

# Revista del Ministerio Fiscal

nº 5, 2018



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid  
[www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)

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

Revista del Ministerio Fiscal, año 2018, número 5

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

### **Consejo de Redacción de la Revista del Ministerio Fiscal**

Julián Sánchez Melgar, Fiscal General del Estado

Luis Navajas Ramos, Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

Antolín Herrero Ortega, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

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

Pedro Crespo Barquero, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

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

Fausto Cartagena Pastor, Fiscal de Sala de la Inspección

NIPO: 056160021

ISSN: 2530-0113

### **Edita:**

Fiscalía General del Estado

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid

[www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)

### **Maquetación:**

Servicios Gráficos Kenaf, s.l.

# Índice

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

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

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

# Presentación

Autor: Jesús García Calderón García

Fiscal de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Andalucía

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

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

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

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

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

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

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

## Resumen

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

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

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

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

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

---

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



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

La doctrina española, de una manera prácticamente unánime, hemos venido criticando este sistema mixto de protección, por considerarlo confuso, complejo, disperso y desorganizado<sup>1</sup>, lo que incluso llevó a PEREZ ALONSO a calificar de “fraude de etiquetas”<sup>2</sup> la nueva regulación, basándose en un dato numérico al existir más preceptos relativos al Patrimonio Histórico o Cultural<sup>3</sup> fuera del Capítulo destinado su protección.

La demanda doctrinal consistente en reunificar en el mismo Capítulo toda la tutela penal de los bienes culturales se viene sustentado en un argumento material, esto es, su utilidad para una mejor interpretación y aplicación de los tipos, con plena autonomía del valor cultural. Sin embargo la tendencia en las sucesivas reformas penales operadas desde la aprobación del denominado “Código Penal de la democracia” no responde a dichos fines sino que está basada en un incremento de la intervención penal y un aumento de la severidad de las penas. GARCÍA CALDERÓN lo resume de forma elocuente: “*nos encontramos ante un sistema dual que produce una sensación de cierto estancamiento o falta de superación de los postulados anteriores a la proclamación constitucional del Estado social y democrático de Derecho y contradictorios con la llamada Constitución Cultural*”<sup>4</sup>. La dispersión de la tutela mediante la técnica de los subtipos agravados otorga una protección subsidiaria al Patrimonio Cultural, subordinada al injusto de referencia, y, consecuentemente, deudora del bien jurídico protegido en el tipo legal en el que se halle incorporada su tutela<sup>5</sup>. Dicha acentuación de su carácter patrimonial conlleva asimismo el que dichos atentados al Patrimonio quedan semicultos en las estadísticas criminales, al incardinarse en los apartados correspondientes a los delitos contra la propiedad, lo que supone una ausencia de conocimiento real de la criminalidad sobre estos delitos<sup>6</sup>. Sobre este particular se ha pronunciado ROMA VALDÉS cuando al hablar del seguimiento estadístico de la delincuencia en este ámbito, como una de las líneas fundamentales desarrolladas desde las fiscalías, afirma que esta labor no se ha efectuado siempre con el rigor que podría alcanzarse, dado que una de las principales dificultades es la dispersión de las figuras penales que afectan al Patrimonio Cultural<sup>7</sup>. Según los datos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Delegación Medio Ambiente y

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

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

<sup>3</sup> Denominación que, a mi juicio, resulta más ajustada al ámbito concreto de protección

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

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

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

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

Urbanismo<sup>8</sup>, conocemos el número de sentencias condenatorias y absolutorias sobre patrimonio histórico; sin embargo el número de sentencias condenatorias que constan es tan reducido —21 en 2016 y 16 en 2015— de lo que cabe deducir que quedan sin recoger bastantes delitos patrimoniales agravados en razón del carácter cultural de los bienes. Adicionalmente resulta complejo localizar a través de las bases de datos jurisprudenciales las sentencias condenatorias por delitos contra los bienes culturales fuera del Título XVI<sup>9</sup>.

En definitiva, la tutela jurídico-penal no sólo debe pretender asegurar la necesaria preservación de los bienes culturales sino también la función sociocultural que desempeñan, como instrumentos de acceso por parte de los ciudadanos y las ciudadanas a su propia cultura<sup>10</sup>. De suerte que, mantener el sistema penal complementario actual de tutela de los bienes culturales supone una incorrecta lectura constitucional de la función y el valor de los mismos.

Han tenido que transcurrir aproximadamente veinte años desde la aprobación del texto punitivo vigente —pese a las propuestas de reforma legislativa que por parte de especialistas en la materia se han ido formulando todos estos años<sup>11</sup>— para que el Patrimonio cultural, locución a mi juicio más adecuada, dado que es el valor cultural de los bienes el elemento unificador determinante del amparo jurídico, vuelva a ser objeto de atención por nuestro legislador penal. La amplia reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 1/2015 introduce por vez primera modificaciones en los denominados delitos sobre el patrimonio histórico desde que se regularon de forma autónoma en el Código penal. Sin embargo, no ha habido una visión de conjunto a la hora de abordar la reforma en este ámbito<sup>12</sup>; muestra de ello es que nuestro legislador de 2015 no ha dedicado ni una sola línea en el Preámbulo de la Ley a fundamentar las modificaciones introducidas en el art. 323 del Código Penal, entre las que destaca la novedosa tipificación de los actos de expolio en yacimientos arqueológicos, terrestres y subacuáticos, junto a la regulación de los daños. Sobre la base de esta panorámica y una vez ya he efectuado en otros trabajos el análisis exhaustivo del capítulo II del Título XVI<sup>13</sup>, así como la reforma operada por LO 1/2015<sup>14</sup> en el art.323 CP, he considerado de interés analizar seguidamente la regulación penal indirecta del Patrimonio Cultural.

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

### 2.1. Ordenación del territorio y Patrimonio Histórico

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

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

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

<sup>10</sup> GUIASOLA LERMA, C.: ob. cit, p. 409.

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

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

<sup>13</sup> GUIASOLA LERMA, C.: ob. y loc.cit.

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

mueve, constituido por el Patrimonio Natural (art.45 CE)<sup>15</sup> y el Patrimonio Cultural<sup>16</sup>, los cuales ya aparecen vinculados en la Convención de la UNESCO de 1972 sobre la “Protección del Patrimonio Mundial, Natural y Cultural”.

En el ámbito penal, los proyectos y anteproyectos que precedieron al Código penal vigente recogieron como novedad más significativa la previsión de los llamados “delitos contra la ordenación urbanística”; concretamente, el Proyecto de reforma del Código Penal español de 1980 fue el primero en recoger dichos delitos, sancionando a los responsables de la construcción de edificios sin licencia “*si el edificio se levantase en suelo no urbanizable perteneciente a zonas protegidas por destinarse a espacios verdes o por sus valores paisajísticos, históricos o culturales*”. Posteriormente, el proyecto de Código Penal de 1992 incorpora la tipificación, si bien todavía dentro de los delitos contra la ordenación del territorio, del derribo o alteración de edificios singularmente protegidos, pudiendo los tribunales, motivadamente ordenar la reconstrucción de la obra. Sobre este particular, el Informe del Consejo General de la Abogacía Española sobre el Anteproyecto de Código penal de 1992<sup>17</sup>, manifestaba que el bien jurídico aquél no resultaba claramente definido, pues, efectivamente, no se concibe todavía el patrimonio histórico, cultural o artístico como bien jurídico independiente, tal y como la Constitución lo prevé en el art.46. Desde el Informe se critica la equiparación punitiva de las actuaciones sobre el suelo no urbanizable y sobre lugares de valor paisajístico, histórico o cultural, atendiendo a la diferente gravedad de las conductas.

No es hasta la promulgación de la Ley Orgánica 10/95 del Código Penal —con plena vigencia a partir del 24 de mayo de 1996— cuando el nuevo Código Penal dedica su Título XVI a los “*delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*”, delimitando en capítulos diferenciados los distintos bienes jurídicos protegidos<sup>18</sup>. Es con posterioridad, conforme a la reforma operada en el CP por LO 5/2010, cuando el art. 319 CP, destinado a sancionar los delitos contra la *ordenación del territorio en sentido estricto*, delimita con distinta penalidad las actuaciones ofensivas al bien jurídico procedentes de constructores, promotores y técnicos directores, de un lado cuando recaen sobre (...) “*lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección*” (ap. 1º), y de otro, de las recayentes sobre suelo no urbanizable (2º). Por lo que se refiere al 319.1º, la protección penal se activará cuando dichos valores estén reconocidos legal o administrativamente: en el primer caso podrán conformar, sin duda, el objeto material los lugares declarados legalmente como Bienes de Interés Cultural —así, de acuerdo con el art. 40.2 LPHE lo serán “*las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre*”— pero también, conforme al art. 15.2.4. y 5. LPHE, pueden ser declarados Bienes de Interés Cultural los Jardines históricos, los Sitios Históricos y las Zonas Arqueológicas. No obstante considero que podrían ser a su vez objeto de tutela penal los que ostentan protección formal de acuerdo con las leyes autonómicas de Patrimonio Cultural, por ejemplo en la Ley de Patrimonio Cultural Valenciano los Bienes Inmuebles de Relevancia Local, incluidos con este carácter en los Catálogos de Bienes y Espacios Protegidos<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> El tenor literal del artículo 45 es el siguiente:

- “1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

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

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

<sup>18</sup> Los preceptos que integran el Capítulo II se introdujeron en el trámite del Senado a través de la incorporación de la enmienda 373 del Grupo Parlamentario Socialista que los reagrupó en un Capítulo independiente bajo la rúbrica “*De los delitos sobre el Patrimonio Histórico*”.

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

En relación a los problemas concursales, ni que decir tiene que las conductas de daños en yacimientos arqueológicos en ocasiones suele ir vinculada a intereses especulativos propios de la construcción. A su vez podrían suscitarse también problemas concursales entre los delitos del 319.1 y del 321 CP si se llevan a cabo actuaciones urbanísticas ilegales en edificios singularmente protegidos. Así, por ejemplo, en un supuesto de construcción en un núcleo declarado Conjunto Histórico, previa demolición de un edificio protegido de manera singular, podrá apreciarse, a mi juicio, un concurso de delitos. El concurso entre las infracciones referidas se dará siempre que el sujeto activo sea promotor, constructor o técnico director, elemento del tipo del 319, aunque la interpretación de los Tribunales respecto de quienes podían ser sujetos activos del 319 ha sido diversa, un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia afirman que el precepto contiene en todo caso un delito especial propio, si bien algunos autores matizan que sólo en el caso de los técnicos directores cabría sostener que se está ante un delito especial y, en cambio, en el caso de promotores y constructores se trata de un delito común<sup>20</sup>.

Asimismo, huelga decir que, tanto el derribo como la subsiguiente construcción llevada a cabo deben ser no autorizadas, esto es, se deben realizar sin licencia o en contra o excediéndose de lo dispuesto en ella. Concretamente, considero que podría tratarse de una hipótesis de *concurso medial*, si una de las infracciones constituirá el medio necesario para cometer la otra. Sobre este particular la doctrina mayoritaria considera que, el concurso medial requiere la presencia de dos objetividades jurídicas distintas, unidas por la relación medio necesario-fin<sup>21</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el ámbito de los delitos patrimoniales conviene detenerse en la posibilidad de aplicación de la causa de exclusión de punibilidad de los delitos perpetrados en el ámbito de las relaciones familiares o similares (art. 268), siempre que no concorra violencia e intimidación o abuso de vulnerabilidad de la víctima o por tratarse de persona con discapacidad. Desde la doctrina se fundamenta dicha causa en razones político-criminales vinculadas con el principio de intervención mínima, puesto que aunque se exterioricen como conductas típicas pueden ser resueltos con mayor éxito de forma privada en el ámbito civil<sup>23</sup>. En esta dirección se ha expresado una reiterada jurisprudencia, si bien es cierto que, como señala por ejemplo la STS 91/2006<sup>24</sup> “resulta preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a *la exclusiva afectación de intereses económicos* como los únicos cuestionados” (la cursiva es mía). Mas, en el caso de los bienes culturales éstos no deberían ser considerados meramente como bienes privados: pese a que al titular dominical de los bienes —que puede ser tanto el Estado o una entidad de derecho público como un particular— le pueda corresponder la responsabilidad civil<sup>25</sup>, el sujeto pasivo es colectivo; mas, al estar configurado el castigo del apoderamiento de bienes culturales a través de estos subtipos agravados se olvida la función social que deben desempeñar, de acuerdo con la lectura constitucional a la que hemos venido haciendo referencia. En suma, nos parece desafortunada la aplicación de dicha exención en el caso de sustracción de bienes culturales a un familiar o persona citada en el precepto<sup>26</sup>, si bien cabría la posibilidad de aplicar, en su caso, el delito de sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural (art.289 CP) o, de introducirse en el mercado ilícito, un delito de contrabando<sup>27</sup>.

En materia de sustracciones, encontramos diversas sentencias condenatorias por parte de Audiencias Provinciales<sup>28</sup>; a título de ejemplo, la SAP de Sevilla de 2013 que castigó el apoderamiento en 2006 durante las obras de rehabilitación y reforma de un palacio del siglo XVI, parte del Conjunto Histórico Artístico de la ciudad Écija<sup>29</sup>, planteándose problemas concursales a los que me referiré más adelante. También han sido objeto de condena apoderamientos por parte de los responsables de su

<sup>23</sup> BORJA JIMENEZ, E.: *Derecho penal. Parte Especial*, 2015, p. 335.

<sup>24</sup> TOL 843457

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

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

<sup>27</sup> En este sentido el autor citado: ob. y loc. Cit.

<sup>28</sup> Ampliamente en ROMA VALDES, *La aplicación práctica...*, ob. cit., p. 102

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

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

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

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

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

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

<sup>30</sup> De la que fue ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

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

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

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

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

El delito de estafa mantiene entre sus modalidades agravadas la estafa recayente sobre “*bienes que integren el patrimonio histórico, cultural, artístico o científico*”, castigada con prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses. La expresión puede parecer en un principio que conduzca a una interpretación formal del objeto material, esto es, a una exigencia de declaración formal como tales en la legislación administrativa; sin embargo la doctrina manifestada al respecto<sup>31</sup> considera que debe entenderse en el sentido anteriormente expuesto, esto es, que estamos ante un elemento de valoración en cada caso concreto, en atención a las características de los bienes afectados, por lo que nos remitimos a las consideraciones efectuadas en las causas de agravación en el hurto.

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

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

oficial, encargó al acusado, a través de terceras personas, la realización de determinadas gestiones encaminadas a la realización de obras de rehabilitación y reforma en el palacio, cuyas llaves le entregó con esta finalidad. Las obras se realizan y sufragan por el Ayuntamiento pero el acusado oculta esta circunstancia al propietario —un ciudadano inglés que vive en Gran Bretaña— al que presenta una factura elaborada ad hoc, en apariencia, acreditativa del pago de las obras. El citado propietario, a través una entidad mercantil, “engañado por esta apariencia”, paga el importe de las facturas, mas otra cantidad complementaria, por la realización de las gestiones<sup>32</sup>. En consecuencia la Audiencia desestimó el recurso interpuesto y confirmó la sentencia condenatoria apelada, como autor de un delito de estafa del art. 248 del CP.

De igual modo, la jurisprudencia provincial viene considerando que la respuesta jurídico-penal a los supuestos de venta como auténtica de una obra falsa no se puede encontrar en la forma agravada de estafa por el valor cultural, precisamente por la ausencia de dicho valor en la obra falsa<sup>33</sup>. A título de ejemplo, la SAP de Valencia de 2 de mayo de 2013 que condenó por un delito de estafa del tipo básico, previsto y castigado en los artículos 248.1 y 249 del CP, en el caso de una operación de compraventa de dos cuadros de Sorolla, uno original ofrecido por el comisionista y otro falso, aportado por el condenado, que fingió tener un comprador si la operación afectaba a ambas obras. La AP consideró que como ni llegó a haber ningún negocio siquiera aparente, no se puede decir que sufriera ningún peligro un bien que integre el patrimonio artístico, histórico o cultural, es más, de acuerdo con los hechos declarados probados el cuadro de Sorolla auténtico no llegó a salir en ningún instante de la esfera de protección de su propietario y, aunque su compra formaba parte del señuelo, los actos materiales se consuman alrededor del cuadro falso, el pequeño, que el propio acusado ofrecía, de modo que los actos ilícitos no recayeron sobre el bien que daría lugar a la afectación del patrimonio artístico español, aunque giraran en torno a su mención. Consecuentemente la agravante específica pedida por la acusación particular se rechazó.

En relación con la falsificación de bienes culturales también se suele traer a colación por la doctrina otro tipo delictual, el delito contra la propiedad intelectual tipificado en el art. 270.1 CP<sup>34</sup>, si bien en el ámbito de las obras pictóricas lo que suele producirse es el denominado “plagio invertido”, esto es, cuando un autor poco conocido atribuye una obra propia a un autor de reconocido prestigio, con ánimo de beneficio económico, aprovechándose de la fama y crédito de éste. Dejando al margen la calificación como estafa de los hechos (en grado de tentativa o consumación, siempre que se hayan producido actos de venta de la obra falsa concurriendo el engaño sobre su autoría)<sup>35</sup> deben delimitarse en dicho ámbito al menos dos supuestos<sup>36</sup>. Por un lado, cuando se trata de copias exactas respecto a una obra original de un autor de prestigio, al que se atribuye también falsamente y se prueba el ánimo de lucro y perjuicio al autor, no resulta pacífica la apreciación de la afcción de la lesión de la propiedad intelectual: una postura doctrinal es contraria a la apreciación del plagio<sup>37</sup>, por producirse precisamente la situación

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

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

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

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

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

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



inversa a éste, mientras que otros autores sí aprecian que debían castigarse como delito del 270.1 CP en la modalidad de reproducción<sup>38</sup>. Sin embargo, cuando únicamente se copia el estilo o la manera de pintar del artista, falsificando su firma, no hay reproducción ilícita y por tanto debería castigarse como una falsedad y que originaría las correspondientes responsabilidades civiles para la protección del autor<sup>39</sup>. Ni que decir tiene que serán atípicos los supuestos de versiones de obras clásicas sin intención de suplantar la identidad del autor, donde el ánimo es precisamente el contrario<sup>40</sup>.

Sirvan las consideraciones sucintamente expuestas para justificar la necesidad de un cierto consenso sobre los efectos del problema. En esta dirección, tal y como apunta PÉREZ-PRATS, sería factible que la extensión evidente de la criminalidad organizada sobre falsificación de obras de arte y su tráfico masivo<sup>41</sup> alcanzase la agenda de la armonización legislativa de los tipos penales. Un atisbo de movimiento aproximativo lo encontramos en el ámbito europeo: entre las figuras delictivas que incorpora el **Convenio del Consejo de Europa de 2017 sobre delitos contra bienes culturales**<sup>42</sup> se recoge la “Falsificación de documentos”: en su art. 9 se señala que los Estados parte deben garantizar que la elaboración de documentos falsos y la alteración de documentos relacionados con *bienes culturales muebles* constituyan delitos según su legislación interna, cuando estas acciones tienen por objeto la intención de aparentar la procedencia lícita de los bienes.

En la legislación española, como se ha expuesto, la falsificación de documentos relacionados con bienes culturales no cuenta con una tipología específica, teniendo que acudir a las formas genéricas de estafa y falsedad<sup>43</sup>. No obstante, la difícil plasmación práctica de los subtipos agravados de estafa y los delitos contra la propiedad intelectual en supuestos relacionados con la **falsificación de obras de arte** conduce a parte de la doctrina a advertir la necesidad de formular tipos específicos para estos supuestos<sup>44</sup>, al margen de su persecución como delito de estafa agravada.

Si atendemos al derecho comparado, a título de ejemplo, podemos recordar como en el caso italiano se recurre en el *Codice de beni culturali e del paesaggio* (DL 2004) a la “*Contraffazione di opere d’arte*”. Así, en el art. 178 se sanciona con pena de prisión y multa, a quienes lleven a cabo las siguientes modalidades de conducta<sup>45</sup>:

---

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

<sup>38</sup> OTERO GONZÁLEZ, ob. cit., p. 8.

<sup>39</sup> TOMÁS-VALIENTE: ob.y loc. cit.

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

<sup>41</sup> A dicha problemática se une la de la falta de interés en denunciar por parte de los que han sido objeto de una estafa. PEREZ-PRATS, L: ob.cit., p.192. Llamativa, cuanto menos, fue la reciente declaración de expertos en el juicio por los cascos celtiberos de Aranda expoliados, acerca de las alertas que efectuaron a la administración, bienes que acabaron siendo subastados. [http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/aragon/alerte-expolio-tres-ocasiones-espana-respondieron\\_1275162.html](http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/aragon/alerte-expolio-tres-ocasiones-espana-respondieron_1275162.html)

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

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

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

<sup>45</sup> Artículo 178 Contraffazione di opere d’arte

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

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

a) con intención de obtener un beneficio, falsifican, alteran o reproducen, una obra pictórica, escultórica o gráfica o un objeto de antigüedad o de interés histórico o arqueológico; b) sin haber tenido participación en la alteración, falsificación o reproducción indicadas, *sitúen en el comercio o detenten con la intención de comerciar, o introduzcan con esta finalidad en el territorio del Estado, o de cualquier modo pongan en circulación, como auténticos, ejemplares falsificados, alterados o reproducidos* de obras pictóricas, escultóricas, gráficas o de objetos de antigüedad o de interés histórico o arqueológico; c) a quienes conociendo la falsedad, *autentifiquen* los objetos falsificados, alterados o reproducidos anteriormente referidos; d) así como a quienes, mediante otro tipo de declaraciones, peritajes, publicaciones, aposiciones de timbre o etiquetas o de cualquier otro modo, *acrediten o contribuyan a acreditar*, con conocimiento de la falsedad, como auténticas las obras y objetos falsificados, alterados o reproducidos indicados en el citado art.3”<sup>46</sup>. Por su parte, el *disegno di legge* de 2017 para la reforma de la disciplina sancionadora en materia de delitos contra el Patrimonio cultural, aprobado por la Cámara de los Diputados el 22 de junio de 2017, introduce en el *código penale*, junto a otros delitos, la falsificación de obras de arte (art. 518 duodecies) sancionando las conductas ya previstas en el dl 2004 pero eleva su penalidad, en concreto se castiga con la reclusión de 1 a 6 años y con la multa hasta 10.000 euros, resultando en todo caso ordenada la “confisca” de los bienes<sup>47</sup>.

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

Nuestro CP regula la figura agravada de apropiación indebida en el castigando con una pena de prisión de 6 meses a dos años a quien se apropiare de una cosa mueble ajena cuando se trate de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. Hasta la reforma de 2015 el art. 253 castigaba con la misma pena la apropiación indebida en su modalidad de hurto de hallazgo recayente sobre cosas de valor histórico, artístico, cultural o científico. De hecho los supuestos de apoderamiento de piezas arqueológicas sin uso de la fuerza ni violencia, han sido incardinados —tanto por la doctrina especializada como por la jurisprudencia— en ocasiones conforme a esta modalidad y en otras como formas de *hurto* agravado (art. 235) cuando recaen sobre cosas de valor histórico, artístico, cultural o científico<sup>48</sup>. Sin embargo la posibilidad de tipificar el apoderamiento de piezas como modalidad agravada de hurto o de apropiación indebida no agota la responsabilidad penal de estas conductas. Los saqueos de yacimientos arqueológicos normalmente ocasionan daños que impiden o alteran las posibilidades de llevar a cabo un estudio sistemático y relacionado de los objetos arqueológicos extraídos. De suerte que la acción apropiatoria del sujeto viene siendo calificada como *un delito agravado contra la propiedad* y, al mismo tiempo, en situación de concurso ideal o medial con un delito de *daños sobre el Patrimonio Histórico Español* del artículo 323 del Código Penal<sup>49</sup>.

---

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

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

<sup>46</sup> Art.4: “Alle stesse pene soggiace anche:

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

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

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

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

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

La redacción vigente del delito de apropiación indebida ha permitido sancionar supuestos de saqueo en suelos o espacios que puedan contener restos arqueológicos<sup>50</sup>, si bien la novedosa tipificación de los “actos de expolio” en yacimientos arqueológicos junto a los daños del art. 323, sin delimitarlos del resto de conductas afines de sustracción y apropiación, está suscitando problemas interpretativos que se pondrán en evidencia en la práctica jurisprudencial. Dicho de otro modo, la nueva previsión expresa del expolio en yacimientos arqueológicos ha dado origen a diversas posturas doctrinales —ante el escaso interés del legislador en definir el tipo, y la falta de resolución aún por los tribunales provinciales— en cuanto a que calificación merece la remoción y/o extracción de bienes de un yacimiento, cuando se trate de hechos posteriores a la reforma de 2015. Así, DE LA CUESTA AGUADO razona que el legislador ha pretendido diferenciar en el art. 323, de un lado los daños en yacimientos arqueológicos en sentido material, como destrucción o menoscabo de objetos muebles (primer párrafo del primer apartado) del expolio en sentido estricto, consistente en el apoderamiento y el perjuicio en el yacimiento derivado de la pérdida de conocimiento<sup>51</sup>, de la pérdida de información histórica derivada de la manipulación. Por su parte, según la tesis de VERCHER NOGUERA solo será expolio propiamente dicho la destrucción parcial o total del contexto en que se encontraban los objetos en el yacimiento, reservando la extracción de los objetos que se hallaban en su interior para los delitos indirectamente referidos al patrimonio histórico<sup>52</sup>. Considerando que el concepto penal de expolio debe aludir a algo distinto a los daños —ya contemplados en el art. 323 sin referencia al valor económico— pero también distinto a las conductas de sustracción, apropiación y apoderamiento porque el legislador ha optado por mantenerlas, NÚÑEZ SÁNCHEZ<sup>53</sup> concluye que con la nueva redacción se facilita la aplicación del concurso de delitos<sup>54</sup> con la apropiación indebida; de ese modo estima que la noción penal de expolio constituye una cláusula de cierre para castigar conductas que, sin llegar a ocasionar daños, “supongan una perturbación de la función social de los yacimientos”. No obstante, como el autor reconoce, dicho concepto supone un adelantamiento de la barrera punitiva frente a actos de puesta en peligro, acercándose con dicha interpretación al concepto administrativo de expolio del art. 4 LPHE (“*toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturben el cumplimiento de su función social*”). Sin embargo, a mi juicio, la asimilación punitiva resultaría excesiva, ya que no pueden equipararse situaciones de menoscabo efectivo con conductas de riesgo para el bien jurídico

En mi opinión, tal y como manifesté en un trabajo anterior, la tipificación de los actos de expolio en yacimientos arqueológicos en sede del arts. 323 debería conducir a desterrar la solución del concurso de delitos. El concepto penal de expolio se aproxima más al concepto gramatical<sup>55</sup> —“expoliar” es según la Real Academia de la Lengua “despojar algo o a alguien con violencia o con iniquidad— y por ende, debería resolverse como un concurso de leyes, absorbiendo tanto el apoderamiento o sustracción de piezas arqueológicas descubiertas, como los daños en el mismo<sup>56</sup>, tanto los materiales como los inmateriales, esto es, la alteración de la información

---

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

<sup>50</sup> En este sentido, GARCÍA CALDERÓN: ob. cit., pág. 238 y ss.

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

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

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

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

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

<sup>56</sup> Ob. cit. pág. 191.

científica, protegiéndose de ese modo también la pérdida de la función social que el texto constitucional atribuye a los bienes culturales<sup>57</sup>. Los tipos penales de hurto o robo de un bien arqueológico se podrían aplicar solo en los casos en que no hubiera un daño previo o simultáneo al yacimiento<sup>58</sup>. Sin embargo, como ya expuse dicha interpretación puede no parecer adecuada desde el punto de vista de la proporcionalidad de las penas, en el caso de bienes culturales de especial trascendencia: pensemos en obras de arte intervenidas, valoradas como auténticas por informes técnicos periciales y expoliadas de yacimientos para su extracción<sup>59</sup>. De suerte que parece razonable la propuesta de GARCÍA CALDERÓN de diferenciar, los casos donde los bienes expoliados no tienen una entidad individualizada y se configuran como restos arqueológicos de escaso valor científico o material, de aquellos otros donde los bienes tienen gran valor histórico y económico. Dado que el legislador solo ha previsto un nuevo subtipo agravado de daños en el art. 323.2, en estas últimas situaciones parecería aconsejable la punición como concurso de delitos<sup>60</sup> entre los daños y el delito agravado de hurto o apropiación indebida según exista un conocimiento previo y catalogación del yacimiento arqueológico expoliado.

Recapitulando, comparto la opinión de RODRIGUEZ MORO<sup>61</sup> al estimar que la nueva previsión debería haber ido acompañada de una revisión técnica de todos los preceptos implicados para evitar su difícil interrelación concursal y la disparidad de criterios a la hora de establecerla.

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

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

Sin embargo, conforme al subtipo agravado difícilmente podrán tener encaje conductas como, por ejemplo, las del coleccionista de obras de arte que proceden de yacimientos arqueológicos “expoliados” dado que de acuerdo con el tenor literal el delito de receptación va vinculado a un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico<sup>62</sup>. No obstante encontramos alguna sentencia condenatoria en la jurisprudencia provincial por hechos acaecidos con anterioridad a la reforma penal citada, donde el apoderamiento se apreció en forma de concurso. En concreto la ya citada sentencia del Juzgado de lo Penal de Cáceres de 15 de octubre de 2015 condenó, por conformidad, a los acusados por sendos delitos continuados de daños a yacimientos arqueológicos en concurso con delitos de apropiación indebida y en el caso del último de los acusados se apreció el concurso entre el delito de daños con un delito de receptación del art. 298.2 CP: conforme a los hechos probados los acusados se dedicaban, en el periodo de tiempo comprendido entre octubre de 2010 y marzo de 2011, a dirigirse a diferentes yacimientos arqueológicos y, valiéndose de mecanismos tales como detectores de metales y azadas, realizaban remociones del terreno o catas, y después se apoderaban, movidos del propósito de

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

<sup>58</sup> Por ejemplo en un museo o en una vivienda particular,

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

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

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

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

obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, de piezas de los mismos para posteriormente o bien conservarlas en su domicilio o comerciar con las mismas. Al mismo tiempo, se tuvo conocimiento a través de las intervenciones telefónicas autorizadas judicialmente, que los acusados, una vez en posesión de las piezas sustraídas en los yacimientos, se solían poner en contacto con otro de los acusados, quien conociendo su procedencia subrepticia y guiado del propósito de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se las adquiriría para a continuación ofrecerlas a la venta a través de diferentes páginas web como E-bay y similares —que permiten ventas internacionales<sup>63</sup>— o a través de subastas organizadas por él a terceras personas.

El art. 298.2 en su redacción vigente permite la imposición de la pena en su mitad superior a quien lleve a cabo las conductas descritas, recibir, adquirir u ocultar los efectos del delito, “*para traficar con ellos*”. Sin embargo se sigue criticando su necesaria vinculación a los delitos patrimoniales y la exigencia del ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo, lo que no permite incluir otras situaciones como pueden ser las de fanatismo ideológico o religioso. Recientemente se ha procedido a la detención a un anticuario y a un marchante de arte en Barcelona por un presunto delito de financiación del terrorismo los cuales se dedicaban a la compraventa de piezas arqueológicas procedentes de territorios bajo el asedio de grupos afines al ISIS<sup>64</sup>.

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

Por el contrario, el legislador español contempla un subtipo agravado de blanqueo de capitales (art. 301 párrafo 3º CP) que incluye el encubrimiento de actividades propias, en el que no se exige expresamente el “ánimo de lucro” ni se refiere exclusivamente al encubrimiento de delitos patrimoniales y socioeconómicos; sin embargo, los bienes deben tener su origen en algunos de los delitos citados en el precepto, entre los que se comprenden los del Capítulo I del Título XVI (ordenación del territorio y urbanismo), no así los bienes culturales objeto del Capítulo II del mismo Título. A pesar de ello, la adquisición de obras de arte es una de las modalidades más utilizadas de cara al blanqueo de dinero ilícitamente adquirido<sup>66</sup>.

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

El artículo 289 del Código Penal castiga con prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses al propietario que sustrae el bien a su utilidad cultural, de ahí que se considere que forma parte de esa protección fragmentada del patrimonio histórico o cultural<sup>67</sup>. Ocupando un capítulo autónomo dentro de los delitos contra la propiedad y el orden socioeconómico, se contemplan dos las modalidades de conducta:

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

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

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

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

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

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

Y es que en efecto, la utilidad social o cultural de determinados bienes<sup>68</sup> —la cual constituye el objeto de tutela del art. 289— impone el cumplimiento de determinados deberes, limitativos de la propiedad privada, y en beneficio de la sociedad, en cuya elusión radica la esencia del injusto. Incluso se ha llegado a considerar que entre los medios idóneos de sustraer la cosa al cumplimiento de su utilidad social vale, por ejemplo, la negativa por los propietarios de bienes de interés cultural a facilitar el acceso a investigadores o al público en general, de acuerdo con la obligación impuesta (art. 13.2 LPHE). Ciertamente, la LPHE establece determinadas obligaciones dirigidas a los propietarios de bienes integrantes del Patrimonio Histórico, entre ellas, la básica y primaria de conservar el bien cultural, toda vez que el propietario viene a ser considerado como un depositario del legado cultural.

Con respecto a la primera de las modalidades de conducta pueden suscitarse problemas concursales con los delitos de daños al patrimonio del art. 321 y 323 CP. Me decanto con la doctrina dominante por resolver estos supuestos, apreciando un *concurso aparente de normas penales* que determinará la aplicación preferente de los delitos sobre el patrimonio histórico, como leyes especiales y castigados con penas superiores a la del 289, siempre que concurren los demás elementos integrantes de la infracción. Ahora bien, en los supuestos donde además de la conducta de daños contra los bienes del 323 o del 321 se produjera una sustracción al cumplimiento de deberes impuestos al propietario, lo adecuado sería, a su juicio, apreciar un concurso real de delitos<sup>69</sup>.

El art. 289 será, pues, de aplicación únicamente en los casos en que se lleve a cabo por parte del propietario un incumplimiento de los deberes legalmente impuestos respecto del edificio, en detrimento de su utilidad social o cultural, pero *sin* llegar a producir el derribo o alteración grave que menoscabe materialmente el edificio protegido o *sin* producir daños que menoscaben el objeto material del art. 323. Esto es, el incumplimiento por parte del propietario de los deberes de conservación respecto del edificio, podría subsumirse en el delito del art. 289 en el caso de omitir intencionadamente el deber de cuidado<sup>70</sup>, por ejemplo, provocando el propietario la ruina económica del edificio<sup>71</sup>, sin que se produzca el derribo o la alteración grave de éste.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En todo caso, el artículo 75 de la Ley 16/1985 del PHE, establece la responsabilidad solidaria de la infracción o delito cometido<sup>72</sup> *“de cuantas personas hayan intervenido en la exportación del bien y aquellas otras que por su actuación u omisión, dolosa o negligente, la hubieren facilitado o hecho posible”*. Sobre este particular se ha pronunciado FARALDO CABANA considerando que debe entenderse referida exclusivamente a la responsabilidad civil derivada del delito, si bien extendiéndola a situaciones más que discutibles, que van más allá de las reglas generales previstas en los arts. 116 a 122 del Código penal<sup>73</sup>.

El tráfico ilícito de bienes culturales es, por su naturaleza, un delito que supone —como subraya el Convenio del Consejo de Europa de 2017— una de las formas más rentables del crimen organizado transnacional<sup>74</sup>, después del tráfico de armas y las drogas. De hecho, las redes de delincuencia organizada, que han incrementado su actividad en los últimos años<sup>75</sup>, utilizan el tráfico ilegal de obras de arte y antigüedades como medio para blanquear y financiar su actividades ilícitas (tráfico de drogas, armas, seres humanos...).

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

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

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

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

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

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

Siguiendo la previsión del Consejo de Europa, la regulación italiana proyectada en la materia introduce el novedoso delito de “**actividad organizada dirigida al tráfico de bienes culturales**”<sup>76</sup>. No obstante ha sido objeto de consideraciones críticas durante la tramitación parlamentaria: en particular, MANACORDA<sup>77</sup> calificó el nuevo delito de “*microfattispecie di associazione a delinquere*” puesto que, aunque se da una actividad organizada y continuada, no exige ni un número mínimo de participantes ni un número determinado de delitos; de suerte que son exigencias menos rigurosas que las del delito de “*Associazione per delinquere*”<sup>78</sup>, previsto en el art. 416 del *código penale* italiano. Asimismo el proyecto italiano prevé la modificación del decreto legislativo 231/2001 en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, contemplando, en relación a los delitos contra el patrimonio cultural, la aplicación al ente de sanciones pecuniarias e interdictivas.

El hecho de que la tutela del patrimonio cultural está adquiriendo un carácter trasnacional ha conducido a que los instrumentos inspirados en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales (orden de detención europea, etc...) <sup>79</sup> incluyan en el listado de delitos exentos del control de la doble incriminación “el tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte”. En consecuencia, las resoluciones judiciales dictadas al amparo de estos instrumentos han de ser reconocidas y/o ejecutadas directamente en otros Estados Miembros de la Unión. Por tanto, la ausencia de un precepto penal que tipifique y sancione el mismo tipo delictivo no puede ser un obstáculo para el reconocimiento y ejecución de la sentencia en el Estado requerido<sup>80</sup>. Sin embargo ello no siempre es así cuando se sale del territorio de la Unión Europea. Por ejemplo, la memoria de la Fiscalía de Córdoba de 2015 se refiere a un supuesto delito de receptación y contrabando por traslado y posterior subasta, en la sala Christie’s de Londres, de una basa califal de columna de Medina Azahara. La pieza fue adquirida por el Museo Nacional de Dubai, al que se le solicitó la pieza, en aplicación del Convenio suscrito entre España y Dubai, para la cooperación y asistencia en materia penal, que declinó la entrega al no producirse en el marco del Convenio de Extradición de personas. El Juzgado de Instrucción n.7 acordó la extinción de responsabilidad criminal por prescripción del delito al haber transcurrido el plazo de 3 años, dada la legislación aplicable en la fecha de los hechos<sup>81</sup>. En este contexto, como señala acertadamente GUTIERREZ ZARZA<sup>82</sup> resulta fundamental que dichas acciones vayan seguidas de una respuesta penal adecuada que como venimos poniendo de manifiesto no siempre resulta sencillo.

Ahora bien, como señala ROMEO CASABONA, otra cuestión fundamental de cualquier acción jurídica para valorar su operatividad en la persecución efectiva de los delitos en materia de bienes culturales es velar por la restitución de dichos bienes, una vez comprobada la existencia de la delictiva<sup>83</sup>. La base descrita conduce a la aprobación de la reciente Ley 1/2017 de 18 de abril,

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

<sup>77</sup> En su intervención en la Cámara de los Diputados.

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

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

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

<sup>81</sup> Memoria Fiscalía general del estado. Medio Ambiente y Urbanismo 2015, p. 44.

<sup>82</sup> GUTIERREZ ZARZA: ob. cit., p.18.

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



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

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

Los efectos devastadores producidos tras la 2ª Guerra Mundial intentaron ser paliados o disminuidos en el ámbito cultural con la creación —en virtud del Convenio de Londres de 16 de noviembre de 1945— de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), organismo especializado de la Organización de Naciones Unidas. En particular, en el ámbito del Derecho Internacional Convencional, la exigencia de asegurar la protección de los bienes culturales frente a la violencia bélica se plasma en la Convención de la Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado<sup>84</sup>, cuya adopción se inscribe así dentro del movimiento de reacción de la comunidad internacional después del segundo conflicto mundial. La mencionada protección se ve complementada con el reglamento de aplicación del citado Convenio del cual forma parte integrante, y por su Protocolo, formando un verdadero Código de protección de bienes culturales en caso de conflicto armado. A su vez, las disposiciones de la Convención son complementadas por los Protocolos de 8 de junio de 1977<sup>85</sup>, adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949.

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

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

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

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

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

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

<sup>86</sup> El concepto ha de llenarse de contenido atendiendo a los convenios internacionales.

Por su parte, el art. 614 constituye una clausula inculpativa de cierre con remisión a la normativa internacional en los que España sea parte<sup>87</sup>.

Pese al esfuerzo institucional, la impunidad suele ser la regla general en esta clase de delitos, situación que lamentablemente perdura en el siglo XXI, incrementada por las denominadas nuevas *Guerras de identidad*<sup>88</sup> en las que la destrucción de los bienes culturales supone una estrategia de dominación y publicidad del terror. Como muestra de la respuesta de la comunidad internacional y el Consejo de Europa frente las acciones de saqueo, destrucción iconoclasta y tráfico ilícito de bienes culturales llevadas a cabo por el Estado Islámico y otros grupos terroristas procedentes de Siria e Irak se ha dictado la reciente Resolución 2347 (2017) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Dicha resolución, citando el fallo de la Corte Penal Internacional de septiembre de 2016 (asunto *Al Mahdi*), afirma que puede constituir *crimen de guerra* los ataques intencionales contra lugares y edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o fines benéficos, instando a los Estados miembros a que introduzcan medidas nacionales eficaces en los niveles legislativo y operacional a fin de prevenir o contrarrestar el tráfico de bienes culturales y los delitos conexos<sup>89</sup>.

Por su parte, la preocupación por esta grave situación internacional, es lo que condujo al Consejo de Europa a la aprobación de la Convención sobre delitos relacionados con los bienes culturales en 2017, con el objeto de proteger los bienes culturales, prevenir y combatir los delitos contra los mismos. Sin embargo, pese a que en su Preámbulo se alude a la necesaria persecución internacional del terrorismo en este contexto, el texto final elimina los delitos contra bienes culturales vinculados específicamente con actos de terrorismo lo cual resulta paradójico e incoherente<sup>90</sup>. Sobre este particular, ROMEO CASABONA aporta relevantes argumentos a favor de su inclusión en el texto del Convenio, proponiendo, como solución alternativa la opción por su inclusión con sendas reservas para ambas circunstancias agravantes sobre terrorismo<sup>91</sup>.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

<sup>91</sup> ROMEO CASABONA: ob. cit, pág. 324 y ss.

nuestro país del Convenio del Consejo de Europa de 2017 sobre delitos relacionados con los bienes culturales; su firma sería del máximo interés, no solo porque facilitaría una mayor y más eficaz colaboración en la persecución de los delitos contra los bienes culturales sino porque sería el momento de revisar la regulación penal en su conjunto a la luz del Convenio, una vez fuera ratificado. Sin perjuicio de algunas carencias y defectos del mismo<sup>92</sup> —fundamentalmente las reservas previstas sobre algunos delitos<sup>93</sup> y la eliminación de los tipos agravados de terrorismo— deben destacarse algunos aspectos relevantes de Derecho penal sustantivo a tomar en consideración:

- La previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siguiendo de ese modo el criterio marcado por la Unión Europea y cuya idoneidad político-criminal concurre en buena parte de los tipos.
- La delimitación de las figuras delictivas incorporadas al Convenio:
  - El robo y otras formas de apropiación ilícita (art. 3).
  - Excavaciones y extracciones ilícitas (art.4).<sup>94</sup>
  - Destrucción y daños (art.10).
  - Esto es, el Convenio deslinda las conductas sobre el patrimonio arqueológico de las relativas a los daños y las apropiaciones ilícitas de bienes culturales muebles o inmuebles. Conforme a lo expuesto, podría plantearse la incorporación a nuestra regulación penal de la conducta de la excavación ilegal, con ánimo de lucro, que se consuma por el perjuicio causado al yacimiento como fuente de información científica<sup>95</sup>, diferenciándolas de aquellas donde además se produce la extracción y apoderamiento de piezas, que en atención al principio de proporcionalidad deberán castigarse con una pena mayor. Estas figuras delictivas podrían diferenciarse, en función de lo expuesto, del resto de conductas de daños, que podrían limitar el objeto material a los “bienes de valor histórico, artístico, cultural o monumental”. Por su parte, el subtipo agravado del daños podría ampliarse a las últimas conductas descritas cuando el valor de los objetos sustraídos sea de especial relevancia. En suma, se procedería a delimitar la figura del expolio, atendiendo a la propuesta del Consejo de Europa y a incluir el subtipo agravado permitiendo imponer de la pena superior en grado “si se hubieran causado daños o actos de expolio de especial gravedad”.
- Por último, las consideraciones que han sido sucintamente expuestas en relación al problema de las falsificaciones de bienes culturales y el creciente tráfico ilícito de las mismas, aconsejan su tipificación autónoma. En particular se propone la tipificación expresa de la falsificación de bienes culturales, con intención de conseguir un beneficio ilícito, así como su puesta en circulación, aún sin haber participado en la falsificación, sancionándose también la autenticación o acreditación, a sabiendas de su falsedad. Se pretende así abarcar aquellas conductas no recogidas en el delito contra la propiedad intelectual, por sus importantes repercusiones culturales, que pueden llegar a transformar la interpretación global de una obra o período.

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

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

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

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

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

#### 4. Bibliografía

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

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