

**“LOS DELITOS DE DAÑOS CONTRA EL PATRIMONIO HISTÓRICO DEL
TÍTULO XVI DEL LIBRO II DEL CP”.**



**Cristina Guisasola Lerma
Profesora Titular de Derecho Penal
Universitat de València**

Centro de
Estudios
Jurídicos

**CURSO: "Particularidades en el tratamiento de los delitos contra el patrimonio
histórico"**

22 al 25 de marzo de 2021

RESUMEN

En el presente trabajo se analizan los tipos penales de daños al patrimonio histórico, recogidos en el Capítulo II del Título XVI del Código Penal. Tras el análisis del tipo recogido en el artículo 321 se presta especial atención, junto a la regulación en el artículo 323 de los daños en bienes culturales, a la novedosa tipificación de los actos de expolio en yacimientos arqueológicos, terrestres y subacuáticos, operada por LO 1/2015. Si bien resulta acertada la tipificación expresa de la conducta de expolio, la defectuosa técnica legislativa empleada plantea problemas interpretativos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Con el objetivo de lograr una eficaz protección de los bienes culturales y tras el abordaje de recientes resoluciones judiciales en la materia, se proponen posibles mejoras del texto punitivo español. Las líneas de reforma apuntadas han de hacer frente a su vez a las nuevas formas de delincuencia que acentúan su expansión transnacional, a la luz del Convenio sobre delitos relativos a los bienes culturales (Nicosia, 2017), el cual supone un cambio de modelo en la respuesta para prevenir y combatir fundamentalmente el tráfico ilícito y la destrucción de bienes culturales, y está pendiente de ratificación por nuestro país.



1.A MODO DE INTRODUCCIÓN.

2. ALGUNAS NOTAS ACERCA DE LA TUTELA DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL.

3.LOS DENOMINADOS DELITOS SOBRE EL PATRIMONIO HISTÓRICO: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LOS DELITOS DE DAÑOS.

3.1. EL ARTÍCULO 321: EL DERRIBO O ALTERACION GRAVE DE EDIFICIOS SINGULARMENTE PROTEGIDOS

3.1.1. Las modalidades de conducta: el derribo o la alteración grave.

3.1.2. El objeto material: edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental

3.1.3. Sujetos activos del delito.

3.1.4. Formas de imputación: el dolo.

3.1.5. Posible causa de justificación o permiso fuerte: el estado de necesidad.

3.1.6. Algunos supuestos concursales.

3.7. Penalidad

3.2. ARTICULO 323: DAÑOS DOLOSOS A BIENES CULTURALES Y ACTOS DE EXPOLIO EN YACIMIENTOS ARQUEOLÓGICOS.

3.2.1. El apartado primero: daños agravados por el valor cultural del bien y actos de expolio sobre yacimientos arqueológicos.

3.2.2. El apartado segundo: subtipo agravado de daños por su *especial gravedad* y por la *especial relevancia* del objeto material.

3.3. ARTICULO 324: DAÑOS IMPRUDENTES AL PATRIMONIO HISTORICO.

4. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA STS DE 20 DICIEMBRE DE 2019: HACIA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO HISTÓRICO.

5. UN APUNTE FINAL: LA EXPANSIÓN DE LA TRANSNACIONALIDAD EN LOS DELITOS CONTRA LOS BIENES CULTURALES.

BIBLIOGRAFÍA

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN.

Mi primera línea de investigación, iniciada con mi tesis doctoral, ha estado dedicada al análisis de la protección penal de los bienes culturales, tanto en nuestro ordenamiento como en los sistemas de derecho comparado más influyentes, tratando de hallar criterios asentados y contrastados para lograr una exégesis más segura y certera de la normativa penal española.

Fueron múltiples y diferentes los motivos que condujeron a que éste fuera el tema objeto de mi tesis doctoral, defendida hace ya 20 años, pero en un lugar destacado figura: En primer lugar, la sensibilidad como habitante de una ciudad mediterránea como Valencia, con un rico patrimonio arquitectónico, histórico y artístico, pero que también ha visto a lo largo de los años alterar, dañar o abandonar elementos esenciales de ese Patrimonio, merced en algunos casos a la ignorancia, la desidia o la presión urbanística¹. En segundo lugar, la elección del objeto de estudio se basó fundamentalmente en la necesidad u oportunidad de su tratamiento. Siguiendo el mandato constitucional, recogido en su art. 46, el denominado Código Penal (CP) de la democracia de 1995 comportó una importantísima modificación respecto a la regulación anterior, por cuanto por vez primera el legislador penal reconoce la singularidad del bien jurídico protegido en los atentados contra los bienes culturales. Junto a este motivo, contribuyó a mi decisión de acometer el presente trabajo de investigación el hecho de que, pese al indudable interés que despierta la materia, no había gozado, a mi juicio, de la merecida atención por parte de la doctrina científica, siendo escasos los estudios doctrinales en el ámbito penal. En la actualidad ya hay nombres propios relevantes entre los que destacan fiscales especialistas (García Calderón, Nuñez Sánchez, Roma Valdés, o Vercher Noguera, entre otros) con los que he tenido el honor de colaborar en diversos proyectos; de hecho tuve el honor de ser invitada por D. Jesús García Calderón a participar en el número monográfico del año 2018 de la Revista del Ministerio Fiscal bajo el título “El Ministerio Fiscal y la defensa del Patrimonio Histórico. La defensa de la cultura como valor constitucional”.

Desde entonces no he abandonado dicha línea de investigación, antes bien he profundizado en la misma a través de proyectos I + D y la participación en congresos y cursos como experta en la materia. Concretamente he sido Investigadora Principal de dos proyectos I+D: el primero financiado por la Generalitat Valenciana para investigar el tema del expolio de los bienes culturales, fruto del cual se editó una monografía titulada así “El expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo” publicada por Tirant lo Blanch; el segundo proyecto de investigación ha finalizado en diciembre de 2020, siendo liderado conjuntamente con la Dra. M.Luisa Cuerda Arnau y llevó por título “Tutela penal de la naturaleza y los bienes culturales”, siendo financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, el cual ha tenido continuidad en el titulado “La reforma de los delitos del título XVI del Código Penal: cuestiones

¹ DELICADO MARTINEZ, F.J.: “Destrucción, pérdida y extrañamiento del patrimonio arquitectónico valenciano: desde la Guerra del Francés hasta la Democracia”, en *Archivo de Arte Valenciano*, n.XCIX, 2018, p.395 y ss.

prácticas”². Por consiguiente, las temáticas objeto de los proyectos guardan una relación directa con el objeto de mi ponencia.

2.ALGUNAS NOTAS ACERCA DE LA TUTELA DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL.

Como ya se ha señalado, el mandato legal que opera en España para la defensa del Patrimonio Histórico deriva de la Constitución de 1978 con la expresa referencia que realiza a su protección por el derecho penal (art. 46). Al día de hoy, aquel derecho en formación ha cobrado ya una plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico con la creación de una nueva categoría de protección en el y ha obtenido con ello, con mayor o menor acierto, desarrollo legislativo.

Por tanto, hace ya más de dos décadas desde que el legislador incluyó en nuestro texto punitivo un capítulo dedicado a la protección del patrimonio histórico. Desde entonces nuestro Código Penal ha soportado más de 30 reformas, sin embargo no fue hasta la amplia reforma penal operada por la LO 1/2015 cuando introdujo tímidas modificaciones en los denominados delitos sobre el patrimonio histórico. La tendencia al inmovilismo en la tutela de los bienes culturales contrasta con la política criminal llevada a cabo en otros delitos, incluso vinculados al patrimonio histórico, como es el medio ambiente. En suma, en las múltiples reformas anteriores del Código Penal el capítulo II del Título XVI ha sido el gran olvidado por el legislador.

Pues bien, atendiendo a los datos que facilita la Memoria de la Fiscalía General del Estado (2020), en la que se recoge la actividad de la Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo, en el año 2019 se incoaron 126 diligencias de investigación por delitos sobre el patrimonio histórico (frente a las 120 del año anterior); los resultados de las investigaciones efectuadas por la Fiscalía arrojan la cifra de 21 sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio histórico frente a las 42 del año 2018.

Estos datos corresponden exclusivamente a los tipos recogidos en el Capítulo II del Título XVI del Código Penal, pero no a todos los atentados a los bienes culturales que integran el patrimonio histórico español, debido a la peculiar protección del patrimonio histórico que dispensa nuestro sistema penal: como es sabido, el referido capítulo específico convive con un conjunto de tipos delictivos dispersos, que tangencialmente protegen los atentados al patrimonio histórico³.

Sin embargo, reiteramos como ninguna de las reformas habidas desde la aprobación del CP de 1995 hasta el año 2015 modificaron los delitos que nos ocupan, perdiéndose pues una oportunidad magnífica para poder reformar aquellas cuestiones susceptibles de mejora, bien en su redacción o, lo que es más importante, en su contenido. Modificaciones que sí se han ido realizando en el ámbito de los delitos urbanísticos y contra el medio ambiente, lo que denota la escasa atención que aún hoy se otorga a la tutela de nuestro Patrimonio Cultural.

²Referencias: DER2017-9743-R/ AICO/2019/177. Puede verse un resumen de las principales actividades llevadas a cabo en los proyectos en <https://propenacu.wordpress.com/>

³ Por si fuera de interés, anualmente publicamos una selección y comentario crítico de las más relevantes resoluciones penales en la *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, editada por Hispania Nostra.

La reforma de CP de 2015, que entró en vigor en julio de 2015 introduce unas variaciones, centradas fundamentalmente en el ámbito del delito de daños a bienes culturales, art. 323, delitos que van a ser objeto de estudio de mi ponencia. En las líneas que siguen enjuiciaremos en primer término si las reformas penales en la materia han supuesto alguna mejora real para afrontar eficazmente los grandes retos medioambientales ante los que el sistema penal se ha visto, en ocasiones, desbordado (expolio de yacimientos arqueológicos terrestres y subacuáticos, actos terroristas de aniquilación cultural...). En segundo lugar, se proporcionarán pautas interpretativas en orden a problemas que surgen en la aplicación práctica de estos delitos.

3.LOS DENOMINADOS DELITOS SOBRE EL PATRIMONIO HISTÓRICO: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LOS DELITOS DE DAÑOS.

3.1. EL ARTÍCULO 321: EL DERRIBO O ALTERACION GRAVE DE EDIFICIOS SINGULARMENTE PROTEGIDOS.

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

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

El tipo recogido en el art. 321, carece de antecedentes en la legislación penal. Sin embargo, si volvemos la mirada atrás lo cierto es que los siglos XIX hasta mediados del XX fueron desoladores para el patrimonio arquitectónico en particular. Tanto en España como en otros países, se destruyeron edificios notables de gran valor histórico o artístico, incluso barrios enteros de centros históricos, prevaleciendo el interés económico sobre el cultural.

Pues bien, las cuestiones fundamentales de este tipo delictivo serán abordadas sobre la base de una sentencia de la sala II del Tribunal Supremo (TS) en una de las escasas y primeras ocasiones en que se ha pronunciado acerca del mismo, concretamente en la sentencia de 25 de mayo de 2004⁴. Aunque el TS consideró que no hubo delito del art. 321 ni daños del art. 323 (sólo castigó por prevaricación ordinaria) la sentencia es de gran relevancia porque aborda el estudio de los elementos integrantes del tipo previsto en el art. 321. El supuesto objeto de estudio consistió, de forma muy resumida, en una concesión por un alcalde de una licencia para el derribo de un edificio incluido en el Conjunto Histórico en un municipio de la comunidad de Cantabria, con la finalidad de que se procedería a su demolición y levantar un conjunto de 24 viviendas para su posterior venta. Sólo constaba que el edificio, además de hallarse dentro del perímetro del Conjunto Histórico era una casa montañesa de construcción antigua.

3.1.1. Las modalidades de conducta: el derribo o la alteración grave.

En primer término debemos realizar una serie de consideraciones sobre las modalidades de conducta: Señala el TS que “la expresión derribo es de fácil comprensión y plantea pocos

⁴ TOL 448.609.

problemas en la práctica”. En principio, a mi juicio, cabría sancionar tanto la demolición total del edificio, como la que afecte a una parte esencial de éste⁵, si atendemos al hecho de que se castiga con la misma pena la alteración grave. Por su parte GARCÍA CALDERÓN añade que el edificio puede ser también derribado pero no destruido llevando a cabo el traslado material de todos sus elementos constructivos hasta otro lugar⁶. Ahora bien, aunque no se desprenda explícitamente de la formulación típica, entiendo se castigará el derribo, a no ser que éste resulte excepcionalmente autorizado en determinados supuestos de ruina del edificio, y con los requisitos previstos en la normativa específica administrativa.

La segunda modalidad, la de alteración grave, es más compleja de delimitar pues “la gravedad” es un termino normativo pendiente de valoración judicial, difícil de precisar.

El TS especifica en la citada sentencia en relación a la gravedad que:

- a) Ha de ser cuantitativamente importante.
- b) Ha de ser cualitativamente relevante esto es, que la alteración afecte a la parte del edificio que posea ese interés protegido (artístico, histórico...).

Cuando tal gravedad no exista, advierte el TS que se plantea el problema de la posible aplicación del art. 323, que no exige esa gravedad y parece una norma genérica frente a la del 321, más específica. Sin embargo, concluye diciendo que “*lo más adecuado con tal sistemática -y sobre todo con la pena más importante de las previstas, la de prisión, que paradójicamente es más grave en el art. 323 en cuanto a su duración mínima-, quizá tenga que ser relegar estas conductas al derecho administrativo sancionador*”. De suerte que estos supuestos de alteraciones, que no supongan un claro deterioro del bien cultural se podrían sancionar, con arreglo a lo dispuesto en la normativa administrativa, de suerte que, la “gravedad” constituye un elemento típico esencial del art. 321 del CP, estableciendo además la frontera entre el ilícito penal y el administrativo, pese a que la falta de armonización conceptual entre ambos ordenamientos dificulta tal delimitación.

Ahora bien, ¿como se sancionan ante aquellas actuaciones de mero “deslucimiento” de un bien inmueble singularmente protegido, que no comporte un daño en sí, esto es, que la actuación sea reversible, sin comportar un perjuicio para la sustancia o para su función cultural? Hasta la reforma penal 2015, estas actuaciones podían reconducirse, a la falta prevista en el art. 626⁷ del CP prevista para actos de vandalismo urbano: en este sentido, la Audiencia Provincial de Cuenca, en sentencia de 10 de diciembre de 2001 condenó a los acusados como autores de esta

⁵ La doctrina parece inclinarse mayoritariamente por entender que el derribo parcial puede integrar la acción típica, siempre que la parte demolida sea de una parte esencial vinculada a los valores merecedores de protección. Así, COLMENAREJO FRUTOS, A.: “Los delitos sobre el patrimonio histórico. Aspectos generales” en *Revista del Ministerio Fiscal*, 2018, p. 11. Del mismo modo, SUÁREZ LÓPEZ, J.M.: “Artículo 321” en *Comentarios prácticos al Código Penal*, T.IV Delitos contra el medio ambiente, el patrimonio histórico, la ordenación del territorio y contra la seguridad colectiva, 2015, p. 74; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia 2015, p.492.

⁶ GARCÍA CALDERÓN, J.: *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, Madrid, 2016, p.158.

⁷ “Los que deslucieren bienes muebles o inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios, serán castigados con la pena de localización permanente de dos a seis días o tres a nueve días de trabajos en beneficio de la comunidad.”

falta, absolviéndolos del delito de daños por el que se les venía acusando. Concretamente la Sala entendió que la conducta de los acusados se limitó a realizar una pintada en la fachada del Museo Arqueológico de Cuenca, utilizando para ello una plantilla y un spray, ascendiendo el importe de la limpieza a 38.000 pesetas, habiendo declarado al respecto el arquitecto técnico, al ratificar el presupuesto de limpieza que, una vez se procediera a limpiar la fachada no quedaría daño alguno.

La desaparición de las faltas con la reforma 2015 conduce a que, en estos casos, según señala el legislador en las confusas líneas del preámbulo (apartado XXXI), se puedan plantear soluciones alternativas: o bien, reconducir al delito de daños u otras figuras delictivas cuando revistan cierta entidad (art. 263.2) o bien acudir a un resarcimiento civil o, en el supuesto de bienes de dominio público, a la sanción administrativa (en particular se considera infracción leve, de acuerdo con la Ley 4/2015 de Seguridad Ciudadana: “13. *Los daños o el deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público, así como de bienes muebles o inmuebles privados en la vía pública, cuando no constituyan infracción penal*”).

En la doctrina científica, GARCÍA CALDERÓN recogiendo un criterio jurisprudencial afirma que: “lo esencial para distinguir entre deslucimiento y daño es que la pintura pueda ser retirada sin que existan restos de las mismas”⁸. En este sentido el Acuerdo de la Audiencia Provincial de Madrid⁹ en la Junta de Unificación de Criterios celebrada el 25 de mayo de 2007, estimándose que: de un lado, cuando la acción encaminada a restaurar el estado de los bienes sobre los que se realizaron los dibujos o grafitis no sobrepasara la mera limpieza, estaríamos ante un mero deslucimiento atípico penalmente (desde la desaparición de la falta, insisto). Si por el contrario la retirada de las pinturas genera un menoscabo o deterioro del objeto o exige su reposición, el hecho integrará un delito especial o básico de daños en los términos expresados en los nuevos artículos 323 y 263 del CP. En este ámbito se dictó la sentencia de fecha 25 de julio de 2018, del Juzgado de Instrucción nº 17 de Valencia, condenando a 4 meses de prisión, al autor de un delito contra el patrimonio histórico, en el art. 323.1 CP, por realizar pintadas con rotuladores el pasado día 24 de julio de 2018, en la fachada de la Catedral de Valencia, solicitando la defensa se dictara sentencia de conformidad con reducción de un tercio de la pena solicitada por el Ministerio Fiscal.

3.1.2. El objeto material: edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental.

El legislador ha establecido un tratamiento diferenciado para el derribo o alteración de edificios de interés histórico, artístico, cultural o monumental, frente al objeto material previsto en los daños en otros bienes susceptibles de valoración cultural.

El edificio¹⁰ tiene que ser "singularmente protegido" por su interés histórico, artístico, cultural o monumental", mientras que, para el resto de bienes culturales no se prevé tal exigencia.

⁸ GARCÍA CALDERÓN, J.: ob.cit., p. 362.

⁹ Acuerdo adoptado por los Magistrados de las Secciones Penales de la AP de Madrid en fecha 25 de mayo de 2007: “12º El deslucimiento de bienes (realización de *graffitis* sobre bienes inmuebles y muebles). ¿Es subsumible en el delito o falta de daños de los arts. 263 y 625 del CP o, todo lo más, podría reputarse como un mero deslucimiento, tipificado como falta en el art. 626 del CP, si afecta a bienes inmuebles, y atípico si afecta a bienes muebles? Este acuerdo fue adoptado por mayoría, con 21 votos a favor y 4 abstenciones.

¹⁰ El vocablo “edificio” tiene un sentido más restringido que el de “construcción”, pudiendo establecerse una relación en el que aquel sería la especie, mientras que la construcción se consideraría el género. El *edificio* iría

Esta diversidad de tratamiento entendemos no es caprichosa, sino intencionada, y con una clara razón de ser¹¹: los edificios, como obras de arquitectura, son susceptibles de ostentar un valor cultural pero, como espacios habitables, también lo son de uso espacial alternativo, por lo que deben exigirse medidas que diriman y concreten cuales han de ser especialmente protegidos o conservados (p.ej. por su intensidad artística) y cuales simplemente usados hasta su extinción o renovación de uso. El conflicto es, pues, mayor en el patrimonio arquitectónico que en otros bienes culturales, pues mientras el interés cultural del edificio abona su mantenimiento, el interés económico o especulativo que se deriva del mismo conduce a que, en muchos casos, sea más rentable su transformación o su destrucción. Por esa dualidad de valores mencionada (cultural especulativa) resulta de buena lógica necesario el que la Administración entre a dirimir su protección, en otros términos, que decida cuáles han de ser conservados y cuáles no, y en caso afirmativo determinar su concreto grado de protección.

No hay duda que serán objeto de tutela por el art. 321 CP los edificios que ostentan el mayor grado de protección otorgado por las leyes reguladoras del Patrimonio, esto es los Bienes de Interés Cultural (los denominados BIC, art.9.1 LPHE). Más controvertidos son los casos de destrucción o alteración grave de aquellos edificios objeto de especiales medidas de protección por el Urbanismo municipal, edificios incluidos en Catálogos creados a tal efecto, así como las categorías autonómicas en su caso previstas, como pueden ser los denominados Bienes de Relevancia Local (BRL), previstos en el art. 46 la Ley de Patrimonio Cultural Valenciano (LPCV), como categoría intermedia entre los bienes antes mencionados. La principal objeción que se ha venido realizando en torno a su tutela penal se centra en la posible falta de uniformidad que se puede producir de unas comunidades autónomas a otras, derivada de la diversidad de criterios a la hora de inventariar o catalogar, en cada caso, su Patrimonio Cultural. Incluso, a raíz de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 1991, la declaración como BIC es competencia de las Comunidades Autónomas, en cuanto la tengan asumida estatutariamente. En este sentido, resulta de cita obligada la resolución del Alto Tribunal de 15 de junio de 1998 sentando la validez de las normas autonómicas como complemento de la ley penal.

De manera que, recapitulando, integrarán el objeto material:

- Los edificios declarados bienes de interés cultural (BIC) por un acto administrativo, ya sea por la Administración del Estado o por la de las Comunidades Autónomas.
- Los edificios declarados bienes de interés cultural por la ley (Disposición adicional segunda).
- Por lo expuesto, no hay obstáculo legal que impida que sean objeto de protección también aquellos edificios que disfruten de una protección de las características a las que hemos aludido anteriormente en la normativa urbanística y de planeamiento.

más referido al concepto tradicional de arquitectura, mientras que la *construcción* comprendería las obras de ingeniería, tales como puentes, fábricas pertenecientes a épocas precedentes, acueductos, etc...

Debe tenerse en cuenta asimismo que la destrucción de algunos de los *elementos consustanciales* a los edificios, conforme a lo previsto en el art. 11 de la LPHE podría considerarse alteración grave del edificio y tener relevancia penal conforme a lo dispuesto en el 321. En esta dirección, GARCÍA CALDERÓN, ob.cit., p. 161.

¹¹ *In extenso*, GUIASOLA LERMA, C.: *Delitos contra el Patrimonio Cultural: arts. 321 a 324 del Código Penal*, Valencia 2001, p. 469 y ss.

- Por último, los edificios afectados por un expediente de declaración de bien de interés cultural, ya que a estos se les dispensa, según el art. 11.1 de la LPHE, el mismo régimen de protección que a los ya declarados, en tanto se lleva a cabo la tramitación del mencionado expediente¹².

Se viene considerando que el resultado, la destrucción del edificio protegido podrá verificarse, no sólo con un comportamiento activo sino también omisivo. El TS (FJ2º) reconoce esta posibilidad expresamente en la sentencia citada, no habrá obstáculo alguno para poder admitir la modalidad omisiva impropia, la denominada comisión por omisión, siempre que concurren las condiciones fijadas en el art. 11 CP para su apreciación. De ese modo, por ejemplo, la sustancial destrucción de un edificio protegido podrá verificarse también omitiendo voluntariamente los cuidados o reparaciones necesarios para el mantenimiento de aquél, dejando que se deteriore de tal modo que finalmente resulte destruido el edificio, por ejemplo, por el no mantenimiento de sus cubiertas por parte del que estaba obligado a ello, pudiendo dar lugar a la responsabilidad penal. En suma, en el art. 321, tipo prohibitivo de causar, podrá castigarse el “no hacer” que conduzca, bien al desmerecimiento de los valores que propiciaron la singular protección del edificio, bien a su destrucción. Ahora bien, tal y como anticipé, deben concurrir el resto de las exigencias del art. 11 para su admisión, requiriéndose un “especial deber jurídico del autor,” que lo coloca en una posición de garante, y que la omisión equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación.

3.1.3. Sujetos activos del delito:

Podemos afirmar que estamos ante un delito común, y por tanto que no nos encontramos ante un delito especial, pese a la imposición por dicho precepto de la pena de inhabilitación especial. Pese a ello la norma penal del 321, no exige cualidad alguna en el sujeto activo para cometer este delito. (“los que”) a diferencia de otros preceptos (por ejemplo el art.319 que alude a los “promotores, constructores o técnicos directores”). De ese modo, nada impide que incluso pueda serlo el propietario del edificio, por cuanto no se exige la ajenidad del bien derribado o alterado. En definitiva entendemos del análisis del tipo entendemos que no puede afirmarse que el precepto exija elemento subjetivo alguno, cual es el de actuar “con finalidades urbanísticas o edificatorias” pues, si bien puede actuarse con dicha finalidad, el tipo no lo precisa, esto es, el injusto no precisa de referencia psíquica alguna, no encontrándonos pues ante un delito de intención. De suerte que, coincido con OTERO¹³, en la propuesta de lege ferenda relativa a

¹²Así, COLMENAREJO FRUTOS: ob. cit., p. 17, GUIASOLA LERMA, C.: ob.cit., p.492 y ss. Plantea asimismo OTERO GONZÁLEZ las diversas posibilidades para el caso de que, o bien no llegara a declararse como tal o bien se anulara una previa declaración protectora, en “Protección penal de los daños al patrimonio Histórico” (tras la reforma del CP operada por LO 1/2015) en *Bienes culturales y derecho*, 2015, p.335 y ss.

Por contra encontramos alguna resolución jurisprudencial donde, si bien el fiscal acusó por un delito contra el patrimonio histórico del 321, el juez considera que faltaba la consideración de “edificio singularmente protegido y condena por daños del 323 como la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº1 de Cádiz de 25 de Mayo de 2015. El inmueble en cuestión era una casa burguesa del siglo XVIII de estilo barroco-neoclásico, que se encontraba en el Catálogo de Edificios Protegidos del PGOU de Cádiz, atribuyéndosele el nivel 1 de protección de edificios singulares (siendo 0 la máxima y 4 la mínima).

¹³ OTERO GONZÁLEZ: ob.cit. p.330.

que la previsión de la pena de inhabilitación “en todo caso”, debería sustituirse por “en su caso”.

3.1.4. Formas de imputación: el dolo.

El art. 321 se configura como un tipo doloso, sancionando al sujeto que, plenamente sabedor del valor cultural del edificio, y, consecuentemente del significado antijurídico de su derribo o alteración grave, decide llevar a cabo dicha conducta¹⁴.

La conducta que estamos examinando, si fuere cometida mediante imprudencia grave, también sería constitutiva de delito por lo dispuesto en el art. 324 CP.

En aquellos casos en que el sujeto activo tenga un conocimiento erróneo o equivocado sobre la naturaleza del objeto material, esto es, sobre el carácter cultural del edificio, pues crea equivocadamente que éste no ostenta ningún valor, pueden constituir supuestos de error de tipo. Si el error es vencible se le castigará como delito imprudente por la vía del 324. El error también puede versar sobre la necesidad de autorización o su validez o eficacia. Consecuentemente considero que, en principio, cuando las actuaciones referidas se llevan a cabo sin la autorización preceptiva, por ignorancia de su necesidad, se podrán resolver como errores sobre el tipo, castigándose, si es vencible, como un delito imprudente.

3.1.5. Por lo que se refiere al posible juego de las causas de justificación o exención de responsabilidad penal, podríamos pensar en hipótesis de estado de necesidad, generalmente en supuestos donde, ante la declaración de la ruina inminente del edificio protegido, y existiendo peligro para las personas se lleve a cabo el derribo no autorizado de éste.

3.1.6. Relaciones concursales.

Pueden plantearse supuestos concursales entre el tipo recogido en el art. 321 y otras figuras delictivas.

A título de ejemplo con el artículo 322: Una de las cuestiones más discutidas por la doctrina en el ámbito de las prevaricaciones específicas es como, si la previsión expresa de estas conductas tiene claramente una finalidad agravatoria, en la práctica en muchos casos ocurre el efecto contrario: cuando la conducta del funcionario pudiera reconducirse a la cooperación necesaria respecto de la conducta del art. 321, el derribo o la alteración grave del edificio, se podría aplicar a tal efecto el art. 321 en concurso ideal con el 404, que regula la prevaricación genérica de autoridad o funcionario público, lo que conduce a una pena más elevada que castigando por el 322. De manera que, finalmente el art. 322 se aplicará en supuestos residuales, en que no llegue a producirse el derribo o alteración del edificio protegido o cuando la actuación del funcionario no pueda reconducirse a la cooperación necesaria del derribo o alteración .

Por su parte, con el artículo 323 pueden plantearse supuestos concursales, cuando además del derribo o la alteración grave del edificio singular se produzcan daños en bienes de valor artístico

¹⁴ Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 130/2016, de 5 de diciembre (v. la crónica jurisprudencial en la *Revista Patrimonio Cultural y Derecho* 2017). La AP desestimó el recurso alegado contra la sentencia condenatoria por derribo, máxime si tenemos en cuenta que eran perfectos conocedores del hecho de la protección histórica de la edificación de referencia.

o histórico, resolviéndose como un concurso real de delitos conforme a lo dispuesto en los arts. 73 y 76 del CP.

3.1.7. Para finalizar el repaso a los aspectos más relevantes del art. 321, debe subrayarse la posibilidad de que, además de las penas previstas en él (prisión, multa e inhabilitación especial), el órgano jurisdiccional sentenciador pueda ordenar motivadamente medidas restauradoras del orden jurídico conculcado, a cargo del responsable de los hechos. Se trata de una medida de carácter civil, que forma parte del contenido de la reparación, prevista con carácter general en los arts. 110.2 y 112 del CP, y que el legislador ha concretado, tanto en el art. 321 como en el art. 323, atendiendo a la naturaleza del daño.

Cuando el culpable hubiera procedido “voluntariamente” a reparar el daño causado, será aplicable la atenuación específica del art. 340 (para todo el Título XVI) que prevé de modo preceptivo la sanción del delito con las penas inferiores en grado.

3.2. ARTICULO 323: DAÑOS DOLOSOS A BIENES CULTURALES Y ACTOS DE EXPOLIO EN YACIMIENTOS ARQUEOLÓGICOS.

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

2. Si se hubieran causado daños de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante, podrá imponerse la pena superior en grado a la señalada en el apartado anterior.

3. En todos estos casos, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado”.

3.2.1. El apartado primero: daños agravados por el valor cultural del bien y actos de expolio sobre yacimientos arqueológicos.

3.2.1.1. El primer inciso tipifica una conducta de daños, agravados por razón del especial valor cultural de los bienes, con previsión expresa a los yacimientos arqueológicos.

De cara a la determinación del objeto material, la LO 1/2015 suprime la enumeración ejemplificativa por la que optó el legislador de 1995, manteniendo la clausula genérica de “bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, y con previsión expresa de los daños en “yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos”.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2019, en la que me detendré más adelante, consolida con respecto al objeto material, que el elemento normativo “bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental” no requiere la declaración previa por parte del organismo correspondiente al patrimonio histórico.

El principal problema, que ha sido planteado, es el de la inseguridad jurídica que supone que la determinación del valor del bien cultural sea responsabilidad exclusiva del órgano judicial, ya que generalmente carece de especialización en la materia, por ello, será de gran importancia la información pericial de la que pueda disponer el órgano jurisdiccional¹⁵. Si bien los que estén correctamente catalogados, inventariados o declarados de interés cultural serán directamente objeto material del delito, en el resto de los casos, el Tribunal será quien prudentemente decida acudiendo a criterios objetivos y teniendo presente la normativa administrativa que nos proporcione elementos indicativos y esclarecedores, sin que por ello deje de prevalecer el estudio por parte del órgano judicial del caso concreto de que se trate y las circunstancias específicas que lo rodeen.

El artículo 323 aparece pues como un tipo de cierre que ofrece la tutela penal ante daños en bienes culturales, muebles o inmuebles, con la significación mencionada, incluyendo casos de inexistencia de la resolución del organismo encargado de la protección del patrimonio histórico o la catalogación del bien. Además, como pone de relieve la sentencia, esa tutela penal integraría los daños sobre bienes históricos ocultos o no descubiertos, los que no han sido declarados por dejadez del titular y los que por deficiencias en los procedimientos administrativos no han alcanzado merecidamente la catalogación o valoración.

Como acertadamente subraya COLMENAREJO¹⁶, polémica resulta también la cuestión de si el nuevo artículo 323 exige una cuantía mínima de los daños causados para entender cometido el delito, máxime cuando el art. 324 sí exige el límite superior a los 400 euros. Considero con el autor mencionado que carece completamente de sentido que la exigencia o no de ese límite cuantitativo dependa de si estamos ante un delito doloso o ante un delito imprudente. En mi opinión, el legislador de 2015 si bien parece atender a la doctrina mayoritaria cuando reclama el abandonar el criterio económico¹⁷, no repara en seguir el mismo criterio en los daños imprudentes del art.324 CP.

Al igual que en el art.321 nos encontramos ante un delito doloso que admite tanto el dolo directo como el eventual. Por lo que se refiere a la posible concurrencia de supuestos de error, comparto la posición defendida por MUÑOZ CONDE¹⁸, partidaria de castigar como *error sobre el tipo* los supuestos de error que recaigan sobre los términos normativos, esto es, sobre el valor cultural de los bienes.

3.2.1.2. Especial atención vamos a prestar al segundo inciso del 321.1. puesto que configura de forma novedosa el **expolio** como un subtipo autónomo, tras la lo 1/2015, de 30 de marzo, castigándolo con la misma pena que los daños. Ahora bien, como ya he comentado en anteriores trabajos, la técnica legislativa empleada es más que dudosa por cuanto el legislador no dice en

¹⁵ Vid. sobre el particular el comentario a dicha sentencia de PERIAGO MORANT, J.J.: “Crónica jurisprudencial penal 2019” en *Patrimonio Cultural y Derecho*, 2020 (en prensa).

¹⁶ COLMENAREJO, A: ob. cit., p.25.

¹⁷ Antes de la reforma, los daños en cuantía inferior a los 400 euros se reconducían a la falta y por tanto se consideraban delito los daños superiores a esa cifra. ¿Que ocurre tras la reforma? Ya nos hemos referido a la confusa justificación del legislador en el Preámbulo, remitiendo en la actualidad el castigo de los daños inferiores a los 400 euros a los daños genéricos (263.2), o bien a la vía civil o administrativa. De manera que, vinculado a dicha interpretación parece q habrá q seguir reconduciendo al 323 los daños superiores a los 400 euros.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia 2019, p.530.

que consisten los “actos de expolio” en yacimientos arqueológicos. Dicho silencio legal origina problemas interpretativos y aplicativos, de los que viene dando cumplida cuenta la doctrina manifestada al respecto.

En lenguaje coloquial se ha venido utilizando el término expolio para referirse a situaciones de saqueo sistemático de bienes culturales, si bien atendiendo a su significado gramatical, “expoliar” según la Real Academia de la Lengua es “despojar algo o a alguien con violencia o con iniquidad”. El concepto administrativo de expolio incorporado en el art. 4 de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico español, tiene un carácter generalista e indeterminado: “*a los efectos de la presente ley se entiende por expoliación toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción de todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, o perturbe el cumplimiento de su función social*”. Es por ello que tampoco puede, a mi juicio, complementar adecuadamente el nuevo tipo penal, dado que se refiere a una situación de riesgo o puesta en peligro que supondría un adelantamiento excesivo de la intervención penal¹⁹. En todo caso lo que es indudable es que en el ámbito jurídico-penal el concepto de expolio ha de ser interpretado de forma restrictiva, dado que no todo caso de expoliación en términos administrativos, podrá ser penalmente relevante²⁰.

Ante la falta de taxatividad del legislador penal, un sector de la doctrina y algunas resoluciones jurisprudenciales han venido estimando la solución del concurso medial de delitos²¹; en esta dirección la Fiscalía General del Estado en su Memoria de 2018 – y previamente en las conclusiones de la VIII Reunión de la Red de Fiscales de Medio Ambiente, celebrada en 2016 - proponía que los actos de sustracción de piezas arqueológicas habían de seguir siendo perseguidos como delitos agravados de hurto o apropiación indebida en concurso medial con el delito de daños del primer inciso del art.323 (si se trata de daños materiales de importancia) o con el delito de expolio, según los casos. El argumento fundamental puede residir en el hecho de que castigar únicamente con la pena prevista en el último inciso del 323.1 tanto los apoderamientos de piezas existentes en un yacimiento como los daños causados en el mismo al llevar a cabo la sustracción no recoge todo el desvalor de la conducta en cuestión.

Este es el criterio, como avanzaba, adoptado en el conocido como caso Helmet, fallado en 1ª instancia por la Sala de lo Penal de la AP de Zaragoza en sentencia de 18 de julio de 2018, condenando por un delito de blanqueo de capitales y por delito de daños continuados contra el patrimonio histórico, en concurso medial con un delito de hurto agravado al recaer sobre bienes

¹⁹ FARALDO CABANAS estima que parece coincidir con una tentativa (puesta en peligro) ob.y loc. cit.

²⁰ En la Orden de 29 de diciembre del Ministerio de Cultura, por la que se resuelve el procedimiento relativo al Conjunto Histórico del Cabanyal en Valencia, se equiparan las demoliciones de edificios históricos o culturales al expolio de bienes históricos, lo que no tiene cabida dentro de la perspectiva penal del expolio que refleja el párrafo primero del art. 323 del Código Penal. En este sentido, VERCHER NOGUERA, A.: “El expolio de bienes de patrimonio histórico o la descontextualización penal del entorno arqueológico”, en *La Ley*, núm. 9151, marzo, 2018, p. 5.

²¹ Considerando que el expolio consiste en la destrucción total o parcial del contexto en el que se encuentran los bienes en el yacimiento y que la extracción de los bienes del yacimiento debe reconducirse a los delitos referidos de modo indirecto al patrimonio histórico, VERCHER NOGUERA, A.: ob.cit., p. 6; por su parte, NUÑEZ SÁNCHEZ considera que el expolio es una cláusula de cierre para el castigo de conductas que sin producir daños supongan una perturbación de la función social de los yacimientos (en “La nueva regulación penal del delito de expolio de yacimientos arqueológicos” en *Expolio de Bienes Culturales Instrumentos legales frente al mismo*, Valencia, 2018, p.196).

de valor histórico. Dicha sentencia fue casada con posterioridad por el TS en fecha 19 de junio 2020²² absolviendo del delito de blanqueo de capitales del que venía siendo acusado (el TS consideró que se oculta el producto ilícito, pero no se invisibiliza el origen de los objetos) y condenando por un delito de receptación.

Sin embargo en la jurisprudencia menor, posteriormente la AP de Lleida en sentencia de 20 de marzo de 2019²³ en un supuesto de venta online de piezas numismáticas, previa labor de rastro y excavación continuada y daños desde 2004, rechaza los tipos de hurto o apropiación indebida concluyendo que respecto de los actos de apropiación cabe subsumir los hechos en el nuevo tipo penal de expolio, considerando que con los actos de expolio también se produce un daño colateral en los yacimientos desde el momento en que el expolio de piezas provoca *“la pérdida de las referencias del contexto histórico del yacimiento en el que se produce la sustracción, con la consiguiente dificultad o, en algunos casos imposibilidad, de acceder a los datos que podrían conseguirse a partir del análisis del lugar del hallazgo”*.

En síntesis, reiteramos que, para evitar la disparidad de criterios a la hora de resolver dichos supuestos, es necesaria una precisión del concepto de expolio a efectos penales²⁴. Sin duda los supuestos de excavaciones y extracciones ilícitas descritos en el Convenio del Consejo de Europa de 2017 sobre delitos relacionados con los bienes culturales²⁵ merecen su punición en nuestro Código Penal, toda vez que provocan una grave pérdida de la información o del conocimiento que pudiera obtenerse del lugar en el que se hubiera llevado a cabo la sustracción. De suerte que podría articularse un tipo penal que permita abarcar tanto el perjuicio patrimonial que se deriva de su apoderamiento como el daño que se causa al patrimonio histórico al separar la pieza de su entorno, con una pena mayor que la actual²⁶.

Sin embargo, a mi modo de ver, la sanción por el mero uso de equipamientos con el fin del expolio debe mantenerse en el orden administrativo sancionador, con objeto de no adelantar excesivamente la línea de intervención punitiva, si bien estimo proporcionalmente más ajustada a la gravedad de los hechos su consideración como una infracción grave, tal y como se contempla en la legislación autonómica andaluza. La legislación administrativa puede y debe establecer fórmulas de control en su uso y un régimen confiscatorio y sancionador suficientemente persuasivo. De hecho, la Unidad de Medio Ambiente de la FGE en su última memoria destaca la ausencia de una adecuada vigilancia y protección por parte de las Autoridades competentes en la materia. Dicha ausencia tiene incidencia práctica, destacando entre las conductas más reseñables, el uso de detectores de metales por parte de los conocidos como “piteros”, allá donde existieran yacimientos arqueológicos, lo cual podría comportar diferentes opciones delictivas, a tenor, lógicamente, del “modus operandi” de los autores.

²² TOL 7983499

²³ Analizada con detenimiento por ANTÓN Y ABAJO, A.: “El delito de expolio y su problemática concursal” (Un caso paradigmático: la SAP de Lleida, 20 marzo 2019) en *Diario La Ley*, 29 octubre 2019.

²⁴ Como también he manifestado en: “Nuevas perspectivas en la regulación de los delitos contra los bienes culturales” en *Tutela de los bienes culturales: una visión cosmopolita desde el derecho penal, el derecho internacional y la criminología* (en prensa) Valencia, 2021.

²⁵ <https://rm.coe.int/1680734515>

²⁶ En este sentido, FARALDO CABANAS, P.: “Del hurto de hallazgo al expolio de yacimientos arqueológicos. ¿Una oportunidad perdida?”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL (2020), p.513.

La defectuosa técnica legislativa en la redacción del artículo 323 del Código Penal, da la apariencia que el concepto de expolio se centra exclusivamente en el yacimiento tsubacuático, pero un correcto entendimiento desde un punto de vista teleológico exige la extensión del expolio no solo a éstos sino también a los terrestres²⁷. Por ello, y a los efectos de eliminar cualquier duda interpretativa el delito de expolio se debería proyectar, cambiando la redacción actual, sobre los yacimientos arqueológicos, “ya fueran terrestres o subacuáticos”.

Al hilo de lo expuesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 abril de 2019 (caso Bahía) se pronuncia en un asunto de expolio de yacimiento subacuático en las costas de la provincia de Cádiz removiendo el fondo marino sin rigor científico perpetrado entre varios coimputados. Se les condena en primera instancia entre otros delitos por daños en el patrimonio arqueológico del artículo 323 del Código Penal. Dicha sentencia, como se puede observar de su lectura íntegra, si bien emplea el concepto de expolio y el de yacimiento arqueológico, para remitirse a una conducta cometida en el 2006 –cabe destacar el largo lapso que media entre los hechos y la fecha de la sentencia, y que como se verá, tiene consecuencias en las penas impuestas a los condenados, - no utiliza el término yacimiento subacuático, introducido expresamente por nuestro legislador, incorporando así las previsiones de la Convención de la UNESCO para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático aprobada en París en el año 2001, ratificada por España en 2005 y en vigor desde el 2 de enero de 2009. La sentencia califica la conducta de los acusados como de daños si bien, como bien señala PERIAGO MORANT²⁸, el supuesto examinado encajaría en los “actos de expolio” tipificados en el CP; donde el daño al yacimiento y a su función social excede del valor de la entidad de los bienes apropiados, tal como se refleja en el informe pericial recogido en la sentencia, existiendo pues conjuntamente una conducta de apropiación y de daño.

Finalmente en relación al tratamiento penológico del art. 323 a los daños sobre bienes de valor cultural y los actos de expolio sobre yacimientos, comparto las críticas a las penas alternativas del precepto²⁹ introducidas por la reforma 1/2015 (prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses) a diferencia de las penas cumulativas previstas en el art. 321. En la redacción anterior a 2015 las penas eran conjuntas, cambio injustificado y criticado por la doctrina.

Como bien afirmaba RUFINO RUS, desde su experiencia como Fiscal Delegado de medio ambiente de Sevilla, la respuesta legal, tanto penal como administrativa, a los atentados al patrimonio histórico, en contraposición con los delitos medioambientales, “*es de una suavidad sonrojante. Paradójicamente, tampoco nuestro legislador parece dar la importancia que tienen a estos bienes de la cultura. Con estas leyes, sale barato dañar y expoliar*”³⁰. A este respecto, añade que, aunque sólo fuera por razones de conveniencia económica y no de convicción, nos

²⁷ GUIASOLA LERMA, C., “Delitos contra bienes culturales: una aproximación al concepto de expolio en derecho penal”, en *Revista General de Derecho*, núm. 27, 2017

²⁸ PERIAGO MORANT, J.J.: ob.cit.

²⁹ RODRIGUEZ MORO, L.: “Críticas, incongruencias y dudas en la regulación penal de los delitos sobre el Patrimonio Histórico antes y después de la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo”, en *IV Encuentro Profesional sobre Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales. Regulación penal de la protección del Patrimonio Histórico Español*, Ministerio de Educación, Cultural y Deporte, 2016.

³⁰ RUFINO RUS, J., https://sevilla.abc.es/sevilla/sevi-fiscal-javier-rufino-estas-leyes-sale-barato-danar-y-expoliar-patrimonio-historico-202008160822_noticia.html

convendría ser más tajantes con la respuesta legal a quienes atacan nuestro patrimonio cultural, que es un legado de todos, incluidos de los que nos sucedan.

3.2.2. El apartado segundo: **subtipo agravado de daños por su especial gravedad y por la especial relevancia del objeto material.**

El presente tipo agravado del apartado 2º, incluido por LO 1/2015, prevé de manera acertada la agravación de la pena en los casos de *daños de especial gravedad* – término normativo pendiente de valoración judicial – y cuando los *bienes de valor cultural sean de especial relevancia*, lo que se dará en todo caso en los declarados de Interés Cultural, pero no necesariamente si atendemos a la ya comentada incidencia de los bienes ocultos que deberán ser objeto de una valoración técnica que determine si existe dicho valor singular³¹.

Pese a la previsión de la aplicación de la pena superior en grado a la señalada en el apartado anterior, sorprendentemente se mantiene la alternatividad en las penas. Fíjense que incluso en los daños comunes, cuando concurren determinadas circunstancias las penas aplicables son también de prisión y multa (art.263.2).

3.3. ARTICULO 324: DAÑOS IMPRUDENTES CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL.

“El que por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a 400 euros, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, atendiendo a la importancia de los mismos”.

Si bien, en una primera aproximación, parece ir destinado a incriminar únicamente los daños previstos en el art. 323, pues sus elementos objetivos del tipo son casi idénticos a los del imprudente, sin embargo, la cláusula genérica del art. 324 relativa a su objeto material (“bienes de valor histórico, artístico, cultural, científico o monumental”) permite incriminar los atentados de art. 321, cometidos imprudentemente.

De suerte que, se sancionarán aquellas infracciones en las que mediare una dejación de los más elementales deberes de cuidado para con dichos bienes, y como consecuencia se produjera el resultado típico. En cualquier caso, la imprudencia grave debe contemplar la previsibilidad de causar un daño precisamente a un bien de los que constituyen el objeto material, esto es, un objeto de naturaleza cultural, y la evitabilidad de dicho daño.

La modificación del objeto material en el delito de daños dolosos art. 323, simplificando la lista de los objetos referenciados, debió ir acompañada de la del art. 324, el cual está destinado a incriminar los daños previstos en el art. 323 cuando se cometen por imprudencia grave. Detectamos un problema de método, al olvidar el legislador introducir la misma modificación

³¹ En sintonía con GARCÍA CALDERÓN, J.: *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, cit., p.184

relativa al objeto material, de suerte que la reforma queda parcheada lo que puede afectar a la seguridad jurídica y a la resolución de asuntos en la práctica judicial.

Igualmente ya fue objeto de crítica el hecho de que se sigan castigando los daños causados en cuantía superior a los 400 euros. Dicha cifra contrasta con la exigida de 80.000 euros en el tipo de daños genéricos imprudente en el art. 267 CP.

Una de las primeras resoluciones judiciales en la materia fue dictada por el Juzgado de lo Penal de Valencia en febrero de 2003 condenó por el delito de daños imprudentes del art. 324 al aparejador que dirigió unas obras en la sala Escalante de Valencia por la destrucción de unos frescos de Vergara contenidos en dicha sala. Más recientemente, fue célebre la sentencia del Juzgado de lo Penal n.14 de Madrid de 3 de mayo de 2004, confirmada por la AP de Madrid en sentencia de 4 de octubre del mismo año, por la que se condenó al acusado, autor material de la rotura de la mano del monumento de la diosa Cibeles, a una multa de 3200 euros por un delito de imprudencia grave contra el patrimonio histórico (“se encaramó a la estatua que representa la diosa y al apoyarse para trepar se rompió el brazo de la estatua”³²).

4. UNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA STS DE 20 DICIEMBRE DE 2019: HACIA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO HISTÓRICO.

Tal y como se ha expuesto, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1a) num.641/2019 de 20 diciembre asienta la postura del Tribunal Supremo mantenida con anterioridad a la reforma, acerca de la interpretación de los daños al patrimonio histórico del art.323.1 CP.

Ahora bien, quisiera detenerme brevemente en otros aspectos de interés que suscita la ya citada sentencia: Recordemos que dicha resolución desestima el recurso interpuesto contra la SAP de Asturias, que condenó por un delito de daños en bienes de valor histórico, artístico, cultural o monumental del art. 323.1 Código Penal al administrador de una empresa y al arquitecto y director de un proyecto de rehabilitación por la demolición de un edificio de valor histórico y artístico. Pues bien, el delito de daños del art. 323 está vinculado por diversas razones (sistemáticas, mismo bien jurídico categorial...) con la ordenación del territorio o con el medio ambiente y con incidencia creciente en las sociedades más avanzadas. A este respecto, son frecuente las relaciones concursales entre los delitos contra la ordenación del territorio y los delitos sobre el patrimonio histórico, toda vez que en muchos casos los daños en yacimientos arqueológicos pueden llevarse a cabo mediante la realización de obras de todo tipo como la construcción de edificios o de nuevas vías de comunicación. En estos casos, en ocasiones se ocultan y destruyen los hallazgos casuales para evitar la paralización de las obras o incrementos de su coste económico pudiendo su persecución eficaz resultar muy compleja por su vinculación con grandes corporaciones o incluso con la Administración Pública. De hecho, como refleja la citada Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020, “*la relación entre actividades constructivas y su incidencia en el patrimonio histórico aparece también reflejada*

³² Las defensas de los encausados recuerdan que los chicos llamaron a la Policía para informar del lugar en el que habían depositado la mano. La mano de Cibeles fue restaurada el 6 de noviembre de 2002, gracias a una réplica realizada por el escultor José Luis Parés y que costó al erario madrileño 30.000 euros.

con frecuencia en las memorias, bien por la aparición de restos arqueológicos a consecuencia de la actividad constructiva, o por demoliciones o transformaciones de edificios protegidos por parte de constructores, arquitectos, etc.”

Por todo lo expuesto, atendiendo a razones de política criminal, consideramos necesario la previsión dentro del capítulo II del Título XVI, de un artículo similar al art. 319.4 o al art.328 del Código Penal que establezca la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida por LO 5/2010, también en la comisión de algunos de los delitos contenidos en el Capítulo II (arts. 321 y 323), cuando concurren los requisitos del art. 31 bis del Código Penal, tal y como también se admite en el delito de contrabando (art.2.6). De ese modo se daría un tratamiento homogéneo con los delitos contra la ordenación del territorio, los medioambientales y con el delito de contrabando en las condiciones en él establecidas, además de ir en la línea de lo previsto en el art. 13 de la Convención del Consejo de Europa de 2017 sobre delitos contra los bienes culturales³³.

5. UN APUNTE FINAL: LA EXPANSIÓN DE LA TRANSNACIONALIDAD EN LOS DELITOS CONTRA LOS BIENES CULTURALES.

Del examen anterior se advierte que a lo largo de los últimos años nos enfrentamos en las sociedades contemporáneas a formas de delincuencia contra los bienes culturales que presentan características nuevas o acentúan su expansión transnacional. La delincuencia organizada ha encontrado en los bienes culturales un objetivo muy atractivo para sus actividades delictivas, dados los cuantiosos beneficios que puede reportar a estas organizaciones criminales, con relativa alta impunidad; en concreto, destaca ROMEO CASABONA³⁴ la dificultad para su persecución transfronteriza, en gran medida motivada por la carencia de un marco jurídico-penal internacional y de una cooperación eficiente, también internacional.

Entre los fenómenos particularmente preocupantes, además de las conductas expolios ya referidas, las falsificaciones de obras de arte inundan el mercado lícito. Atendiendo a la realidad criminológica, se está evidenciando a su vez que las ventas por Internet permiten en mayor medida a particulares y empresas la comercialización de obras falsas³⁵, debido a que este medio es más difícil de controlar, a diferencia del pasado donde unos pocos marchantes tenían el monopolio de del mercado³⁶.

³³ Artículo 13 – Responsabilidad de las personas jurídicas: 1.” Cada Parte asegurará que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos establecidos en la presente Convención, cuando éstos sean cometidos en su beneficio por cualquier persona física, actuando individualmente o como miembro de un órgano de esa persona jurídica...”

³⁴ 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*, Valencia 2018, p. 341
³⁵ Según la información expuesta por Suárez-Mansilla en la Jornada sobre patrimonio histórico y prevención de riesgos penales, celebrada en el Museo de Bellas Artes de Valencia en octubre de 2020, atendiendo a los datos disponibles en la nueva política de venta de antigüedades en Facebook, que cita los estudios de Mackenzie & Yates 2017; Stevenson 2016; Fawcett 2017; Al-Azm & Paul 2019, se estima que el 80% de las antigüedades ofrecidas en venta online son falsas o tienen un origen ilícito.

³⁶ Aunque el uso de NFT (siglas de non-fungible token o "representación no fungible", un tipo de identificador criptográfico que representa un elemento único en una cadena de bloques o blockchain, que puede definirse como

En este contexto existen cadenas de intermediarios que actúan de nexo entre los falsificadores y los grandes marchantes de bienes culturales que abastecen a los coleccionistas y a los museos, que suelen operar a través de bandas organizadas a nivel internacional. La globalización del fenómeno de los intermediarios en el tráfico ilícito de los bienes culturales implica una clara relación de estas conductas con el crimen organizado.

Las operaciones con obras de arte y antigüedades que conllevan otros riesgos penales, en particular vinculadas al blanqueo de capitales³⁷. El informe de Art Basel & UBS dedica una especial atención a las leyes europeas y británicas contra el blanqueo de dinero, dado que el mundo financiero ha visto en las inversiones en arte una alternativa de inversión ante el fin del secreto bancario. La Quinta Directiva o Directiva (UE) 2018/843, de 30 de mayo de 2018, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo ha incluido como sujetos obligados a su cumplimiento a los comerciantes e intermediarios del mercado del arte que operen en transacciones de valor igual o superior a 10 000 euros. Como analiza con detenimiento FERNÁNDEZ LORENZO³⁸ es fruto de la constatación, a través de investigaciones policiales y sentencias recientes, de que la compraventa de obras de arte se ha convertido en refugio de personas y organizaciones que buscan hacer pasar por lícito el dinero obtenido de actos criminales o que lo utilizan para financiar actividades terroristas. En España, el Gobierno tiene pendiente la transposición de la directiva de la UE (la fecha límite para su transposición expiraba el 10 de enero de 2020). Mientras a los Estados les corresponde cumplir con su parte transponiendo la normativa y persiguiendo los delitos, a los comerciantes de arte y antigüedades les corresponde cumplir con la suya mediante la implantación de programas de cumplimiento normativo³⁹ que recojan concretas y eficaces medidas preventivas y correctoras para evitar delitos y riesgos reputacionales que comprometan el comercio de arte y actúen en detrimento de todo el sector cultural.

El Convenio del Consejo de Europa, por su enfoque estrictamente penal, supone un cambio de modelo en la respuesta para prevenir y combatir el tráfico ilícito y la destrucción de bienes culturales, más allá de la legislación interna de los Estados. Hasta la fecha ha sido firmado por diez países, entre los que no se encuentra España, de ahí que debamos reiterarse la importancia de la ratificación de convenciones internacionales en la materia y por consiguiente del presente convenio, dado el ingente y rico patrimonio de nuestro país.

una base de datos descentralizada y distribuida públicamente que hacen posible la naturaleza segura de las criptomonedas, ya que sirven como un registro público de las diferentes transacciones realizadas, evitando, por ejemplo, que alguien pueda usar dos veces la misma moneda para comprar dos cosas diferentes) soluciona parte de los problemas que hasta ahora tenía la comercialización de arte digital introduce otros nuevos: al igual que un bitcoin, un NFT es una cadena cifrada de caracteres que puede considerarse como un objeto digital y que por tanto puede ser robado si no se toman las precauciones adecuadas. <https://www.elmundo.es/tecnologia/2021/03/17/6050d352fdddffc0ad8b460e.html>

37 SEOANE PEDREIRA, A., *La prevención del blanqueo de capitales*, Navarra, 2019, p.199.

38 FERNÁNDEZ LORENZO, P.: “El Blanqueo de capitales en el mercado del arte y la Quinta Directiva (UE) 2018/843” en

39 GUIASOLA LERMA, C.: “Los programas de cumplimiento penal (*criminal compliance programs*) en el sector del mercado del arte”, en *Cuadernos de Política Criminal* 2020, n.130.

BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN Y ABAJO, A.: “El delito de expolio y su problemática concursal” (Un caso paradigmático: la SAP de Lleida, 20 marzo 2019) en *Diario La Ley*, 29 octubre 2019

COLMENAREJO FRUTOS, A.: “Los delitos sobre el patrimonio histórico. Aspectos generales” en *Revista del Ministerio Fiscal*, 2018, p. 11

DELICADO MARTINEZ, F.J.: “Destrucción, pérdida y extrañamiento del patrimonio arquitectónico valenciano: desde la Guerra del Francés hasta la Democracia”, en *Archivo de Arte Valenciano*, n.XCIX, 2018, p.395 y ss.

FARALDO CABANAS, P.: “Del hurto de hallazgo al expolio de yacimientos arqueológicos. ¿Una oportunidad perdida?”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL (2020)

FERNÁNDEZ LORENZO, P.: “El Blanqueo de capitales en el mercado del arte y la Quinta Directiva (UE) 2018/843” en

GARCÍA CALDERÓN, J.: *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, Madrid 2016

GUISASOLA LERMA, C.: “Los programas de cumplimiento penal (*criminal compliance programs*) en el sector del mercado del arte”, en *Cuadernos de Política Criminal* 2020, n.130.

GUISASOLA LERMA, Cristina, “Delitos contra bienes culturales: una aproximación al concepto de expolio en derecho penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017

GUISASOLA LERMA, C.: *Delitos contra el Patrimonio Cultural: arts. 321 a 324 del Código Penal*, Valencia 2001,

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia 2019

NUÑEZ SÁNCHEZ, A.: “La nueva regulación penal del delito de expolio de yacimientos arqueológicos” en *Expolio de Bienes Culturales Instrumentos legales frente al mismo*, Valencia, 2018, p.196.

OTERO GONZÁLEZ, P.: “Protección penal de los daños al patrimonio Histórico” (tras la reforma del CP operada por LO 1/2015) en *Bienes culturales y derecho*, 2015, p.335 y ss.

PERIAGO MORANT, J.J.: “Crónica jurisprudencial penal 2019” en *Patrimonio Cultural y Derecho*, 2020 (en prensa).

RODRIGUEZ MORO, L.: “Críticas, incongruencias y dudas en la regulación penal de los delitos sobre el Patrimonio Histórico antes y después de la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo”, en *IV Encuentro Profesional sobre Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales. Regulación penal de la protección del Patrimonio Histórico Español*, Ministerio de Educación, Cultural y Deporte, 2016.

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*, Valencia 2018, p. 341

RUFINO RUS, J., https://sevilla.abc.es/sevilla/sevi-fiscal-javier-rufino-estas-leyes-sale-barato-danar-y-expoliar-patrimonio-historico-202008160822_noticia.html

RUFINO RUS, J. “Respuesta penal a los delitos sobre el patrimonio histórico: novedades tras

la reforma en materia de expolio arqueológico” en Curso “Delitos contra el patrimonio Histórico. Especial referencia al patrimonio arqueológico”. Madrid, CEJ, 29 y 30 de junio de 2017.

SEOANE PEDREIRA, A., *La prevención del blanqueo de capitales*, Navarra, 2019, p.199.

SUÁREZ LÓPEZ, J.M.: “Artículo 321” en *Comentarios prácticos al Código Penal, T.IV Delitos contra el medio ambiente, el patrimonio histórico, la ordenación del territorio y contra la seguridad colectiva*, 2015, p. 74

