faltas como consecuencia de la reforma indicada de nuestro código penal, y concretamente la falta del art. 625.2 del CP que castigaba los daños dolosos del art. 323 del CP cuando la cuantía de los mismos no superaba los 400 euros, daños que ahora tras la reforma pasan a ser constitutivos de delito leve.

De este modo, al haberse previsto la aplicación alternativa de las penas de prisión o multa, se establece la posibilidad de castigar los delitos leves en la materia con pena de multa (lo cual es lógico y razonable). Pues castigar el delito leve de daños del art. 323 C.P. con pena de prisión sería excesivo, y máxime cuando la pena mínima de prisión establecida por el precepto es de seis meses. Es por todo ello que, se considera muy acertado que el legislador haya introducido la aplicación alternativa de las penas de prisión o multa.

11.2 Referencia a la penalidad antes de la Reforma de 2015.

El tipo del art. 323 del CP castigaba (antes de la L.O. 1/2015) con las penas de “prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses” los daños a los bienes relacionados, previendo así una aplicación cumulativa de las penas. Llamaba la atención el hecho de que la *pena* mínima de prisión a la que castigaba era de un año, pena mayor que la establecida por el artículo 321 del Código Penal en su límite inferior que es de seis meses, a pesar de que la conducta que castiga este último precepto es “grave”, siendo los límites superiores de la pena idénticos en ambos preceptos.

Además, antes de la Reforma de 2015 (y también actualmente tras dicha reforma) el art. 321 castigaba (y castiga) con la pena de inhabilitación especial

para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años, lo que no se hace en el art. 323 CP, siendo en su momento criticado la no incorporación de la pena de inhabilitación especial para los casos en que en la perpetración de los hechos punibles hayan intervenido profesionales de la construcción (arquitectos, peritos, ...), y personas garantes de la protección y conservación de los bienes culturales. Aunque ello es también consecuencia de que el tipo penal se ha configurado como común, sin precisarse cualificación alguna para su autoría, y por tanto, en esos casos para imponer la pena de inhabilitación especial referida habrá que acudir al art. 56 del CP.

Dicho lo anterior, no es fácil determinar cuál de los dos tipos penales recogía una pena más grave. Aunque en principio pareciera que el art. 321 otorgaba una mayor tutela en atención a que la misma abarcaba (y abarca) a determinados bienes formalmente declarados de interés cultural cuales son los “edificios singularmente protegidos”, ello no está en correspondencia con las penas asignadas ya que la pena de prisión que establecía en su límite inferior era de seis meses, mientras que el límite inferior de la pena de prisión del art. 323 era de un año.

En caso de efectuarse, como dice RODRÍGUEZ MORO ²³¹, un tratamiento penológico diferenciado en razón de los bienes tutelados, lo lógico hubiera sido hacerlo o entre bienes que estuvieren o no singularmente protegidos, siendo los daños sobre los que sí lo están constitutivos de un tipo agravado y los realizados sobre los que no lo están constitutivos del tipo básico²³²; o entre bienes muebles o inmuebles, sobre la base de que la Ley

²³¹ RODRIGUEZ MORO, L.: “Los delitos ..., ob. cit. pág. 220.

²³² Esta es la solución que sigue ALMELA VICH, C.: “Delitos ..., ob. cit. pág. 882.

16/1985 efectúa un tratamiento particular y diferenciado de ambos²³³. En cualquier caso, el legislador no se ha decidido por ninguna de estas líneas lo que, en cierto modo, dificulta la determinación de la relación que les une a ambos preceptos.

La penalidad establecida determinó (y determina) que el Tribunal Supremo hubiera podido generar jurisprudencia a aplicar, como habría sido deseable, y que sean las resoluciones de los Juzgados de lo Penal y de las Audiencias Provinciales las que nos sirvan de base para determinar la tendencia judicial en la materia.

11.3 Valor de los daños producidos. Despenalización de agresiones de escaso valor.

El tipo específico del art. 323 del CP no establecía (ni tampoco ahora tras la Reforma de 2015) cuantía alguna del daño causado para su aplicación, omisión quizás por olvido.

Para poder condenar por el delito del art. 323 del Código Penal con anterioridad a la reforma de 2015 se necesitaba, como regla general, acreditar en juicio mediante tasación pericial que los daños producidos superaban los 400 euros, pues en caso contrario procedía la absolución del acusado por el delito (no por falta) al no constar fehacientemente en el procedimiento penal el alcance y valoración de los daños. O subsidiariamente aplicar el tipo común de daños, en los supuestos en los que no aparecía la cuantía. Por tanto se fijaba en la cantidad superior a 400 euros la cifra mínima exigible para la existencia

²³³ CORTÉS BECHIARELLI, E.: "Función social y tutela penal del patrimonio arqueológico", *Revista Penal*, núm. 13, 2004, pág. 56.

de delito de daños al Patrimonio Histórico, dicha cantidad venía determinada a *sensu contrario* en el desaparecido art. 625.2 del CP que regulaba la falta agravada de daños sobre bienes culturales, y también como consecuencia de un estudio interpretativo de los arts. 323 y 324 CP (éste último precepto castiga los daños causados por imprudencia grave a bienes culturales cuando la cuantía de los mismos excede de 400 euros). El art. 625 del Código Penal establecía:

“1. Serán castigados con la pena de localización permanente de dos a 12 días o multa de 10 a 20 días los que intencionadamente causaran daños cuyo importe no exceda de 400 euros.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior si los daños se causaran en los lugares o bienes a que se refiere el artículo 323 de este Código”.

Un importante sector doctrinal afirmaba que los daños incriminados en la norma objeto de estudio debían superar necesariamente la cantidad fijada en el art. 625 si se quería dotar de eficacia a éste precepto (pues la aplicación del art. 323 a daños inferiores a la cuantía señalada en el 625 supondría una completa absorción por este precepto de la conducta descrita como falta) y respetar los postulados del principio de legalidad²³⁴ (frente a esa postura, TAMARIT SUMALLA²³⁵).

²³⁴ De esta opinión, CARMONA SALGADO, C.: “Delitos ...”, ob. cit. págs.. 43 y ss. FARRÉ DÍAZ, E.: “Delitos ...”, ob. cit. pág. 156. DE VEGA RUIZ, J.A.: *Delitos ...*, ob. cit. pág. 123. ALMELA VICH, C.: “Delitos sobre el Patrimonio Histórico”, en *Actualidad Penal*, núm. 41, Madrid, 2000, pág. 885. ROMA VALDÉS, A.: “Los delitos ...”, ob. cit. pág. 452. PÉREZ ALONSO, E.J.: “Los delitos ...”, ob. cit. pág. 633. MORENO VERDEJO, J.: “De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.): *Código ...*, ob. cit. pág. 1388. GRANADOS PÉREZ, C. y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Contestaciones al Programa de Derecho Penal. Parte Especial para acceso a las carreras*

En este sentido, podemos señalar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 24 de abril de 2007. Dicha sentencia hace el siguiente pronunciamiento:

“... no se ha practicado una valoración de los supuestos daños, sin que, por otro lado, quepa considerar evidente o notorio que tal cuantía supere esa cantidad, salvo activación del “in dubio pro reo” en sentido al que efectivamente propulsa dicho inveterado principio”.

Excepcionalmente, en alguna resolución ha entendido que este requisito procesal no es condición *sine qua non* para la condena si tal circunstancia puede calificarse de hecho notorio (o sea, que los daños sean notoriamente superiores a 400 euros). Y así lo señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 18 de febrero de 2005; esta resolución se pronuncia en el siguiente sentido:

“los daños y desperfectos producidos en el solar arqueológico, aun no tasados de forma expresa ni por la Junta de Andalucía ni por los técnicos de la Universidad de Huelva que realizaron un informe describiendo y sistematizando los mismos, están constituidos por una serie de intervenciones que supusieron

Judicial y Fiscal, tomo II, Valencia, 1998, pág. 356. RODRIGUEZ NÚÑEZ, A.: “La protección ...”, ob. cit. pág. 156. GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “La protección ...”, ob. cit. págs.. 424 y ss., que aplaude la previsión contenida en el art. 625.2, considerando que “constituye el medio para combatir el creciente y preocupante azote del vandalismo urbano que ha venido gozando en los últimos años de una lamentable sensación de impunidad”.

²³⁵ TAMARIT SUMALLA, J.M.: “De los delitos ...”, ob. cit. pág. 51, considera, frente a un importante sector doctrinal, que el defecto de coordinación entre ambas tipologías no debe servir para excluir del ámbito típico del artículo 323, a partir de lo establecido en el artículo 625.2, los daños inferiores a cuatrocientos euros, pues ello, amén de no resolver toda la problemática planteada, supondría contradecir el criterio según el cual la significación de la conducta debe valorarse atendiendo al valor cultural del objeto dañado, que puede ser en ocasiones económicamente escaso o inestimable.

la remoción de restos arqueológicos de su emplazamiento original. Por ello, incluso sin presuponer la destrucción de parte de tales restos, hecho que casi con total seguridad también se produjo, únicamente su recuperación y vuelta a la localización primitiva implicaría un importante desembolso económico, <hecho notorio éste que queda por lo tanto relevado de otra prueba expresa>. Además los daños causados en la muralla del recinto palacial, principalmente la desaparición del sedimento arqueológico con las estructuras en él contenidas, supone un perjuicio notablemente superior a los 400 euros”.

Actualmente, como consecuencia de la desaparición o despenalización de las faltas del Código Penal, por tanto de las faltas de los arts. 625 y 626²³⁶, ésta última relativa al deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de dominio público o privado sin la autorización correspondiente, lo que incide sobre la materia que estudiamos, y al no establecer el art. 323 del mismo cuerpo legal ningún límite mínimo en la cuantía de los daños causados sobre los bienes culturales pues este precepto ni antes ni después de la reforma ha establecido cuantía mínima alguna de los daños, hace pensar que el legislador ha querido castigar tales daños cualquiera que sea su cuantía como “delito”, en el caso de no superar la cuantía de 400 euros.

La finalidad del desaparecido art. 625.2 se encontraba en la necesidad de proteger adecuadamente inmuebles históricos de actos de vandalismo

²³⁶ El desaparecido artículo 626 del Código Penal que castigaba la falta de deslucimiento de bienes de dominio público establecía que: “Los que deslucieren bienes muebles o inmuebles de dominio público o privado sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios, serán castigados con la pena de localización permanente de dos a seis días o tres a nueve días de trabajos en beneficio de la comunidad”.

urbano. Hoy día en muchas ciudades, como Granada, es común ver edificios históricos que han sufrido daños como consecuencia de haber sido objeto de pintadas, y en muchos casos esos daños han sido valorados en cantidad inferior a los 400 euros y aunque hubieran sido constitutivos de falta antes de la reforma operada por la L.O. 1/2015, ahora tras la reforma indicada los “artistas” autores de dichas pintadas se pueden ver sorprendidos si proceden a la reiteración de idénticas conductas pues pueden ser condenados, ya no por una simple falta sino por un delito del art. 323 CP o del 263.2 CP con la correspondiente constitución, en su caso, de antecedentes penales.

En torno a la desaparición de esta falta de daños a bienes culturales del art. 625.2 y también de la falta del art. 626 se pronuncia el apartado XXXI del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, que en relación con la derogación del Libro III del Código Penal indica que: *“Desaparecen las faltas consistentes en el deslucimiento de bienes muebles e inmuebles del artículo 626, así como la causación de daños de escasa entidad en bienes de valor cultural, que pueden reconducirse al delito de daños u otras figuras delictivas cuando revistan cierta entidad, o acudir a un resarcimiento civil; en el caso de bienes de dominio público, también puede acudir a la sanción administrativa”*.

Conforme a lo señalado en el Preámbulo de la L.O. 1/2015 el legislador ha optado por la aparente despenalización de la falta para convertirla en delito leve de daños, o acudir al ámbito civil o al derecho administrativo sancionador. Así, nada que objetar en cuanto a la desaparición de la falta del art. 626, pero sí en cuanto a la desaparición de la falta de daños en bienes del art. 323 CP que no es cierta, si atendemos a la nueva redacción dada con la reforma a éste último precepto. Conforme al cual “cualquier daño a los bienes que relaciona,

con independencia del importe del daño, queda dentro de la conducta típica, de forma que no es que haya desaparecido la falta, como se dice, y se haya extraído del Código Penal, sino que determinadas conductas que eran constitutivas de falta son constitutivas de un delito, no leve, sino menos grave”²³⁷.

El Preámbulo de la reforma nos aclara la intención del legislador de reconducir las agresiones (daños) de escasa entidad al delito genérico de daños del art. 263.1 del CP que en su párrafo segundo establece una penalidad atenuada de multa de uno a tres meses cuando *“la cuantía del daño no excediere de 400 euros”*.

En virtud de lo anterior, tras la reforma se llegan a las conclusiones siguientes:

- Si se trata de daños dolosos a bienes culturales hayan sido o no formalmente declarados integrantes del Patrimonio Histórico Español y que superen los 400 euros, éstos serán castigados como un delito de daños al Patrimonio Histórico conforme al párrafo 1º del art. 323 del CP, a la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.
- Si se trata de daños dolosos a bienes culturales hayan sido o no formalmente declarados integrantes del Patrimonio Histórico Español y que no superen los 400 euros, serán castigados como delito genérico de daños del art. 263.2.4º del

²³⁷ Así, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: “Supresión de las faltas y creación de delitos leves” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coords.): Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2ª edición, Valencia, 2015, pág. 74.

CP (relativo a bienes de dominio o uso público o comunal) que establece una pena incrementada significativamente con respecto a la regulación anterior (cuando los daños afecten a bienes de dominio o uso público o comunal). Las consecuencias de la aplicación de este tipo penal son que no se podrá aplicar lo establecido en el art. 323.3 del CP. Y también, aunque en el Preámbulo de la L.O. 1/2015 se habla del principio de oportunidad, parece que no se puede decidir o no la persecución del delito en base a un criterio de oportunidad teniendo en cuenta la naturaleza del bien jurídico protegido, de naturaleza colectiva y social, y el carácter imperativo de la aplicación de la norma penal “salvo en alguna situación vinculada con la jurisdicción del menor”²³⁸.

- Si se trata de daños dolosos a bienes culturales hayan sido o no formalmente declarados integrantes del Patrimonio Histórico Español y que revistan una especial gravedad o se produzcan sobre bienes con un valor especialmente relevante, serán castigados como delito de daños al Patrimonio Histórico del art. 323.2 del CP con la pena superior en grado a la establecida en el apartado anterior. En estos casos, la cuantía de los daños deberá ser superior a 400 euros.

- Si se trata de actos expolio de yacimientos arqueológicos terrestres o subacuáticos, que conforme a la redacción actual del art. 323.1 del CP se persiguen como un hecho asimilado al delito de daños al Patrimonio Histórico y con idéntica penalidad, como los actos de expolio comprenden el apoderamiento o sustracción de piezas arqueológicas, al valor de éstas se

²³⁸ GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “Los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español ...”, ob. cit. pág. 748.

debe acumular el valor de los daños, materiales e inmateriales, que se hayan producido en el yacimiento (al configurarse el yacimiento arqueológico como una fuente de conocimiento o información científica que debe ser protegido por el derecho).

La actual redacción del art. 324 del CP, idéntica a la redacción anterior a la reforma de 2015, castiga al que *por imprudencia grave cause daños* en bienes culturales *en cuantía superior a 400 euros*, perpetuando así el sistema de cuantías en la regulación de estos daños imprudentes, lo que provoca interrelación entre los preceptos penales (arts. 323 y 324 CP) y problemas de interpretación y aplicación de los mismos.

Nosotros nos posicionamos, al igual que GUIASOLA LERMA, al lado de aquellos que rechazan atender únicamente a la cuantía o valoración económica del perjuicio patrimonial en el art. 323 CP, no sólo porque a veces es incalculable en la práctica, sino porque debe de estimarse principalmente el valor cultural del objeto dañado, que es el bien jurídico protegido en estos delitos²³⁹.

11.3.1 Aspectos de carácter procesal.

La Fiscalía General del Estado señala que en la medida en que el interés público que se ve afectado por los daños al patrimonio histórico es de “especial relevancia”, es razonable excluir el principio de oportunidad salvo que concurren circunstancias excepcionales que atenúen en el caso concreto la

²³⁹ GUIASOLA LERMA, C.: “Delitos sobre el Patrimonio Histórico: Artículo 323 del CP” ..., ob. cit. págs. 1004 y1005.

necesidad de respuesta penal²⁴⁰. En los casos en que se solicite el archivo del procedimiento a la vista de la escasa trascendencia de los hechos²⁴¹ ello no obsta a la aplicación del derecho administrativo imponiéndose las sanciones administrativas correlativas a las infracciones cometidas. Así, por ejemplo, en el caso de daños producidos en un museo en cuantía inferior a 400 euros y en los

²⁴⁰ Vid, CIRCULAR 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por L.O. 1/2015, FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, pág. 35.

²⁴¹ Vid, CIRCULAR 1/2015 ..., ob. cit. págs.. 15-17, donde en relación al principio de oportunidad establece: <Recibido el atestado en el juzgado de guardia el Juez debe resolver sobre la incoación del juicio y a continuación (art. 963.1.1ª LECrim): “Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho”. En tal caso, el Juez comunicará inmediatamente la suspensión del juicio a todos aquellos que hubieran sido citados por la Policía en los términos del art. 963.1 LECrim.

Si el Fiscal no insta la terminación anticipada del procedimiento, el Juez “acordará la inmediata celebración del juicio en el caso de que hayan comparecido las personas citadas o de que, aun no habiendo comparecido alguna de ellas, el juzgado reputare innecesaria su presencia” (art. 963.1.2ª LECrim).

La sucesión de actos que la norma parece establecer es la siguiente: elaboración del atestado por la Policía; acuerdo judicial de incoación del procedimiento para enjuiciamiento de delitos leves, previa comprobación de su relevancia penal; a continuación traslado al Fiscal para que se pronuncie sobre archivo por motivos de oportunidad o celebración del juicio.

En definitiva, la primera decisión que adopta el Juez de Instrucción es la de incoar el procedimiento para enjuiciamiento del delito leve, decisión que implica un juicio positivo de relevancia penal de los hechos objeto de atestado o denuncia y de su propia competencia para enjuiciarlos. La siguiente decisión, relativa al sobreseimiento de la causa o, en su caso, a la celebración o señalamiento del juicio oral, es una decisión que presupone la previa evacuación de informe por el Ministerio Fiscal.

Por tanto, la principal novedad que la L.O. 1/2015 ha introducido en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves del Libro VI LECrim en comparación con el anterior juicio de faltas es la posibilidad de que el mismo entre en crisis anticipada en el mismo momento de su nacimiento si el Fiscal, como órgano público de la acusación, hace uso de su potestad de solicitar el archivo a la vista de la escasa trascendencia de los hechos>.

que dada la entidad de los mismos el Fiscal solicita el archivo del procedimiento, ello no impide la aplicación del derecho administrativo imponiéndose las sanciones que correspondan a las infracciones cometidas.

12. La reparación del daño causado. Y otras disposiciones comunes.

En relación con el delito de daños dolosos, el art. 323.3 CP prevé, tanto antes como después de la reforma que estudiamos y con idéntica redacción, la reparación de los daños causados por parte del autor del delito, cuando así lo acuerde potestativamente el Juez o Tribunal sentenciador mediante una decisión motivada, estableciendo concretamente el precepto lo siguiente:

“En todos estos casos, los Jueces o Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, el bien dañado”.

Esta reparación del daño causado por parte del autor del daño por imprudencia grave, no estaba prevista en el art. 324 del CP (que regula los daños por imprudencia grave), y tampoco ahora tras la reforma operada por la L.O. 1/2015, ausencia que ha sido objeto de crítica.

Se trata de medidas de naturaleza civil ²⁴², que no determina concretamente el precepto, pero cuando el art. 323 dice “en lo posible” parece que indica que sólo se pueden adoptar en la medida en que puedan preservar o recuperar el valor histórico, cultural o artístico del bien afectado. Ahora bien, el precepto habla sólo de “restaurar” y no de “reconstruir” y ello dada la

²⁴² Por todos, BAUCCELLS LLADÓS, J.: “De los delitos ...”, ob. cit. pág. 1379. En contra CUADRADO RUIZ, M^a. A., quien considera la reparación del art. 340 del CP de naturaleza penal; Vid. infra nº 188.

naturaleza del objeto material contenido en el art. 323CP. Y ello, a diferencia del art. 321 CP donde en relación a los “edificios singularmente protegidos” dice que los Jueces o Tribunales pueden acordar la “reconstrucción o restauración” de la obra, y en este caso, expresa que “motivadamente” (esta motivación creemos está implícita en la expresión “en lo posible” del 323). El art. 321 dice también que las medidas se adoptarán “sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”, y aunque en el art. 323 se omite la salvedad de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, entendemos que no hay impedimento alguno para extenderla a este art. 323, por analogía²⁴³, dada la naturaleza civil de la disposición. Aunque nada diga el art. 323, la separación de los pronunciamientos correspondientes a la responsabilidad civil se muestra como una consecuencia necesaria.

Las medidas o conductas se realizarán a cargo del autor del hecho, lo que impide hacerlas extensivas a otros partícipes del delito como los cómplices o a los responsables civiles del mismo por cualquier título²⁴⁴.

Se prevé una atenuación en el art. 340 del CP para el caso de que el culpable haya procedido de forma voluntaria a reparar el daño causado, imponiéndose la pena inferior en grado a la prevista para el delito. La atenuación prevista es similar a la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal prevista con carácter general en el art. 21.5^a del Código Penal. Considero que, la diferencia se encuentra en que la atenuante genérica hace mención a la reparación del perjuicio causado a la víctima o a la disminución de

²⁴³ BAUCELLS LLADÓS, J.: “De los delitos ...”, ob. cit. pág. 1380. TAMARIT SUMALLA, J.M.: “De los delitos ...”, ob. cit. pág. 51.

²⁴⁴ ROMA VALDÉS, A.: *La aplicación ...*, ob. cit. pág. 119.

sus efectos, mientras que el art. 340 parece que se refiere a la reparación del daño cultural o medioambiental causado, lo que afecta a toda la colectividad.

Parece que esta atenuación no podrá operar en los supuestos en que se haya producido un daño irreversible o catastrófico pues en este caso no será posible la reparación, ni tampoco en los casos en que la reparación realizada resulte irrisoria o desproporcionada a la entidad del daño efectivamente causado.

Aunque el precepto (art. 324) no señala hasta que momento puede el encausado reparar el daño, debe entenderse que resulta de aplicación a estos efectos el art. 21.5ª del CP en el sentido de que se considera que la reparación del daño puede realizarse “en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.

También conforme al art. 339 del CP, disposición común a todos los delitos del Título XVI del Libro II de CP, se podrán acordar lo necesario para la restauración o protección de los bienes culturales. Dicho art. establece:

“Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título”.

13. Consecuencias de la creación de los delitos leves.

Por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal se suprime su Libro III, por tanto, se suprime la categoría de “falta” que se sustituye por la de “delito leve”.

La reforma mantiene la clasificación tripartita de las infracciones penales pero distinguiendo entre delitos graves, menos graves y leves. El art. 13.3 del CP define los delitos leves que establece: “*son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve*”, esto es, las que enumera el art. 33.4 del CP.. Pero además el círculo de delitos leves se amplía a través de la cláusula que contempla el art. 13.4 del CP que establece: “*Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve*”.

Así la desaparición de esta falta de daños causados de escasa entidad en bienes de valor cultural del art. 625.2 y también de la falta consistente en el deslucimiento de bienes muebles e inmuebles del art. 626 conforme al apartado XXXI del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 “*pueden reconducirse al delito de daños u otras figuras delictivas cuando revistan cierta entidad, o acudir a un resarcimiento civil; en el caso de bienes de dominio público, también puede acudirse a la sanción administrativa*”. Y en los casos en que la reconducción o conversión de las faltas (por lo que nos interesa la falta de daños al Patrimonio Histórico) lo sea a delito leve serán de aplicación las consecuencias que estudiamos a continuación.

La Reforma de 2015 tiene consecuencias penales y procesales, que pasamos a estudiar.

13.1 Los antecedentes penales.

Las condenas por delito leve, al tratarse ahora de delitos, han de inscribirse en el Registro Central de Penados y Rebeldes, con lo que el efecto inmediato es que generan antecedentes penales. Ahora bien, surge el

interrogante de si esta generación de antecedentes va a tener algún efecto añadido al propio de la constancia de los mismos en el Registro de Penados y Rebeldes. En efecto, si se atiende a la circunstancia 8ª del artículo 22 del CP en la que se establece que, a efectos de la apreciación de a agravante de reincidencia *“no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves”*, puede concluirse que estos antecedentes carecen de relevancia a los efectos de reincidencia.

La generación efectiva de unos antecedentes produce (al menos respecto del hurto) una *“consecuencia más gravosa que si sirvieran para apreciar la agravante de reincidencia, pues el resultado de aplicar las reglas del art. 66 siempre sería beneficioso para el condenado, permitiéndose, eso sí, la suspensión de la pena de prisión siempre que no exceda de dos años”*²⁴⁵.

Además, no se puede obviar el hecho de que la existencia de antecedentes penales produce efectos fuera del ámbito punitivo, perjudiciales para el condenado, como, por ejemplo, la imposibilidad de acceder a empleos públicos.

13.2 Suspensión de la pena.

La reforma que estudiamos modifica el art. 80.2.1ª del CP que incluye como requisito necesario para dejar en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad no superior a dos años,

“Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con

²⁴⁵ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: *“Suspensión de las faltas ...*, ob. cit. pág. 64.

arreglo a lo dispuesto en el art. 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros”.

Por tanto, en atención al tenor literal del precepto anterior, los delitos leves carecen también de relevancia a efectos de suspensión.

13.3 Prescripción.

El apartado 2 del art. 131 del CP establecía que “*las faltas prescriben a los seis meses*”, y actualmente tras su modificación fija el <plazo de prescripción de los delitos leves> y los delitos de injurias y calumnias en “un año”. De este modo, se amplía el plazo de prescripción para las faltas que se tornan delitos en el doble del tiempo que hasta el momento estaba previsto.

Esta medida puede ser justificada en el propósito de mejorar la imagen de la justicia ante la población. Como no establecen mejoras en la asignación de medios a la Administración de Justicia, se incrementan sus plazos de actuación para que la sensación de impunidad de la delincuencia de escasa gravedad disminuya. Además, cabe poner en tela de juicio si, dado que se amplía el plazo de prescripción, realmente se va a producir una reducción de los asuntos a resolver, pues aquellos que debían ser archivados definitivamente por prescripción, ahora deberán ser enjuiciados, sentenciados y sometidos a los oportunos recursos²⁴⁶.

²⁴⁶ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: “Supresión de las faltas, ob. cit. págs. 64 y 65.

13.4 Otras consecuencias de la transformación de las faltas en delitos leves.

Entre las consecuencias jurídicas que acarrea la transformación de las faltas en delitos leves, puede destacarse, en primer lugar, la sustitución de la cláusula de incriminación específica de la “tentativa” en las faltas (el art. 15.2 del CP las limitaba a las que atacan a la persona o el patrimonio) por la de incriminación genérica, aplicable a todos los delitos sin excepción, por tanto, con inclusión de los delitos leves. En segundo lugar, la agravación del régimen penal de los nuevos delitos leves se plasma también en el endurecimiento de las penas imponibles, siendo así que la pena de multa, que es la más extendida entre los delitos leves, eleva su límite máximo de dos a tres meses (art. 33.4 CP)²⁴⁷.

13.4.1 Posible detención.

Otra cuestión, perteneciente al Derecho procesal penal, es la relativa a si la conversión de la falta en delitos leves conlleva o no un cambio en cuanto a la detención por su comisión. En este sentido, el art. 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que “*no se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviera domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle*”. En consecuencia, a tenor de dicho precepto cabe entender que al convertirse las

²⁴⁷ CUGAT MAURI, M.: “Consecuencias penales de la supresión del libro III” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Pamplona, 2015, pág. 234 y 235.

faltas en delitos, aunque sean delitos leves, pasarían a regirse a éstos efectos, por el régimen general contenido en los arts. 490 y ss. de la citada Ley.

Ahora bien, la L.O. 1/2015 en su Disposición adicional segunda establece que “*las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves*”. Por tanto, a tenor de ello, deberá entenderse que el art. 495 de la LECr será aplicable a los delitos leves, con lo que el régimen regulador de la detención, no sufrirá con esta reforma modificación alguna.

14. Responsabilidad civil derivada de los daños al Patrimonio histórico.

Por último haremos referencia al concepto jurídico penal de *valor incalculable*, vinculado a la destrucción o daño a bienes culturales, cuya utilización es imprescindible porque muchas manifestaciones de nuestro Patrimonio Histórico no se pueden valorar conforme a criterios económicos o materiales. Así por ejemplo, las manifestaciones de arte rupestre (que son por ministerio de la ley Bienes de Interés Cultural según el art. 40.2 de la LPHE). En estos casos el importe de la responsabilidad civil derivada del delito por muy alto que sea no podrá compensar a veces la pérdida producida a la sociedad como consecuencia del daño o destrucción ocasionado²⁴⁸.

Tratándose de bienes que hayan alcanzado la condición de valor incalculable, por ejemplo las manifestaciones de arte rupestre de las Cuevas de Altamira, será de aplicación la agravación prevista en el apartado segundo del art. 323 del Código Penal.

²⁴⁸ Así, GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “Los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español ...”, ob. cit. págs.. 752 y 753.

15. Especial referencia a los grafitos.

En la actualidad, y desde hace algunos años, son frecuentes las agresiones y actos vandálicos que sufren diversos monumentos, lugares históricos o conjuntos monumentales de gran valor cultural.

De los actos de vandalismo los más frecuentes son los grafitos. Para la determinación del valor del daño producido a través de éstos se aconseja, como señala GARCÍA CALDERÓN, que se lleve a cabo una delimitación del 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 esa labor. Se trata de una previsión que puede tener especial importancia en la persecución efectiva de estas formas de delincuencia. De mantenerse este criterio, como regla general, la valoración de los daños alcanzará los 400 euros y tendremos que acudir en muchas ocasiones al delito especial de daños del art. 323 y no a la figura residual de daños leves del último inciso del apartado 1 del artículo 263 del Código Penal²⁴⁹.

La realización de actos de vandalismo sobre bienes culturales hacen necesario distinguir entre daños a bienes culturales y deslucimiento de bienes culturales, según que los mismos produzcan o no una alteración permanente de las cualidades del bien cultural sobre el que se produce el grafito, pintada o acto vandálico. Así por ejemplo, ensuciar una vidriera con barro que con una simple limpieza la devuelve a su estado original, es un mero

²⁴⁹ GARCÍA CALDERÓN, J.M.: "Los delitos ..., ob. cit. pág. 763.

deslucimiento y no un daño. En estos casos, las conductas consistentes en el <deslucimiento de bienes inmuebles>, fácilmente recuperables, que no causan perjuicio alguno al valor o función socio-cultural de los mismos, se venían sancionando jurisprudencialmente (vid. SAP de Cuenca de 10 de diciembre de 2001) a través de la desaparecida falta del art. 626 del CP deberán ahora tras la reforma reconducirse al derecho administrativo sancionador²⁵⁰, así mediante ordenanzas municipales que impusieran una sanción pecuniaria como respuesta a las conductas realizadas.

Las pinturas o grafitos se realizan normalmente con "spray", los cuales suelen ser más agresivos, por lo que hay que analizar si la pintura puede ser o no removida sin dejar restos, ya que algunos de estos productos penetran en el interior de las superficies y no desaparecen con sucesivas limpiezas (forman lo que llaman "sombras") y además estos spray contienen agentes químicos que pueden dañar el soporte (la piedra, por ejemplo). En estos casos, si la pintura puede ser retirada del soporte sin que queden restos de la misma estaremos ante un deslucimiento, en caso contrario serían daños. Y este es el criterio acogido generalmente por las Audiencias Provinciales, así, las sentencias siguientes: SAP de Soria de 27 de abril de 2009, SAP de Madrid de 3 de marzo de 2008, SAP de Burgos de 11 de mayo de 2006. Y en el mismo sentido, el Acuerdo adoptado por los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid en la "Junta de Unificación de Criterios" celebrada el 25 de mayo de 2007²⁵¹.

²⁵⁰ Así, GUIASOLA LERMA, C.: "Delitos sobre el Patrimonio Histórico: Artículo 323 del CP ...", ob. cit. pág. 1005.

²⁵¹ GARCÍA CALDERÓN, J.M.: "Los delitos ...", ob. cit. pág. 764.

En algunos casos, el deslucimiento de fachadas o bienes públicos con pintadas o grafitos necesitan ser limpiados por personal especialmente cualificado y utilizando productos químicos especiales que han de ser manipulados con especial cuidado. En estos casos la jurisprudencia entiende que estamos ante un “tratamiento técnico” del bien dañado que da lugar a la existencia de un delito de daños y no un simple deslucimiento impune a efectos penales. En este sentido, que estamos ante un delito de daños, se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de marzo de 2008 que en sus fundamentos jurídicos considera que:

“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”.

En otros casos, bastante controvertidos, los grafitos o pintadas se producen sobre un monumento o inmueble protegido en el que ya existían pintadas, manchas o grafitos anteriores. Es lógico que si se demuestra que con la nueva pintura se produce un mayor deterioro del bien que había sido previamente agredido, la conducta se sancione a través del art. 323 del CP. Por tanto, habrá que estar al caso concreto que se presente. En este sentido hacer mención a dos sentencias en las que se aplican criterios diferentes. Así,

la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 4 de enero de 2008, en la que se pronuncia en relación a la realización de una pintada en un muro de un colegio en el que previamente se habían realizado numerosas pintadas, y en la que expresa:

“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 éstos 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”.

En cambio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de noviembre de 2004 afirma 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”.

Entiendo que, la existencia de previos grafitis o pintadas en un bien cultural no siempre debe actuar como causa que excluya totalmente el castigo por una conducta que en otro caso debería ser sancionable.

16. Principales modificaciones.

Las principales modificaciones introducidas en el art. 323 CP por la L.O. 1/2015 son en resumen las siguientes:

1º En tanto que modifica la pena mínima de prisión que establece, la rebaja hasta los seis meses, poniéndola así en consonancia con el art. 321 CP y la haciéndola acorde con la penalidad para los casos de delito leve (como consecuencia de la desaparición de las faltas de nuestro Código Penal). También, al sustituir en la condena por la comisión de estos delitos la disyuntiva “y” (prisión y multa) por la “o” (prisión o multa), o sea, estableciendo la pena de multa como alternativa, hace acorde la penalidad con la de los delitos leves posibilitando de este modo la condena de estos sólo con multa.

2º. Hace una delimitación del objeto material del delito “*bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos*” más concreta y correcta, que engloba a todos los bienes del patrimonio histórico objeto de protección; suprime los privilegios innecesarios que sobre *archivos, registros, museos, bibliotecas, centros docentes, gabinetes científicos o institución análoga* se venían manteniendo, pero no suprime la protección dispensada. En relación a los yacimientos arqueológicos, especifica que son “*terrestres o subacuáticos*”.

3º. Introduce el castigo a los “actos de expolio” sobre yacimientos arqueológicos, terrestres y subacuáticos, pero no da una definición de los mismos. Los actos de expolio deben comprender, tanto los daños que son producidos en el yacimiento arqueológico (cuando se entiende como fuente de información científica) como el apoderamiento patrimonial o sustracción de bienes o piezas arqueológicas. En relación con el delito de expolio se plantean dudas sobre su eficacia y aplicabilidad²⁵².

²⁵² DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: “La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico ..., ob. cit. pág. 653, viene a decir que, “El nuevo delito responde a una problemática concreta: las dificultades para sancionar los supuestos en los que se acumulan piezas que,

4º. Incorpora una agravación de la pena para los casos de daños, en cualquiera de los bienes que son objeto material del delito, cuando los *daños son de especial gravedad* o cuando éstos *afecten a bienes especialmente relevantes*, y ello para una mayor protección de los mismos.

5º.- La supresión formal de las faltas del C.P. (por tanto también de la falta del art. 625.2 C.P. que consistía en daños causados en cualquiera de los bienes a que se refiere el art. 323 en cuantía inferior a 400 euros) también ha incidido sobre el art. 323 CP, pues ha supuesto que: una parte de las infracciones penales, subsista bajo la forma de delitos leves incardinables en el precepto citado, pasando a tener una mayor penalidad (aunque en virtud del principio de oportunidad en algunos casos se puede acordar el sobreseimiento y archivo del procedimiento); y otra parte, más bien exigua, quede definitivamente despenalizada y entregada a otras formas sancionadoras, administrativa (aplicándose en los atentados contra los bienes inmuebles no constitutivos de infracción penal la normativa administrativa sobre infracciones y sanciones establecida en la LPHE) o civil. Sin lugar a dudas era preocupante el volumen y coste público de los juicios de falta. La decisión pasa

evidentemente, proceden del expolio de uno o varios yacimientos, pero respecto de las que no se puede demostrar su origen. Pero el nuevo delito tampoco va a facilitar la sanción en estos casos, salvo que se convierta en un delito de sospecha o se invierta la carga de la prueba de la ilicitud de los objetos poseídos. Estos problemas, de prueba, que están impidiendo la correcta protección de nuestro inmenso patrimonio histórico-artístico, requieren para su mejor resolución medios, apoyos económicos a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pero también a instituciones de investigación –universidades, por ejemplo- de forma que se mejore la detección, estudio, catalogación y control de los yacimientos y los bienes que los integran. En cualquier caso, una efectiva protección de los bienes a que se refiere el artículo 323 del C.P. debe ser coordinada y complementada con medidas económicas (que desincentiven la realización de los daños) y muy especialmente con la educación y sensibilización de los ciudadanos en el respeto a tales bienes, como un valor que pertenece a toda la sociedad”.

por la compleja elección entre la sanción penal y la sanción administrativa en el marco de la unidad del *ius puniendi*²⁵³.

16. Valoración de la reforma.

La opción político criminal de acabar con las faltas del Libro III del Código Penal no ha supuesto en muchos casos su desaparición, así la falta de daños en bienes del art. 323 tipificada en el art. 625.2 del CP, y con la nueva redacción dada al art. 323 del CP que tipifica cualquier daño a esos bienes con desaparecido la falta y se haya extraído del Código Penal, sino que ahora aquellas conductas son constitutivas de delito, y normalmente no delito leve sino delito menos grave (conforme a lo establecido en los arts. 13 y 33 del CP). Ello implica un endurecimiento de las penas suavizado mínimamente con la previsión de la aplicación de un sistema alternativo de penas de prisión o multa. Además la conversión de la falta indicada a delito produce unas consecuencias penales y procesales que no se pueden olvidar (como la constitución de antecedentes penales, elevación del plazo de prescripción del delito).

La reforma fundamental del art. 323 ha sido la tipificación de un nuevo delito de expolio que responde a una problemática concreta: la dificultad para sancionar los supuestos en los que nos encontramos con objetos o piezas que, evidentemente, proceden del expolio de uno o varios yacimientos, pero de las que no se puede demostrar su origen. No creemos que la nueva tipificación del expolio tenga mucha eficacia, y tampoco que venga a facilitar la sanción en los casos anteriores *“salvo que se convierta en un delito de sospecha o se invierta*

²⁵³ GONZALEZ CUSSAC, J.L.: “Prefacio”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coords.): Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2ª edición, Valencia, 2015, pág. 19.

*la carga de la prueba de la licitud de los objetos poseídos*²⁵⁴. Los problemas de prueba impiden que nuestro patrimonio histórico-artístico se proteja adecuadamente, necesitando para una adecuada protección del mismo mayores medios a los sectores implicados (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, grupos de investigación) para mejorar la detección, estudio, catalogación y control de los yacimientos y los bienes que lo integran.

²⁵⁴ DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: “La reforma . . .”, ob. cit. pág. 653.

CAPITULO V

EL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 324 DEL CÓDIGO PENAL

I. INTRODUCCION.

La protección del Patrimonio Histórico efectuada en el Capítulo II del Título XVI del Libro II del Código Penal finaliza con el art. 324 en el que se recoge un tipo de daños cometidos por imprudencia grave. El precepto castiga la misma conducta del artículo anterior, el 323, pero el objeto material ha dejado de ser idéntico al del art. 323 (éste último precepto ha sido modificado en este punto) y contiene una relación redundante de los bienes objeto de protección, variando también la parte subjetiva del tipo, que es lo que lo caracteriza, y la pena. Este artículo 324 del C.P. dispone:

“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”.

Llama la atención la cuantía a partir de la cual resulta punible este tipo de daños imprudentes, pues comparativamente con los daños puramente patrimoniales causados por imprudencia grave (daños genéricos cometidos por

imprudencia grave del art. 267 del Código Penal que exige superar la cuantía de 80.000 euros), el art. 324 del CP fija el límite en 400 euros, con lo que prácticamente cualquier daño en los referidos bienes resulta típico en términos cuantitativos, lo que revela la voluntad del legislador de ampliar el ámbito de lo punible con el propósito de otorgar la máxima protección al Patrimonio Histórico. Pero este propósito quiebra cuando los daños no alcancen los 400 euros, que son atípicos. Lo que sí es cierto es que en los preceptos citados (267 y 324) se tratan bienes jurídicos distintos, cuya valoración es diferente, lo que puede justificar la desigual exigencia en la cuantía del daño²⁵⁵.

Según el art. 12 del C.P. “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”, y expresamente se castigan los daños por imprudencia en los bienes del Patrimonio Histórico en el art. antes citado.

Esta modalidad imprudente abarca tanto las conductas tipificadas en el tipo doloso del artículo 323 del CP como así lo hemos indicado, como también las conductas castigadas en el art. 321 del CP (derribo y/o alteración grave de edificios singularmente protegidos), pues el derribo o alteración sustancial de un edificio cometidos por imprudencia son daños irrogados a bienes de valor histórico. En este sentido para el tipo imprudente es irrelevante si el bien inmueble era objeto de una protección singular.

II. TIPO OBJETIVO.

1. Sujetos activo y pasivo.

²⁵⁵ ARIAS EIBE, M.J.: *El patrimonio cultural ...*, ob. cit. pág. 201.

En cuanto al sujeto pasivo, el art. 324 CP castiga a “el que” cause daños sobre determinados bienes, y no le exige una cualidad o característica específica concreta. El tipo penal que estudiamos constituye un delito común que puede ser cometido por cualquiera. El hecho de que se trate de un delito que protege un bien jurídico supraindividual e indisponible para su titular, y ante la exigencia de que los bienes dañados sean ajenos, no existe obstáculo para considerar al propietario del bien mueble o inmueble sujeto activo del delito.

El sujeto pasivo es el titular del valor cultural de los bienes que forman parte del Patrimonio Histórico, es decir, la colectividad en su conjunto.

También cabe señalar que es posible la existencia de supuestos en los que el tipo imprudente del art. 324 sea cometido por autoridades o funcionarios públicos. Así piénsese en el caso del funcionario responsable de un museo público que no guarda las medidas de seguridad establecidas a la hora de trasladar o transportar una obra que, por falta de la cautela necesaria, cae al suelo y se daña²⁵⁶.

2. Conducta típica.

El art. 324 del CP castiga al que “cause daños” sobre alguno de los bienes que describe, y que son los que integran el Patrimonio Histórico Español por tener un valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental. Por tanto, al igual que en el art. 323 del CP, podrá ser delictiva cualquier conducta de derribo, alteración, destrucción, inutilización, menoscabo o deterioro de los bienes que describe, siempre que afecte a su valor histórico y cultural, es decir,

²⁵⁶ Así, RODRIGUEZ MORO, L.: “Los delitos ..., ob. cit. pág. 232.

al bien jurídico que se protege. La exigencia de esta concreta afectación es la que lo convierte (como todo delito de daños) en un delito de lesión²⁵⁷.

El tipo penal imprudente del art. 324 requiere (lo que viene recogido de forma expresa en el tipo) que la “cuantía de los daños sea superior a 400 euros”, y ello a diferencia de lo que ocurre en el tipo doloso del art. 323 del CP, lo que es de agradecer pues supone dar “seguridad jurídica”. Pero esta previsión consistente en la exigencia de que los daños que se produzcan sean superiores a 400 euros ha sido objeto de crítica por un sector de la doctrina el cual considera que, la conducta debe valorarse atendiendo estrictamente al valor cultural del objeto dañado y no en atención a su estimación económica²⁵⁸.

Como consecuencia de la expresa previsión en el tipo, cuando los daños, que han de afectar al valor cultural del bien, no sobrepasen el umbral de 400 euros serán atípicos²⁵⁹, y a lo sumo implicará algún tipo de responsabilidad administrativa o, en su caso, civil; y ello a diferencia del tipo doloso del art. 323 del CP, donde si los daños no superaban la cuantía de 400 euros la conducta era constitutiva, antes de la Reforma de 2015, de falta de daños del art. 625.2 del CP, y después de dicha Reforma los daños dolosos en cuantía inferior a la indicada son constitutivos de delito (remitiéndonos en cuanto a esto último a lo expuesto al respecto anteriormente al analizar el art. 323).

Hay un sector doctrinal que señala que, el hecho de haberse recogido un límite cuantitativo tan reducido implica que en la práctica casi cualquier daño

²⁵⁷ RODRIGUEZ MORO, L.: “Los delitos ...”, ob. cit. pág. 228.

²⁵⁸ Como ya indicamos, RENART GARCIA, F.: *El delito ...*, ob. cit. pág. 421.

²⁵⁹ Así, entre otros, ALMELA VICH, C.: “Delitos ...”, ob. cit. pág. 885. TAMARIT SUMALLA, J.M.: “De los delitos ...”, ob. cit. pág. 1166.

por imprudencia grave a bienes que integran el patrimonio histórico sea delictivo, pues superará la cuantía reducida establecida en el tipo penal²⁶⁰.

3. Objeto material.

La descripción de los bienes y lugares que integran el objeto material en el art. 324 del CP, y sobre los que han de recaer los daños, se corresponde literalmente con la recogida en el art. 323 del CP antes de la reforma introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo. El tipo penal se refiere a daños 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”. Por tanto, damos por reproducidas aquí las precisiones y críticas realizadas al objeto material en el análisis efectuado del art. 323 antes de la reforma indicada. Sí cabe recordar, entre las precisiones realizadas, que el tipo penal abarca a cualquier clase de bien, tanto bien mueble como inmueble, que integre el patrimonio histórico de los pueblos de España por su valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, y que dicho bien, para recibir esta tutela penal, no ha de estar singularmente protegido, es decir, no es necesario que haya sido declarado o inventariado en algún registro por alguno de los procedimientos recogidos en la Ley de Patrimonio Histórico Español, precisamente, por su destacado interés cultural²⁶¹.

²⁶⁰ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª edición ..., ob. cit. págs. 495 y 496.

²⁶¹ GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “A protección penal do Patrimonio Histórico” en *Revista Xurídica Galega*, núm. 16, 1997, pág. 31.

Como hemos dicho al estudiar el art. 323, el “valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental” es un término normativo pendiente de valoración judicial. Y en cuanto a las críticas vertidas en torno a la específica enumeración de bienes que se hace en el precepto que estudiamos, “archivo, registro, museo, ...”, plantea la misma duda interpretativa que en el art. 323 del CP antes de la Reforma de 2015, la que se resuelve en el sentido de que los daños han de afectar al valor histórico o cultural de los bienes, por lo que todos ellos han de tener dicho valor.

La descripción del objeto material no se corresponde literalmente con la recogida actualmente en el art. 323 CP después de la Reforma de 2015, pues esta reforma ha suprimido en el art. 323 toda referencia expresa al objeto material de la acción que recae sobre “un archivo, registro, *museo*, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga”, quedando subsumidos dentro de la referencia genérica a los daños en “*bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos*”, destacando el valor cultural de los mismos con independencia de su ubicación, y acabándose, de esto modo, con la dualidad de las conductas criminalizadas en el art. 323 C.P. (daños en un archivo, ... y daños en bienes de valor histórico, ...).

Y como ya indiqué al analizar el actual art. 323 CP, desde mi análisis, ello supone un gran acierto del legislador y así es interpretado y entendido por la mayoría de la Doctrina, ya que hasta ahora no se entendía la razón por la que se les otorgaba a los bienes indicados una protección privilegiada, pues de tratarse de un archivo, museo, biblioteca , ... con valor histórico, artístico, científico o cultural, ya estaban debidamente protegidos por el art. 323 C.P. con

la expresión “bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos”.

Dicho lo anterior, no se comprende por qué el legislador en la Reforma de 2015 no ha aprovechado la ocasión para suprimir del art. 324 CP la enumeración de bienes (archivo, registro, museo, biblioteca, ...) si suprimida del art. 323 del mismo cuerpo legal. Entiendo que ha sido un olvido del legislador. Ante esto, hemos de tener en cuenta que, en ocasiones, la modificación de un precepto, como ocurre en el caso del art. 323, ha de ir acompañada de la modificación de otros preceptos que puedan verse afectados; en este caso se ha planteado un problema pues el legislador ha olvidado introducir la misma modificación relativa al objeto material en el art. 324, el cual está establecido para castigar los daños previstos en el art. 323 (dado que sus elementos del tipo objetivo son idénticos a los del tipo imprudente) cuando se cometen por imprudencia grave. De este modo la reforma queda parcheada lo que puede afectar a la seguridad jurídica y a la resolución de asuntos en la práctica judicial, como ya indicamos anteriormente.

Otra diferencia entre ambos preceptos, los arts. 323 y 324 del Código Penal, es que los daños del art. 324 sobre los bienes que protege deben ser cometidos por imprudencia grave.

En cuanto a la relación entre los arts. 324 y 321 del Código Penal hay que hacer una precisión. El art. 321 sanciona el derribo y/o alteración grave de “edificios singularmente protegidos”, refiriéndose a específicos bienes inmuebles que de no ser recogidos en el tipo serían abarcados por la referencia genérica al objeto material que se hace en el mismo. Todos los “edificios singularmente protegidos” lo son por haber sido reconocido su valor histórico,

artístico, cultural o monumental, y por tanto, son bienes inmuebles con dicho valor incardinables en la genérica referencia que el art. 324 hace a los “bienes de valor artístico, histórico, cultural, ...”. Así, las conductas castigadas en el art. 321 (es decir, el derribo y/o alteración grave) que suponen la causación de unos daños, y lógicamente los daños del art. 323 del CP, se incluyen en el tipo imprudente del art. 324 del CP, siempre que se cometan por imprudencia grave²⁶².

III. TIPO SUBJETIVO.

1. La imprudencia grave.

Lo que caracteriza al art. 324 del CP es la parte subjetiva del tipo, es decir, el hecho de que a diferencia de los demás tipos del Capítulo II del Título XVI del Libro II del Código Penal, no se trata de un tipo doloso de daños contra el Patrimonio Histórico sino de un tipo de daños cometido por imprudencia. En este caso, el autor del delito no tiene intención alguna de realizar el hecho

²⁶² Así, ALMELA VICH, C.: “Delitos ...”, ob. cit. pág. 887. ARIAS EIBE, M.J.: *El patrimonio ...*, ob. cit. págs. 200 y 201. BAUCCELLS LLADÓS, J.: “De los delitos ...”, ob. cit. pág. 1380. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª edición ..., ob. cit. pág. 495, donde señala que “En cualquier caso la referencia a los daños en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental permite la inclusión en el mismo de las conductas de derribo y alteración grave de edificios del art. 321 y las de causación de daños recogidos en el art. 323, cuando se produzcan por imprudencia grave”. TASENDE CALVO, J.J.: “La protección penal ...”, ob. cit. pág. 1720. PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.: “Delitos sobre el patrimonio histórico” en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.: *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 5ª ed., Pamplona, 2008, pág. 393, donde cita como ejemplo el del propietario que derriba una capilla catalogada situada en su finca por estar en estado de ruina, siendo precisamente dicho estado lo que le hace pensar sobre su escasa consideración.

contenido en el tipo pero lo realiza por no haber observado el cuidado o diligencia debidos.

La *conducta imprudente* exigía y exige en el art. 324 C.P. que sea “**grave**”, lo que supone que el sujeto activo debe haber infringido los deberes mínimos de cautela o cuidado en relación con los bienes culturales que le eran exigibles según su posición jurídica y conocimientos (la falta de adopción de las precauciones más elementales), lo que el juez o tribunal ha de valorar en el supuesto de hecho concreto. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 de noviembre de 2.008 contiene una descripción del tipo de imprudencia exigible aplicada al caso que estudia, así establece que:

“constituye un elemento clave para la apreciación de esta clase de negligencia, la circunstancia de que el acusado ni siquiera se preocupara de esperar a solicitar la preceptiva licencia municipal para la ejecución de las obras, pues de haber sido así, habría necesitado la correspondiente autorización previa para el inicio de aquéllas al tratarse de una zona en la que existían diferentes yacimientos arqueológicos catalogados”.

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 innegable.

En definitiva los daños son fruto de un actuar por descuido o negligencia de gran magnitud²⁶³. Así, el caso del encargado de un museo que limpia de manera convencional las piezas escultóricas que se exhiben en éste, con productos no especializados y sin tener en cuenta las características y cualidades del material de las obras expuestas, las cuales se estropean poco a poco con cada limpieza.

Si la imprudencia es leve, la conducta será impune. A lo sumo, serán aplicables las sanciones civiles o administrativas que las leyes extrapenales pudieran recoger²⁶⁴.

Como ejemplo en el que el tipo penal que estudiamos se ha aplicado citaremos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª, de 4 de octubre de 2004, núm. 417/2004, dictada ésta como consecuencia del recurso interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 14 de Madrid, que condenaba a uno de los acusados por un delito de daños contra el patrimonio histórico cometidos por imprudencia grave del art. 324 del Código Penal y absolvía a los otros cinco acusados del delito de encubrimiento del que se les imputaba, confirmando la sentencia de instancia.

En los Antecedentes de Hecho de dicha sentencia de la Audiencia y como hechos probados se recoge: que el día 21 de septiembre de 2002 el condenado junto con cinco amigos se dirigieron a la Plaza de la Cibeles de Madrid, con la intención de darse un baño en la fuente del monumento

²⁶³ En este sentido, ARIAS EIBE, M.J.: *El patrimonio cultural ...*, ob. cit. págs. 203 y 204.

²⁶⁴ GUIASOLA LERMA, C.: *Delitos ...*, ob. cit. pág. 687. PÉREZ ALONSO, E.J.: “Los delitos ...”, ob. cit. pág. 634 donde señala que “teniendo en cuenta las medidas civiles de reparación del daño que se pudieran adoptar, el régimen sancionador administrativo y el escaso desvalor y relevancia penal que el Código penal otorga a la imprudencia leve, parece más acertado haber optado por su atipicidad”.

existente en el centro de la plaza, y una vez allí se introdujeron en la pileta del conocido monumento histórico. En un momento dado el acusado decidió encaramarse a la parte más alta del conjunto escultórico, por lo que comenzó a trepar y cuando estaba apoyándose en uno de los brazos de la estatua que representa a la diosa para ascender, dicho brazo se rompió cayendo al suelo, ante la sorpresa del acusado, por lo que descendió del monumento, cogió el brazo, y se lo mostró a sus compañeros (también acusados inicialmente por un delito de encubrimiento del que resultaron absueltos), y acto seguido se marchó del lugar precipitadamente llevándose el brazo consigo en el interior del vehículo que conducía. Horas después del hecho el acusado y sus compañeros se reúnen y deciden depositar la mano desprendida de la estatua en un cubo de basura de la calle Calero Pita, 32 de Madrid, con la finalidad de que pudiera ser recuperada, sin ser sorprendidos. En la mañana del día 23 de septiembre de 2002, como la mano no había sido recuperada, efectuaron una llamada al periódico “El Mundo” dando aviso del lugar exacto donde habían depositado la mano desprendida. El valor de la porción de estatua fracturada supera con creces los 300,51 euros y el importe de su reposición ascendió a 23.918 euros.

En dicha sentencia en su Fundamento Jurídico cuarto proclama que: *“procede, de acuerdo con la doctrina constitucional citada, confirmar la resolución recurrida en relación a la absolución de los cinco acusados por delito de encubrimiento. Ello debe hacerse extensible a la petición de la Acusación Popular de que el delito de daños al Patrimonio Histórico cometido por el condenado Paulino sea calificado como doloso no como imprudente, pues la conclusión del juez a quo se basa fundamentalmente, al margen de otros apoyos probatorios que analiza el mismo, en la declaración del testigo imparcial*

Arturo que dijo <uno se encaramó a la estatua que representa la diosa y al apoyarse para trepar se rompió “accidentalmente” (así lo expresó literalmente el testigo) el brazo de la estatua, quedándose sorprendido el acusado>; declaración que coincide con la de todos los acusados”, y añade que, “Por tanto de la prueba practicada y valorada por el juez de instancia, criterio que también comparte este Tribunal, al margen de la inmodificabilidad del mismo, la acción de Paulino no fue intencionada, ni directa, sino imprudente”.

Otro ejemplo de aplicación del art. 324 del CP lo constituye la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Jaén de 8 de enero de 2014 en la que se condena por un delito de daños por imprudencia grave en yacimiento arqueológico previsto y penado en el art. 324 del CP. En dicha sentencia se condena al propietario de una parcela, del término municipal de Úbeda, sita en el paraje Cerro Banderas, Finca Ana Prieta, suelo clasificado por el Plan General de Ordenación Urbana como No Urbanizable de Especial Protección zona de Yacimientos Arqueológicos encontrándose dicha finca el yacimiento denominado “Cerro Porrero” inventariado en el Sistema de Información del Patrimonio Histórico de Andalucía definido como asentamiento de época Íbera y Romana. El acusado en los meses de septiembre y octubre de 2005 procedió a efectuar sobre su finca obras para la construcción de una balsa destinada al almacenamiento de riego para el olivar, así como la apertura de un carril para el acceso de maquinaria. La realización de tales obras y los consiguientes movimientos y remociones de tierra con maquinaria llevadas a cabo sobre el yacimiento arqueológico catalogado, y que no tenían licencia alguna por parte de la Administración Local competente, al no ser autorizables por la clasificación del suelo y su grado de protección, ocasionaron la desaparición de

gran parte de la topografía del cerro produciéndose la destrucción del yacimiento arqueológico en una superficie de terreno muy amplia y afectando a estructuras y niveles de la época romana.

Hay un sector de la doctrina que exige que la imprudencia abarque no sólo el hecho de la realización de los daños, sino también que se trata de bienes con valor histórico, artístico o cultural, o dicho de otro modo, que la imprudencia ha de contemplar la previsibilidad o posibilidad de causar un daño a un bien de esta naturaleza²⁶⁵. Y de no ser así, la conducta podría ser constitutiva de un tipo imprudente de daños genéricos del art. 267 del CP, aunque se encontraría con el obstáculo de que los daños deben de superar la cuantía de 80.000 euros²⁶⁶.

2. Tratamiento del error.

Error de tipo.

El art. 324 del CP también resultará de aplicación en aquellos casos en los que el autor de las conductas dolosas castigadas en el art. 323 CP actúe con error de tipo vencible, pues en ese caso y según el art. 14 del C.P. resulta aplicable el tipo imprudente. Estamos ante un error de tipo cuando el sujeto activo al realizar daños intencionados en los bienes desconozca que se trata de

²⁶⁵ GUIASOLA LERMA, C.: *Delitos ...*, ob. cit. pág. 691. ALMELA VICH, C.: “Delitos ..., ob. cit. pág. 887. En este sentido, en el supuesto enjuiciado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de octubre de 2004, en la que se castiga el caso en el que un sujeto accidentalmente rompe el brazo de la estatua Cibeles de Madrid al subirse a ella, parece claro que el autor contempla la posibilidad de dañar un bien con valor histórico, artístico o cultural.

²⁶⁶ GUIASOLA LERMA, C.: *Delitos ...*, ob. cit. pág. 691, donde pone el ejemplo del conductor de un vehículo que por imprudencia grave se estrella contra un edificio singularmente protegido, causando daños valorados en 600 euros.

bienes que tienen un valor histórico, artístico, cultural, científico o monumental, lo que puede suceder fácilmente respecto de bienes cuyo valor histórico o cultural no resulte notorio ni conocido para la generalidad²⁶⁷. Y de ser ese error invencible, conforme al art. 14.1 del CP, debe excluir la responsabilidad penal, sin embargo, no tendría que implicar la impunidad, y así alguna doctrina ha señalado que el error invencible no implica siempre la impunidad, pues de haber un propietario del bien dañado, será de aplicación el delito genérico de daños del art. 263, puesto que el sujeto continúa teniendo conocimiento y voluntad de dañar un bien ajeno, es decir, de los elementos típicos de este tipo penal, los cuales estarían abarcados por el dolo.

El tipo imprudente del art. 324 del CP no se va a aplicar respecto de todos los casos de daños del art. 321 del CP que se produzcan por un error de tipo, es decir, los daños que tienen como objeto material edificios que están singularmente protegidos. En los casos en que el error resida en el valor histórico o cultural del edificio, se aplicará el tipo imprudente del art. 324. Pero en los casos en que el sujeto activo conoce dicho valor y lo que desconoce es su “singular protección”, en esta caso también hay un error sobre un elemento del tipo, más en tal supuesto se aplicará subsidiariamente el art. 323 del CP al cumplirse todos sus elementos y estar estos abarcados por el dolo²⁶⁸.

IV. CONSUMACIÓN.

²⁶⁷ BAUCELLS LLADÓS, J.: “De los delitos ...”, ob. cit. pág. 1379.

²⁶⁸ Así, ROMA VALDÉS, A.: “Los delitos ...”, ob. cit. pág. 460.

La consumación del tipo del art. 324 del CP exige la efectiva destrucción, inutilización, menoscabo o deterioro del bien o lugar integrante del patrimonio histórico en cuantía superior a la señalada (400 euros), aunque siempre ha de afectar al valor histórico o cultural del bien.

A diferencia del tipo del art. 323 CP estudiado, no cabe la tentativa (ni acabada ni inacabada). Los delitos imprudentes de resultado necesitan éste (el resultado) para poder ser imputados a alguna persona.

V. PROBLEMAS CONCURSALES.

El art. 324 resulta de aplicación preferente frente al art. 267 del CP en el que se recoge el tipo imprudente de daños comunes, aplicable a aquellos supuestos que no estén previstos en otros Títulos del Código Penal. Entre ambos preceptos existe una relación de subsidiariedad, por lo que aun en el caso de que el bien pertenezca a una persona concreta, no cabe el concurso de delitos. De ser así, la afectación que pudiera producirse al patrimonio del propietario será objeto de reparación mediante la exigencia de responsabilidad civil. Ambas tutelas son compatibles²⁶⁹. Pero como sabemos, la aplicación del art. 324 depende de que la cuantía de los daños supere el límite de los 400 euros.

Ahora bien, el hecho de que la conducta finalmente no sea subsumible en el delito contra el Patrimonio Histórico no implica la aplicación inmediata del

²⁶⁹ RODRIGUEZ MORO, L.: "Los delitos ..., ob. cit. pág. 234.

art. 267, pues los daños comunes por imprudencia grave han de ser superiores a 80.000 euros para considerarlos delito.

VI. PENALIDAD.

1. Determinación e individualización de la pena.

El art. 324 prevé solamente, por su menor reprochabilidad y debido a su falta de intencionalidad, la pena de multa de tres a 18 meses. Se trata de la misma pena de multa, aunque algo más elevada en su límite superior, que la prevista para daños comunes cometidos por imprudencia grave del art. 267 (que prevé una pena de multa de tres a nueve meses). La especialidad del valor cultural tutelado en el tipo del art. 324 justifica esta ligera elevación de la multa.

Es criticable, al igual que en el tipo doloso del art. 323 CP, que el tipo imprudente (estamos ante una imprudencia grave) no haya incorporado la pena de inhabilitación especial, que si aparece recogida en el delito del art. 321 del CP.

Conforme establece el párrafo final de art. 324 CP, la individualización judicial de la pena de multa se ha de realizar “*atendiendo a la importancia de los mismos*”, lo que plantea la duda de si se refiere a la importancia de los daños o de los bienes culturales que los sufren, siendo defendibles ambas posturas. En la doctrina se suceden posturas encontradas, aunque con mayor inclinación hacia la que defiende la “importancia de los daños causados”, criterio éste que debe de ser tenido en cuenta únicamente para calcular la extensión de la multa, debiendo de atenderse a la situación económica del reo

para calcular el importe de cada cuota. Ahora bien, este criterio no es el único que ha de tenerse en consideración, aunque sí es uno a los que ha de darse mayor importancia. Quizá hubiera sido una solución distinguir en función de que los bienes estén o no declarados BIC o inventariados. Así, entra en juego la discrecionalidad del Juez o Tribunal para la fijación de la pena, que para los delitos imprudentes se regula en el art. 66.2 del CP.

VII. REQUISITOS DE PERSEGUIBILIDAD.

A diferencia de lo que sucede en el tipo de daños comunes cometidos por imprudencia grave del art. 267 (en los que se requiere denuncia previa y donde el perdón excluye la pena o la acción penal), los daños por imprudencia grave del art. 324 son perseguibles de oficio, no se requiere para la persecución del delito la denuncia previa de la persona agraviada o de su representante legal, ni el perdón de los referidos sujetos extingue la pena o la acción penal. Estas dos exclusiones tienen su explicación en la naturaleza indisponible y supraindividual del bien jurídico protegido.

CAPITULO VI

LOS ATENTADOS AL PATRIMONIO CULTURAL DEL ARTÍCULO 613 DEL CÓDIGO PENAL

No podemos dejar de referirnos a los delitos, normalmente alejados de la problemática específica del Patrimonio Histórico Español y más próximos a situaciones que atentan contra el Derecho Internacional Humanitario²⁷⁰, *contra los bienes protegidos en caso de conflicto armado* del Capítulo III del Título XXIV del Código Penal relativo a los Delitos contra la comunidad internacional.

Dentro del Capítulo III, el art. 613 del CP castiga el *ataque, uso indebido, apropiación, robo, saqueo o realice actos de vandalismo* contra bienes culturales con ocasión de un conflicto armado, lo hace con la pena de cuatro a seis años de prisión, y siempre que tales bienes *no estén situados en la inmediata proximidad de un objetivo militar o no sean utilizados en apoyo de una acción militar y estén debidamente señalizados*.

Establece también el citado precepto que, cuando los ataques o agresiones tengan por objeto bienes culturales *bajo protección especial o a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, o bienes inmuebles bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos*, se podrá imponer la pena superior en grado. También podrá imponerse la pena superior en grado cuando en los bienes se *causen destrucciones extensas e importantes o en los supuestos de extrema gravedad*.

²⁷⁰ GARCÍA CALDERÓN, J.M.: "Los delitos ..., ob. cit. pág. 749.

Por desgracia, este tipo de delitos se producen actualmente en el mundo con relativa frecuencia, con total impunidad en lo que se refiere a la destrucción de bienes culturales. Ejemplo de ello es lo ocurrido en la antigua ciudad de Palmira (Siria) declarada Patrimonio de la Humanidad por la Unesco, que ha sido objeto de destrucción por parte del Estado Islámico (EI), perpetrando así, como ya expuse anteriormente, la mayor destrucción de patrimonio cultural desde la II Guerra Mundial. Otro ejemplo es la destrucción que el E.I. ha realizado del Patrimonio cultural de Mosul (Irak).

CONCLUSIONES

PRIMERA. Tanto la Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985, como el Código Penal de 1995 en el Capítulo II, del Título XVI, del Libro II, acogen la denominación de “Patrimonio Histórico”, pero esta denominación resulta discutida, pues en ambos textos legales la tutela se extiende a bienes que tienen una individualidad y sustantividad propia, aunque a veces tengan un contenido histórico. Por ello, y por resultar más acorde con el art. 46 de la Constitución, considero más adecuada la denominación de “Patrimonio Cultural”.

SEGUNDA. La LPHE establece diversos niveles de protección de los bienes basados en la relevancia de éstos, son los Bienes de Interés Cultural (BIC) y los bienes incluidos en el Inventario General, pero existen otros bienes objeto de protección, por reunir la condición de bien histórico, la cual se deriva de las propias cualidades ínsitas en el mismo.

TERCERA. La Constitución de 1978 ha diseñado un sistema de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Patrimonio Histórico, de modo que, los órganos correspondientes de cada Comunidad Autónoma pueden otorgar formalmente a un bien cultural un determinado nivel de protección de acuerdo con los parámetros establecidos en su respectiva Ley de Patrimonio histórico o cultural.

CUARTA. El art. 46 de la Constitución contiene un mandato de criminalización de los atentados contra el Patrimonio histórico. De este precepto constitucional no puede concluirse que la totalidad de los atentados al Patrimonio histórico deban ser recogidos forzosamente en una norma penal, pero la necesidad de proteger este Patrimonio penalmente es incuestionable atendiendo a los ataques contra el mismo y a la dimensión social de los bienes que lo integran. Ahora bien, la protección penal del Patrimonio Histórico debe ser entendida como una protección para los atentados más graves a este patrimonio, debería ser una protección final. El Derecho Penal debe ser la *última ratio* en la tutela de estos bienes jurídicos. Entiendo, que el ámbito más adecuado para la protección de estos bienes es el derecho administrativo sancionador, acudiéndose a la tutela penal cuando no sea posible la protección del Patrimonio Histórico a través de otras ramas del ordenamiento jurídico. Este tipo de protección tiene su fundamento en el principio de intervención mínima que rige en la esfera del Derecho penal.

QUINTA. Por L.O. 1/2015 de 30 de marzo se ha producido una importantísima reforma del Código Penal que afecta también a la materia objeto de nuestro estudio, el delito de daños al Patrimonio histórico. La reforma del Código Penal en 2015 introduce por <primera vez>, desde que se aprobó el CP de 1995 unas mínimas variaciones, más formales que sustanciales, en el art. 323 del CP, precepto que sanciona los daños en bienes culturales. Desde la promulgación del CP de 1995 se habían introducido múltiples modificaciones al mismo,

algunas de ellas se han realizado en el Título XVI del Libro II afectando a los delitos urbanísticos y contra el medio ambiente, pero ninguna a los delitos sobre el Patrimonio histórico, lo que fue objeto de crítica por no haberse aprovechado alguna de estas reformas para introducir las modificaciones ampliamente demandadas, lo que venía a demostrar la escasa atención que se otorga a la tutela penal del Patrimonio Histórico.

SEXTA. Las concretas propuestas de reforma ampliamente demandadas se concretaban, en primer lugar, en el hecho de incorporar o introducir en el Capítulo II del Título XVI toda la protección penal de los bienes culturales (sobre todo, los actos de sustracción y apropiación de bienes culturales), pues de este modo se pretendía llegar a una “mayor clarificación del bien jurídico tutelado, haciendo hincapié en su carácter cultural y no meramente patrimonial”. La razón de ser de esta propuesta es clara si se observa la regulación que de las agresiones a los bienes culturales se efectúa en el Código Penal, pues además de los tipos penales del Capítulo II, subsisten en el Libro II (así, en los delitos contra la propiedad) numerosos tipos penales relacionados con los daños a bienes culturales, por lo que se puede decir que, hay más artículos relativos a la tutela penal del Patrimonio Histórico fuera del Capítulo II del Título XVI que contiene la regulación de los “delitos sobre el Patrimonio Histórico” que dentro de él. Ahora bien, esta demandada reforma no se ha llevado a cabo, modificándose únicamente el art. 323 del CP, que tipifica los daños (dolosos) en bienes de valor cultural.

SÉPTIMA. Los daños tipificados en el Capítulo II del Título XVI del Libro II de CP se criminalizan, no sólo por su valor material, sino por resultar afectado el valor cultural de los mismos y la función social que desempeñan. El valor que los bienes de contenido histórico, cultural y artístico presentan y la función socio-cultural que los mismos desempeñan constituye el bien jurídico protegido por el art. 323 del CP. Considero que, <el bien jurídico objeto de tutela penal> es el valor cultural incorporado al bien objeto de protección y no el bien en sí mismo. No son los objetos los que han de tutelarse por sí mismos sino por lo que representan o incorporan al servicio de la cultura, y al progreso de los individuos; de este modo, la lesión del bien jurídico se materializa a partir del instante en que, a resultas del acto lesivo sobre el objeto material, el bien cultural se ve imposibilitado de ejercer su función de ser vehículo de acceso a la cultura y, contribución al desarrollo de la personalidad. Dicho lo anterior, discrepo con el sector doctrinal que considera que lo que se protege son sólo los bienes que conforman el Patrimonio histórico y su integridad física. Y que la afectación material del bien no supone, en todo caso, un menoscabo de su función cultural. Lo cierto es que, una eficaz protección penal de los bienes culturales requiere atender de forma prioritaria a la utilidad y destino de los mismos en función de sus beneficiarios, es decir, la colectividad en su conjunto, y no de los titulares públicos o privados, como establece el art. 46 de la CE.

OCTAVA. Del artículo 46 de la Constitución no se deriva la necesidad de declaración formal para atribuir carácter cultural a un bien, sino la necesidad de proteger el Patrimonio Histórico “real” en detrimento del “formal”, cualquiera que sea “su régimen jurídico y su titularidad”. Considero, en consonancia con el

precepto constitucional, que, el patrimonio histórico protegido por los arts. 323 y 324 del C.P. es el “real”, es decir, el que tiene un valor histórico intrínseco con independencia de una declaración formal de la administración en ese sentido, el que recae sobre bienes muebles e inmuebles que conforme a circunstancias objetivas resulte innegable su valor histórico, cultural o artístico, estén o no declarados de interés cultural o inventariados, y no sólo el formalmente declarado. Lo que se protege es el Patrimonio Histórico en general, tanto el formalmente declarado o en vías de declaración como el que no se encuentra en estas situaciones. Lo cierto es que, no hay razón alguna para dejar sin protección penal a una gran parte del Patrimonio Histórico Español. Si sólo se diera protección a los bienes inventariados o declarados de interés cultural se reduciría ampliamente el ámbito y eficacia de las disposiciones penales, otorgándose una protección insuficiente y desigual, en función de la mayor o menor actividad en las declaraciones administrativas, y máxime cuando en la práctica la mayorías de los delitos de daños sobre el Patrimonio Histórico recaen sobre bienes muebles generalmente no registrados.

NOVENA. En el tipo penal del art. 323 del Código Penal, designado en la expresión “el que”, es genérico e indeterminado. En cuanto al sujeto pasivo, atendiendo al bien jurídico protegido, es la sociedad en su conjunto en cuanto beneficiaria del valor y función socio-cultural de los bienes objeto de protección.

DÉCIMA. La L.O. 1/2015, reformadora del Código Penal, hace una delimitación del objeto material del delito *“bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o*

subacuáticos” más concreta y correcta, que engloba a todos los bienes del patrimonio histórico objeto de protección; suprime los privilegios innecesarios que sobre *archivos, registros, museos, bibliotecas, centros docentes, gabinetes científicos o institución análoga* se venían manteniendo, pero no suprime la protección dispensada. Esta supresión de toda referencia expresa al objeto material de la acción que recae sobre “un archivo, registro, *museo*, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga”, quedando englobados junto con los demás bienes integrantes del Patrimonio histórico en la expresión “*bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos*”, destaca el valor cultural de los mismos con independencia de su ubicación, y acaba, de este modo, con la dualidad de las conductas criminalizadas en el art. 323 C.P. (daños en un archivo, ... y daños en bienes de valor histórico, ...). De este modo, como había sido ampliamente demandado, se ha procedido a la unificación del objeto de tutela a través de una fórmula genérica que engloba los bienes del Patrimonio histórico susceptibles de protección. Esta nueva redacción del objeto material supone, desde mi punto de vista, un gran acierto del legislador, merece una valoración positiva, y así es interpretado y entendido por la mayoría de la Doctrina. La redacción anterior era excesivamente amplia y originaba dudas interpretativas. Hasta ahora no se entendía la razón por la que se les otorgaba a los bienes indicados una protección privilegiada. La desaparición de los “museos, archivos, registros, bibliotecas, ...”, o sea, de estos conceptos/bienes culturales del art. 323 C.P. no supone en mi opinión en modo alguno una merma en su protección. De la protección que el art. 323 CP realiza de los bienes de valor monumental deben excluirse a los edificios

previstos en el art. 321 del CP, y por tanto, se incluirán en la expresión “valor monumental” los bienes, monumentos y construcciones que no puedan calificarse de edificio, así como los edificios que no hayan sido objeto de previa declaración administrativa como bien de interés cultural, los incursos en expedientes de declaración a tal fin (art. 11 LPHE), los recogidos en los Catálogos urbanísticos, y los que no sean objeto de una específica tutela en las leyes de Patrimonio histórico de las Comunidades Autónomas.

DECIMOPRIMERA. En relación a los yacimientos arqueológicos, el artículo 323 del CP especifica que son “*terrestres o subacuáticos*”. Esta especificación no era necesaria para su protección, quizás tiene su razón de ser en el hecho de que con la reforma se ha querido dejar fuera de toda duda que, al existir yacimientos arqueológicos subacuáticos estos también integran nuestro patrimonio histórico, y han de ser objeto de la misma protección que los terrestres. Abogo, al igual que un sector doctrinal, por su supresión, que además de no causar menoscabo alguno al texto, facilitaría la inclusión en el precepto de todo tipo de yacimientos, cualquiera que sea el adjetivo que mereciera por su ubicación y su antigüedad.

DECIMOSEGUNDA. La descripción del objeto material del tipo imprudente del artículo 324 del CP no se corresponde literalmente con la recogida actualmente en el art. 323 CP después de la Reforma de 2015 la cual ha suprimido en este último toda referencia expresa al objeto material de la acción que recae sobre “un archivo, registro, *museo*, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga”, objeto material que sí se sigue manteniendo en el art. 324

CP. No se comprende porque el legislador no ha aprovechado la ocasión, en esta Reforma, para suprimir del art. 324 CP la enumeración de bienes (archivo, registro, museo, biblioteca, ...) que contiene. Entiendo que ha sido un olvido del legislador. Ante esto, hemos de tener en cuenta que, en ocasiones, la modificación de un precepto, como ocurre en el caso del art. 323, ha de ir acompañada de la modificación de otros preceptos que puedan verse afectados; en este caso se ha planteado un problema pues el legislador ha olvidado introducir la misma modificación relativa al objeto material en el art. 324, el cual está establecido para castigar los daños previstos en el art. 323 (dado que sus elementos del tipo objetivo son idénticos a los del tipo imprudente) cuando se cometen por imprudencia grave. De este modo la reforma queda parcheada lo que puede afectar a la seguridad jurídica y a la resolución de asuntos en la práctica judicial.

DECIMOTERCERA. La reforma fundamental del art. 323 CP ha sido la tipificación de un nuevo delito de expolio, castiga los actos de expolio sobre yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos, que responde a una problemática concreta: la dificultad para sancionar los supuestos en los que nos encontramos con objetos o piezas que, evidentemente, proceden del expolio de uno o varios yacimientos, pero de las que no se puede demostrar su origen, ni tampoco quién expolió, ni cuándo ocurrió el expolio. No considero que la nueva tipificación del expolio tenga mucha eficacia, y tampoco que venga a facilitar la sanción en los casos anteriores. Los problemas de prueba impiden que nuestro patrimonio histórico-artístico se proteja adecuadamente, necesitando para una adecuada protección del mismo mayores medios a los

sectores implicados (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, grupos de investigación) para mejorar la detección, estudio, catalogación y control de los yacimientos y los bienes que lo integran. El Código Penal no da una definición del expolio. Los actos de expolio deben comprender, tanto los daños que son producidos en el yacimiento arqueológico (cuando se entiende como fuente de información científica) como el apoderamiento patrimonial o sustracción de bienes o piezas arqueológicas. Un sector doctrinal considera que, con la reforma, el legislador no ha establecido realmente una nueva tipología del expolio arqueológico, sino que la incrusta en el delito de daños dolosos al Patrimonio Histórico Español, agravando, de esta forma, la defectuosa sistemática que el Código Penal mantiene en el tratamiento de los bienes culturales. La necesidad de la reforma en materia de expolio resulta cuestionada por esta parte, pues las conductas que se tipifican expresamente como delito de expolio son perfectamente subsumibles en tipos preexistentes. Una decisión legal de esta envergadura (la regulación legal del expolio) debería haber sido explicada en el Preámbulo de la L.O. 1/2015.

DECIMOCUARTA. El delito de daños del art. 323 CP es un delito doloso en el que tiene cabida, además del dolo directo, un dolo indirecto o eventual basado en la inexistencia de elementos del tipo que impidan su apreciación, y bastando para éste último que el autor se represente como inevitable las consecuencias de su acción, que aunque no las persigue directamente, las acepta.

DECIMOQUINTA. En torno a las causas de justificación, dada la naturaleza supraindividual del bien jurídico protegido en estos delitos, es ineficaz el

consentimiento del titular del derecho de propiedad respecto de los daños causados por un tercero en los bienes culturales de los cuales es propietario. En estos casos sólo se podría hablar de un estado de necesidad justificante, cuando los daños al Patrimonio histórico constituyan el resultado necesario para evitar la causación de un mal a un bien jurídico de mayor valor.

DECIMOSEXTA. En estos delitos de daños al Patrimonio histórico el error de tipo viene constituido por el desconocimiento por parte del sujeto activo del valor histórico, artístico, cultural, científico o monumental que posee el bien que daña. Y el error de prohibición se produce cuando el sujeto no sabe ni pudo saber que su conducta atentatoria a los bienes culturales estaba prohibida. Conforme al art. 14 CP: el error de tipo invencible excluye la responsabilidad penal y el vencible se castigará como imprudencia, aplicándose en este último caso el art. 324 CP; y si se trata de error de prohibición, el error invencible del sujeto hace que su conducta sea impune, y el vencible no excluye la responsabilidad pero determina la rebaja de la pena en uno o dos grados.

DECIMOSÉPTIMA. El delito de daños del art. 323 del CP es un delito de resultado material, por lo que cabe la apreciación de la tentativa acabada e inacabada, y ello dado el bien jurídico protegido en estos delitos que tiene un valor ideal antes que material por lo que la afectación de los bienes culturales protegidos se produce tanto con el deterioro como con la destrucción.

DECIMOCTAVA. En los delitos de daños al Patrimonio Histórico del art. 323 CP (daños dolosos) y del art. 324 CP (daños imprudentes) habrá que estar a la

teoría general de las formas de aparición del delito en los relativo a la autoría y la participación, al no presentar variaciones con respecto a aquella.

DECIMONOVENA. El nuevo delito de expolio del art. 323.1 CP puede plantear nuevos problemas concursales con el robo, hurto o apropiación indebida. La doctrina mayoritaria, la que comparto, hasta ahora ha venido considerando en estos casos un “concurso de delitos” entre, el delito de daños producidos al yacimiento y un delito agravado de hurto o de apropiación indebida, según el apoderamiento tuviera lugar en un yacimiento 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. En la práctica judicial, se viene acogiendo la solución del concurso calificando los hechos como hurto o apropiación indebida junto con el delito de daños causados al yacimiento arqueológico, según haya o no un conocimiento anterior y una catalogación del yacimiento arqueológico expoliado por parte de la Administración Pública.

VIGÉSIMA. El art. 323 del CP genera importantes problemas concursales en relación con otros preceptos del Código Penal, así con hurto, robo, estafa, apropiación indebida y con el delito de sustracción de cosa propia del art. 289 CP.

VIGESIMOPRIMERA. La existencia de un concurso de normas penales entre los arts. 323 CP y 321 CP se resuelve a favor de éste último precepto por el principio de especialidad. Mientras que el art. 321 CP se refiere a concretos

bienes inmuebles, los “edificios”, que dispongan de una “singular protección”, quedando reservada su aplicación a éstos concretos objetos, los “edificios singularmente protegidos”; el art. 323 CP tendrá operatividad para el resto de bienes que integran el patrimonio histórico. La relación de especialidad entre ambos preceptos, determina la aplicación preferente del art. 321, y en caso de no existir el tipo del art. 321, las conductas punibles serían constitutivas del tipo del art. 323, ya que todos los edificios singularmente protegidos lo son por haberles sido reconocido su valor histórico, artístico, cultural o monumental, lo cual es necesario para poder aplicar el art. 323; además, toda conducta que suponga “destruir” o “alterar gravemente”(del art. 321), total o parcialmente, es constitutiva de “daños” (del art. 323). Este último precepto se considera como el género de los daños contra el patrimonio histórico, que se ve especificado en diversos aspectos por el art. 321 CP el cual limita el daño genérico y el objeto material del delito, pues el daño consiste en el derribo o alteración grave del bien, y el objeto material sólo puede serlo un edificio que además haya sido declarado de interés cultural. Ahora bien, si que cabe la posibilidad de un “concurso real de delitos”, comportando una mayor penalidad, en los casos en que con una o varias conductas se produzca la destrucción y/o alteración de un edificio singularmente protegido y, además, daños en otros que no lo estén, o en bienes muebles de valor histórico o cultural.

VIGESIMOSEGUNDA. El tipo del art. 323.2 del CP incorpora una agravación de la pena para los casos de daños, en cualquiera de los bienes que son objeto material del delito, cuando los *daños son de especial gravedad* o cuando éstos *afecten a bienes especialmente relevantes*, y ello para una mayor protección de

los mismos. Tal agravación de la pena, que considero un acierto del legislador, podrá imponerse en aquellos casos de producción de daños en bienes muebles o inmuebles que son objeto de una protección singular, como es el caso de los Bienes de Interés Cultural o de los bienes muebles integrados en los Inventarios Generales elaborados por la Administración Pública, tanto estatal como autonómica. En cualquier caso la “especial gravedad” dependerá de la valoración que el Juez o Tribunal haga de los daños para considerarlos especialmente graves, valoración difícil de realizar y que no puede deducirse exclusivamente del valor material de los daños producidos sino que también habrá de atender a la finalidad que la norma penal tiene, la protección del interés histórico o cultural.

VIGESIMOTERCERA. Se modifica la pena mínima de prisión que establece el art. 323.1 del CP, la rebaja hasta los seis meses, poniéndola así en consonancia con el art. 321 CP y la haciéndola acorde con la penalidad para los casos de delito leve (como consecuencia de la desaparición de las faltas de nuestro Código Penal, y en particular, de la falta del art. 625.2 CP). También, al sustituir en la condena por la comisión de estos delitos la disyuntiva “y” (prisión y multa) por la “o” (prisión o multa), o sea, estableciendo la pena de multa como alternativa, hace acorde la penalidad con la de los delitos leves posibilitando de este modo la condena de estos sólo con multa. Con anterioridad a la Reforma de 2015, la pena de ambos preceptos sólo resultaba coincidente en su límite máximo, lo que fue objeto de crítica por la doctrina pues no se entendía la menor penalidad prevista en el art. 321 C.P al especificar el precepto que el derribo o alteración debía ser “grave”. Considero que ha sido

un acierto que el legislador haya establecido, en este caso, la igualdad de pena, así como la aplicación alternativa de las penas de prisión o multa.

VIGESIMOCUARTA. La opción político criminal de acabar con las faltas del Libro III del Código Penal no ha supuesto en muchos casos su desaparición, así la falta de daños en bienes del art. 323 CP tipificada en el art. 625.2 del CP (que consistía en daños causados en cualquiera de los bienes a que se refiere el art. 323 en cuantía inferior a 400 euros), y con la nueva redacción dada al art. 323 del CP que tipifica cualquier daño a esos bienes con independencia del importe de los mismos, vemos que, no es que haya desaparecido la falta y se haya extraído del Código Penal, sino que ahora aquellas conductas son constitutivas de delito, y no delito leve sino delito menos grave (conforme a lo establecido en los arts. 13 y 33 del CP). Ello implica que, una parte de las infracciones penales, subsista bajo la forma de delitos leves subsumibles en el precepto citado, pasando a tener una mayor penalidad, o sea, se produce un endurecimiento de las penas (aunque en virtud del principio de oportunidad en algunos casos se puede acordar el sobreseimiento y archivo del procedimiento) suavizado mínimamente con la previsión de la aplicación de un sistema alternativo de penas de prisión o multa; y otra parte, más bien exigua, quede definitivamente despenalizada y entregada a otras formas sancionadoras, administrativa (aplicándose en los atentados contra los bienes inmuebles no constitutivos de infracción penal la normativa administrativa sobre infracciones y sanciones establecida en la LPHE) o civil. Sin lugar a dudas era preocupante el volumen y coste público de los juicios de falta. La decisión pasa

por la compleja elección entre la sanción penal y la sanción administrativa en el marco de la unidad del *ius puniendi*.

VIGESIMOQUINTA. La doctrina mayoritaria, a la que me adhiero, rechaza atender únicamente a la cuantía o valoración económica del perjuicio patrimonial en el art. 323 del CP, no sólo porque a veces es incalculable en la práctica, sino porque debe de estimarse principalmente el valor cultural del objeto dañado, que es el bien jurídico protegido en estos delitos. Así, mediante la destrucción, deterioro, alteración o inutilización del objeto material debe producirse una pérdida o grave minoración del valor cultural de la cosa o una pérdida o grave minoración de la función socio-cultural que le corresponde desempeñar, sin que sea necesario la producción de ambos resultados lesivos. En relación a la valoración de los daños, el art. 324 del CP (que castiga los daños imprudentes a los bienes culturales) fija la cuantía de 400 euros a partir de la cual los daños son constitutivos de delito y en caso contrario, si no superaban esa cantidad, la conducta es atípica; y ello a diferencia del delito de daños genérico por imprudencia grave que fijaba la cuantía de 80.000 euros a partir de la cual los daños son constitutivos de delito, esta diferencia entre ambos tipos se encuentra en el valor cultural de los bienes jurídicos protegidos por el art. 324 CP y la función social que estos desempeñan, lo que determina que para el castigo de éstos se fije una cantidad menor. Por el contrario, los daños dolosos del art. 323 CP son constitutivos de delito cualquiera que sea su cuantía.

VIGESIMOSEXTA. La creación por la L.O. 1/2015 de reforma del Código Penal de los delitos leves tiene consecuencias penales y procesales. Así, la condena por un delito leve trae como consecuencia la constitución de antecedentes penales para el condenado, aunque éstos, por establecerlo así la circunstancia 8ª del art. 22 de CP, no son computables a efectos de reincidencia. Para la suspensión de la pena, conforme al art. 80.2.1ª del CP, no se tendrán en cuenta las condenas anteriores por delito leve. En materia de prescripción, la desaparición de las faltas y la transformación de algunas de éstas en delitos leves, ha supuesto una agravación, ya que las faltas prescribían a los seis meses, siendo que ahora el plazo de prescripción de los delitos leves es de un año. Otra consecuencia es el endurecimiento de las penas imponibles a los nuevos delitos leves, así en el caso de la multa eleva su límite máximo de dos a tres meses, conforme al art. 33.4 CP.

VIGESIMOSÉPTIMA. Actualmente, y desde hace un tiempo, nuestros monumentos de gran valor cultural son objeto de agresiones y actos vandálicos, entre los cuales los más frecuentes son los grafitos. En estos casos, para poder aplicar el tipo del art. 323 del CP, se aconseja que, en la determinación del valor del daño producido por los grafitos, se integren en la valoración de los daños los proyectos técnicos exigidos por la legislación cultural para acometer la restauración de los mismos, lo que puede ser importante para la efectiva persecución de este tipo de delincuencia.

VIGESIMOCTAVA. Entre las carencias, se echa en falta en la regulación penal un específico delito de receptación del Patrimonio histórico que vendría a hacer más completa la protección penal integral del mismo, y ello porque si existe una tutela penal de los bienes integrantes de nuestro patrimonio histórico que trasciende de la titularidad particular porque se trata de un valor colectivo o social supraindividual, distinta esa tutela penal otorgada a los bienes patrimoniales desde una óptica individual, por la misma razón merecerían un tratamiento aparte la receptación de los objetos o piezas integrantes de nuestro Patrimonio dada la indudable importancia social del mismo. Actualmente el art. 298.1.a) del CP, entre las cualificaciones del delito de receptación, recoge los casos en que se trate de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

BIBLIOGRAFIA:

ALEGRE AVILA, J.M.: *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*. Madrid, 1994.

ALMELA VICH, C.: "Delitos sobre el Patrimonio Histórico", en *Actualidad Penal*, núm. 41, Madrid, 2000, págs. 871 y ss.

ALONSO IBÁÑEZ, M^a.R.: *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural*, Madrid, 1992.

ALONSO IBÁÑEZ, M^a.R.: *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Madrid, 1994.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L.: *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25-6-85*, Madrid, 1989.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: *El delito de daños: consideraciones jurídico-políticas y dogmáticas*, Burgos, 1999.

ARIAS EIBE, M.J.: *El patrimonio cultural. La nueva protección en los arts. 321 a 324 del Código Penal de 1995*, Comares, Granada, 2001.

BACIGALUPO ZAPATER, E.: "Art. 11", en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, 1^a ed., Madrid, 1997, págs. 423 y ss.

BAJO FERNÁNDEZ, M.; PÉREZ MANZANO, M. y GONZÁLEZ SUÁREZ, C.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1993.

BARRERO RODRÍGUEZ, M^a.C.: *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Madrid, 1990.

BAUCELLS LLADÓS, J.: "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en CÓRDOBA RODA, J./ GARCIA ARÁN, M. (Dir.): *Comentarios al código penal. Parte especial*, Tomo I, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 1347-1477.

BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, F.: *El patrimonio cultural español. Aspectos jurídicos, administrativos y fiscales*, Granada, 1995.

BENSUSAN MARTIN, M^a. del P.: *La protección urbanística de los bienes inmuebles históricos*, Granada, 1996.

BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C.: “De los delitos sobre el patrimonio histórico”, en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, págs. 1583-1590.

BRICOLA, F.: “Danneggiamento”, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XI, Milano, 1962, págs. 599 y ss.

CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, vol. II, Madrid, 1997, págs. 11 y ss.

CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director) y otros: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2000, págs. 597 y ss.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Estafas*, Valencia, 1997.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II, Madrid, 1997, págs. 3189 y ss.

CORTÉS BECHIARELLI, E.: “Función social y tutela penal del patrimonio arqueológico”, *Revista Penal*, núm. 13, 2004, págs. 47 y ss.

CUADRADO RUIZ, M^a. A., “Las consecuencias jurídicas en los delitos contra el medio ambiente”, en MARTOS NÚÑEZ (Coord.): *Derecho penal ambiental*, Madrid, 2006, págs.219 y ss.

CUADRADO RUIZ, M^a. A.: “Patrimonio y Delito”, en CIPEG, 2008.

CUADRADO RUIZ, M^a. A.: “La posición de garante”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 6, Madrid, 2000, págs. 11 y ss.

CUADRADO RUIZ, M^a. A.: “La comisión por omisión como problema dogmático”, en ADPCP, 1997, págs. 387 y ss.

CUGAT MAURI, M.: “Consecuencias penales de la supresión del libro III” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Pamplona, 2015, págs. 225 a 239.

DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: “La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico. El delito de expolio”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentario a la Reforma Penal de 2.015*, 1ª edición. Pamplona 2015.

DE VEGA RUIZ, J.A.: *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, Patrimonio Histórico, Flora y Fauna en el Código penal de 1995*, Madrid, 1996.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, 1999.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona. 1991.

DIAZ PITA, M.M.: *El dolo eventual*, Valencia, 1994.

FARALDO CABANA, P. (Directora) y otros: *Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y la Legislación Especial*. Valencia 2011.

FARRÉ DÍAZ, E.: “Delitos relativos a la protección del Patrimonio Histórico-Artístico”, en GANZENMÜLLER ROIG, ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA (Dir.): *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del Patrimonio Histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva (delitos de riesgo catastrófico e incendios)*, Barcelona, 1999, págs. 89 y ss.

FERNÁNDEZ ALBOR, A.: “El Patrimonio Artístico y su protección penal”, en *Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: “Supresión de las faltas y creación de delitos leves” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coords.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, Valencia, 2015.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. y OLLOQUIEGUI SUCUNZA, I.: “Falta contra el patrimonio histórico”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma de 2012*, Valencia, 2013.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D.: *El robo con fractura exterior*, Barcelona, 1997.

GARCÍA ARÁN, M.: *El delito de hurto*, Valencia, 1998.

GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “La protección penal del Patrimonio Histórico”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. IV, Madrid, 1997, págs. 403 y ss.

GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “Un concepto jurídico propio para la arqueología”, *Cuadernos de Prehistoria y Arqueología*, Universidad de Granada núm. 21, Granada, 2011.

GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “Los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español. Los daños dolosos a los bienes culturales (artículo 323 del Código Penal)”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.): *Comentarios al Código Penal reformado (2015)*, Madrid, 2015.

GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “A protección penal do Patrimonio Histórico” en *Revista Xurídica Galega*, núm. 16, 1997, págs. 15 a 36.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. y PENDÁS GARCÍA, B.: *El nuevo régimen jurídico del patrimonio histórico español*, Madrid, 1986.

GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, págs. 536 y ss.

GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Art. 11”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, tomo I, (Arts. 1 a 18), Madrid, 1999, págs. 409 y ss.

GIMENO QUESADA, M.: “La protección del patrimonio arqueológico. El marco legal. LPHE y legislación regional”, en *Curso Protección del Patrimonio Arqueológico dirigido a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado*, 23 a 25 de mayo de 1.994, Murcia, 1996, págs. 37 y ss.

GONZALEZ CUSSAC, J.L.: “Prefacio”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coords.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, Valencia, 2015.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A.: “Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima. El problema del accidente de tráfico. La punición de los delitos imprudentes”, en *Poder Judicial*, núm. XII especial, Madrid, 1990, págs. 231 y ss.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J.: “Protección penal del Patrimonio Histórico español: aproximación a la situación actual y proyecto de reforma”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 53, 1994, págs. 485 y ss.

GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)* Tomo XLVIII, fasc. I, Madrid, 1995, págs. 33 y ss.

GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Protección penal del patrimonio artístico”, en TERRADILLOS BASOCO, J.J. (Coord.): *Reforma penal y delitos contra el orden socio-económico*. Actas del XVI Curso de verano de San Roque, Cádiz, 1996, págs. 67 y ss.

GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Delitos contra la propiedad” en COBO DEL ROSAL, M. (Dir): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, 1992

GONZÁLEZ-ÚBEDA RICO, G.: *Aspectos jurídicos de la protección del patrimonio histórico-artístico cultural*, Madrid, 1981.

GRANADOS PÉREZ, C. y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Contestaciones al Programa de Derecho Penal. Parte Especial para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, tomo II, Valencia, 1998.

GRISOLIA, M.: *La tutela delle cose d'arte*, Roma, 1952.

GUISASOLA LERMA, C.: “Delitos sobre el Patrimonio Histórico: Artículo 323 del CP” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coords.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, Valencia, 2015.

GUISASOLA LERMA, C.: *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 323 a 324 del Código penal*, Valencia, 2001.

GUISASOLA LERMA, C.: “Los delitos sobre el patrimonio histórico en el nuevo Código Penal de 1995”, en *Poder Judicial*, núm. 43-44, Madrid, 1996, págs. 163 y ss.

GUTIERREZ NIETO, R.: *Ley de protección del Patrimonio Histórico Artístico*, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Madrid, 1980.

HÁBERLE, P.: “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, traducción de Carlos Ruiz Miguel, núm. 54, Madrid, 1998, págs. 11 y ss.

HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones penales patrimoniales*, Madrid, 2000.

JIMÉNEZ HUERTA, M.: *Derecho penal mexicano. La tutela penal del patrimonio*, tomo 4, México, 1981.

JORDANA DE POZAS GONZÁLBEZ, L.: “De los daños”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo II, Madrid, 1997, págs. 2911 y ss.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La Ley Valenciana de Patrimonio Cultural. Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Histórico-Artístico*, Valencia, 1999.

LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador: Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996.

LUZON CUESTA, J. M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, 2011.

MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: “Art. 235”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.): *Código penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, Granada, 1998.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *La Reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Madrid, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2ª edición, Valencia 2005.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E.: “Régimen jurídico administrativo de archivos y bibliotecas”, en *La Ley. Actualidad Administrativa*, núm. 17, Madrid, 2002, págs. 425 y ss.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E.: “Régimen jurídico administrativo de los museos”, en *La Ley. Actualidad Administrativa*, núm. 28, Madrid, 2002, págs. 811 y ss.

MILÁNS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S.: “Delitos sobre el Patrimonio Histórico”, en LESMES SERRANO, C; ROMÁN GARCÍA, F. y ORTEGA MARTÍN, E.: *Derecho penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente)*, Granada, 1997, págs.. 143 y ss.

MORENO VERDEJO, J.: “De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.): *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, págs. 1384 y ss.

MUÑOZ CONDE, F.: “El tráfico ilegal de obras de arte”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XVI, Santiago de Compostela, 1993, págs.. 395 y ss.

MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F.: *Análisis de las Reformas penales. Presente y futuro*. Valencia, 2015.

NÚÑEZ SÁNCHEZ, A.: “El expolio de yacimientos arqueológicos”, en *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, 2006.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: “La autoría conforme al Código penal”, en *La Ley*, núm. 2, Madrid, 2000, págs. 1721 y ss.

OROZCO PARDO, G. y PÉREZ ALONSO, E.J.: *La tutela civil y penal del Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico*, Madrid, 1996.

ORTS BERENGUEZ, E.: “Exportación sin autorización de obras u objetos de interés histórico o artístico”, en COBO DEL ROSAL (Dir.): *Comentarios a la legislación penal*, tomo III, Madrid, 1984, págs. 87 y ss.

PÉREZ ALONSO, E.J.: *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes <indeterminadas> en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, 1995.

PÉREZ ALONSO, E.J.: “Los delitos contra el patrimonio histórico en el Código Penal de 1995”, *Actualidad Penal*, Nº 33, Madrid, 1998.

PÉREZ LUÑO, A. E.: “Artículo 46”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.): *Comentarios a las leyes políticas*, Tomo IV, Madrid, 1984.

PÉREZ MANZANO, M.: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.): *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. II, Madrid, 1998.

PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, A.: “Una década de aplicación de la Ley del Patrimonio Histórico Español”, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 1, Madrid, 1997, págs. 33 y ss.

PESCADOR DEL HOYO, Mª.C.: “Un problema de la Administración sin resolver”, en *Documentación Administrativa*, núm. 77, Madrid, 1964, pág. 98.

PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.: “Delitos sobre el patrimonio histórico” en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.: Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial, 5ª ed., Pamplona, 2008, págs.390 a 397.

PRIETO DE PEDRO, J.: “Consideraciones sobre la enseñanza de la Constitución” en *Lecturas sobre la Constitución española*, tomo II, Madrid, 1978, págs. 503 y ss.

PRIETO DE PEDRO, J.: *Cultura, Culturas y Constitución*, Madrid, 1993.

PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, tomos III y IV, Madrid, 1969.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 2010.

QUINTANO RIPOLLÉS, A.: “Daños”, en *la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo VI, Barcelona, 1985, págs. 211 y ss.

RENART GARCIA, F.: *El delito de daños al patrimonio cultural español. Análisis del art. 323 del Código Penal de 1995*. Granada, 2.002.

ROBLEDO VILLAR, A.: *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Barcelona, 1997.

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

RODRIGUEZ MORO, L.: “Los delitos sobre el patrimonio histórico” en FARALDO CABANA, P. (Dir.) y PUENTE ABA, L.Mª. (Coord.): *Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y la Legislación Especial*, Valencia, 2011.

RODRIGUEZ MOURULLO, G.: “El objeto de protección en los delitos contra el patrimonio histórico”, en CARBONELL MATEU, J.C., y otros (Coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, págs. 775-785.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañado”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, tomo XIV, fasc. II, Madrid, 1961, págs. 233 y ss.

RODRIGUEZ NÚÑEZ, A.: “La protección del Patrimonio Cultural en el Código Penal de 1995”, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 2, Madrid, 1998.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “Algunos problemas en la protección penal del patrimonio cultural”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 1 extraordinario, 2000, págs. 401-424.

ROMA VALDÉS, A.: “Las excavaciones ilegales y la protección penal del Patrimonio Histórico”, en *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 17, Madrid, 1996, págs.. 59 y ss.

ROMA VALDÉS, A.: “Los delitos sobre el Patrimonio Histórico”, en *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*, vol. V, ed. especial del Diario Expansión, Madrid, 1999.

ROMA VALDÉS, A.: *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, Granada, 2008.

ROMERO ESCABIAS DE CARBAJAL, J.A.: “Problemática jurídico-penal de la Ley de contrabando de 1995”, en SORIANO SORIANO, J.R. (Dir.): *Delitos contra la salud pública y contrabando*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 5, Madrid, 2000.

RUÍZ ANTÓN, L.F.: “El delito de daños en las cosas”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios a la legislación penal*, tomo XIV, vol. 2º, Madrid, 1992, págs. 901 y ss.

RUIZ VADILLO, E.: “La punición de los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y estafa en la reforma del Código penal de 25 de junio de 1983. Las circunstancias de agravación específicas”, en *Estudios Penales y Criminológicos VII*, Santiago de Compostela, 1984, págs.. 323 y ss.

SALINERO ALONSO, C.: *La protección del Patrimonio Histórico en el Código penal de 1995*, Barcelona, 1997.

SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: “El hurto y el robo con fuerza en las cosas” en RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 1997.

SANTANA VEGA, D.Mª.: “Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (Coordinadores): *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano, 2001, págs. 865 y ss.

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “La comisión por omisión en el Código penal de 1995”, en *La Ley*, tomo I, Madrid, 1999, págs. 1747 y ss.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: *Los delitos de daños*, Pamplona, 1994.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: “Art. 28”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.): *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998.

SERRANO GÓMEZ, A./ SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho penal. Parte especial*, 14ª ed., Madrid, 2009.

SORIANO SORIANO, J.R.: *Las agravantes específicas comunes al hurto y robo*, Valencia, 1993.

SOSA WAGNER, F.: "Suspensión de obras, licencias de derribo y defensa del patrimonio histórico-artístico", en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 21, Madrid, 1979.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) y JORGE BARREIRO, A. (Coord.): *Comentarios al Código penal*, 1ª ed., Madrid, 1997, págs. 911 y ss.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: "De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural", en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) y JORGE BARREIRO, A. (Coord.): *Comentarios al Código penal*, 1ª ed., Madrid, 1997, págs. 830 y ss..

TAMAMES, R.: *Introducción a la Constitución española*, Madrid, 1980.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: "De los delitos sobre el patrimonio histórico" en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal. Tomo III. Parte Especial (Artículo 319 a DF 7ª)*, 5ª ed. 2008, págs. 42-52.

TASENDE CALVO, J.J.: "La protección penal del Patrimonio histórico-cultural", en *La Ley*, núm. 5011, Madrid, 13 de marzo de 2000, págs. 1 y ss.

TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "La protección penal de los bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Histórico", en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Coor.): *Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio*, Sevilla, 1998, págs. 53 y ss.

TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Los delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Dir.): *Derecho penal del medio ambiente*, Madrid, 1997, págs. 35-58.

TOMAN, J.: *La protection des biens culturels en cas de conflit armé*, Paris, 1994.

TORRES DEL MORAL, A.: "Artículo 44", en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.): *Comentarios a las leyes políticas*, Tomo IV, Madrid, 1984.

VAELLO ESQUERDO, E.: “La defensa del patrimonio histórico-artístico y el Derecho Penal”, en *Derecho y Proceso, Estudios jurídicos en honor del Prof. A. Martínez Bernal*, Murcia, 1980, págs. 693 y ss.

VAELLO ESQUERDO, E.: “Las cualificaciones del hurto” en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, págs. 731 y ss.

VALMAÑA OCHAÍTA, S.: *El tipo objetivo en el robo con fuerza en las cosas*, Madrid, 1993.

VALLE MUÑIZ, J.M.: “De las defraudaciones”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1999.

VAQUER CABALLERIA, M.: *Estado y Cultura. La función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Madrid, 1998.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Nuevo Código Penal comentado*, Madrid, 1996.

VEGA RUIZ, J.A.: *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código penal de 1995*, Madrid, 1996.

VERCHER NOGUERA, A.: “De los delitos sobre el patrimonio histórico”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.): *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*, Granada, 1998, págs. 1474 y ss.

VERCHER NOGUERA, A.: “Delitos contra el patrimonio histórico”, en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, vol. V, Madrid, 1996, págs. 559 y ss.

VIVES ANTON, T.S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Art. 235”, en VIVES ANTON, T.S. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, págs. 1142 y ss.

VIVES ANTON, T.S., en VIVES ANTON, T.S. (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1990.

ANEXO JURISPRUDENCIAL:

Sentencias del Tribunal Constitucional:

STC de 5 de abril de 1984 (49/1984).

STC de 26 de marzo de 1987 (37/1987).

STC de 4 de diciembre de 1997 (211/1997).

STC de 16 de enero de 2003 (2/2003).

Sentencias del Tribunal Supremo:

STS de 8 de abril de 1986 (Rj. 1986/1945).

STS de 6 de junio de 1988 (R. 1988/4478).

STS de 12 de noviembre de 1991 (Rj 1991/8049).

STS de 3 de junio de 1995 (Rj 1995/4535).

STS de 4 de marzo de 1996 (Rj 1996/1896).

STS de 29 de enero de 1997 (Rj 1997/111).

STS de 12 de marzo de 2001, nº 435/2001.

STS de 12 de febrero de 2003.

STS de 25 de marzo de 2004.

STS de 25 de mayo de 2004.

Sentencias de Audiencias Provinciales:

Sentencia de la AP de La Coruña de 22 de enero de 1998 (ARP 1998/804).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 11 de noviembre de 2001.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 10 de diciembre de 2.001.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 17 de mayo de 2003.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de octubre de 2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de noviembre de 2004.

Sentencia de la AP de Lugo (Sección 1ª) de 25 de enero de 2005 (núm. 17/2005).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 18 de febrero de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 24 de abril de 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 4 de enero de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de marzo de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 de noviembre de 2.008.

Sentencias de Juzgados de lo Penal:

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Jaén de 8 de enero de 2014.

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Jaén de 10 de junio de 2014 (S. 296/14).

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Cáceres de 29 de octubre de 2014.

ANEXO

CIRCULAR 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por L.O. 1/2015, FISCALIA GENERAL DEL ESTADO.