



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

**ANÁLISIS DEL DELITO DE
DAÑOS AL PATRIMONIO
ARQUEOLÓGICO. ARTÍCULO
323 Y 324 TRAS LA
REFORMA DEL CÓDIGO
PENAL POR LA L.O 1/2015**

GARCÍA CONTRERAS, CARMEN

Julio, 2020

*“El patrimonio cultural refleja nuestra
continuidad e identidad, y representa lo que
tenemos derecho a heredar de nuestros
predecesores y nuestra obligación de conservarlo
a su vez para las generaciones futuras”,*

Anónimo.

RESUMEN

En el presente trabajo se estudiarán los delitos que sobre el patrimonio cultural español pueden cometerse, ahondando en el delito de daños al patrimonio arqueológico, el cual se encuentra tipificado dentro del delito de daños en bienes de valor cultural (art.323 CP) y el delito de daños por imprudencia grave a los bienes culturales (art. 324 CP). Ambos preceptos afectados por la reforma del Código Penal por la L.O 1/2015. Una de las cuestiones más interesantes a analizar será aquella que recae sobre la redacción del tipo delictivo referente a “bien arqueológico”, teniendo que tomar postura sobre la necesidad o no de una declaración administrativa previa del bien para así poder prosperar a la posterior sanción penal.

Palabras clave: delito de daños; delitos al patrimonio cultural; patrimonio histórico; patrimonio arqueológico; valor cultural.

ABSTRACT

This work will examine the crimes that can be committed on the Spanish cultural heritage, deepening the crime of damage to the archaeological heritage, which is typified within the crime of damage to property of cultural value (art.323 CP) and the crime of serious recklessness damage to cultural property (art. 324 CP). Both precepts affected by the reform of the Penal Code by L.O 1/2015. One of the most interesting questions to discuss will be the one that falls on the wording of the type of criminal concerning "archaeological well", having to take a position on the need or not of a prior administrative declaration of the good in order to be able to prosper on the subsequent criminal sanction.

Keywords: crime of damage; crimes to cultural heritage; historical heritage; archaeological heritage; cultural value.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: CUESTIONES GENERALES	5
1.1. BIENES PATRIMONIALES ARQUEOLÓGICOS	5
1.1.1. PATRIMONIO CULTURAL DEL ART. 46 DE LA CONSTITUCIÓN Y OTRAS NORMAL DISTINTAS A LAS PENALES	7
1.1.2. PROTECCIÓN LEGISLATIVA DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO (ÁMBITO ADMINISTRATIVO): LEY 16/1985, DE 25 DE JUNIO, DEL PATRIMONIO HISTORICO ESPAÑOL (LPHE)	9
1.1.2.1. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA	11
1.1.3. VALORACIÓN DE LOS DAÑOS	11
1.2. NECESIDAD DE REFORMA Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA (REGULACIÓN DEL DELITO DESDE 1995 A LA REFORMA DE 2015)	18
2. PROTECCIÓN LEGISLATIVA DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO (ÁMBITO PENAL): EL DELITO DE DAÑOS EN BIENES DE VALOR CULTURAL (ART. 323 TRAS LA L.O 1/2015)	20
2.1. TIPO OBJETIVO	20
2.1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	20
2.1.2. SUJETOS	20
2.1.3. CONDUCTA TÍPICA	21
2.1.3.1. COMISIÓN POR OMISIÓN	22
2.1.4. OBJETO MATERIAL: EL YACIMIENTO ARQUEOLÓGICO	24
2.2. TIPO SUBJETIVO	27
2.2.1. DOLO	27
2.2.2. ERROR	28
2.2.3. DELITO DE EXPOLIO	30
2.3. TIPO AGRAVADO (ART. 323.2 CP)	31
2.4. REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO Y DISPOSICIONES COMUNES	31
2.5. DELITOS LEVES	32
2.6. REFERENCIA A LOS GRAFITIS	32

3. PROTECCIÓN LEGISLATIVA DEL PATRIMONIO CULTURAL (ÁMBITO PENAL): LOS DAÑOS POR IMPRUDENCIA GRAVE A LOS BIENES CULTURALES (ART. 324)	33
3.1. TIPO OBJETIVO	33
3.1.1. CONDUCTA TÍPICA	33
3.1.2. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO	33
3.1.3. OBJETO MATERIAL	33
3.2. TIPO SUBJETIVO	34
3.2.1. IMPRUDENCIA GRAVE	34
3.2.2. TRATAMIENTO DEL ERROR	34
3.3. REQUISITOS DE PERSEGUIBILIDAD	34
4. ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD DEL DELITO DE DAÑOS AL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO	35
5. CONSUMACIÓN DE LOS DELITOS DE DAÑOS AL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO	35
6. FIGURAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	36
7. PROBLEMAS CONCURSALES CON LOS ARTÍCULOS 323 Y 324 DEL CÓDIGO PENAL	37
8. PENALIDAD DE LOS DELITOS DE DAÑOS AL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO	38
9. INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL	39
10. CONCLUSIONES	41
11. BIBLIOGRAFÍA	44

1. INTRODUCCIÓN: CUESTIONES GENERALES

Para comenzar, indicar que toda regulación penal referente al delito de daños al patrimonio o yacimiento arqueológico será tratada dentro del Patrimonio Histórico. No existe una regulación específica en cuanto a esta materia y además supone una novedad desde la reforma en el Código, como consecuencia de la L.O 1/2015. Las especialidades que surjan con respecto a las restantes materias contempladas dentro del patrimonio histórico serán desarrolladas durante todo este trabajo.

1.1. BIENES PATRIMONIALES ARQUEOLÓGICOS

España ha sido, desde tiempos remotos, un país con gran cantidad de bienes culturales y yacimientos arqueológicos, de ahí surge la necesidad de crear una regulación que lo proteja ante las injerencias del ser humano; estas tanto en forma de daños como de expolio, los cuales, en la mayoría de los casos, han terminado expuestos en museos públicos con el consiguiente aprovechamiento colectivo. Estos daños o expolios han venido dados tanto por parte de los propietarios privados, que han hecho imperar su voluntad o derecho de propiedad frente a la calificación del bien como cultural o yacimiento arqueológico como, por parte de bandas organizativas, pasando a ser vista la sustracción desde un ámbito lucrativo y plasmándose en una venta en el mercado negro o en algún coleccionista.

Concretando en el expolio del patrimonio arqueológico, los métodos para llevar a cabo dicha actividad son muy accesibles y comunes a través de detectores de metales en terrenos que se encuentran por lo general abandonados y sin ningún tipo de protección, bien de dominio público o de dominio privado. Sin lugar a duda, las personas que cometen dichos actos son conocedoras de los restos que encuentran y por tanto se les podría llamar profesionales en dicha materia, al igual que también conocen el mercado al que posteriormente tendrán que dirigirlo. Es mucho más común el expolio o provocación de daños a los yacimientos Arqueológicos terrestres, aunque no son excluyentes los yacimientos submarinos¹, así lo defienden autores como García Calderón, a favor de la tipificación del daño tanto en la superficie terrestre como submarina.

El patrimonio, a pesar de su importancia cultural, no ha sido, hasta la actualidad, objeto de atención por parte de los poderes públicos, ni un ámbito penal ni administrativo,

¹Véase el artículo 1 de la Convención de París, de 2 de noviembre, para la definición de patrimonio arqueológico submarino: " *Todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcialmente o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años*".

considerándose por tanto una cuestión de interés moderna en el derecho. Han sido muchos los actos de expolio en la historia que han quedado impunes por dicho desinterés. Un ejemplo de pérdida se encuentra en el periodo que abarca de 1808 a 1814, durante la Guerra de la Independencia contra Napoleón, este en un principio saqueó España con el fin de crear, en París, el Museo Napoleónico, tanto con obsequios españoles como de los demás países que había arrasado de toda Europa. Entre algunas piezas destacadas, el antiguo Retablo Mayor de la Catedral de Valencia, el cual se fundió para transformarlo en lingotes o monedas (Mallorca, 1812), también el robo de casi 200 cuadros en conventos e iglesias sevillanas, pintados por los primeros artistas españoles y que hoy día tienen un gran valor. Así hubo más casos por todo el país, y muchos de estos no se han podido recuperar y se encuentran en museos como el Louvre, “El Nacimiento de la Virgen”, originario de la Catedral de Sevilla, es una obra que se encuentra en París. Personas destacadas que cometieron delitos de este tipo fueron: Juan-Baptiste-Pierre Le Brun, el mariscal Jean-de-Dieu Soult y el general Mathieu de Favier.

En los párrafos anteriores, se introduce el objeto del trabajo desde un carácter más subjetivo y un punto de vista histórico, a continuación, se hace desde la objetividad del término tal y como se dispone en la Ley 16/1985², siendo esta definición de especial relevancia, pues aparecerá a lo largo del trabajo en numerosas ocasiones, puesta que es la norma que delimita aquello que se puede considerar como patrimonio arqueológico y lo que no. En su artículo 1 se hace una definición del patrimonio histórico, a través de la enumeración de todos sus integrantes, estando entre ellos el patrimonio arqueológico, el cual se define en su artículo 40: “1. Patrimonio arqueológico a los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental. Forman parte, asimismo, de este Patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes. 2.

² Léase el artículo 1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, para conocer el objeto de la propia Ley:” 1. Dicha Ley tendrá por objeto la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español. 2. El Patrimonio Histórico se integra por los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo patrimonio documental y bibliográfico, los Yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico y antropológico. Asimismo, forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes que integren el Patrimonio Cultural Inmaterial, de conformidad con lo que establezca su legislación especial. 3. Los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley”.

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

1.1.1. PATRIMONIO CULTURAL DEL ART. 46 DE LA CONSTITUCIÓN Y OTRAS NORMAL DISTINTAS A LAS PENALES

La tipificación del delito en el Código penal viene dada por la potestad atribuida desde el artículo 46 de la Constitución Española de 1978³, anterior a este artículo se encontraba el artículo 39 del Anteproyecto de Constitución⁴, ambos con el objetivo de ofrecer una protección imperativa de derecho al patrimonio.

Al final del precepto constitucional se hace hincapié en el deber del legislador a la hora de establecer como mínimo unas sanciones para aquellas conductas que atenten contra el patrimonio histórico. Esta se extiende más allá de la sanción, llegando a actos promotores de la cultura como son el fomento a través de subvenciones y bonificaciones fiscales para su conservación.

En igualdad de condiciones, a la hora de aplicar el artículo, estará el patrimonio formalmente declarado por la administración como yacimiento y aquel que no ostente de dicha valoración reconocida. Se valora entonces el valor intrínseco, y no la formalidad de un documento. Esta hipótesis se puede ver reflejada en parte de la STS 641/2019 de 20 de diciembre⁵. Existe una independencia clara entre las ramas administrativas y penal del derecho, puesto que el Juez o Tribunal que se encarga de determinar la existencia del daño, lo podrá hacer, en cualquier caso, sin una disposición administrativa previa que califique al bien o lugar como objeto de especial protección. Tampoco afecta a la valoración o importancia, el no estar

³ Artículo 46: “*Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento el patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio*”.

⁴ Art. 39 del Anteproyecto de Constitución: “*Los poderes públicos salvaguardan la conservación y promueven el enriquecimiento del legado histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran sitios en su territorio, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio*”

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 641/2019, de 20 de diciembre. RJ 2019/5384: “*la valoración de los daños se remite a un elemento normativo cultural, para cuya valoración el juzgador deberá atender a elementos o valores que configuran la normativa administrativa en esta materia, pero sin necesidad de que los bienes en cuestión previamente hayan sido administrativamente declarados, registrados o inventariados formalmente con ese carácter, ya que ello ni es exigencia prevista en el tipo penal, ni satisface adecuadamente el mandato del artículo 46 CE*”.

incorporado al patrimonio histórico de una forma expresa, no infravalora al bien con respecto aquellos que si lo estén.

Este contenido constitucional se ve ampliado por otras leyes, firma de Convenios, convenciones y declaraciones, relacionados con la materia, entre los que podemos destacar:

- UNESCO: La Convención para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención, de 1 de mayo de 1954, cual fue ratificado por España con fecha de 7 de julio de 1960.
- La Convención Europea para la protección del Patrimonio arqueológico del 6 de mayo de 1969, que fue ratificado por España con fecha de 28 de febrero de 1975. Realizada por El Consejo de Europa.
- La Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes naturales, suscrito el 14 de noviembre de 1970 en París, y ratificado en España el 10 de enero de 1986.
- Convención de París sobre Protección, del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, de 16 de noviembre de 1972.
- Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español y Reglamento 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de aquella.
- Convención de París de 2 de noviembre de 2001.
- La Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, suscrito en París en 2001 y ratificado por España con fecha de 6 de junio de 2005. También por parte de esta Organización destacar que existe una Lista de Patrimonio Mundial, con un total de 850 bienes declarados⁶.
- Declaración de ministros sobre el Sello de Patrimonio Europeo, y la lista que corresponde a los bienes declarados en España como tal, gracias al procedimiento previsto en los Anexos de tal Declaración.

⁶ Olmedo Cardenete, M, (2020)., *Sistema de Derecho Penal, Parte Especial*, pp. 984, 990. Madrid, Dykinson.

1.1.2. PROTECCIÓN LEGISLATIVA DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO (ÁMBITO ADMINISTRATIVO): LEY 16/1985, DE 25 DE JUNIO, DEL PATRIMONIO HISTORICO ESPAÑOL (LPHE)

Según el propio Preámbulo de la Ley, lo que se busca en la regulación es el acceso de numerosos bienes a la constitución de un patrimonio protegido y con el fin de que toda la población, incluso con el paso de las generaciones, pueda disfrutar de este. Similar a la obligación del albacea, encargado de administrar y cuidar los bienes de la herencia, la Administración y las Leyes tiene que tratar de conservar los bienes que forman el patrimonio histórico para el disfrute de un heredero colectivo⁷.

Entre los objetivos de la Ley, el primero y principal es preservar activamente el patrimonio, seguido de un patrocinio dedicado a aumentar el valor de los bienes a través de políticas dedicadas a esto, y por último la herencia colectiva que se citaba en el párrafo anterior, como forma de transmisión. Estos materializan el artículo 44⁸ de la Constitución Española, no siendo la obligación de amparo en exclusiva para la Administración, sino para la misma sociedad que tiene que tratar de no dañar lo que le rodea, permitiendo el acceso a la cultura a otros.

La LPHE extiende su protección tanto al patrimonio conformado por bienes inmuebles⁹, como por bienes muebles. Dentro de la primera clasificación podemos encontrar los monumentos, jardines, conjuntos o sitios históricos y las zonas arqueológicas. En cuanto a los

⁷ Véase en la Ley 16/1985 su Preámbulo, que dice así: “*en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos*”, “busca asegurar la protección y fomentar la cultura material debido a la acción del hombre en un sentido amplio.

⁸ Artículo 44 de la CE: “*Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general*”.

⁹ Véase el artículo 334 del Código Civil, el cual establece la consideración subsidiaria a la LPHE de bienes inmuebles: “*1.º Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo. 2.º Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble. 3.º Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no puede separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto. 4.º Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredados por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo. 5.º,...*”

bienes muebles son definidos complementariamente¹⁰ a los anteriores, es decir, se *reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación, no comprendidos en el capítulo anterior, y en general, todos los que se puedan transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieran unidos*". Así, existen numerosas sentencias en el ámbito contencioso-administrativo por las que se declaran bienes muebles como parte del patrimonio cultural, sirviendo de ejemplo para la distinción entre bienes inmuebles y muebles¹¹.

Pasamos al estudio de la protección en sí de los bienes, estando previstos en la LPHE diferentes niveles de protección.

- El primer nivel, consiste en la calificación de un bien como Bien de Interés Cultural (BIC). Se constituye así un instrumento formal por el que se otorga un nivel de protección mayor a aquellos bienes que tengan tal necesidad de protección por su relevancia, incluyendo tanto a los muebles como a los inmuebles, que sean integrantes del Patrimonio Histórico Español. Las formas de declaración se prevén en el artículo 9 de la Ley, y será a través de Ley o por Real Decreto de forma individualizada. En este último caso habrá que iniciar y tramitar un expediente administrativo cuya competencia es del Ministerio de Cultura

- Existe además un Inventario General, en el cual debe de constar una declaración formal previa, quedando así ya inscritos aquellos bienes muebles del Patrimonio Histórico Español que no hayan sido declarados Bienes de Interés Cultural, es decir, aquellos que no entran en el primer nivel, podrán ser protegidos por este Inventario¹² de forma subsidiaria. Así en esta línea expone el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), que: *"el Inventario general es para aquellos bienes muebles del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural"* en la Sentencia número 415/2020 de 15 de mayo, JUR 2020/183342. También en esta sentencia se hace referencia a que no es imprescindible la calificación administrativa en ninguno de los grupos establecidos que se están explicando para gozar de protección, dice así: *"el inventario ha de ser*

¹⁰ Artículo 335 del Código Civil.

¹¹ Sentencias relacionadas con las declaraciones de bienes muebles como Bienes de Interés Cultural o calificación análoga que le haga pertenecer al Patrimonio Histórico de forma expresa: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 26 de mayo de 2015, RJ 2015/3137. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), 6 de mayo de 2002, RJ 2002/6770.

¹² Salinero Alonso, C (1997), *La protección del Patrimonio Histórico en el Código penal de 1995*, p. 97 Barcelona, Cedecs: *"critica la no previsión de un inventario de inmuebles paralelo y equivalente al previsto para los bienes muebles, siendo incomprensible la descompensación en perjuicio de los bienes inmuebles"*.

entendido como un instrumento para la mejor protección del bien, pero su falta de incorporación al mismo no puede perjudicar, ni frustrar la finalidad del Decreto”.

• La última categoría tiene carácter residual y engloba a todos los bienes que no tengan una relevancia suficiente como para englobarse en alguno de los grupos anteriores, pero si tengan un interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico de menor intensidad.

El Derecho Administrativo establece un régimen sancionador para los atentados contra el Patrimonio Histórico, el cual no puede crear duplicidad con las sanciones penales en los casos en los que se cumplan los requisitos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, puesto que se estaría vulnerando el principio general de *non bis in idem*¹³.

1.1.2.1. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

A pesar de configurarse desde el artículo 2 de la CE la “*unidad de la Nación española*”, en algunos casos las CC. AA tienen un papel relevante. como es en el ámbito cultural y así se establece en el artículo 149.1.28¹⁴. Por tanto, es una materia con competencias compartidas, y por tanto habrá que delimitarlas para así evitar posteriores problemas de concurrencia competencial. A modo de completar el precepto constitucional cada CC. AA se ha encargado de redactar su propia Ley de Patrimonio Histórico¹⁵.

1.1.3. VALORACIÓN DE LOS DAÑOS

Este apartado se centra en estimar la importancia del patrimonio arqueológico, distinguiéndose del cultural, puesto que existen diferencias legales y científicas entre los bienes que componen los distintos tipos de patrimonio. Es en el único ámbito donde el ser un bien arqueológico dicta distinciones a la hora de aplicar la norma, en el resto del Trabajo el

¹³ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) Sentencia número 300/2001 de 19 de abril, RJCA 2001/1412, en el cuarto fundamento de derecho expone: “4º. *La Administración ha dictado diversos acuerdos lo que hace que se vulnere el principio << non bis in idem >> dado que los hechos fueron objeto de enjuiciamiento en vía penal”.*

¹⁴ Artículo 149.1.28 de la CE atribuye competencia exclusiva al Estado sobre: “*defensa del Patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y expoliación, y en museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas*”.

¹⁵ Para Andalucía se estableció el 26 de noviembre de 2007, la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía, la que establece en su artículo 2: “*el Patrimonio Histórico Andaluz se compone de todos los bienes de cultura, materiales e inmateriales, en cuando se encuentren en Andalucía y revelen un interés artístico, histórico, arqueológico, etnográfico, documental, bibliográfico, científico o industrial para la Comunidad Autónoma, incluidas las particularidades lingüísticas*”.

patrimonio cultural abarcará sin nada que destacar al arqueológico. Para una mayor comprensión de cómo se lleva a cabo dicha valoración se trata el análisis de dos sentencias relacionadas con la tasación del daño y así poder ver las distintas decisiones que toman los tribunales, las cuales adelanto que no son unánimes y quedan en cierto modo al libre albedrío de los jueces.

La medida del daño, es poco concreta y habrá que atender a varias situaciones. En un principio, habrá que determinar, si nos encontramos ante bienes con carácter de dominio público, calificados como tal y bajo la protección de las leyes administrativas, si se encuentra protegido por una de las tres calificaciones administrativas, anteriormente citadas, o, si, por último, se trata de un patrimonio ignorado o desconocido hasta el momento del daño.

La valoración no irá ligada proporcionalmente a la cantidad de piezas arqueológicas, ni al tamaño o superficie de la zona, sino a la información que transmite, es decir, más que una valoración objetiva estamos ante una de carácter más subjetivo, será determinada por un profesional en la materia y fuera de unos patrones establecidos. Es aquí donde radica el principal problema, pues no existe una norma imperativa que establezca las cantidades que tendrán que pagarse como sanción, sino que serán los jueces y fiscales quienes requerirán de informes periciales por parte de los arqueólogos, en los que estos intentan fijar un valor a los desperfectos ocasionados, sin mucha certeza puesto que tampoco pueden basar su valoración a ningún argumento científico sino a su creencia y saber.

El Licenciado en Arqueología e Historia del Arte, Grau Lobo¹⁶, establece: “*que el importe de los desperfectos producidos tiene que estar compuestos por los gastos que no se tenían que haber producido de no haberse ocasionado la actuación dañina*”. Entre estos gastos se encuentran: “*los gastos personales y materiales que implican la remoción de las tierras, los de traslado, los derivados del levantamiento topográficos, los de personal técnico encargados no solo de la excavación sino de la conservación.*”¹⁷. También en palabras de Roma Valdés, A (2012) decir que es posible su estimación en función de un coste expresado en euros por cada metro cúbico que ocupe la superficie del yacimiento, además de establecerse un acuerdo en

¹⁶ Grau Lobo, L, (2009) *Valoración dos danos ao patrimonio arqueológico*. Martínez Fernández, A (coord.) *O patrimonio arqueolóxico subacuático e o comercio dos bens culturais: IV Xornadas de protección do patrimonio cultural*. Pontevedra: Xunta de Galicia, Consellería de Cultura e Turismo, Dirección Xeral de Patrimonio Cultural (2009), P. 194.

¹⁷ Roma Valdés, A. (2012): *La valoración de los daños arqueológicos en Revista Patrimonio Histórico: Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, n° 82, P.72, Santiago de Compostela.*

cuanto a que la valoración se corregirá al alza, en los casos que el yacimiento ostente de una mayor relevancia, por su singularidad o monumentalidad.

En cuanto a la referencia que se hace a este tema en el Código Penal, decir, que el artículo 323 ni establecía, ni establece ningún límite a la valoración. Por tanto, habrá que atender únicamente al valor cultural del objeto, hay que mencionar la confusión que en ocasiones existe entre el valor pecuniario y el valor histórico, sobre todo en los casos de daños imprudentes del artículo 324, que si establece una cantidad de 400 euros.

Se procede al estudio de la valoración del daño a través de dos sentencias, para así ver como los distintos jueces valoran las injerencias que se han producido en el patrimonio arqueológico. Como se antecedió no hay una valoración fija o aproximada, sino que se atiende a la información histórica que transmite el bien, tampoco se pueden servir los jueces de tablas que delimiten cantidades mínimas y máximas, ni cualquier otra norma que complemente estas carencias. Figura esencial será, el profesional arqueólogo, a través de la entrega de informe periciales en los que habrá hecho un estudio minucioso del daño producido, y junto a esta información llegará el juez al consenso consultando jurisprudencia anterior.

- Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 6ª), Sentencia 199/2018 de 16 de julio. ARP\2018\1199.

En esta, se dan tres delitos sobre el Patrimonio Histórico en cuestión, daños en Yacimiento Arqueológico, hurto de cosas de valor histórico y cultural y el blanqueo de capitales a sabiendas de que las actividades tienen su origen en una actividad ilícita, de estos nos centraremos tan solo en el primero. Su existencia se debe al expolio de unas piezas celtíberas de origen prerromano, pertenecientes a la antigua necrópolis de Aratikosel, con un excepcional de carácter histórico, cultural y científico. Tras la causa de este daño destruyeron el contexto arqueológico del Yacimiento, impidiendo así la continuación de un estudio futuro, el cual podría haber cambiado el conocimiento de los pueblos prerromanos durante su estancia en la Península Ibérica. Las partes en el proceso las forman como acusados: Luis Francisco y Félix (solo estudiaré la figura del primero, puesto que es la que más relacionada con el delito de daños al Patrimonio Arqueológico); y la Acusación particular, también doble, por el Ayuntamiento de Aranda Del Moncayo (Zaragoza) y la Comunidad Autónoma de Aragón, por último, mencionar que el Ministerio Fiscal también interviene como parte acusadora en función de su ejercicio como Acción Pública.

La ciudad donde se produjo el daño fue la antigua “Arátikos”, erigida en la Edad del Hierro, allá por el periodo comprendido entre los años 4.000 y 800 antes de Cristo, derruida por

el ejército Romano entre los años 70 antes de Cristo. Luis Francisco, era conocedor de la existencia de dicha ciudad y de su necrópolis, dedicando su actividad desde los años 80 exclusivamente a la excavación de esta, incluso haciendo uso de una excavadora en los últimos años, para así trasladar la tierra que cubría dicha necrópolis para así buscar efectos celtíberos y posterior rastreo del suelo y subsuelo más inmediato. Toda esta actividad fue llevada a cabo con éxito ostentando en su domicilio una colección de piezas metálicas celtíberas, entre las que destacaban: cinco elementos pertenecientes a cascos de guerra (únicos en el mundo, solo se encuentran documentados veinte de ellos, los cuales se encuentran en el “Romiche-Germaniche Central Museum de Mainz en Alemania), un fragmento de Vaina y otro de la hoja de una espada celtíbera, tres puntas de lanza, ocho piezas de discos de coraza, proyectiles de onda, pulseras, pendientes, anillos, hebillas, fíbulas de bronce, 56 monedas iberas y celtíberas, 87 monedas de la Roma Republicana, 168 de la Roma Imperial, 60 medievales, 888 monedas de la Edad Moderna, tijeras, útiles de caza, cuatro sellos de escritura medievales, útiles de trabajo de unión, de juego y una parte de un disco de coraza de bronce celtíbero. Todos estos efectos fueron encontrados en el domicilio del acusado, y fueron tasados pericialmente en un valor de 42.639,21 euros. Como antes hacíamos referencia teóricamente, no hay un juicio de valor exacto, sino que los profesionales, en este caso los Arqueólogos una vez que estudian los restos que se han sustraído le determinan una cantidad específica. Posteriormente también deberán de valorar el daño en el Yacimiento producido por la sustracción, puesto que se indica que afectó a la muralla celtíbera situada en el Cerro de Castejón y a dos terrazas, y la pérdida de información provocada por dicha actividad, puesto que han impedido que los especialistas pudieran hacer un estudio mayor de los pueblos asentados en esa época. En resumen, habrá que añadir a dicha tasación, el valor histórico, cultural, arqueológico y científico, el cual es de carácter excepcional.

También indicar que el término municipal Aranda del Moncayo, estaba declarado como Bien de Interés Cultural, en la categoría de Zona Arqueológica desde el día 16/04/2016, y con anterioridad a esta fecha también formaba parte del Sistema de Información del Patrimonio Cultural Aragonés, siendo tal relevancia, que le hacía ser el más importante de entre los 57 Yacimientos que recogía el documento. Teóricamente, se podía hablar de tres categorías de clasificación del Yacimiento, en este caso, nos encontramos con la primera de ellas, la que goza de mayor protección por su excepcionalidad e importancia, aunque la protección que ofrece nuestro Código Penal, otorgada por la CE, obliga a que se proteja tanto a aquellos bienes declarados como Bienes de Interés Cultural u otra clasificación, como a aquellos que por su

baja notoriedad o desconocimiento no se encuentren nombrados como tal. Destacar, que tal que esto era conocido por los alrededores y naturales del lugar, no cabía lugar a que los acusados desconocieran que su actividad podía ser ilícita puesto que ya estaba establecida dicha zona con un carácter diferenciador de cualquier otro municipio.

Anteriormente se hizo referencia que la forma de medir el terreno en el ámbito arqueológico en Arqueología era en metros cúbicos, y así viene referido en la sentencia, haciéndose mención: *“a la destrucción de 637, 45 metros cuadrados a través de la rotura de las bases de un muro de la antiquísima ciudad, rotura de parámetros de adobe, pavimentos y enlosados; removiendo 371,53 metros cúbicos de sedimento y 39,50 metros cúbicos de niveles arqueológicos. Provocó alteraciones graves que fueron desde 50 cm de espesor, meramente superficial, hasta excavaciones de un metro de espesor. He aquí donde se hace referencia a una nueva valoración, distinta de la anterior que solo se refería a los objetos materiales, la tasación nueva, realizada por dos peritos arqueológicos, fue de una cantidad de 106.825,50 euros, es por los daños producidos al Yacimiento Arqueológico de la necrópolis de Aratikos”*.

Por último, el Tribunal decide al acusado condenarlo como el autor responsable de todos los actos que hemos descrito, siendo, un delito continuado de daños materiales intencionados sobre el Yacimiento Arqueológico, estando dicho delito tipificado en el artículo 323 del Código Penal, en concurso medial con un delito continuado de hurto agravado del artículo 235.1 (lo cual no es objeto de estudio en dicho apartado), también estará obligado al pago de la cantidad de 106.825 euros al Estado Español y a la Comunidad Autónoma de Aragón, por todos los daños que provocó intencionadamente y finalmente también al decomiso de todos los efectos arqueológicos intervenidos, junto con los detectores de metales incautados y el microscopio¹⁸.

• Juzgado de lo Penal de Huesca, Sentencia 255/2016 de 9 de noviembre. JUR\2016\243967.

Procedemos al estudio de otra Sentencia, en la que nos volvemos a centrar en el estudio de la valoración del Patrimonio en virtud de la sustracción en cuestión o del daño producido. Esta trata sobre los daños en los daños en la Cueva de Chaves, Yacimiento Arqueológico, provocado por el arrasamiento y destrucción de la totalidad de los niveles arqueológicos de la

¹⁸ Según los artículos 109.1º, 110.1º y 111 del Código Penal procederá: *“restituir tanto al Estado Español como a la Comunidad Autónoma de Aragón todos los efectos arqueológicos incautados. Dicha restitución conjunta, se debe a que el Estado Español tiene competencia exclusiva en la Defensa del Patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y expoliación, sin perjuicio de la gestión cedida a las Comunidades Autónomas”*.

edad neolítica, a consecuencia de una excavación y extracción de sedimentos en su interior. Aquí, la acusación la forma el Gobierno de Aragón, Ecologistas en Acción-O.N.S.O.¹⁹ y APUDEPA²⁰. Siendo los acusados: Silvio y como responsables solidarios, Mapfre Empresas, S.A; Fimbas S.A; Ferpi Transportes y Obras, S.A. Por tanto, la figura que analizaremos en la de Silvio, que es el que realmente comete el delito de daños objeto de estudio del artículo 323 del Código Penal.

Este párrafo tratará de explicar la calificación de La Cueva de Chaves, lugar donde se provoca el daño, se encuentra en la finca Bastarás, en el término municipal de Casbas (Huesca), de dicha finca es propietaria la sociedad de Fimbas S.A., posteriormente el 31 de agosto de 2006, se suscribieron 140.000 acciones por parte de Maderas Bodelón, S.L, siendo nombrado como Administrador Único, Silvio, el acusado. La Cueva tenía una superficie de 3.300 metros cuadrados aproximadamente, albergando un Yacimiento Arqueológico de los más importantes asentamientos neolíticos de la Península Ibérica. A diferencia de la Sentencia anteriormente analizada, dicho bien no había sido declarado de forma expresa como Bien de Interés Cultural, pero si se encontraba dentro del entorno de protección de las Cuevas de Solencio I, II, III, las cuales, si estaban declaradas como tal por las manifestaciones de pinturas rupestres, y según las coordenadas y planos aportados en el juicio, las Cuevas de Chaves pertenecían a estas otras. Añadiendo que se encontraron cantos rodados pintados de la misma forma en ambos lugares, concluyendo que podían haber sido los mismos autores y por tanto ostentaban la misma importancia, así, un Arqueólogo de la Dirección General del Patrimonio Cultural estableció que la Cueva de Chaves pasaba desde ese momento a formar parte a la calificación como Bien de Interés Cultural bajo la misma Orden²¹ que protegía a los abrigos de Solencio I, II y III. También se encuentra protegida por la UNESCO dado que todo arte rupestre del mediterráneo se encuentra catalogada por dicho organismo como Patrimonio de la Humanidad, según un Arqueólogo de la Dirección General de Patrimonio Cultural y por la Arqueóloga Jefa de Servicio de Protección de Patrimonio de la Diputación General de Aragón. Más muestras de

¹⁹ Ecologistas en acción es una confederación de más de grupos ecologistas, dedicada a la realización de campañas de sensibilización o denuncias públicas o legales.

²⁰ Son las siglas que corresponden a la organización sin ánimo de lucro: Asociación Pública para la Defensa del Patrimonio Aragonés.

²¹ Orden de 6 de octubre de 2003, del Departamento de Educación, Cultura y Deporte de la Diputación General de Aragón, por la que se declara de forma expresa como Bien de Interés Cultural a las Cuevas de Solencio I, II y III.

protección sería la inclusión en el Parque Natural de la Sierra y Cañones de Guara²², la pertenencia en la Carta Arqueológica de Aragón y, por último, aunque no de forma específica, en la Ley 3/99, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés²³.

En cuanto a los hechos que provocaron el daño, en octubre de 2007, Silvio ordenó unas obras en el interior de la Cueva, consistente en el vaciado de sus losas y sedimentos, con el fin de nivelar el suelo de esta y colocar comederos y abrevaderos para la cría de cabras, y con el material extraído aprovecharlo para la construcción de un dique de contención de aguas. Estas se hicieron sin la presencia de ningún Arqueólogo, y fueron extraídos alrededor de 2.243,268 metros cúbicos de sedimentos, de entre 3 y 4 metros de profundidad. De la totalidad de sedimentos en torno a la mitad, unos 1.017,400 metros cúbicos fueron considerados sedimentos arqueológicos, los cuales fueron valorados por informes periciales por un valor total de 14.311.640,86 euros. A diferencia de la STC anterior, el valor en este caso no viene dividido en cuanto al valor del sedimento o bien material y por otro lado el daño al lugar donde se encontraban, sino que este engloba todo: los sedimentos arqueológicos dañados, el coste de información perdida y el coste de actuaciones de reparación o de restauración.

Se hace referencia también a otros informes periciales que pueden complementar la información de párrafo anterior, en cuanto a la valoración de los daños ocasionados en el Yacimiento. El director de las excavaciones arqueológicas en la Cueva de Chaves valoró el daño en: *“50.981.610 euros (15.981,70/metro cuadrado), siendo la superficie total de 3.300 metros cuadrados, al valor indicado se le ha restado 1.757.986 euros, por pertenecer a otros sectores que ya habían sido excavados”*. Este informe se puede considerar insuficiente, por tanto, tiene más credibilidad el del Arqueólogo de la Dirección General de Patrimonio Cultural de la Diputación General de Aragón, puesto que tiene mayor precisión a la hora de valorar los sedimentos arqueológicos extraídos, más que los metros cuadrados de superficie, puesto que no todos estos tienen porque ser considerados como Yacimiento arqueológico. El estudio, lo llevo a cabo con una topografía con scanner 3D de alta precisión milimétrica, permitiéndole una reconstrucción de la Cueva, concluyendo así que fueron evacuados 1.017,400 metros cúbicos

²² Según la Ley 14/90 de 27 de diciembre, por la que se declaró el Parque Natural de la Sierra y Cañones de Guerra y el Decreto 164/1997, de 23 de septiembre, por el que se aprobó el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque.

²³ La ley dice así en su artículo 12.2 B) e): *“se considerará Bien de Interés Cultural las zonas arqueológicas, donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido extraídos o no, tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo la superficie de las aguas”*.

de sedimentos arqueológicos, valorados por 14.311.640,86 euros, cantidades que se exponían en el párrafo anterior y que por tanto fueron los que prevalecieron frente al primer informe pericial. Frente a estos, provenientes de la parte acusadora, la parte acusada, a través de los peritos de la defensa, fijaron una cantidad de 810.138,18 euros, infravalorando el valor del Patrimonio y además sin valorar muchas de las piezas y tomando como referencia páginas web como eBay, lo cual carecía de seriedad y, por tanto, no era vinculante.

A modo de conclusión de dicho apartado, vemos como en dos casos en los que el delito cometido es el mismo, daños al Patrimonio Arqueológico, la valoración de los daños por los informes periciales han sido totalmente tratadas de forma distinta la diferencia que se puede apreciar, a simple vista, son las cantidades, a pesar de que son diferentes superficies y cantidades de sedimentos arqueológicos, las proporciones no son iguales; la otra diferencia también de considerable importancia es la forma de valorar, mientras que en la primera se ha llevado a cabo una valoración desglosada, distinguiendo entre el pago por la extracción de los sedimentos y por otro lado por el daño provocado al lugar donde se encontraban, en la segunda, se ha hecho una valoración total incluyendo todo lo que era de especial relevancia.

1.2. NECESIDAD DE REFORMA Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA (REGULACIÓN DEL DELITO DESDE 1995 A LA REFORMA DE 2015)

La reforma llevada a cabo en 2015, ha sido muy requerida por la doctrina, a pesar de esto las consecuencias de la modificación no han sido del todo significativas. En lo que me concierne explicar, la novedad es en cuanto a la tipificación de los actos de expolio en yacimientos arqueológicos, terrestres y subacuáticos, junto a la regulación de los daños de estos mismos.

Art 323 [Daños en instituciones y bienes]	Art 323 [Delitos sobre el Patrimonio Histórico. Daños en bienes muebles e inmuebles]. Reformado por la Ley 1/2015.
Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos.	1. Será castigado con la pena de prisión de uno seis meses a tres años y o multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos. Con

<p>En este caso, los Jueces o Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.</p>	<p>la misma pena se castigarán los actos de expolio en estos últimos.</p> <p>2. Si se hubieran causado daños de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes de cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos.</p> <p>En fuera especialmente relevante, podrá imponerse la pena superior en grado a la señalada en el apartado anterior.</p> <p>3. En todos-este 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.</p>
---	---

Tabla de elaboración propia²⁴

En la elaboración del nuevo artículo además de la inclusión del expolio como nuevo delito tipificado y relacionado directamente con los Yacimientos Arqueológicos, también hay una supresión importante en cuanto al lugar donde se puede cometer dicho delito, dejando de ser esta esencial o un requisito a la hora de cometer el acto delictivo. Además, en el punto 2 del artículo se establece un tipo agravado, el cual no se considera con anterioridad. El punto 3, en cambio, sí que es similar al segundo párrafo del anterior artículo, con la única diferencia de que este se refiere tanto al tipo básico como al agravado a la hora de pedir la adopción de medidas para restaurar el bien dañado.

Por último, dejar indicado que el artículo 324 no ha sido modificado ni en su totalidad ni en parte, sino que pertenece tal cual se encontraba desde la última reforma puesta en vigor a la fecha de 1/10/2004.

²⁴ Recurso electrónico Aranzadi Instituciones, buscador legislación y comparativa de artículos en diferentes versiones de modificación.

2. PROTECCIÓN LEGISLATIVA DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO (ÁMBITO PENAL): EL DELITO DE DAÑOS EN BIENES DE VALOR CULTURAL (ART. 323 TRAS LA L.O 1/2015)

Se encuentra bajo la tutela “De los Delitos sobre el Patrimonio Histórico” en el Título XVI del Libro II del Código Penal, compuesto por los artículos que abarcan del 321 al 324.

2.1. TIPO OBJETIVO

2.1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Lo que se trata de proteger es el valor cultural de los bienes incluidos en el patrimonio histórico, en específico el arqueológico, ostentando el bien jurídico protegido de una naturaleza colectiva e inmaterial, relacionado además con el interés general, representando así a la sociedad en conjunto. Además, también se especifica que, en cuanto a los yacimientos arqueológicos, se consideraran típicos tanto si estos son terrestres o subacuáticos.

2.1.2. SUJETOS

El sujeto activo es de carácter genérico, es decir, puede cometer el delito cualquier persona física o jurídica, lo que lo hace un delito de carácter común²⁵. Dicha figura también podrá recaer en el propietario del bien protegido, puesto que este tiene una dimensión social, es decir, cualquier individuo tiene derecho a disfrutar del valor cultural, y por tanto se deberá garantizar la ausencia de injerencias provenientes de cualquier tipo de persona, carece pues de la característica de ajenidad²⁶ en su precepto. Por otra parte, la doctrina, en minoría, considera que el propietario no podrá ser sujeto activo, para eso se basa en el término cultural que se introduce en el delito regulado en el artículo 289 de Código Penal²⁷, dando lugar a un concurso de delitos entre ambos artículos. La primera parte de la doctrina, encuentra apoyo en el artículo 46 de la CE, el cual establece de nuevo que puede ser así sujeto activo cualquiera que tenga relación con el objeto material, o una persona ajena a esta. El objetivo principal se resume en

²⁵ Martínez-Buján Pérez, C, (2015), *Derecho penal económico y de la empresa: Parte especial*. P. 816, 5ª ed, Valencia, Tirant lo Blanch.

²⁶ Guisasola Lerma, C (2001): *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 323 a 324 del Código penal*, pp. 657-659, Valencia: “quien daña sus bienes, los cuales ostenten un valor histórico, con el fin de cobrar un seguro indemnizatorio o evitar la expropiación de un terreno”.

²⁷ Muñoz Conde, F, (2017), *Derecho Penal. Parte Especial* Pp. 507, Valencia, Tirant lo Blanch, 21º Ed, menciona el artículo 289: “El que por cualquier medio destruyera, inutilizara o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad, será castigado con la prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses”.

proteger de cualquier persona al patrimonio, convirtiéndose en una materia con una gran cobertura y que no deja lugar a ningún daño excluido del artículo 323.

La definición de sujeto pasivo determina que es el titular del bien jurídico protegido y al ser un bien protegido de dimensión colectiva y social, este se compone por toda la sociedad en su conjunto, siendo esta beneficiaria de una función socio-cultural proveniente de estos bienes.

2.1.3. CONDUCTA TÍPICA

La conducta o acción típica se encuentra regulada en el artículo 321. 1, de un modo amplio, como la realización de cualquier actividad que consista en la acción “dañar”. Existe una carencia referente a la ausencia de definición legal de daños²⁸, teniendo que solventar esta situación la doctrina, sin llegar a una opinión unánime en cuanto al alcance del daño, siendo una lesión perjuicio o si se incluye también toda acción que inutilice la cosa o prive al sujeto pasivo de su uso. Esto ha tenido que solventarlo la doctrina, sin existir unanimidad en cuanto a si el tipo de daños se tiene que entender como una lesión o perjuicio en la materia de la cosa o entenderlo como aquella acción consistente en inutilizar la cosa o privar de la capacidad de uso, sin existencia de una depreciación física del bien²⁹. Esta discusión se fundamenta en tres aspectos básicos, según Almansa Sánchez, J:

“1. La conducta típica consistirá exclusivamente en la destrucción o deterioro del objeto material o también si se realiza la destrucción o deterioro del valor de uso o destino de la cosa. La doctrina mayoritaria, sostiene que el delito de daños al Patrimonio Arqueológico no requiere un perjuicio patrimonial, sino que es suficiente la destrucción, deterioro o inutilización sobre la que recae la acción, lo cual podrá llevarse a cabo por cualquier medio que provoque un daño. 2. Si es necesario causar un perjuicio patrimonial al sujeto pasivo o no. 3. Exigencia o no de un elemento subjetivo distinto al dolo.”

²⁸ Según García Calderón, J. M (2007), *La Protección penal del Patrimonio Arqueológico*, pp. 424: “el daño no tiene por qué ser estrictamente físico o material, que suponga una merma de su sustancia pudiendo, por ejemplo, en consonancia con el concepto normativo de patrimonio, irrogarse un daño social impidiendo que el bien afectado pueda ser visionado o disfrutado por la colectividad”.

²⁹ Almansa Sánchez, J, (2018) *El expoliar se va a acabar uso de detectores de metales y arqueología: sanciones administrativas y penales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1ª ed.

Tras la reforma operada por la LO 1/2015 del Código penal, se añade la conducta que consiste en el expolio³⁰ de yacimientos arqueológicos. En este se incluyen las conductas que no se puedan considerar como daños en un sentido estricto, en cambio no se protegen por este precepto las apropiaciones indebidas o sustracciones, puesto que estas figuras tienen su protección en los artículos 235.1. 1º, 240.2 y 254.1, respectivamente. Son ejemplos de expolio las excavaciones ilegales o la perpetuación de actos vandálicos en yacimientos, entre otras³¹.

2.1.3.1. COMISIÓN POR OMISIÓN

La comisión por omisión³² se da en aquellos casos en los que no evitar un resultado equivale a la realización de este, según lo establezca la Ley. Los sujetos que activos o serán aquellos que tengan un cargo especial, que le otorgue un deber jurídico de evitar que se produzca el resultado, es decir, se encuentra en posición de garante, cuya responsabilidad, puede provenir tanto de lo previsto en la ley, contrato o por la injerencia o actuar precedente.

Si la responsabilidad otorgada al sujeto activo es proveniente de un deber legal que le obliga a actuar, puede haberse establecido tanto en normas estatales como autonómicas, ambas con la misma imperatividad. Tampoco se hace distinción de si se establece en normas administrativas o incluso en otras de menor rango, mientras que el fin de estas sea proteger el patrimonio cultural, así como establecer unos deberes de conservación, mantenimiento y custodia³³.

³⁰ Así define “expolio” el artículo 4 de la Ley de Patrimonio Histórico Español: “*toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el patrimonio histórico español o que perturbe el cumplimiento de su función social*”.

³¹ Muñoz Conde, F, (2017) *Derecho Penal. Parte especial*, p. 507, Valencia, Tirant lo Blanch, 21º Ed.

³² Véase el artículo 11 del Código Penal: “*Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*”.

³³ Véase el artículo 36.1 de la LPHE: “*Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes*”

La LPHE extiende su cobertura, pues no solo se encargará la Administración del Estado³⁴ de la supervisión, sino que también estarán obligados los Ayuntamientos³⁵, con un deber de custodia y de cooperación con el resto de organismos competentes³⁶.

Si la posición de garante, se establece por un contrato u obligación contractual, es a través de firmar un compromiso, como ejemplo nos encontramos al vigilante de seguridad calificándolo el Código Penal como una obligación contractual. Esta situación viene dada cuando la obligación de evitar el resultado viene dada tras el compromiso firmado en un contrato. Será, por ejemplo, el caso de un vigilante de seguridad el cual será retribuido en función de que lleve a cabo actividades de cuidado y conservación del objeto protegido.

En el último de los casos se encuentra la comisión por omisión proveniente por la injerencia o un actuar precedente causante de un peligro de lesión del bien jurídico, esa lesión responde igual que si hubiese sido causada mediante una acción, si más tarde se omite el resultado al que ha llevado esa actuación previa.

Si esto se traspa al caso específico del delito que se está estudiando, añadir que la acción típica será dañar un bien con interés cultural, el cual puede ser destruido, deteriorado o

³⁴ Véase el artículo 2.1 de la LPHE: “Sin perjuicio de las competencias que correspondan a los demás poderes públicos, son deberes y atribuciones esenciales de la Administración del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 46 y 44, 149.1.1, y 149.2 de la Constitución, garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes comprendidos en él. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1, 28, de la Constitución, la Administración del Estado protegerá dichos bienes frente a la exportación ilícita y la expoliación”.

³⁵ Véase el artículo 7 de la LPHE: “Los Ayuntamientos cooperarán con los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley en la conservación y custodia del Patrimonio Histórico Español comprendido en su término municipal, adoptando las medidas oportunas para evitar su deterioro, pérdida o destrucción. Notificarán a la Administración competente cualquier amenaza, daño o perturbación de su función social que tales bienes sufran, así como las dificultades y necesidades que tengan para el cuidado de estos bienes. Ejercerán asimismo las demás funciones que tengan expresamente atribuidas en virtud de esta Ley”.

³⁶ Así hace también referencia el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), en el Recurso de casación número 3620/2005, de 17 de febrero de 2010, RJ 2010/1525: “Los ayuntamientos cooperarán con los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley en la conservación y custodia del Patrimonio Histórico Español comprendido en su término municipal, adoptando las medidas oportunas para evitar su deterioro, pérdida o destrucción. Notificaran a la Administración competente, cualquier amenaza, daño o perturbación de su función social que tales bienes sufran, así como las dificultades y necesidades que tenga para el cuidado de estos bienes. Ejercerán asimismo las demás funciones que tengan expresamente atribuidas en virtud de esta Ley”.

inutilizado, debido a la no realización de una actividad, es decir, se lleva a cabo una omisión de la conducta debida.

El delito tipificado en el artículo 323 se concibe como delito de resultado, consecuentemente se admiten las formas imperfectas de ejecución, resultando otro motivo que posibilite la comisión por omisión³⁷. Habrá que entender como delito de resultado a la producción de un efecto en el mundo exterior, pudiendo apreciar la diferencia espacio-tiempo de la acción.

No será suficiente aquella acción que no consiga destruir, deteriorar o inutilizar el bien protegido, es decir, habrá que darse una pérdida o minoración del valor cultural y como consecuencia una imposibilidad o grave perturbación en el ejercicio de la función social-cultural. El resultado coincide con la desvalorización o la lesión del yacimiento arqueológico.

La figura descrita en este apartado, la comisión por omisión, se encuentra tácitamente regulada, puesto que al no hacer referencia a la prohibición de esta se entiende que el sentido del artículo es ofrecer una protección completa, tanto para las figuras activas como pasivas.

A modo de ejemplo se encuentra una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid³⁸, en la cual finalmente es inexistente la comisión por omisión, pero que se acusaba en un principio por no adaptar medidas en las que se evitase el derribo de una finca cuya propiedad era del Ayuntamiento. De esta se puede extraer de entre otras la siguiente reflexión relacionada y a modo de resumen de los párrafos anteriores de dicho apartado: *“el artículo 11 CP solo es aplicable al delito de daños cuando éstos se causan por un sujeto activo y el autor por omisión vulnera su deber legal o contractual de actuar o cuando se haya creado por el autor una situación de riesgo para los bienes por una acción u omisión precedente”*. En la misma línea se encuentra otra sentencia del Juzgado de lo Penal número 1 de Oviedo³⁹, en la que finalmente también se niega la comisión por omisión.

2.1.4. OBJETO MATERIAL: EL YACIMIENTO ARQUEOLÓGICO

Este apartado es uno de los que mayor cambio ha sufrido tras la reforma del artículo 323 del Código Penal, puesto que la anterior regulación dirigía el castigo de los daños causados en

³⁷ Salinero Alonso, C, (1997), *La protección del Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995*, p. 313 Barcelona, Cedecs Editorial.

³⁸ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30ª), auto número 918/2016 de 24 de octubre, JUR 2016/276637.

³⁹ Juzgado de lo Penal número 1 de Oviedo, sentencia número 61/2018 de 1 de marzo, JUR 2018/57795:” *Se niega finalmente un delito cometido por omisión por parte de los administradores solidarios y socios de la empresa encargada de proteger el edificio, en su propiedad”*

“un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos” siendo suprimida en la nueva redacción, dando toda la importancia al valor cultural de los mismos sin dedicar importancia al lugar donde se encuentre.

Desde mi punto de vista resulta de gran acierto haber suprimido la dualidad proveniente por los dos delitos tipificados, daños a los bienes que se encuentren en un lugar específico y daños a los bienes que ostenten de un interés histórico-cultural, dando así a la redacción del artículo, al igual es la opinión de la doctrina mayoritaria, la cual pedía la reforma y tras esta se encuentran más atraídos por ella⁴⁰.

En el párrafo primero del artículo se castiga todo daño causado a “*bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos*”, sin hacer distinción alguna entre bienes muebles o inmuebles, lo que nos lleva a una inclusión tácita de ambas categorías, si hay que destacar que cuando se menciona el valor monumental, este solo es de aplicación a los bienes inmuebles, tal y como lo establece la LPHE, pero el resto se podrá aplicar a ambas calificaciones, pues tanto una obra pictórica como los restos de una necrópolis antigua pueden tener un valor histórico relevante. Esto se puede aplicar de forma análoga al artículo 324,

Los yacimientos arqueológicos son considerados bienes inmuebles protegidos a pesar de no ser bienes muebles, puesto que tal y como se ha referido en el párrafo anterior la protección se extiende para ambos tipos. En los artículos 14 y 15 de la LPHE se enumeran que bienes tendrán la consideración de inmuebles, estos serán los definidos en los artículos 334 del Código Civil, junto con monumentos, jardines, parajes naturales o zonas arqueológicas.

Hasta 2015, la consideración de que los yacimientos arqueológicos protegidos eran tanto terrestres como subacuáticos era más bien una suposición o una norma tácita, fue con la llegada de la reforma y la inclusión de ambos términos en la redacción del artículo cuando ha quedado claro que son objeto de protección ambos y sin distinción ninguna. Dicha necesidad era requerida tanto por la doctrina como por otras fuentes como las previsiones establecidas en la

⁴⁰ De La Cuesta Aguado, P.M (2015), “La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico. El delito de expolio”, en Quintero Olivares, G, *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Pp. 647, Pamplona, Aranzadi, 1. Ed. Señale que: “Esta nueva redacción merece una valoración positiva ya que la redacción original es excesivamente amplia; incluía objetos difícilmente equiparables y originaba dudas interpretativas que habían llevado a la Doctrina a reclamar una interpretación muy estricta que permitiera excluir los daños menores originados en los inmuebles o cuando tuvieran relevancia alguna desde una interpretación teleológica”.

Convención de la UNESCO para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático (París, 2001), la cual entró en vigor en España en enero de 2009⁴¹, aunque esta no lo pidió de forma expresa sí que se atendió a su razonamiento para llevar a cabo la inclusión de ambos términos, ofreciendo una mayor protección al yacimiento arqueológico.

Aunque lo más común es cometer delitos sobre el patrimonio arqueológico terrestre, existen sentencias que condenan por un delito de daños a aquel de carácter submarino, así se puede encontrar el auto proveniente de la Audiencia Provincial de Girona, el cual analiza la extracción de ánforas antiguas de un yacimiento submarino⁴². Finalmente, este no castiga con el delito del artículo 323, pero los motivos son ajenos a lo que suscitamos en este apartado, y no impiden ni niegan la existencia del patrimonio submarino. La negativa proviene de que las ánforas fueron colocadas con el fin de parecer antiguas, pero realmente tras un estudio profesional se determinaron como modernas, aún así esta sentencia sirve para ver que antes de la reforma del precepto penal ya se incluía el patrimonio submarino como modalidad del yacimiento arqueológico, tal y como se exponía teóricamente en los párrafos anteriores.

Por último, concretar un poco en cuanto al yacimiento arqueológico⁴³, como objeto material del delito, este se identifica con los lugares o asentamientos en los que hay una concentración de restos arqueológicos de diferentes tipos, como utensilios, cerámicas, pinturas, huesos, ... con un valor histórico inestimable. Así, el artículo 323 del Código Penal determina que se produzcan pérdidas lo suficientemente significativas como para minorar los elementos de conocimiento relativos a la manera de ser, actuar o expresarse nuestros antepasados y por tanto limiten también la información que nosotros podíamos haber extraído. Así la Audiencia

⁴¹ Define así al patrimonio cultural subacuático en el artículo 1: *“serán todos los rastros de existencia humano que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años, tales como:*

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

⁴² Audiencia Provincial de Girona (Sección 4ª), Auto numero 490/2009 de 13 de noviembre, JUR 2010/44532.

⁴³ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, será un yacimiento es: *“1. Sitio donde se halla naturalmente una roca, un mineral o un fósil. 2. Lugar donde se hallan restos arqueológicos”*; en cuanto a la definición de arqueológico: *“1. Perteneciente o relativo a la arqueología. 2. Antiguo, perteneciente a un pasado remoto”. Y, por último, la definición de arqueología: “1. Ciencia que estudia las artes, los monumentos y los objetos de la antigüedad, especialmente a través de sus restos”*.

Provincial de Málaga, dicta en una de sus sentencias que se causa un daño en el yacimiento arqueológico, provocado por la fractura de cerámicas al realizar 35 agujeros con detectores de metales y además hace referencia a las pérdidas de información generales provocadas por ese daño⁴⁴.

2.2. TIPO SUBJETIVO

2.2.1. DOLO

El artículo 323 del Código Penal configura un hecho delictivo de carácter doloso, castigando los daños que intencionadamente se hagan. Para la existencia de este debe existir un conocimiento por parte del sujeto activo de que daño que se está cometiendo está tipificado como delito, puesto que sino es inexistente la voluntad de dañar.

Además del dolo directo, también podemos hablar de una relación con el dolo indirecto o eventual, el cual depende de la intensidad volitiva, dándose lugar a este cuando sean probables las consecuencias antijurídicas después de la actuación del autor. No existen obstáculos para el dolo eventual en la redacción del artículo, puesto que no hay expresiones que lo impidan, como pueden ser aquellas como: a sabiendas, intencionadamente o maliciosamente. Estas por lo general son formas de limitar el dolo al directo de primer grado y al mediato⁴⁵.

Hacer un inciso, en el que aclarar que el mismo dolo que se exige al delito de daños, será exigido para el delito de expolio, teniendo en cuenta que, aunque sea necesaria en ambos casos

⁴⁴ En su sentencia número 454/2009 de 21 de julio, ARP 2011/599, la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 1ª) dice así: “... accedieron al interior del recinto vallado, donde empleando detectores de metales y otras herramientas o utensilios para desenterrar los objetos, realizaron unos 35 agujeros en el terreno, acción de expoliación en la que llegaron a fracturar cerámicas de épocas ibérica y romana, así como a provocar afecciones a las estructuras arqueológicas emergentes y pérdidas de información en general”.

⁴⁵ El Juzgado de lo Penal número 14 de Madrid, en su sentencia de 27 de abril de 2004, ARP 2004/190 dice lo siguiente en cuanto a la distinción entre dolo directo, indirecto y eventual: “uno es el dolo directo, es decir, el autor de un hecho quiere la producción de tal hecho, el resultado que va a producir y hace todo lo posible por conseguirlo. En segundo lugar, el dolo indirecto o de consecuencias necesarias en el que el sujeto activo a buscando un resultado, pero indefectiblemente unido a tal resultado va unido otro y así lo sabe perfectamente quien actúa y no obstante lo lleva a cabo (por ejemplo, quien quiere hundir un barco en alta mar para cobrar el seguro y coloca una bomba de relojería en la bodega de la nave, sabiendo que al explotar la bomba habrá muertos y no obstante sigue adelante). La tercera modalidad, la de más difícil encaje, es la del dolo eventual. En este caso el autor del hecho conoce o se representa como probable resultado y aun cuando con su acción directamente no quiere la producción de ese resultado, asume, consiente, acepta el resultado probable de su acción, admite que eventualmente pueda producirse con probabilidad el resultado y no obstante actúa”.

la intencionalidad, en el delito de expolio se necesitará un dolo por sustraer piezas u objetos arqueológicos, en sustitución del que se limita al daño o inutilización del bien.

A modo de completar este apartado añadir información de algunas sentencias:

- Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2º), sentencia número 84/2007 de 4 de diciembre, ARP 2008/167, en la que se relata la excavación, con ayuda de un detector de metales, de una necrópolis romana y otra visigoda, en esta se declara un ánimo de lucro, por ausencia de ser un hallazgo casual.

- Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1ª), sentencia número 78/2017, JUR 2017/195544, en la que se estudia la existencia de boquetes y remociones del terreno de entre 10 y 20 centímetros de profundidad provocando daños en la reserva arqueológica romana/medieval conocida como Casas de Villalba, se estableció por su forma de actuar que eran conocedores de la zona y que iban buscando restos arqueológicos, así establece la sentencia que el tipo penal de la actuación es doloso, sin existir razones por las que excluir el dolo eventual, textualmente se refiere así: *“En efecto, el cúmulo de indicios recogidos por el Juzgador de Instancia y anteriormente reseñado (presencia en el lugar de los hechos portando un detector de metales y otros utensilios para la recogida de efectos, a una hora inusual, abandonando inmediatamente el lugar de los hechos tras percibir la presencia de la Guardia Civil, testigos y dejar restos de agujeros o catas realizadas en la zona), constituye un conjunto que si bien aisladamente podría dar lugar a diferentes interpretaciones, pero en su conjunto no cabe duda, que el acusado realizó su conducta con la mente puesta en que estaba en un yacimiento y para ver lo que se podía encontrar. Es decir, que conocía más allá de cualquier duda razonable que estaba causando daños en un yacimiento, por lo que por este particular procede la desestimación del recurso de apelación”*.

2.2.2. ERROR

Viene dado cuando el sujeto activo daña un yacimiento arqueológico desconociendo que tiene cierto valor, no será válido en los casos en que este tenga un carácter notorio, y el resto de la población sepa de su interés e importancia.

La responsabilidad penal vendrá excluida en los casos en que el error de tipo, conforme al artículo 14.1 del Código Penal, sea invencible⁴⁶. Por lo contrario, si este es vencible, se

⁴⁶ Artículo 14 del Código Penal: *“1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud*

aplicará el tipo imprudente regulado en el artículo 324 del mismo Código, desarrollado en apartados posteriores. Los Juzgados, utilizan este último tipo de error para así atenuar la pena en las vías de recurso, considerando que se había dado una respuesta penal excesiva, escudándose en factores como puedan ser la falta de señalización de que el bien jurídico protegido era un yacimiento arqueológico o zona monumental y también proveniente de la falta de implicación por parte de las Administraciones locales y cultural⁴⁷.

Mencionar también el error inverso, dado por la acción de daño a un objeto ajeno, estando el sujeto activo equivocadamente convencido de que este se trata de un yacimiento arqueológico con valor cultural o histórico⁴⁸, aplicándose en defecto del 323⁴⁹ el artículo 363.

Como ejemplo de actuación del error con respecto a los bienes objeto de protección, añadir la siguiente sentencia, aunque no sea de aplicación a un yacimiento arqueológico sino a una escultura, pero es bastante significativa:

- Juzgado de lo Penal número 14 de Madrid, sentencia de 27 de abril de 2004, ARP 2004/190. Se estudiar los daños provocados por imprudencia grave o actuación negligente, al apoyarse el acusado en la estatua “Cibeles” rompiendo uno de sus brazos, no se podrá imputar por dolo directo ni eventual, puesto que esta no fue la intención del acusado, a pesar de ser previsible. Para justificar la imprudencia uno de los fragmentos dice así: “*no consta acreditado*

del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

⁴⁷ Expuesto así por García Calderón, J.M: *Los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español. Los daños dolosos a los bienes culturales*, en Morillas Cueva, L: *Comentarios al Código Penal Reformado*, p. 751, Madrid.

⁴⁸ Renart García, F (2002), *El delito de daños al patrimonio cultural español. Análisis del art. 323 del Código Penal de 1995*, Granada

⁴⁹ Artículo 263 del Código Penal: “1. *El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño. Si la cuantía del daño causado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses. 2. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que causare daños expresados en el apartado anterior, si concurriere algo de los supuestos siguientes: 1º Que se realicen para impedir el libre ejercicio de la autoridad o como consecuencia de acciones ejecutadas en el ejercicio de sus funciones, bien se cometiere el delito contra funciones públicos, bien contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las Leyes o disposiciones generales. 2º Que se cause por cualquier medio, infección o contagio de ganado. 3º Que se empleen sustancias venenosas o corrosivas. 4º Que afectes a bienes de dominio o uso publico o comunal. 5º Que arruinen al perjudicado o se le coloque en grave situación económica. 6º Se hayan ocasionado daños en especial gravedad o afectado a los intereses generales.”*

que el acusado se hubiera representado como probable el resultado. Es desde luego muy difícil saber “a posteriori”, cual era en verdad el pensamiento del acusado en el momento de subirse a la estatua y para ello hemos de acudir a la intuición, sino a las reglas de la lógica inferidas por los datos objetivos con los que contamos. El propio acusado manifestó de forma expresa que bajo ningún concepto se figuró que la estatua podría romperse y para justificarlo acudió a una frase muy significativa refiriéndose más o menos literalmente que los jugadores del Real Madrid habían estado encima del monumento y éste no se había roto”. Junto a esta, otras justificaciones que niegan la existencia de dolo en el daño.

• Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª), sentencia número 173/2007 de 15 de mayo, JUR 2007/288502, por la que se condena por unas obras de excavación en un terreno en el que se encontraba un yacimiento arqueológico, catalogado como tal en la Carta Arqueológica de Cantabria, los hechos se calificaron como cometidos por imprudencia grave.

2.2.3. DELITO DE EXPOLIO

Delito incorporado tras la reforma, proveniente por una propuesta por parte del Consejo Fiscal, en un informe de carácter no vinculante, en el cual se enumeraban unas series de actuaciones llevadas a cabo con el objetivo de frenar el comercio ilícito de bienes que procedan de yacimientos arqueológicos. Localizado en el segundo inciso del nº1 del artículo 323⁵⁰.

No existe norma penal que defina tal concepto, por tanto, hay que acudir a la legislación administrativa, de nuevo a la LPHE en su artículo 4⁵¹. Esta carencia penal, hace que en ocasiones existan problemas interpretativos en cuanto que se considera expolio y que no, para eso habrá que atender a la jurisprudencia administrativa.

Para la consumación del delito el sujeto ha de tener disponibilidad de la cosa, este se clasifica como delito de apoderamiento, cuya principal distinción del tipo común es que el objeto material pertenece a un yacimiento arqueológico.

En cuanto a este tipo de delito encontramos por ejemplo la sentencia número 94/2019 por parte de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), en el 5 de abril, ARP 2020/144, relata

⁵⁰ Según la Dirección de la Real Academia Española: “desojar algo o alguien con violencia o con iniquidad.” Se entiende por iniquidad, maldad o injusticia.

⁵¹ Artículo 4 LPHE: “es toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social”.

el expolio de pecios⁵² y tomando monedas de oro que sacaban de las botellas de oxígeno trucadas.

2.3. TIPO AGRAVADO (ART. 323.2 CP)

Se presenta como un precepto novedoso tras la reforma, tiene objetivo un mayor castigo en aquellos daños que revistan de una gravedad especial, o que el objeto de protección sea que especialmente relevante, haciendo así una distinción entre por ejemplo aquellos bienes catalogados como Bienes de Interés Cultural o cualquier otro Inventario, tanto de carácter estatal como autonómico, y los que no se encuentran inventariados⁵³.

La pena se amplía en un grado superior, siempre y cuando se cumpla uno de los dos requisitos, en cuanto a la gravedad especial, esta es más difícil de valorar puesto que depende de la opinión y estudio de los informes arqueológicos realizados por los profesionales en la materia⁵⁴.

2.4. REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO Y DISPOSICIONES COMUNES.

Esta previsión no es común y solo se establece para el tipo doloso de daños al yacimiento arqueológico, consistente en la actuación por la que el juez tendrá que adoptar medidas con el fin de restaurar daño causado.

Aparece en el artículo el matiz “en lo posible”, lo cual da flexibilidad al artículo, y además solo hace mención a la acción de restaurar, frente al artículo 321, que regula además la reconstrucción del bien.

Cuando esta actuación no se haga bajo el mandato del juez, sino que se haga por voluntad del actor del delito, provocará una rebaja en la pena prevista, llegando a poder ser un grado inferior.⁵⁵

⁵² Pecio, según Oxford Languages: *“pedazo o resto de una nave que ha naufragado o porción de lo que ella contiene”*

⁵³ Artículo 323.2 del Código Penal: *“si se hubieren causado daños de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante, podrá imponerse la pena superior en grado a la señalada en el apartado anterior”*.

⁵⁴ STS de 25 de mayo de 2004, la cual afirma en cuanto a la alteración grave del artículo 321 del Código Penal lo siguiente: *“tal gravedad debe de interpretarse tanto en sentido cuantitativo, como en sentido cualitativamente relevante en cuanto a la finalidad que esta norma penal tiene, la protección del interés histórico o cultural”*.

⁵⁵ Similar a la situación derivada del precepto general en el artículo 21. 5º del Código Penal: *“Son circunstancias atenuantes: 5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”*. La distinción principal entre la rebaja de pena por restauración del patrimonio histórico y el atenuante de este artículo

Esta misma actuación, si se lleva a cabo de forma voluntaria gozará de una atenuación de la pena prevista en el artículo 340 del Código Penal, se impondrá así la pena inferior en grado.

2.5. DELITOS LEVES

Con la reforma provocada por la L.O 1/2015 se acordó la supresión de la categoría de falta siendo actualmente denominado delito leve. Quedando así la clasificación de las infracciones penales: delitos graves, menos graves o tipo básico y leves.

Esto conlleva que haya desaparecido el delito de falta de daños para aquellos bienes con un escaso valor cultural, tal y como lo establecía el artículo 625. 2 y también el delito de deslucimiento de bienes muebles e inmuebles del artículo 626 del Código Penal.

2.6. REFERENCIA A LOS GRAFITIS

Actualmente es un tema de gran relevancia y por eso la adición de este apartado. Cada vez se dan con mayor frecuencia vandálicos en monumentos, lugares históricos, conjuntos monumentales de gran valor cultural o yacimientos arqueológicos. Dentro de dichos actos vandálicos los más comunes son los grafitis.

La realización de estos actos hace necesario que se distinga entre daños y deslucimiento de estos, dependiendo de si produce una alteración de carácter permanente o no, pues no se puede comparar aquella pintada que se pueda limpiar fácilmente, deslucimiento⁵⁶, con aquella que sea de carácter irreversible o que en caso de poder eliminar provoque daños irreversibles en el bien. El deslucimiento no da lugar una sanción penal, sino que es castigado por el derecho administrativo sancionador, pero con anterioridad a la reforma este era castigado como falta por el delito establecido 626 del Código Penal.

Estas pinturas o grafitos se suelen realizar con “spray”, lo suficientemente agresivos como para no poder ser removidos sin dejar rastro, penetrando en el interior de las superficies y dejando de ser un simple deslucimiento. El alto contenido de agentes químicos que pueden dañar el soporte, como por ejemplo sería la piedra en los yacimientos arqueológicos.

radica en la especialidad, puesto que el artículo 321 es de carácter exclusivo para el bien jurídico que protege mientras que el otro se puede aplicar a cualquier disposición del Código que no lo prohíba.

⁵⁶ Ejemplos de deslucimiento se pueden ver en las siguientes sentencias: Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª), sentencia número 7/2020 de 7 de enero, ARP 2020/516: “*la pintada realizada con spray en una de las paredes de la Catedral de Burgos pudo ser eliminada a través de un proceso de limpieza con un coste de 105 euros y sin que conste deterioro alguno en la pared*”; Audiencia Provincial de Cuenca, sentencia número 107/2001 de 10 de diciembre, JUR 2002/44803, en la que: “*se daña la fachada del museo arqueológico, sin causar un detrimento a la misma al poderse quitar con agua y jabón*”.

3. PROTECCIÓN LEGISLATIVA DEL PATRIMONIO CULTURAL (ÁMBITO PENAL): LOS DAÑOS POR IMPRUDENCIA GRAVE A LOS BIENES CULTURALES (ART. 324)

Con el artículo 324⁵⁷, se finaliza la cobertura penal del Título que abarca al patrimonio histórico, es el mismo delito reflejado en el artículo 323 CP con la distinción en la parte subjetiva del tipo, imprudencia grave. Existen además variaciones en cuanto al objeto material, puesto que se establece una cuantía mínima de valoración del daño, 400 euros.

Existen dos formas que hacen llegar a la aplicación de este artículo, la vista en el párrafo anterior, por imprudencia grave en la comisión del delito y también cuando existe un error de tipo doloso vencible, establecido de carácter general para todos los delitos establecidos en el código en el artículo 14.

3.1. TIPO OBJETIVO

3.1.1. CONDUCTA TÍPICA

Esta modalidad imprudente es válida tanto para las conductas típicas en el tipo doloso del artículo 323, como también las conductas castigadas en el artículo 321 del Código Penal, por tanto, castiga a aquel al que cause daños sobre algo de los bienes que describe, y por las mismas conductas delictivas del artículo 323. Que el valor establecido en el artículo sea de tan escasa cuantía, permite que la mayoría de los daños por imprudencia grave de bienes que conforman el patrimonio histórico, tengan un valor superior en la práctica y que por tanto puedan gozar de protección penal.

3.1.2. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Este epígrafe coincide en su totalidad con el que se establece para el delito doloso del artículo 323. Añadiendo que abarcará también la figura a las autoridades y funcionarios públicos. Manteniendo también que el sujeto pasivo podrá ser el titular del bien cultural que forme parte del patrimonio protegido.

3.1.3. OBJETO MATERIAL

La descripción de aquellos bienes y lugares integrantes del objeto material del art. 324 del Código Penal, es literalmente igual a lo recogido en el artículo 323 antes de la reforma que se introdujo por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, puesto que se refiere a daños en un “*archivo,*

⁵⁷ Artículo 324 del Código Penal: “*El que por imprudencia grave cause daños en cuantía superior a 400 euros, en archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, 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*”.

registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en Yacimientos Arqueológicos". Por lo demás es igual que el delito del artículo 323, pues el tipo abarca tanto el bien mueble como inmueble, el yacimiento arqueológico terrestre y submarino y la protección se hace de forma indistinta se haya o catalogado como Bien de Interés Cultural o inventariado. También aplicables todas las críticas u opiniones que se han hecho a lo largo del trabajo en cuanto a los cambios introducidos por la reforma y a la regulación anterior y posterior del artículo 323.

3.2. TIPO SUBJETIVO

3.2.1. IMPRUDENCIA GRAVE

Es lo que más destaca y diferencia al tipo regulado por el artículo 324 del Código Penal, del artículo que le precede. No existe intención alguna de cometer el hecho delictivo, sino que es consecuencia de ausencia de cuidado o por no actuar con las diligencias debidas.

Se establece como un requisito esencial que dicha conducta imprudente sea grave, y para esto deben de haberse infringido todos los deberes mínimos de cautela o cuidado que sean exigibles. Este deber de cuidado crecerá proporcionalmente en virtud de la catalogación del patrimonio. Pudiéndose dar así los casos de imprudencia sea leve, fuera de la sanción penal, quedando la conducta impune, lo que no descarta que, si se puedan establecer sanciones de carácter civil o administrativas, pero siempre fuera de la legislación extrapenal⁵⁸.

3.2.2. TRATAMIENTO DEL ERROR

Como ya exponía en la introducción, el artículo 324 del Código Penal también se aplicará para los casos en los que el autor de conductas dolosas actúe con un error del tipo vencible.

Para los casos en que el sujeto activo conozca el valor y lo que desconoce es si tiene una singular protección, no será de aplicación el artículo 324, siendo sustituido por el artículo 323 al cumplirse los elementos y tipificarse como un delito doloso.

3.3. REQUISITOS DE PERSEGUIBILIDAD

Serán perseguibles oficio, a diferencia del tipo de daño común cometido por imprudencia grave, por tanto, no es necesaria la persecución del delito por denuncia previa de la persona agraviada o del representante legal. Esto es consecuencia de la naturaleza indisponible y

⁵⁸ Guisasola Lerma, C (2001): *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 323 a 324 del Código penal*, P. 634, Valencia donde dice que: "teniendo en cuenta las medidas civiles de reparación del daño que se pudieran adoptar, el régimen sancionador administrativo y el escaso desvalor y relevancia penal que el Código Penal otorga a la imprudencia leve, parece más acertado haber optado por su atipicidad".

supraindividual del bien jurídico que se protege, pues a pesar de en algunos casos el patrimonio pueda tener un propietario privado los beneficiarios del interés cultural somos todos los ciudadanos, es decir, estamos ante un interés colectivo.

4. ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD DEL DELITO DE DAÑOS AL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO

Dicho apartado será de aplicación, tanto para el tipo doloso como para el cometido por imprudencia grave, regulados en los artículos 323 y 324 del Código Penal.

Una conducta será jurídicamente correcta, si concurre causa de justificación, sin ser una de ellas el ostentar la propiedad del bien jurídico protegido, puesto que este también puede ser sujeto activo, puesto que estamos ante un bien jurídico colectivo. De entre las pocas posibilidades aplicables a este delito se encuentra la eximente del estado de necesidad, siendo exigente además de dicha precisión, que se den los tres requisitos exigidos⁵⁹. La conducta sólo vendrá justificada para los casos en que se haya evitado un mal mayor, a pesar de provocar un daño.

En cuanto a la culpabilidad, se trata con relación al artículo 14.3 del Código Penal, el cual establece que se excluirá de responsabilidad penal al sujeto pasivo que actúe bajo el supuesto de error de prohibición invencible. Derivado, por la ignorancia o desconocimiento del autor de la existencia de una prohibición penal referente al daño del patrimonio arqueológico junto con ausencia de medios para conocer. También puede ser provocada por una conducta contraria a derecho en la que el sujeto conoce la tipificación del delito de daños al patrimonio, pero cree erróneamente que está amparado por una causa de justificación.

5. CONSUMACIÓN DE LOS DELITOS DE DAÑOS AL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO

Es un delito resultado material, tanto el tipo doloso como el imprudente, siendo necesaria para la consumación la efectiva causación de daños en cualquiera de sus formas, teniendo como requisito esencial que se perjudique el valor del yacimiento arqueológico⁶⁰.

⁵⁹ Artículo 20. 5º: “El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.”

⁶⁰ Renart García, F (2002), *El delito de daños al patrimonio cultural español. Análisis del art. 323 del Código Penal de 1995*, Pp. 289-290, Granada

La tentativa solo tiene lugar en el tipo doloso, en sus dos formas: acaba e inacabada. Al lado opuesto, los delitos imprudentes necesitan un resultado palpable para así poder imputar el delito a alguna persona, cumpliendo además con el requisito adicional que se establece en el artículo 324, el daño deberá superar la cuantía de 400 euros.

6. FIGURAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Este podrá ser cometido en cualquiera de las formas del régimen general de autoría y participación, puesto que no se ve limitado en ningún precepto del artículo 323. Es en el artículo 28 del Código Penal, donde se define al autor como: “*aquellos que realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento*”, distinguiendo a partir de este, tres tipos de autoría:

- Autoría inmediata o directa: aquel que realiza el acto personalmente, llevando a cabo la conducta de daños tipificada en el artículo 323 por si solo. En el caso de que se realice conjuntamente por varias personas, se dará lugar a la figura del coautor.

- Auditoría mediata: se ejecuta el hecho por medio de otra persona, conocida como instrumento. La forma de llevarse a cabo consiste en que una persona, el autor mediato o vulgarmente conocido como el “hombre de atrás” no realiza directa y personalmente el hecho, aunque si tiene el dominio y el control de la ejecución del delito, sirviéndose para esta de una persona que actúa como instrumento y ocupando la figura del autor inmediato.

Se puede poner de ejemplo el siguiente caso: un restaurador tiene que cometer el encargo de restaurar unas piezas sustraídas de un yacimiento arqueológico, las cuales tienen gran valor. Cuando comienza a practicar la restauración este utiliza un ácido corrosivo que daña gravemente a las piezas, haciendo que pierdan el valor originario. La persona que haya cambiado el producto que iba a usar el restaurador será el “hombre de atrás” y responderá por un delito doloso de daños por autoría mediata, mientras que el instrumento o restaurador, será responsable o no dependiendo de si el error es invencible o vencible, respondiendo en este último caso por un delito de daños imprudentes del artículo 324 del Código Penal.

El otro caso de autoría mediata deriva de la actuación bajo el cumplimiento de un deber, en forma de órdenes recibidas por un superior o figura con poder para poder ordenar. Sería así la figura de un subordinado de obra al cual se le ordena que derribe un yacimiento o cualquier otra actividad que lo dañe de carácter irreversible y este la cumple. La orden sería de carácter dolosa y delictiva, siendo el que ordene por tanto el autor mediato del delito de daños, y el subordinado el instrumento.

- Participación: se añaden aquí la figura del inductor y el cooperador necesario, teniendo los mismos efectos punitivos y en cuanto a la complicidad en este delito no presenta ninguna variación con respecto al régimen general de la participación.

7. PROBLEMAS CONCURSALES CON LOS ARTÍCULOS 323 Y 324 DEL CÓDIGO PENAL

El concurso de delitos más frecuente es aquel que recae sobre la ordenación del territorio en suelos con valor artístico, histórico o cultural. Este ha supuesto una novedad tras la reforma de la L.O 1/2015, puesto que se ha formado un título independiente contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y las obras ilegales que pueden llevarse a cabo en suelos especialmente protegidos por su valor histórico cultural (artículo 321 del Código Penal). Las diferencias existentes entre este artículo y el 323, consiste en que el primero de estos goza de especialidad en cuanto a la protección de bienes inmuebles que necesitan de una mayor atención, frente al carácter subsidiario del otro precepto.

Puede darse un concurso entre el tipo del delito de daños, regulado en el artículo 263 del Código Penal, y el delito de daños al patrimonio histórico, regulado en el 323. Será de aplicación preferente el segundo de ellos⁶¹.

El tipo de bienes que más se asemeja al patrimonio histórico y cultural es al que se hace referencia en el apartado 4º del artículo 263.2, donde se hace referencia a: “*los bienes de dominio o uso público o comunal*”, siendo así más probable la situación concursal. Cuando se cometan las circunstancias artículo 266⁶² del mismo Código, se aplicará de forma contraria los artículos, pasando a ser el preferente el 263 y el otro el de carácter subsidiario.

Objeto de estudio es también el concurso provocado cuando los daños se provocan para cometer otros delitos tales como la estafa, el robo, el hurto, una apropiación indebida o una malversación de bienes pertenecientes al patrimonio histórico.

⁶¹ Así lo establece el artículo 263 del Código Penal, el cual se describe como: “*tipo aplicable siempre y cuando no se disponga de otra norma*”. Estamos de nuevo ante un criterio de especialidad, estableciéndose dicho artículo como una norma de carácter subsidiario, la cual sancionará por cualquier daño que no tenga una mención especial en ninguna otra parte del Código.

⁶² Artículo 266.1 del Código Penal: “*Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años el que cometiere los daños previstos en el apartado 1 del artículo 263 mediante incendio, o provocando explosiones, o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva o que genere un riesgo relevante de explosión o de causación de otros daños de especial gravedad, o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas*”.

Para el caso de concurrir el delito de daños al patrimonio junto con el delito de robo, se dará un concurso real en su figura agravada del artículo 241.4⁶³. A excepción de que el daño sea producido con la intención de acceder a un lugar donde se encuentra el mueble objeto de apropiación, siendo en este caso un delito con fuerza en las cosas, tipificado en los artículos 237 y 238 del Código Penal. Por otro, lado hay un sector doctrinal minoritario a favor del concurso medial⁶⁴ entre el delito de robo con fuerza y el delito de daños al yacimiento arqueológico⁶⁵.

Para el caso en que el autor del delito se apodere del bien protegido, ya sea un yacimiento arqueológico o cualquiera de las otras manifestaciones de patrimonio histórico, y luego lo dañe para evitar ser descubierto, será de aplicación un concurso real de delitos.

En cuanto al concurso de delitos del tipo por imprudencia grave, por regla general existirá una preferencia de aplicación frente al artículo 267 del Código Penal, daños comunes, aplicable a los supuestos que no se encuentren regulados en otros Títulos del Código Penal, sin existir concurso de delitos. Se puede resumir en una situación, en la que el delito básico de daños comunes tiene un carácter subsidiario.

8. PENALIDAD DE LOS DELITOS DE DAÑOS AL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO

En cuanto al artículo 323 la reforma pasa a castigar los daños con una pena de prisión que va de seis meses a tres años, reduciendo así el límite mínimo establecido con anterioridad a un año, equiparándose actualmente la pena a la misma prevista en el artículo 321 del Código Penal, tanto en su límite inferior como superior. Esta disminución se debe a la supresión de las faltas y por tanto había que dar mayor flexibilidad en la pena para aquellos delitos que sean más leves. También se añade la aplicación alternativa de las penas de prisión a la multa, en un rango de doce a veinticuatro meses, mientras que antes se configuraba la multa como castigo inherente a la pena de prisión, al cambiar en la escritura del artículo la “y” por la “o”, pasa a ser un castigo

⁶³ Muñoz Conde, F, (2017), *Derecho Penal. Parte Especial* p. 496, Valencia, Tirant lo Blanch, 21º Ed

⁶⁴ Así establece un concurso medial del delito de daños en yacimiento arqueológico junto al hurto agravado por el valor histórico de lo sustraído el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia número 335/201 de 19 de junio, JUR 2020/191077.

⁶⁵ El autor Renart García, F (2002), *El delito de daños al patrimonio cultural español. Análisis del art. 323 del Código Penal de 1995*, p. 467-468, Granada, establece cuando habla del concurso ideal que: “*es fácilmente constatable que el art. 323 prevé una pena más grave que la establecida en el art. 240 lo que conduce, a nuestro entender, a tener que rechazar la consunción y apreciar, más bien, un concurso ideal entre ambos preceptos, imponiéndose, de este modo, la pena del art. 323 en su mitad superior según lo establecido en el art. 77*”.

subsidiario o alternativo, es decir, se puede aplicar una u otra, pero no ambas de forma conjunta. Será más utilizada en los casos de delitos leves, lo cual se considera de mayor proporcionalidad una pena de multa que de prisión, lo cual sería excesivo.

En el artículo 324, a diferencia del artículo que le precede solo establece pena de multa de tres a dieciocho meses, puesto que se considera que la pena de prisión es excesiva para un tipo que carece de intencionalidad. Es la misma pena que la prevista en los daños comunes cometidos por imprudencia grave, elevando el límite superior en el doble de meses, pasando de 9 a 18, para así tutelar y proteger en mayor medida la especialidad del valor cultural.

9. INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están especializadas en esta materia, con el fin de perseguir las agresiones al Patrimonio Cultural, en el Cuerpo Nacional de la Policía existe una Brigada especial de Protección del Patrimonio Histórico y en la Guardia Civil también existe un Grupo de Patrimonio Histórico en la Unidad Central Operativa, incluyendo también el Seprona y las policías autonómicas de País Vasco, Galicia y Cataluña.

Existe en nuestro derecho normativa en la cual el objeto principal es perseguir estos delitos, entre ellas:

- Artículo 2.1, e) de la L.O 12/1995 de 12 de diciembre sobre Represión del Contrabando.
- Artículo 282 Bis y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, el cual faculta a los Fiscales a investigar los hechos que puedan ser objeto del delito.

Se establecen también distintas formas de investigación por parte del Fiscal, mediante la tramitación de denuncias, con la incoación de Diligencias informativas o de comprobación y las procesales. También es muy importante destacar el ámbito internacional, pudiendo destacar las actividades llevadas a cabo por la Organización Internacional de Policía Criminal o INTERPOL⁶⁶. Esta es una Organización internacional, intergubernamental y consultiva, la cual relaciona y promueve la colaboración entre las diferentes policías dentro del principio de la independencia soberana de las jurisdicciones estatales. A nivel de la Unión Europea además podemos destacar los siguientes Convenios relacionados con la materia:

⁶⁶ Hoy día son 187 los Estados soberanos que forman parte de la INTERPOL, la cual ha creado un registro, en el plano de los delitos contra el patrimonio cultural, denominado *Art Loss Register*.

- La Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado; el Reglamento para la aplicación de la Convención (14 de mayo de 1954) y su Protocolo (1999).

- La Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (14 de noviembre de 1870, París).

- Convenio UNIDROIT (1995), sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente, establece un procedimiento civil para obtener la restitución de bienes culturales robados.

Finalmente, también destacar la intervención de EUROJUST, el cual ha establecido procedimientos para recuperar piezas de valor cultural sustraídas y exportadas ilícitamente⁶⁷.

⁶⁷ EUROJUST es un Organismo creado en el año 2002 por El Consejo Europeo con el objetivo de reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia organizada. Este se compone por jueces, fiscales y agentes de policía.

10. CONCLUSIONES

En este último punto, a modo de cerrar el trabajo, voy a tratar primeramente de resumir los aspectos más importantes y mi posición ante ellos.

De una forma más general, decir primeramente, que debería existir unanimidad en cuanto a la denominación del patrimonio que se regula, puesto que tanto la Ley de Patrimonio Histórico como el Código Penal se refieren a éste como histórico, mientras que la norma suprema, la Constitución Española, utiliza un término más general: patrimonio cultural. Yo me encuentro a favor, de este último y al ser más general dará un ámbito de protección mayor, puesto que a pesar de que el patrimonio histórico siempre es cultural, no todo el patrimonio cultural tendrá que ser histórico. Además, llegando a una calificación única se simplificará a la hora de identificar de que se está hablando, pues para personas ajenas a la materia puede resultarle confuso que en un mismo texto y con una misma referencia aparezca el mismo significado, pero con distintos términos.

Otro tema a destacar es la problemática suscitada por la necesidad o no de una declaración administrativa previa, para determinar al bien como patrimonio histórico o yacimiento arqueológico, y gozar así de protección penal por el artículo 323 y 324 del Código Penal. Ante la cantidad de injerencias en diferentes yacimientos, opino que, para una mayor protección, no deberíamos atender si estos se encuentran calificados como tal y pertenecen a cualquiera de los Inventarios preestablecidos y ya estudiados en apartados anteriores. Constantemente, se pueden descubrir nuevos yacimientos y restos arqueológicos, también encontrar restos en otros ya conocidos pero los cuales no estaban inventariados, y que dichos restos sean de especial relevancia y valor, al igual que los puedan ser por ejemplo aquellos que se encuentran bajo la determinación de Bien de Interés Cultural. Hay que intentar, por tanto, tratar de difuminar todo lo posible aquella brecha que divide entre ambos tipos de bienes, para evitar un desequilibrio protector.

La segunda cuestión hará referencia en cuanto a la valoración de los daños producidos, creo que está deberá ser determinada inexcusablemente bajo la opinión vinculante de profesionales arqueólogos, estos son los únicos que pueden tratar equiparar el daño a una cantidad monetaria, a pesar de la dificultad. Dicha determinación deberá desde mi punto de vista englobar tanto el daño material objetivo, como desde un punto de vista subjetivo. En este último se deberá de valorar una especie de “lucro cesante” por la destrucción o daño del Yacimiento, tras la comisión de tal hecho delictivo, si el Yacimiento no nos da la información que nos hubiese dado anteriormente o esta es insuficiente, el comitente deberá de responder.

Pues en este delito de daños, no es tan importante el daño que se causa, sino las consecuencias, en cuanto a investigación se trata. Lo podemos comparar con el delito de daños causado a un coche, la persona que por ejemplo haya roto un retrovisor tendrá que resarcir al dueño del coche económicamente por el valor de la reparación y así será suficiente; en cambio, si en vez de dañar un coche, este hecho se comete en un yacimiento o zona con restos arqueológicos, además de hacer frente al pago de ese daño, habrá que atender con una especie de “indemnización” por todas las investigaciones que han quedado frustradas y que no nos han podido dar información sobre las civilizaciones antiguas. En la mayoría de las ocasiones, lo que neciamente a veces llamamos vulgarmente como “piedrecitas”, pueden llegar a tener un gran valor históricamente hablando, la actualidad está basada en la historia y sin esta no seríamos nada, de ahí la especial necesidad de protección para poder seguir descubriendo nuestros orígenes.

Una cuestión que no se ha abordado de forma teórica, es la posición que se debe adoptar ante el mandato de criminalizar los daños contra el patrimonio cultural, que viene dado en el artículo 46 de la Constitución Española. Nos podemos plantear, ¿es suficiente el derecho administrativo sancionador para una correcta y amplia protección?, si yo fuera el Legislador, diría rotundamente que no. En mi opinión es imprescindible en este caso la aplicación de una norma penal y, por tanto, su respectiva aplicación de pena privativa de libertad como viene actualmente preestablecida en el Código Penal. Mis fundamentos, se deben a como he mencionado ya en numerosas ocasiones a la importancia que tiene la Historia en nuestras vidas y como tenemos pues mantenerla y seguir formándonos a través de ella y su investigación. La protección a través de una norma penal, es una forma de asegurarnos que será un delito en menor medida cometido, al menos, por el miedo a ser sancionado con un castigo mayor. Relacionado con la normal penal, me parece adecuado que no se excluya la comisión por omisión, pues el bien jurídico debe de estar protegido hasta de su propio dueño, puesto que los intereses de este pueden prevalecer frente al de la conservación y cuidado del Patrimonio.

Es un tema de gran actualidad, el cual creo que necesita por tanto de especial atención, para evitar la obsolescencia. Nos encontramos con que los artículos referentes no habían sido reformados desde su primera redacción hasta 2015, debido a la gran despreocupación por el legislador; la Administración tampoco ha mostrado demasiado interés y existe, actualmente, una preocupación derivada por la situación post-Covid, y así se ha mostrado en noticias de estas últimas semanas que, ante una crisis, los recortes afectarán en gran medida al Ministerio de Cultura, teniendo en cuenta además que dentro de todo este ámbito, son los Yacimientos Arqueológicos los más afectados puesto que suponen un gasto grande en la investigación,

frente, por ejemplo a los Museos que a pesar de que se haga una inversión en estos, posteriormente será recuperada en favor de ingresos.

Otros titulares que nos hacen ver la presencia de este tema en la actualidad son:

Incautan 500 piezas arqueológicas a un clan dedicado al robo y venta de droga (Sevilla, 17/06/2020, La Vanguardia).

Bedmar celebra este verano tres proyectos Arqueológicos (Jaén, 19/06/2020, Hora Jaén): La Consejería de Cultura y Patrimonio Histórico autorizará durante julio, agosto y septiembre, tres intervenciones en las que participarán alrededor de 80 personas.

El I Premio de Arqueología de Jaén, para Policía y Guardia Civil (Jaén, 21/06/2020, Andalucía Información): El objetivo de dicho premio es valorar y recompensar a ambos cuerpos por el gran trabajo e implicación frente a la lucha contra el expolio y protección del legado histórico de la provincia.

El Gobierno local de El Ejido ya posee los cuatro inmuebles ubicados en Ciavieja (Almería, 22/06/2020, El Ideal): Dicha compra le permitirá la actuación completa en la Estrategia Dusi de “Puesta en Valor del Yacimiento Arqueológico e implementación de actuaciones”, cuyo objetivo es la protección, omento y desarrollo del Patrimonio Cultural, para potenciar el interés turístico.

La costa mallorquina rescata su pasado fenicio (Palma de mallorca, 22/06/2020, Última Hora).

Finalmente, como vengo diciendo, es esencial saber apreciar la importancia y la información que nos pueden dar los restos arqueológicos, para así aprender de la historia. La forma de vivir de nuestros antepasados y, sobre todo ver como hemos evolucionado hasta hoy. Po4 eso se necesita una especial protección lo suficientemente fuerte para que las personas no se atrevan a dañarlo, y conseguir una posterior valoración del daño que esté a la altura de su importancia.

Termino con la inclusión de una cita, la cual refleja todo lo que he intentado expresar en las conclusiones, *Compromiso con el Patrimonio Mundial*, por parte del Foro Juvenil del Patrimonio Mundial, Bergen (Noruega):

“Los sitios culturales y naturales forman el entorno del que los seres humanos dependen psicológicamente, religiosa, educacional y económicamente. Su destrucción, e incluso su deterioro, será perjudicial para la supervivencia de nuestra identidad, nuestro país y nuestro planeta. Tenemos la responsabilidad de preservar estos sitios para las futuras generaciones”.

11. BIBLIOGRAFÍA

9.1 Libros

García Calderón, J.M, (2016).: *La defensa penal del Patrimonio arqueológico*, Madrid, Dykinson, 1ª ed.

García Calderón, J.M (2015): *Los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español. Los daños dolosos a los bienes culturales*, en Morillas Cueva, L: *Comentarios al Código Penal Reformado*, Madrid, Dykinson.

González Cussac, J, dir.; Matallín Evangelio, A, coord.; Górriz Royo, E, coord., (2015) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª ed.

Lamarca Pérez, C, coord. y aut.; Alonso de Escamilla, A, coaut.; Mestre Delgado, E, coaut.; Rodríguez Núñez, Alicia, coaut. (2019), *Delitos: la parte especial del Derecho Penal*, Madrid, Dykinson, 4ª ed.

Martínez-Buján Pérez, C (2015) *Derecho penal económico y de la empresa: Parte especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 5ª ed.

Morillas Cueva, L, director.; Aguilar Cárceles, M. (2015) *Estudios sobre el código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, Dykinson.

Morillas Cueva, Lorenzo, dir.; Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco, coaut., (2020) *Sistema de derecho penal español: Parte especial*. Madrid, Dykinson, 3ª ed.

Querol Fernández, M. A y Martínez Díaz, B, (1996), *La gestión del Patrimonio Arqueológico en España*, Madrid, Alianza, 1ª ed.

Quintero Olivares, G (2016), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 10ª ed.

Renart García, F (2002), *El delito de daños al patrimonio cultural español. Análisis del art. 323 del Código Penal de 1995*, Granada, Comares

Roma Valdés, A (2008), *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, Granada, Comares.

Salinero Alonso, C (1997), *La protección del Patrimonio Histórico en el Código penal de 1995*, Barcelona, Cedecs.

Terradillos Basoco, J. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo IV*, Iustel, 2ª ed.

9.2 Revistas

Buendía Rubio, M. C (2018), *Delitos contra el Patrimonio Cultural*, Revista Foro FICP, diciembre 2018, nº 2018-3. Edición: Fundación Internacional de Ciencias penales, Madrid.

Cuadrado Ruiz, M^o, (1997), “*La comisión por omisión como problema dogmático*” en ADPCP, pp. 387-456, Madrid

Delgado Gil, A (2010) Revista general de Derecho Penal: *Los delitos de daños al patrimonio cultural*, n^o 13 de mayo de 2010 (Ri 408937).

García Calderón, J. M (2018) *Revista del ministerio fiscal*, n^o5.

Martínez Rodríguez, E, (2016). *El delito de daños al patrimonio histórico*, Granada: Universidad de Granada.

Otero González, P (2015), *Protección penal de los daños al patrimonio histórico (tras la reforma operada por la LO 1/2015)* del Anuario de la Facultad de Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid 19.

Roma Valdés, A (2012), *Revista Patrimonio Histórico: Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, n^o82 Monográfico: *La valoración de los daños arqueológicos*. Santiago de Compostela.

9.3 Legislación

Anteproyecto Constitución Española

Constitución Española, 1978

Código Penal (Reformado por la L.O 1/2015)

Código Civil

Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

Ley de Enjuiciamiento Criminal

Ley Orgánica del Poder Judicial

Ley de Patrimonio Histórico español 16/85 de 25 de junio

Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía, 14/2007, de 26 de noviembre

9.4 Sentencias

Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 6^a), Sentencia 199/2018 de 16 de julio.
ARP\2018\1199

Juzgado de lo Penal de Huesca, Sentencia 255/2016 de 9 de noviembre.
JUR\2016\243967

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a) sentencia número 641/2019, de 20 de diciembre. RJ 2019/5384

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4^a), sentencia de 26 de mayo de 2015, RJ 2015/3137.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), sentencia de 6 de mayo de 2002, RJ 2002/6770.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), en la Sentencia número 415/2020 de 15 de mayo, JUR 2020/183342.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) Sentencia número 300/2001 de 19 de abril, RJCA 2001/1412A

Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 6ª), Sentencia 199/2018 de 16 de julio. ARP\2018\1199

Juzgado de lo Penal de Huesca, Sentencia 255/2016 de 9 de noviembre. JUR\2016\243967

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), Recurso de casación número 3620/2005, de 17 de febrero de 2010, RJ 2010/1525.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30ª), auto número 918/2016 de 24 de octubre, JUR 2016/276637.

Juzgado de lo Penal número 1 de Oviedo, sentencia número 61/2018 de 1 de marzo, JUR 2018/57795.

Audiencia Provincial de Girona (Sección 4ª), Auto número 490/2009 de 13 de noviembre, JUR 2010/44532

Audiencia Provincial de Málaga (Sección 1ª), Sentencia número 454/2009 de 21 de julio, ARP 2011/599

Juzgado de lo Penal número 14 de Madrid, sentencia de 27 de abril de 2004, ARP 2004/190

Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª), sentencia número 173/2007 de 15 de mayo, JUR 2007/288502

Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1ª), sentencia número 78/2017, JUR 2017/195544

Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), sentencia número 94/2019 de 5 de abril, ARP 2020/144

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia número 335/201 de 19 de junio, JUR 2020/191077

Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª), sentencia número 7/2020 de 7 de enero, ARP 2020/516

Audiencia Provincial de Cuenca, sentencia número 107/2001 de 10 de diciembre, JUR
2002/44803

9.5 Enlaces de interés

<http://web.icam.es/bucket/CUADRO%20COMPARATIVO%20DEL%20C%3%93DIGO%20PENAL%20LO%201-2015%20CP.pdf>

https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=408937&

https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/676290/AFDUAM_19_1_14.pdf?sequence=1&isAllowed=y

<https://ficip.es/wp-content/uploads/2019/05/Foro-FICP-2018-3.pdf>

www.ficip.es

<http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/175253/59626.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<http://www.cienciaspenales.net>