

Los Delitos contra el Patrimonio Histórico

SUMARIO. I. CUESTIONES PREVIAS. A) Introducción. B) Relaciones entre la protección penal y la administrativa. 1 Alternativa. 2 Delimitación de la frontera. 3 Carácter accesorio del Derecho penal en materia de Patrimonio Histórico. 4 Normativa administrativa. Posible desigualdad de legislaciones. 5 Prohibición del “bis in idem”. C) Opciones de tipificación. Técnica legislativa. D) Bien jurídico protegido. E) Concepto de Patrimonio Histórico. F) Especialización. G) Dificultades probatorias. Informes periciales. II. EL DELITO DEL ARTÍCULO 321 DEL CÓDIGO PENAL. 1 Sujetos. 2 conductas tipificadas. 3 Objeto material. 4 El tipo subjetivo. 5 Medidas de reconstrucción o restauración del edificio. III MODALIDAD PREVARICADORA (Art. 322). 1 Necesidad y fundamento. 2 Relación con el artículo 321. 3 Análisis del tipo penal. 3.1 Sujeto activo. 3.2 Conductas típicas. 3.2.1 Informar favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos. 3.2.2 Resolver la concesión de licencia para la ejecución del proyecto. 3.2.3 Votar a favor de la concesión de licencia para la ejecución del proyecto. 4 Tipo subjetivo. 5. Conductas no contempladas. IV. DAÑOS AL PATRIMONIO HISTÓRICO (Art. 323). V DAÑOS CAUSADOS POR IMPRUDENCIA GRAVE (Art. 324). VI DISPOSICIONES COMUNES. 1 Afeción de espacio natural protegido (Art. 338). 2 Atenuante de reparación del daño (Art. 340). VII. LAS FALTAS DE LOS ARTÍCULOS 625 Y 626 DEL CÓDIGO PENAL. VII LA AGRAVACIÓN ESPECÍFICA EN LOS DELITOS PATRIMONIALES.

I. CUESTIONES PREVIAS

A) Introducción

El Código Penal de 1995 dedica su Título XVI a la tipificación de los “delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, denominándose su Capítulo II “De los delitos sobre el patrimonio histórico” (artículos 321 a 324).

Como afirma Guisasola Lerma¹, la protección del patrimonio histórico español se ha llevado a cabo tradicionalmente a través de la normativa administrativa, y de un modo fragmentario y disperso en la legislación penal.

Sin embargo existe un mandato expreso de criminalización contenido en el artículo 46 de la Constitución española, según el cual *“los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”*.

Se consagra así la tendencia del legislador a la tutela penal de bienes jurídicos de carácter colectivo, esta vez por mandato constitucional, lo que ha dado lugar en palabras de PÉREZ MORENO a la denominación de “Constitución cultural” para reflejar la intervención estatal en materia de Patrimonio cultural, respondiendo a la existencia de una importante conciencia social sobre esta materia. No podemos desconocer que nos hallamos ante bienes jurídicos que rebasan el mero interés individual para afectar a la generalidad de los ciudadanos y la tipificación de estos delitos supone un claro ejemplo del deseo del legislador de plasmar los requerimientos por parte de la colectividad de defensa de intereses supraindividuales superando las tradicionales concepciones personalistas del bien jurídico. Como señala ROCA, las obras de arte trascienden del propio autor para integrarse en el patrimonio de la comunidad; se trata de valores que, siendo en principio obra de un hombre, se sustantivizan, independizándose de él, y adquieren de esta forma categorías supraindividuales y temporales. Nos encontramos por tanto ante bienes jurídicos colectivos de titularidad compartida por muchos ciudadanos.

Como señala VIVES ANTÓN “en un Estado de Derecho la Ley penal ha de estar estrechamente vinculada a la Constitución, de forma que las cuestiones constitucionales no pueden ser ajenas al penalista. La Constitución ha de ser tenida en cuenta por el penalista, tanto a la hora de la interpretación, cuanto a la de la elaboración dogmática y depuración crítica del contenido de la ley penal positiva.

¹ Guisasola Lerma, Cristina. “Los delitos sobre el patrimonio histórico en el nuevo Código Penal de 1995”

B) Relaciones entre la protección penal y la protección administrativa.

1. Alternativa.

El artículo 46 de nuestra Constitución ordena como acabamos de ver que se establezcan “sanciones” para lo supuestos de “*atentados contra este patrimonio*”. Se diseña así un triple frente o nivel de protección del medio ambiente: civil, penal y administrativo.

Las relaciones entre el ámbito de protección civil y el penal suelen resolverse mediante el ejercicio de la acción civil conjuntamente con la penal, de forma que la condena penal por delito contra el patrimonio llevará aparejada la estimación de la acción civil resarcitoria del perjuicio causado. Cabe también el ejercicio de acciones de carácter civil de forma autónoma, aunque lo normal será el ejercicio de las mismas junto a la penal.

El sistema de exigencia de responsabilidad en materia de patrimonio histórico encuentra en el ámbito administrativo su regulación en la Ley 16/1985, de 25 de junio de Patrimonio Histórico Español y en el Reglamento que la desarrolla (Real Decreto 111/1986, de 10 de enero).

La relación entre el sistema penal y el administrativo de protección del patrimonio histórico plantea el interrogante de la procedencia de utilizar el Derecho Penal, que debe ser la última ratio para combatir los ataques a dicho bien jurídico. No puede perderse la perspectiva de que el Derecho Penal actúa aquí en una función de sobreprotección del bien jurídico ya protegido por la norma administrativa, habiéndose esgrimido como argumentos que aconsejan la no aplicación del Derecho Penal en esta materia, el carácter extremadamente técnico y el contenido económico del Derecho sobre el patrimonio cultural. Quienes defienden esta tesis estiman que resulta más eficaz la lucha a través de los instrumentos que proporciona el Derecho Administrativo (también sancionador) y que puede aportar una mayor operatividad y eficacia que el Penal, resultando innecesaria esa función de sobreprotección. Se dice que el necesario garantismo del Derecho Penal puede tener como efecto en ocasiones que la tutela penal resulte menos eficaz en términos represivos que el Derecho Administrativo sancionador. Sin embargo, hoy puede considerarse irrenunciable la tutela penal en esta materia, y así se confirma por la evolución de las legislaciones penales en los países de nuestro

entorno. En España la cuestión no admite duda dado que, se reitera, la protección penal está consagrada a nivel constitucional, y también a nivel supranacional.

2. Determinación de la frontera entre el Derecho Penal y Administrativo.

Admitida como necesaria la protección penal del patrimonio histórico resulta imperativo determinar en qué casos habrá de acudir al Derecho Penal y cuales habrán de ser objeto de protección mediante la mera descripción de un régimen de infracciones y sanciones administrativas. Aquí entra en juego el denominado "*principio de intervención mínima*" del Derecho Penal según el cual sólo ante los ataques más intolerables al bien jurídico será legítimo el recurso al ordenamiento penal.

El principio de intervención mínima debe de ser completado con el "*principio de legalidad*", pues el principio de intervención mínima vincula predominantemente al legislador y solo en un segundo nivel al intérprete y al aplicador del derecho. Ello significa que el principio de intervención mínima, como advierte A. Del Moral, no puede ser pervertido hasta el punto de convertirlo en excusa para destipificar por vía de hecho lo que legalmente se configura como delito. Intervención mínima no significa por tanto "encoger" los tipos penales o reducir por vía interpretativa lo que son las fronteras establecidas por el legislador. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 30 de enero de 2002 cuando considera el principio de intervención mínima "es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aún pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto que no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho Penal".

Ahora bien, el problema se plantea a la hora de establecer un criterio delimitador fiable de la frontera entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. La redacción de los artículos 321 a 324 del Código Penal y la interpretación jurisdiccional de los mismos revelan que la técnica utilizada por el legislador para describir las conductas que han de ser objeto de sanción penal es la de las denominadas "normas penales en blanco". El hecho generador de la intervención penal es esencialmente el mismo que puede motivar la

intervención del ordenamiento administrativo, justificándose el diferente tratamiento en el carácter fragmentario del Derecho Penal que es una directriz de política criminal derivada del principio de proporcionalidad según la cual no han de sancionarse todas las conductas lesivas a los bienes que el ordenamiento jurídico protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Es un principio que se dirige al legislador, en el momento de formular la descripción típica y, en segundo orden, al juez, quien puede realizar una interpretación que considere atípicas unas determinadas conductas que sólo lesionan de modo insignificante al bien jurídico protegido.

3. Carácter accesorio del denominado Derecho Penal en materia de Patrimonio Histórico.

Hemos dejado dicho que estas figuras delictivas se configuran como una *“norma penal en blanco”* dado que no puede determinarse su contenido sin acudir a la legislación administrativa. Por eso se ha afirmado por Rodríguez Ramos que el Derecho Penal en algunas materias es un derecho secundario, lo que no significa que sea un Derecho de segundo orden, sino que se limita a dar respaldo penal a actuaciones que imponen otras ramas del ordenamiento (sobrepotección de bienes jurídicos), y en particular, el Derecho administrativo. En esta materia el Derecho Penal pierde parte de su autonomía y necesita del Derecho administrativo para delimitar el ámbito de aplicación del precepto. Únicamente habrá delito –como luego veremos- si ha existido contravención de la normativa administrativa protectora del Patrimonio histórico. Se introduce así en el tipo penal un elemento normativo que plantea los siguientes interrogantes:

¿Es necesaria la cita por la acusación de la norma administrativa vulnerada?: La jurisprudencia del Tribunal Supremo considera a este respecto que *“resulta deseable la concreción por parte de la acusación de la norma vulnerada, pero, a los efectos de la integración del hecho en el tipo delictivo, lo que se requiere es la constatación de la existencia de la disposición protectora vulnerada por la conducta del acusado, y esa función corresponde al juzgador como encargado de la aplicación del derecho”*². Siendo esto cierto, no lo es

² La Sentencia del Tribunal Supremo 442/2000, de 13 de marzo, sienta la doctrina de que la falta de invocación por la parte acusadora de la disposición administrativa vulnerada no quebranta el derecho de defensa del acusado –derivado de una imputación desconocida-, toda vez que “nuestro sistema procesal

menos que la instrucción de las diligencias judiciales habrá de tomar en consideración la existencia de dicha normativa y su supuesta infracción, resultando por ello conveniente que la policía judicial haga cita en sus atestados de la norma administrativa presuntamente vulnerada.

¿De qué Administración ha de emanar la norma protectora?: la normativa sobre el Patrimonio histórico es dispersa y compleja, de emanación tanto Estatal, Autonómica como Local, sin olvidar la normativa supraestatal que produce efecto –directo o no- en nuestro ordenamiento. Ello plantea igualmente el problema de la desigualdad de la regulación en los distintos territorios. Luego volveremos sobre ello.

¿Es contraria a la Constitución la técnica de las normas penales en blanco?: No cabe duda de que la integración del tipo penal se realiza a través de normas que muchas veces no tienen la categoría de Ley formal, lo que puede suponer una quiebra del principio de legalidad pues queda en manos de la Administración la última definición del tipo penal. El Tribunal Constitucional ha admitido expresamente la posibilidad de que las normas penales contemplen remisiones a normas reglamentarias siempre que no comporten una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (teoría de la esencialidad).

4. Normativa administrativa. Posible desigualdad de legislaciones.

La entrada en vigor de la Constitución supuso un cambio importante en la concepción competencial de los diferentes órganos de las Administraciones Públicas vinculados al medio ambiente, pasando de una concepción centralista al Estado autonómico. El artículo 149.1.28º C.E atribuye como competencia exclusiva al Estado la “defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas”. Por su parte, el artículo 148.1.16º C.E otorga competencia a las Comunidades Autónomas sobre el “patrimonio monumental de interés en la Comunidad Autónoma”.

Por ello la función ejecutiva de la legislación estatal sobre protección del

penal se funda, como todos los europeos de nuestra área cultural, en el principio de acusación penal por el hecho, reservando al órgano judicial la aplicación normativa o del derecho”.

patrimonio histórico de su territorio –se denomina “gestión”- corresponde a las Comunidades Autónomas.

Igualmente resulta lícito y acorde con el marco competencial diseñado por nuestra Constitución que Reglamentos, Ordenanzas y Disposiciones Municipales puedan sancionar como infracción administrativa determinadas conductas atentatorias contra el patrimonio histórico, siempre que tengan cobertura en una Ley estatal o autonómica.

En cuanto a la normativa comunitaria, la Unión Europea dispone de competencias legislativas en materia de protección del patrimonio histórico, siendo directamente aplicables los Reglamentos (que resultan obligatorios en todas sus partes y directamente aplicables a cada uno de los Estados miembros), pero no así las Directivas que no hayan sido objeto de transposición al Derecho Interno.

Resulta indudable por ello que, aún correspondiendo al Estado español la competencia exclusiva para dictar Leyes sobre el Derecho Penal, las Comunidades Autónomas tienen facultades para dictar igualmente Leyes o Disposiciones de carácter general protectoras del patrimonio histórico radicado en sus territorios, cuya infracción constituye elemento normativo del tipo penal del delito contra el patrimonio histórico, y la normativa municipal igualmente puede diseñar un catálogo de infracciones contra este bien jurídico.

Se plantea así el problema de la posible desigualdad de la normativa de protección del patrimonio histórico cuya infracción viene a integrar los tipos penales de los artículos 321 a 324, según el territorio en que se produzcan los hechos. En efecto, una misma conducta puede ser o no delictiva según el lugar del territorio nacional donde se haya cometido, dado que la normativa administrativa puede diferir y difiere de hecho en las distintas Comunidades Autónomas o, incluso, Municipios³. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1998 trata el tema partiendo de la premisa de la ausencia de una monolítica uniformidad jurídica ya que la propia Constitución “no exige un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía”. De ello se deduce que “el órgano judicial

³ Vid. STS 25 de mayo de 2004.

puede seleccionar como complemento válido de la ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias. En tal caso será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el artículo 25.1 de la Constitución y que no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio”.

En síntesis, como reiteradamente se ha apuntado acerca de la constitucionalidad de las normas penales en blanco, se exige⁴: a) que el núcleo del delito, y no sólo la pena, esté contenido ya en la ley penal, b) que el reenvío normativo sea expreso, y c) que esté justificado en razón del bien jurídico protegido.

Por último, también el Tribunal Supremo (STS de 18 de noviembre de 1991) se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la remisión a normas autonómicas para integrar el tipo penal, reconociendo a la normativa autonómica la misma capacidad de integración de la norma penal en blanco que a la estatal, dentro del ámbito de sus competencias.

5. Prohibición del “bis in idem”

El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce igualmente la vigencia del principio al declarar que cuando un acto ilícito había sido ya castigado por los Tribunales de justicia, la cosa juzgada impedía una posterior actuación administrativa, pero no al revés; lo que significaba que si era la Administración la primera en imponer la sanción, ello no impedía la posterior actuación y

⁴ Teoría de la esencialidad.

⁵ Artículos 6 y 36.3 de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental.

sanción de los órganos judiciales penales.

El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que el principio “non bis in idem” está íntimamente ligado a los de *legalidad* y *tipicidad* recogidos en el artículo 25.1 C.E, e igualmente ha mantenido la idea de que la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad Judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera.

Rompe con esta idea la Sentencia de *11 de octubre de 1999*, que impide la actuación de la jurisdicción penal desde el momento en que se impone una sanción administrativa, y resuelve a favor de la autoridad de ese orden la posible colisión que pudiera producirse entre sus actividades y la de los órganos penales. Esta sentencia otorga el amparo a quien había sido sancionado administrativamente y posteriormente fue condenado por un órgano judicial penal, como autor en ese caso de un delito contra el medio ambiente.

Esta nueva doctrina contaba con detractores, incluso dentro del propio T.C existían discrepancias mostradas a través de votos particulares, razón por la cual se ha modificado la misma desde la importante Sentencia de *16 de enero de 2003* que niega el amparo, tras haberse seguido un proceso penal cuando con anterioridad se había seguido un procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos, procedimiento administrativo que no fue recurrido ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo, es decir, sin haberse producido un control judicial ulterior por la jurisdicción. Argumenta dicha sentencia para estimar que no se vulneró en este supuesto el “non bis in idem” que una solución como la adoptada por el órgano judicial –condena del inculpado previamente sancionado administrativamente- no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en “bis in idem” sancionador, dado que la *inexistencia de sanción desproporcionada* en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación –bis- de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el artículo 25.1 C.E.

No basta pues la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la

resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. No hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción pues el derecho reconocido en el artículo 25.1 C.E en su vertiente sancionadora no prohíbe el “doble reproche aflictivo”, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto. Ciertamente se hubiera producido la vulneración del derecho constitucional al *ne bis in idem* si se hubiera desconocido la cosa juzgada, efecto que es predicable tan sólo de las resoluciones judiciales, de modo que sólo puede considerarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, el desconocimiento de lo resuelto en una resolución judicial firme, dictada sobre el fondo del litigio.

C) Opciones de tipificación. Técnica legislativa.

En el Código Penal precedente al vigente ya existían preceptos que tipificaban comportamientos delictivos relacionados con el menoscabo del patrimonio cultural, pero se trataba de una protección dispersa y fragmentaria que no concebía el Patrimonio como bien jurídico autónomo sino que se articulaba a través de la tutela del bien jurídico de la propiedad. Dicha protección tenía lugar del siguiente modo:

- Por medio de circunstancias agravantes específicas (o, como elementos que integraban subtipos agravados) en los delitos de robo, hurto y daños; y como circunstancia agravante común o genérica en los delitos contra la propiedad cuando las cosas objeto del delito perseguido fueran de “relevante interés histórico, artístico o cultural” (antiguo artículo 563 bis a)

- A través de los delitos de daños y de incendio (artículos 560, 561 y 562) se tipificaban directamente conductas lesivas al Patrimonio histórico, aunque de modo parcial e incompleto.

- Extramuros del Código Penal, la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, tipifica expresamente la exportación sin la preceptiva autorización administrativa de bienes integrantes del patrimonio histórico español, de valor igual o superior a los tres millones de pesetas (artículo 2.1) o aun si el valor es inferior en caso de que los hechos se realicen a través de una organización (artículo 2.3 b)

- También se contempla como circunstancia de agravación en el Código Penal militar.

Al proclamar la Constitución de forma expresa la necesaria sanción penal para las conductas atentatorias contra el patrimonio histórico, cultural y artístico, el legislador debía optar entre distintas posibilidades de configuración de este tipo de infracciones penales con el fin de proporcionar una protección más eficaz al bien jurídico en cuestión.

La alternativa a la hora de proteger penalmente el Patrimonio cultural obliga a optar entre la tipificación de las infracciones penales en leyes especiales que tutelen dicho Patrimonio, o bien por acudir a la tipificación en el Código Penal, a través de una regulación unitaria. La primera opción ha sido seguida por distintos países de nuestro entorno, pero el legislador español ha preferido acudir a la tipificación en el Código Penal.

A favor de la tipificación a través de leyes especiales se argumenta la inoperancia del distanciamiento entre las normas penales y las administrativas, que puede provocar problemas de interpretación. Otro de los argumentos a favor de las leyes especiales es su utilidad para evitar supuestos de atipicidad.

Sin embargo existen otros argumentos que señalan los inconvenientes derivados de la tipificación a través de leyes especiales, siendo los más comunes los que se refieren al excesivo intervencionismo por parte de la Administración por cuanto sus actos se constituyen en la base de la respuesta penal; y a la regulación en exceso tecnicada que provoca problemas de interpretación y confusión.

Como argumentos a favor de la tipificación en el Código Penal suele aludirse⁶ a que los valores relativos a la defensa de la cultura se deben confiar con vocación permanente al Código Penal.

Pero si aun si se opta por tipificar este tipo de infracciones en el Código Penal, todavía nos encontramos frente a otras dos posibles opciones, a saber, la adoptada por el Código precedente acudiendo a una tipificación sobre delitos ya existentes; y la que acoge nuestro actual Código de ofrecer una regulación unitaria y orgánica del Patrimonio cultural. Esta última es la opción más acorde con la consideración del Patrimonio cultural como bien jurídico autónomo que merece una tutela penal directa.

⁶ FERNÁNDEZ ALBOR

D) Bien jurídico protegido

Respecto del bien jurídico tutelado a través del Capítulo II del Título XVI del Código Penal existen dos tipos de posiciones, unas meramente patrimonialistas que se centran en el perjuicio económico-patrimonial que se deriva de los atentados al patrimonio histórico, artístico o cultural; y otras que consideran que se trata de un bien jurídico autónomo e independiente.

Las primeras posiciones llevan a la conclusión de que se tutela un determinado ámbito del concepto genérico de patrimonio, lo que generaría un sistema de tutela penal indirecta, protegiendo el patrimonio desde una perspectiva residual considerando tan solo su componente patrimonial.

La consideración del Patrimonio cultural como bien jurídico autónomo e independiente de su titularidad configura un sistema de tutela penal directa que resulta más acorde con su naturaleza, pues el bien jurídico protegido por estos delitos viene constituido por la función cultural que desempeñan los bienes de valor histórico, cultural o artístico. Como afirma GUIASOLA LERMA, se tutelan el conjunto de bienes que constituyen el Patrimonio Histórico por el valor y función de carácter social que representan.

E) Concepto de patrimonio histórico

El Código Penal utiliza el concepto de “Patrimonio Histórico” para denominar los nuevos tipos penales, término que coincide con el introducido por la Ley de Patrimonio Histórico Español.

Desde la perspectiva que nos obliga a adoptar el artículo 46 de la Constitución debemos tomar en consideración el término “patrimonio histórico, cultural y artístico” que viene a sintetizar todas las facetas o aspectos a proteger.

GUIASOLA LERMA sugiere el término “Patrimonio Cultural” por aglutinar todas las facetas susceptibles de protección, siendo también el que la UNESCO emplea a través de sus Convenciones y Recomendaciones cuando cita la salvaguarda de dicho Patrimonio. Considera que la citada autora que la expresión “Patrimonio Histórico” no llega a alcanzar todo el ámbito de

protección necesario por cuanto quedarían excluidas las obras de autores contemporáneos que formasen parte del patrimonio artístico. El interés cultural de un bien deriva muchas veces de su valor artístico y no de las circunstancias históricas del bien.

También puede estimarse excesiva la expresión “Patrimonio Cultural” si se tiene en cuenta que la Ley de Patrimonio Histórico Español no contempla otras manifestaciones importantes de nuestra cultura tales como la literatura, la música, o el cine. Por ello debe circunscribirse dicho concepto a la cultura material, o dicho de otro modo, la integrada por aquellos bienes que teniendo valor cultural propio tienen como soporte físico una cosa.

En todo caso el artículo 1, párrafo 2 de la Ley del Patrimonio Histórico Español enumera de forma prolija los bienes que lo integran, siendo estos los siguientes: “los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico y antropológico”⁷.

Por lo que a nuestra Comunidad Autónoma se refiere, la Ley de Patrimonio Cultural de Cantabria 11/1998 de 13 de Octubre dispone que el patrimonio cultural de esta región está integrado por *“todos los bienes relacionados con la cultura e historia de Cantabria, mereciendo por ello una protección y defensa especiales”* (artículo 3), y define el patrimonio arqueológico como *“los bienes muebles, inmuebles y emplazamientos de interés histórico, así como toda la información medioambiental relacionada con*

⁷ La Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático (ratificado por España mediante Instrumento de 25 de mayo de 2005) considera “patrimonio cultural subacuático” a) todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años, tales como: i) los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural; ii) 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 iii) los objetos de carácter prehistórico. b) No se considerará patrimonio cultural subacuático a los cables y tuberías tendidos en el fondo del mar. c) No se considerará patrimonio cultural subacuático a las instalaciones distintas de los cables y tuberías colocadas en el fondo del mar y todavía en uso.

la actividad humana que sean susceptibles de ser investigados con la aplicación de las técnicas propias de la arqueología, hayan sido descubiertos o no, estén enterrados o en superficie" (artículo 75); y respecto de los yacimientos arqueológicos se prevé la confección de un Inventario Arqueológico Regional, de suerte que la inclusión de cualquier yacimiento en el mismo supone "un régimen de protección idéntico a los Bienes de Interés Cultural, aunque formalmente no haya sido incoado el expediente para su declaración".

F) Especialización

Las peculiaridades de los delitos tipificados en el Título XVI del Código Penal aconsejan una especialización a tres niveles: policial, fiscal y judicial, tal y como recomienda la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa 77(28). A nivel policial existen unidades especializadas, e igualmente se ha procedido a dicha especialización en la fiscalía mediante la creación de fiscales especiales para estas figuras delictivas. Ello ha determinado un incremento de las diligencias incoadas por este tipo de infracciones que es aún mayor donde se dispone de una policía especializada.

A nivel judicial la cuestión es más compleja dado que la creación de Tribunales especializados a nivel de Comunidad Autónoma o provincial no parece factible. Por ello la mejor solución en el actual estado de cosas es garantizar la formación de los integrantes de los órganos judiciales del orden jurisdiccional penal en materia de ordenación del territorio, medio ambiente y protección del patrimonio histórico.

G) Dificultades probatorias. Informes periciales.

Uno de los problemas que suele plantear este tipo de delitos es el de calificar los bienes que son objeto de los mismos como integrantes del patrimonio histórico. Esta dificultad hace necesaria muchas veces la intervención de peritos que asesoren al órgano judicial. Esto genera un efecto dilatorio en el procedimiento al que suelen incorporarse distintos informes cuya validez probatoria está condicionada por su ratificación en el acto del juicio oral.

El problema de la parcialidad de algunos informes privados aportados por las partes suele encontrar remedio en la aportación de otros elaborados por la Administración que no suelen suscitar dudas de objetividad. Sin embargo,

cuando es la propia Administración la que ha adoptado decisiones —o las ha dejado de adoptar— de las que se ha derivado un hecho atentatorio contra el patrimonio histórico la duda de parcialidad vuelve a surgir. En estos casos deberá ser una Administración independiente a la implicada la que realice el informe pericial oportuno. También es posible que los peritos propuestos por la Administración sean los mismos que han intervenido en un expediente administrativo sancionador previo, lo cual suele motivar quejas de parcialidad por parte del imputado en la causa. La solución a estos problemas podría encontrarse en la adscripción de técnicos especializados a las fiscalías, o al menos a la fiscalía especializada en la represión de este tipo de delitos.

II. DELITO DEL ARTICULO 321 DEL CODIGO PENAL

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

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

1. Sujetos

En cuanto al sujeto activo, estamos ante un delito común donde el sujeto activo puede ser cualquiera (“Los que...”), pero la referencia a la pena de inhabilitación especial sugiere que el tipo delictivo toma en consideración como sujetos activos a los profesionales vinculados a procesos de edificación (Arquitectos superiores, Arquitectos técnicos, aparejadores y otros profesionales de la construcción).

El sujeto pasivo de este delito es la colectividad dado que el Patrimonio Histórico no es un bien jurídico individual sino colectivo.

2. Conductas tipificadas

Nos encontramos frente a un delito de resultado que requiere para su consumación el “derribo” o “alteración grave” de “edificios singularmente

protegidos”, razón por la que cabrá la posibilidad de tentativa como forma imperfecta de ejecución.

La acción de “derribar” es definida por el DRAE como “arruinar, demoler, echar a tierra casas, muros o cualesquiera edificios”; y por “alteración” entiende el cambio de esencia de una cosa; estropear, dañar, descomponer. No basta cualquier alteración sino que ha de ser “grave”, lo que constituye un elemento valorativo que habrá de ser determinado por los tribunales. A efectos punitivos el “derribo” se equipara a la “alteración grave”.

Obviamente nos encontramos ante “derribos” o “graves alteraciones” no autorizadas o ilegales, pues en caso contrario no habría lugar a la exigencia de responsabilidad criminal.

3. Objeto material

El objeto de las conductas tipificadas es un “edificio singularmente protegido por su interés histórico, artístico, cultural o monumental”.

Se castiga únicamente el derribo o grave alteración de “edificios”, quedando fuera del ámbito de protección del precepto cualquier otro tipo de bienes inmuebles tales como obras de ingeniería o monumentos que no sean edificios⁸. Esto no significa que dicho tipo de bienes carezcan de protección penal, sino que la misma habrá de proporcionarse por el artículo 323 del Código Penal.

La cuestión más compleja en orden a la interpretación de este precepto es la relativa a la exigencia de “singular protección” para los edificios susceptibles de derribo o grave alteración. La dicción literal del precepto parece exigir un reconocimiento o calificación previa por parte de la Administración

⁸ El artículo 14 de la LPHE dispone que “para los efectos de esta ley tienen la consideración de bienes inmuebles, además de los enumerados en el art. 334 del Código Civil, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su exorno o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos.

sobre el interés histórico, artístico, cultural o monumental del edificio que justifica su protección singular⁹, si bien un sector de la doctrina estima que corresponde a los Tribunales la determinación de si nos encontramos o no ante un edificio singularmente protegido.

La interpretación más acorde con la dicción literal del precepto es la que considera la exigencia típica de “singular protección” como referida al nivel máximo de protección que la Ley de Patrimonio Histórico confiere a determinados bienes, los cuales quedan afectados tras la tramitación de un expediente de declaración de bien de interés cultural. Los bienes que no dispongan de esta protección especial no quedarían sin protección penal sino que su exigencia habría de articularse a través del artículo 323 del Código Penal. En todo caso debe tenerse en cuenta que el reconocimiento como “singularmente protegidos” de los edificios no siempre se lleva a cabo de manera individual, y por ejemplo, los conjuntos históricos en los que existen edificios que merecen una protección singular y otros, que aunque estén integrados en los mismos, no alcanzan esa cualidad histórica, artística, cultural o monumental.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004 nos indica cuales son los requisitos que se exigen para la aplicación de este tipo delictivo:

1º. Una acción de derribo o alteración grave. La expresión derribo es de fácil comprensión y probablemente plantee pocos problemas. No ocurre lo mismo con la de alteración grave, pues delimitar tal gravedad es una cuestión de valoración difícil de precisar. Tres cosas hemos de decir aquí: a) Ha de ser cuantitativamente importante. b) Ha de ser cualitativamente relevante en cuanto a la finalidad que esta norma penal tiene: la protección del interés histórico o asimilados expresados en la norma, de modo que caso de alteración parcial, ésta afecte a la parte del edificio en la que ese interés protegido se concreta. c) Cuando tal gravedad no exista, se plantea el problema de la posible aplicación del art. 323, que no exige esa gravedad y parece una norma genérica frente a la del 321, más específica. Aunque lo más adecuado con tal

⁹ Dispone el artículo 9.1 de la Ley de Patrimonio Histórico Español que “gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural por ministerio de esta ley o mediante Real Decreto de forma individualizada.

sistemática -y sobre todo con la pena más importante de las previstas, la de prisión, que paradójicamente es más grave en el art. 323 en cuanto a su duración mínima-, quizá tenga que ser relegar estas conductas al derecho administrativo sancionador.

2º. Tal derribo o alteración grave ha de recaer sobre algún edificio, conforme tal concepto aparece definido en nuestro diccionario oficial: "obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos; como casa, templo, teatro, etc."

3º. Este edificio tiene que ser "singularmente protegido por su interés histórico, artístico, cultural o monumental".

Nos encontramos ante una norma en blanco en cuanto este elemento normativo del tipo. La doctrina entiende que el precepto administrativo a tener aquí en cuenta es el art. 9.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, sobre patrimonio histórico, que dice así; "Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del patrimonio histórico español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley 16/1985 (véase su disposición adicional segunda) o mediante Real Decreto de forma individualizada". En todo caso, esa singular protección ha de venir determinada por alguno de esos cuatro intereses que han de constituir el fundamento o razón de ser de esa protección y que viene precisado en los adjetivos: "histórico, artístico, cultural o monumental."

4º. Ha de concurrir dolo, es decir, ha de actuarse con el conocimiento de que concurren en el hecho los elementos objetivos de la infracción penal que acabamos de examinar, elemento común a todos los delitos de carácter doloso. La conducta que estamos examinando, si fuere cometida mediante imprudencia grave, también sería constitutiva de delito por lo dispuesto en el art. 324 CP.

Por último, hay que añadir aquí lo siguiente:

a) Nos encontramos ante un delito de resultado en el que la producción de un daño concreto (destrucción o alteración grave de un edificio) es necesario para la consumación del delito, lo que permite su punición en casos de tentativa, cuando ya la ejecución hubiera comenzado. No así en los casos

de conspiración, proposición o provocación, al no existir al respecto previsión legal concreta (arts. 17.3 y 18.2 CP).

b) No nos encontramos ante un delito especial, es decir, la norma penal del 321, no exige cualidad alguna en el sujeto activo para cometer este delito, a diferencia de lo previsto para el del 322 al que luego nos referiremos, por lo que no se plantea problema alguno al respecto en los casos de participación de otras personas en concepto de coautores, inductores, cooperadores necesarios o cómplices.

c) Es posible la comisión por omisión si concurren los requisitos del art. 11 CP.

d) Es aplicable la atenuación específica del art. 340 que prevé de modo preceptivo la sanción del delito con las penas inferiores en grado cuando el culpable hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado.

Relacionando las dos exigencias típicas “edificios” que vengán “singularmente protegidos” por su interés histórico, artístico o cultural vemos que también quedarían fuera del ámbito de aplicación aquellos bienes inmuebles que se consideran de interés cultural por ministerio de la Ley pero que no sean edificios (por ejemplo, las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre)¹⁰, derivándose su protección penal, nuevamente, al artículo 323 del Código. Algún autor¹¹ interpreta a este respecto que el Código Penal distingue entre daños a “edificaciones” de interés arqueológico (artículos 321 y 322) y daños a “yacimientos arqueológicos” (artículos 323 y 324), estimando que esta sería una interpretación coherente si no se quiere que, por ejemplo, el daño a un edificio del siglo XIX resulte más grave a efectos penales que los que pudieran ser causados al acueducto de Segovia o al teatro romano de Sagunto. Esta interpretación no nos parece sin

¹⁰ Según ordena el artículo 40.2 LPHE “quedan declarados bienes de interés cultural por ministerio de esta ley las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre”.

¹¹ Francisco Cabello. “La protección penal del patrimonio arqueológico”.

embargo ajustada a los principios de legalidad y tipicidad.

4. El tipo subjetivo

El tipo subjetivo es eminentemente doloso y se integra por el conocimiento del carácter de singularmente protegido del edificio por sus cualidades históricas, artísticas o culturales.

Pueden plantearse supuestos de error en aquellos casos en los que no exista una clara definición y catalogación de este tipo de edificios, siendo no obstante posible la exigencia de responsabilidad penal a título de dolo eventual.

5. Medidas de reconstrucción o restauración del edificio

El párrafo segundo del artículo 321 faculta a los Jueces o Tribunales para ordenar, motivadamente, la reconstrucción o restauración de la obra, a cargo del autor del hecho, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Esta previsión legal parece tomar nuevamente en consideración que los sujetos activos de este delito serán comúnmente profesionales relacionados con el mundo de la construcción, los cuales dispondrán por ello de medios adecuados para restaurar el edificio gravemente alterado o para reconstruir el derribado.

Resulta obvio no obstante que cabría acudir a la reparación por equivalencia en aquellos supuestos en los que la restauración o reconstrucción no se realicen de forma que quede garantizado que el edificio quede en el mismo estado que antes de su derribo o grave alteración. En estos casos los condenados habrán de satisfacer el coste de la reparación o reconstrucción aunque materialmente no quede a su cargo la ejecución de los trabajos.

En todo caso quedan a salvo las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

III. MODALIDAD PREVARICADORA (Art. 322)

1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el art. 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia .

1. Necesidad y fundamento

Este artículo contempla la figura delictiva conocida como “prevaricación en materia de Patrimonio histórico”. Las primeras críticas al precepto surgen por quienes niegan la necesidad de la tipificación específica de esta modalidad de prevaricación dado que existe una modalidad de prevaricación genérica tipificada en el artículo 404 del Código Penal. Se dice que la antijuridicidad de la conducta del funcionario que provoca con su actuación una puesta en peligro del Patrimonio histórico ya aparece recogida en el artículo 321 (sería una cooperación necesaria con el autor directo), y que la prevaricación en que pudiera incurrir ya se encuentra regulada en el artículo 404. También se dice que esta tipificación olvida otras situaciones parecidas con relación a bienes jurídicos igualmente importantes.

Es cierto que desde ámbitos doctrinales e institucionales se advirtió sobre la conveniencia de tipificar conductas atentatorias contra el Patrimonio Histórico realizadas desde la propia Administración, y es lo cierto que el precepto viene a superar una interpretación jurisprudencial que utiliza un concepto restrictivo de resolución y no contempla la emisión de informes como resolución injusta.

Ya la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/90 advertía del riesgo que generaba “la especulación, con grandes beneficios para quienes la promueven, así como en ocasiones, la ausencia del debido control por los Ayuntamientos, a veces más prestos a aliviar las arcas municipales por los ingresos de las licencias que a velar por la debida ordenación del territorio”.

También son numerosas las resoluciones judiciales que patentizaron esta situación y criticaron la pasividad de las administraciones frente a este tipo de agresiones –señaladamente en materia medioambiental, reclamando la tipificación expresa de la responsabilidad del funcionario que incurriese en este tipo de conductas.

El fundamento de la específica punición de la prevaricación en materia de protección del Patrimonio Histórico se ha buscado en la importancia que en esta materia tiene la actuación administrativa –que no es tan intensa en otros sectores-, llegándose a afirmar que el verdadero dominio del hecho lo tiene el funcionario público autorizante de la actuación afectante al Patrimonio Histórico, de manera que la realización de una conducta que pone en peligro el citado bien jurídico concurre, normalmente, con el concurso de un funcionario, que autoriza. Este complejo normativo, mediante autorizaciones y controles, emanados de las distintas administraciones, coloca a sus funcionarios en una “posición de garante” sobre la actividad potencialmente lesiva al Patrimonio Histórico.

2. Relación con el artículo 321 del Código penal

El primer problema que surge a la hora de interpretar el artículo 322 es el de su relación con el tipo del artículo 321 dado que la redacción de este último –alteración grave o derribo de edificio singularmente protegido- permite incorporar a la consideración de autor del hecho a quien participa en la conducta de forma relevante. Desde esta perspectiva resulta posible que el delito contra el Patrimonio Histórico pueda ser realizado por un funcionario público que, mediante una resolución injusta, dé lugar a la grave alteración o derribo de edificio singularmente protegido. De la misma manera, a través de los mecanismos de la comisión por omisión (artículo 11 Código Penal), llegaríamos a idéntica conclusión de autoría respecto del funcionario que teniendo conocimiento de la situación típica de la grave alteración o derribo de edificio singularmente protegido, omite el deber de actuar a favor del bien jurídico, no revocando la licencia. Y es que, como antes se dijo, la posición de garante del funcionario permite su imputación cuando infringe el deber jurídico de actuar, siendo esta omisión la que supone la realización del riesgo típico, incluso cuando no se realicen inspecciones respecto a hechos notoriamente conocidos.

Por ello, las conductas descritas en el artículo 322 pueden considerarse supuestos de cooperación necesaria en las acciones tipificadas por el artículo 321, debiendo tenerse en cuenta además que la pena privativa de libertad señalada al delito del artículo 322 es inferior a la del delito genérico, y por ello el funcionario público que informase injustamente en una cuestión relativa a las conductas descritas por el artículo 321 saldría beneficiado respecto de quien, aprovechándose de ese informe favorable, realiza directamente la actividad lesiva contra el Patrimonio Histórico. Esta benignidad no está justificada y debe obviarse calificando la conducta del funcionario como constitutiva del delito tipificado por el artículo 321 en concurso con la prevaricación genérica del artículo 404. Debería por ello dejarse la aplicación del artículo 322 a supuestos en los que pese a la concurrencia del resultado típico del artículo 321, no pueda ser imputado el funcionario en los términos que el tipo penal exige.

El precepto no regula la conducta del funcionario que con su actuación participa en el delito cometido por otro, sino que mediante la consideración de prevaricación específica tipifica como delictivos unos actos preparatorios respecto al delito genérico contra el Patrimonio Histórico. Es decir, el artículo 322 no requiere la efectiva producción de un resultado (la destrucción o grave alteración del edificio singularmente protegido).

La aplicación del artículo 322 implica un adelantamiento de las barreras de protección del Patrimonio Histórico para los funcionarios públicos que informan favorablemente licencias manifiestamente ilegales, conducta desconectada, por previa, de la concreción del ataque a través de una conducta de la destrucción o grave alteración del edificio singularmente protegido. Esta interpretación no es sin embargo unánime, pues como hemos expresado anteriormente existe otra que entiende que la conducta descrita en el artículo 322 carece de significado por sí sola, y sólo puede ser entendida desde el artículo 321, describiéndose en el artículo 322 una forma de participación del funcionario en el delito del artículo 321.

3. Análisis del tipo penal

3.1 Sujeto activo

Ha de ser necesariamente la *autoridad o funcionario público*. Se trata por tanto de un delito especial propio, que sólo puede ser cometido por las personas especialmente indicadas en el tipo penal, que son aquellas que reúnen las características descritas por el artículo 24 del Código Penal. Ello no obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, atendiendo a criterios funcionales, ha calificado de partícipes –como inductores o cooperadores- a particulares intervinientes en un delito especial cometido por funcionarios públicos. VERCHER NOGUERA critica el hecho de que no se contemple en este artículo la posible exigencia de responsabilidad penal a expertos o asesores independientes, o a técnicos contratados que sin ser autoridad ni funcionario público, intervienen en muchos casos de una manera decisiva respecto del resultado final.

Todo lo anterior debe ser entendido sin perjuicio de considerar que la actuación puede ser incluida en la participación en el delito genérico contra el Patrimonio Histórico del artículo 321.

3.2 Conductas típicas¹²

¹² La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004 analiza los requisitos de esta figura delictiva: A) El delito del art. 322.2 se refiere a un caso particular de prevaricación de autoridad o funcionario, agravado por la materia específica a la que se refiere: la concesión de una autorización administrativa para un proyecto de derribo o alteración de edificio singularmente protegido por ser interés histórico, artístico, cultural o monumental. Así se deduce de la relación que este artículo 322.2 tiene con el 322.1 y con el 321, así como con la denominación del capítulo II del título XVI del libro II del CP del que forman parte estas normas: "De los delitos sobre el patrimonio histórico". El art. 322.2 sanciona específicamente "a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia". Esta expresión "su concesión" hace referencia tácita al párrafo anterior al que expresamente alude en cuanto a la determinación de la pena. Por ello ha de entenderse que esa concesión ha de ser la de autorización para "proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos" como dice el art. 322.1. Y a su vez esta norma del 322.1 hace referencia tácita al 321 que nos dice la razón de ser de esa singular protección que radica, como ya hemos dicho, en su "interés histórico, artístico, cultural o monumental". Figuras de delito, todas estas, comprendidas en un mismo capítulo denominado "de los delitos sobre el

Realicemos ahora un análisis individualizado de las distintas conductas que se tipifican:

3.2.1 Informar favorablemente, a sabiendas de su injusticia proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos.

Ya se dijo que la justificación de este precepto puede encontrarse en que, al tratarse de emisión de informes que no constituyen resolución, no podría ser castigada por la vía de la prevaricación común, salvo en los casos en que fuera constitutiva de participación en la prevaricación de otro. Quizá la solución más adecuada hubiese sido la de corregir la interpretación jurisprudencial del concepto “resolución”, pero es lo cierto en todo caso que la emisión de informes manifiestamente ilegales y a sabiendas, que determinen la aprobación de proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos pueden ser tenidos –ya se ha dicho- como un acto de autoría o de participación en la conducta típica del artículo 321 del Código Penal. Por ello no llega a entenderse la previsión típica de este artículo sino es como adelanto de la barrera de punición en este tipo de delitos, castigando al funcionario público que elabora el informe con independencia de la actuación de quien realiza la conducta típica. Supone por ello un acto preparatorio de agresión al Patrimonio Histórico en los supuestos en los que la conducta del funcionario aparezca absolutamente desvinculada del derribo o alteración posterior.

Definen García de Enterría y Tomás Ramón Fernández los informes como “declaraciones de juicio emitidas por órganos especialmente cualificados en materias determinadas llamadas a ilustrar al órgano decisor y a proporcionarle los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución con garantías de acierto”. Los informes a los que se refiere el precepto son los “preceptivos” para la integración del expediente administrativo, es decir, los que la Ley exige para la formación de la voluntad del órgano administrativo. En la

patrimonio histórico.” B) Que este art. 322.2 es un delito cualificado respecto de la prevaricación ordinaria relativa a funcionario administrativo del art. 404 no ofrece duda alguna, no sólo porque así se deduce de la estructura de estos tipos delictivos conforme aparecen definidos en el propio código, sino por la expresa referencia que el 322 hace a la pena del 404 cuando sanciona con la misma de ésta más la de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 12 a 24 meses. Por tanto, acusar de aquél implica acusar por éste.

mayoría de las ocasiones, estos funcionarios informantes tienen mayores conocimientos que el órgano encargado de la decisión, por lo que el dominio del hecho lo tiene realmente el funcionario que es quien conoce la trascendencia del informe emitido y la posibilidad de provocar un error al funcionario llamado a decidir sobre la aprobación del proyecto de derribo o alteración. Por ello el informe al que se refiere la norma no requiere que deba ser tenido por vinculante en su contenido para el órgano que decide. Si el informe no fuera preceptivo, no pasaría de ser la mera manifestación de una opinión, eso sí autorizada, que aunque fuera contraria a derecho, no daría lugar a la aplicación del tipo penal en su modalidad de informe.

La consumación de la conducta típica se produce con la emisión del informe y su recepción por el órgano destinatario del mismo. Por lo tanto, la consumación del delito es independiente del posterior actuar del órgano encargado de la aprobación del proyecto y de la influencia que el informe haya tenido en el proceso de toma de la decisión.

El contenido de la expresión “*a sabiendas de su injusticia*” tiene el mismo alcance que el general de la prevaricación y requiere que la actuación sea dolosa, con conocimiento de que se actúa de forma objetivamente contraria a Derecho. Es decir, no sólo se exige el conocimiento de que la decisión sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley.

Decir por último que comparando la dicción literal de los artículos 321 y 322 llama la atención que este último tipifique la conducta de informar proyectos de “alteración” de edificios, mientras que el primero exige que dicha alteración sea “grave”. Parece que el legislador considera atentatoria contra el bien jurídico la conducta del funcionario que informa favorablemente, a sabiendas de su injusticia, un proyecto que contemple cualquier alteración de un edificio singularmente protegido por su valor histórico, artístico o cultural, mientras que al autor material de la ejecución solo cabría exigirle responsabilidad penal si la alteración del edificio es grave.

3.2.2 Resolver la concesión de licencia para la ejecución del proyecto a sabiendas de su injusticia.

Se trata de una modalidad específica de la prevaricación¹³, consistente en la resolución arbitraria que pone en peligro el Patrimonio Histórico, es decir, una resolución injusta en una materia especialmente protegida.

La redacción del precepto es incorrecta –parece haberse tomado como modelo el artículo 329 del Código Penal, aunque en ese caso sí es apropiada al supuesto de hecho que tipifica- pues no se sabe que significa resolver “a favor de su concesión” cuando se trata de un proyecto. La interpretación lógica pasa por considerar que la conducta tipificada es la concesión de licencia para la ejecución del proyecto, a sabiendas de su injusticia

3.2.3 Votar a favor de la concesión de licencia para la ejecución del proyecto, a sabiendas de su injusticia.

Esta figura se aplicará a los miembros de un órgano colegiado que votan a favor de otorgar la concesión de la licencia conforme al proyecto presentado en términos de manifiesta ilegalidad. Es punible el mero acto de votar a favor

¹³ La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004 declara al respecto que el delito del art. 322.2 se refiere a un caso particular de prevaricación de autoridad o funcionario, agravado por la materia específica a la que se refiere: la concesión de una autorización administrativa para un proyecto de derribo o alteración de edificio singularmente protegido por ser interés histórico, artístico, cultural o monumental. Así se deduce de la relación que este artículo 322.2 tiene con el 322.1 y con el 321, así como con la denominación del capítulo II del título XVI del libro II del CP del que forman parte estas normas: "De los delitos sobre el patrimonio histórico". El art. 322.2 sanciona específicamente "a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia". Esta expresión "su concesión" hace referencia tácita al párrafo anterior al que expresamente alude en cuanto a la determinación de la pena. Por ello ha de entenderse que esa concesión ha de ser la de autorización para "proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos" como dice el art. 322.1. Y a su vez esta norma del 322.1 hace referencia tácita al 321 que nos dice la razón de ser de esa singular protección que radica, como ya hemos dicho, en su "interés histórico, artístico, cultural o monumental". Figuras de delito, todas estas, comprendidas en un mismo capítulo denominado "de los delitos sobre el patrimonio histórico." Que este art. 322.2 es un delito cualificado respecto de la prevaricación ordinaria relativa a funcionario administrativo del art. 404 no ofrece duda alguna, no sólo porque así se deduce de la estructura de estos tipos delictivos conforme aparecen definidos en el propio código, sino por la expresa referencia que el 322 hace a la pena del 404 cuando sanciona con la misma de ésta más la de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 12 a 24 meses. Por tanto, acusar de aquél implica acusar por éste.

de la concesión, aunque la licencia no llegue a concederse porque la mayoría vote en contra.

El delito se consuma en el momento de votar a favor de la concesión de la licencia conforme al proyecto manifiestamente ilegal, bien sepa el funcionario que su voto supondrá la adopción de una resolución arbitraria e ilegal, bien conozca que su voto no va a conformar ninguna mayoría de resolución. La *abstención* que conforme una mayoría de concesión no es típica en los mismos términos que votar a favor.

4. Tipo subjetivo

Ya hemos dejado dicho que es claramente un delito de comisión dolosa al emplear el término “a sabiendas”, tanto en lo referente a la emisión de los informes como a las resoluciones que se emitan, lo que obliga a excluir la comisión imprudente. El funcionario debe conocer la injusticia del acto que realiza, al menos por dolo eventual.

5. Conductas no contempladas: Ausencia de Inspección. No revocación.

Las conductas recogidas en el tipo penal no agotan las posibilidades de actuación del funcionario en relación con el delito de prevaricación en materia de Patrimonio Histórico. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha abordado el estudio de otras situaciones entre las que cabe destacar la de la *omisión de las inspecciones* y de *no revocación de las autorizaciones*, las cuales han sido dictadas en materia de delito medioambiental pero que pueden ser aplicadas a los delitos contra el Patrimonio Histórico.

En la omisión de las inspecciones o de ausencia de revocación de las autorizaciones o licencias de ejecución de los derribos o alteraciones de edificios singularmente protegidos por su valor histórico, artístico o cultural, habrá de clarificarse previamente si el funcionario ha asumido, o ha debido hacerlo, el control de la fuente de peligro. En tal supuesto resulta claro que la omisión de las actuaciones debidas y exigibles para evitar la producción del daño al Patrimonio Histórico habrá de ser equiparada a la acción.

IV. DAÑOS AL PATRIMONIO HISTÓRICO (Artículo 323)

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.

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 .

Sin duda estamos ante un delito común porque cualquier persona puede ser sujeto activo del mismo.

También se trata de un delito de resultado que se describe como deterioro, menoscabo o inutilización de las cosas sobre las que recae la acción, lo cual puede llevarse a cabo por cualquier medio. Cabe la tentativa como forma imperfecta de ejecución y también la comisión por omisión cuando exista posición de garante en quien no evite la causación del daño.

Castiga el precepto los daños a los bienes integrantes del patrimonio histórico, artístico, científico, cultural o monumental, con expresa mención a los yacimientos arqueológicos.

Resulta indiferente que se trate de bienes muebles o inmuebles, y también que sean objeto de especial protección. La única exigencia típica es que llegue a acreditarse de alguna manera válida en Derecho que nos encontramos ante bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o ante yacimientos arqueológicos, para lo cual habremos necesariamente de acudir a la normativa administrativa.

En cuanto a los daños causados en “archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, o institución análoga” la descripción típica parece no exigir que estos bienes tengan valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, y aunque la naturaleza de algunos de ellos pueda indicar que si lo posean (museo o biblioteca) en otros resulta claramente cuestionable que así sea en todos los casos (centro docente, archivo, registro, o gabinete científico). En todo caso la ubicación sistemática del precepto dentro del Capítulo correspondiente a los delitos sobre el patrimonio histórico parece indicar que ha de exigirse que todos estos bienes ostenten cierto valor

histórico, artístico, científico, cultural o monumental para que el daño a los mismos se considere típico conforme al artículo 323 del Código Penal. En definitiva, lo importante no es la titularidad pública o privada de los bienes, sino la naturaleza o función de los mismos.

Sobre la necesidad de que dichos bienes figuren en algún catálogo o registro, la postura que postula esta necesidad se fundamenta en la seguridad jurídica que proporciona tal inclusión, pues el autor del hecho conocerá o habrá podido conocer que los bienes dañados han sido declarados de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental. Sin embargo podrían quedar fuera del ámbito de protección del precepto todos aquellos bienes que siendo en realidad poseedores de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, no hayan sido objeto de un acto declarativo que así lo afirme. Por ello si de lo que se trata es de proteger ese valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental de los bienes, deberá quedar a criterio del Tribunal su concurrencia en función de la prueba que se practique en el acto del juicio oral. Abundaría en esta interpretación el mandato contenido en el artículo 46 de nuestra Constitución que ordena proteger estos bienes “cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad”. En palabras de VIVES ANTÓN, sin perjuicio de que la normativa sobre el Patrimonio Histórico Español pueda contribuir al esclarecimiento de la ley penal, no parece que esta pueda ser interpretada únicamente en base a la misma, ya que el interés colectivo ni aumenta ni disminuye por el hecho de que el bien de que se trate se halle o no inventariado.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en esta materia, interpretando el Código Penal anterior en sentencias recaídas sobre robos y daños de cosas de valor histórico, se pronunciaba en este mismo sentido. Así por ejemplo la Sentencia de 6 de junio de 1988 señala que el Tribunal opta por la postura favorable a entender la innecesariedad de la declaración administrativa del valor histórico, artístico y cultural. Razona el Tribunal que “no obstante la exactitud con que la Ley sobre Patrimonio Artístico trata de determinar los bienes que deben ser considerados como tales, es lo cierto que tanto su Exposición de Motivos como su articulado, por un lado, son de una generalidad en muchos casos difícilmente conciliable con la precisión exigible en los tipos penales y por otro, dejan fuera de su ámbito bienes que sin duda deben ser dotados de la correspondiente y especial protección penal atendiendo al espíritu del precepto constitucional”. Con base en dicha

fundamentación el Tribunal llega a la conclusión de que debe entenderse que queda al arbitrio judicial la determinación en cada caso concreto objeto de enjuiciamiento, de si los bienes u objetos ostentan o no el valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental.

Referida ya al delito de daños al Patrimonio Histórico, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1995 señala claramente que la ausencia de declaración previa por el órgano administrativo correspondiente no impide que se aplique la normativa protectora al respecto.

La diferencia con el supuesto del artículo 321 radica así en que este exige que los bienes (edificios en ese caso) gocen de una “singular protección” para que pueda darse la conducta típica, lo que no sucede en el artículo 323, por lo que en base al mandato constitucional tendrán cabida en este último precepto los daños a todos aquellos bienes que según la interpretación judicial posean valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental con independencia de su régimen jurídico. Pueden producirse problemas de concurso real entre ambos delitos en supuestos de destrucción de edificios singularmente protegidos donde además se produzcan daños en bienes muebles de valor histórico, artístico, cultural o científico, contenidos dentro del edificio. Llama la atención que la pena de prisión prevista en el artículo 323 tenga un límite inferior superior a la prevista en el artículo 321 sea por lo tanto más grave aquella que esta, pues parece que la conducta tipificada por el artículo 321 reviste mayor gravedad que la descrita por el artículo 323. Como sucede en el caso del artículo 321, el párrafo segundo del artículo 323 prevé la posibilidad de que los Jueces o Tribunales puedan ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado .

En cualquier caso optar por este criterio supone una cierta inseguridad jurídica por cuanto se deja la valoración del carácter histórico-cultural de los bienes a los Tribunales del orden jurisdiccional penal que pueden carecer de conocimientos especializados en materia administrativa sobre patrimonio histórico. Ahora bien, no es el de los delitos sobre el Patrimonio Histórico el único caso de tipos penales que contienen elementos normativos que han de ser integrados por los Tribunales del orden penal, y en el caso de los bienes pertenecientes al patrimonio histórico-cultural no existirá duda de este carácter cuando se encuentren debidamente catalogados, quedando únicamente a la

valoración del Tribunal aquellos supuestos en los que no exista tal catalogación.

Respecto de los “yacimientos arqueológicos” la Ley de Patrimonio Histórico no nos proporciona una definición sino que contiene una sola referencia a los mismos en su artículo 1.2 que no se repite a lo largo de todo su articulado. Si define en su artículo 15.5 la “Zona Arqueológica” como “lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas”. Esta definición parece demasiado amplia para identificar lo que sea yacimiento arqueológico a efectos de la aplicación del artículo 323, ello además de que una zona arqueológica puede contener varios yacimientos arqueológicos o de que un solo yacimiento puede constituir una zona arqueológica.

V. DAÑOS CAUSADOS POR IMPRUDENCIA GRAVE (Artículo 324)

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

El Código Penal vigente no sigue un sistema de incriminación genérica de la imprudencia sino que prevé las formas de comisión imprudentes en aquellas figuras delictivas que expresamente las admitan. Es el caso del artículo 324 que castiga los daños causados a los bienes que cita – reproduciendo los del artículo 323 - cuando sean debidos a grave imprudencia del autor.

Llama la atención la cuantía a partir de la cual resulta punible este tipo de daños imprudentes por cuanto, a diferencia de lo que sucede en el caso de los daños genéricos cometidos por imprudencia grave (el Artículo 267 del Código Penal exige superar la cuantía de 80.000 euros¹⁴), la cuantía es en este

¹⁴ Los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros, serán castigados con la pena de multa de tres a nueve meses, atendiendo a la importancia de los mismos (Artículo 267 del Código

caso de tan solo 400 euros. Ello no quiere decir que el legislador exija una mayor diligencia respecto del ciudadano de estos bienes –si así fuera tipificaría como delito el daño causado por imprudencia leve- sino que establece un límite cuantitativo menor por estimar que los deterioros a este tipo de bienes, aunque sean de no muy elevada cuantía, han de ser objeto de tutela penal.

VI. DISPOSICIONES COMUNES

1. Afección de un espacio natural protegido (Art. 338)

Se prevé en este artículo una agravación de la pena a imponer –la superior en grado a señalada al delito correspondiente- cuando las conductas definidas en el Título (ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente) afecten a algún espacio natural protegido.

Resulta cuestionable que esta circunstancia de agravación resulte aplicable a los delitos de los artículos 321 a 324 no obstante la amplia extensión a la que alude al precepto cuando se refiere a las conductas definidas en el Título XVI del Código Penal.

2. Atenuante de reparación del daño (Art. 340)

Se prevé en este artículo una atenuación de la pena a imponer –la inferior en grado a señalada al delito correspondiente- cuando el culpable de cualquiera de los delitos tipificados en el Título *“hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado”*. La atenuación prevista es similar a la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal prevista con carácter general en el artículo 21.5ª del Código Penal. La diferencia radica, a mi juicio, en que la atenuante genérica hace mención a la reparación del perjuicio causado “a la víctima”o a la disminución de sus efectos, mientras que el artículo 340 parece referirse a la reparación del daño medioambiental causado, deterioro que afecta a toda la colectividad.

Parece que esta atenuación no podrá operar en los supuestos de

Penal).

producción de daño irreversible o catastrófico dado que, por definición, no será susceptible de reparación, y tampoco en los casos en los que la reparación realizada resulte irrisoria o desproporcionada a la entidad del daño efectivamente causado.

Aunque el precepto no señala hasta qué momento puede el imputado reparar el daño, debe entenderse que resulta de aplicación a estos efectos el artículo 21.5ª del Código Penal en el sentido de considerar que cabe realizarlo “en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.

VII. Las faltas de los artículos 625 y 626 del Código Penal

A) El artículo 625.

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

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

Como afirma la sentencia ¹⁵de la Audiencia Provincial de Cantabria de 8 de septiembre de 2009, la lectura del artículo 323 del Código Penal no se desprende que el tipo exija que los daños tipificados en el mismo superen determinada cuantía. La doctrina científica ha señalado que habida cuenta que el artículo siguiente, el 324, que tipifica la causación por imprudencia grave de daños en los mismos lugares o bienes, sí exige que la cuantía de esos daños sea superior a 400 euros, el hecho de que el tipo doloso (el artículo 323) no haga alusión a esa cuantía mínima, significaría que dicho tipo no exigiría esa cuantía mínima. Se argumenta que no sería aplicable la cuantificación característica del delito de daños tipificado en el artículo 263 del Código Penal (o de la falta tipificada en el artículo 625 del mismo cuerpo legal) porque el artículo 263 expresamente se refiere a daños “*no comprendidos en otros títulos de este Código*”.

Sin embargo no puede omitirse –y el principio de legalidad así lo exige-

¹⁵ Sección Tercera. Ponente D. Agustín Alonso Roca.

la existencia de un tipo penal en apariencia contradictorio con el artículo 323, cual es la falta tipificada en el artículo 625.2 del Código Penal, como tipo agravado de la falta de daños, que sí exige que el importe de los daños no exceda de 400 euros (“*se impondrá la pena en su mitad superior si los daños se causaran en los lugares o bienes a que se refiere el artículo 323 de este Código*”).

La doctrina científica, que ha criticado severamente esta aparente contradicción del Legislador, tildándola de despropósito, de defecto de coordinación legal o de simple olvido, ofrece distintas soluciones: A) Bien considerando que los daños del artículo 323 cuya cuantía sea inferior a 400 euros no estarían excluidos del mismo porque ello supondría contradecir el criterio según el cual la significación de la conducta debe valorarse atendiendo al valor cultural del objeto dañado, que puede ser en ocasiones económicamente escaso o inestimable, criterio que se ve abundado por el hecho de que los daños del artículo 323 no constituyen un tipo agravado del delito de daños –ni siquiera se encuentran en el mismo Título del Libro II (XIII) sino en otro (XVI)-, con lo que claramente el Legislador los ha separado en razón de la distinta significación y mayor valor del bien jurídico protegido; b) Bien considerando que, al ser los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos preceptos del Código Penal, y en aplicación de las reglas del artículo 8, procedería aplicar la regla 4ª por no constituir ambas normas supuestos de especialidad, subsidiariedad o consunción, siendo aplicable el precepto penal más grave (el delito del artículo 323); c) Bien considerando que la falta tipificada en el artículo 625.2 del Código Penal constituye tipo penal especial frente al general del artículo 323, siendo de aplicación el artículo 8, regla 1ª, del Código Penal, criterio éste que, tratándose de una presunta colisión interpretativa entre dos tipos penales, sería además respetuoso del principio *in dubio pro reo*.

La jurisprudencia es más proclive a seguir este último criterio, en aras del principio de legalidad e interpretando las normas *pro reo* en casos de colisión evidente, y prácticamente todas las sentencias que se pronuncian sobre la cuestión parten del dato de considerar que aunque el artículo 323 no lo diga expresamente –como sí lo dice el tipo culposo del artículo 324-, a la vista del tenor literal del artículo 625.2 se colige que la cuantía de los daños se erige en elemento delimitador entre el tipo del artículo 323 y el del artículo 625.2, por razón de la especialidad del segundo frente al primero (Sentencias de las

Audiencias Provinciales de Cáceres de 11-11-2008, de Toledo de 4-12-2007, de Cantabria de 15-5-2007 ó de Huelva de 18-2-2005).

B) El Artículo 626.

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

La existencia de este artículo plantea un problema de tipificación en aquellos supuestos en los que los bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural no resulten materialmente dañados sino deslucidos. En tales casos parece que la solución del legislador será la consideración de que se trata de simples faltas y no de delitos, ello por mucho que el deslucimiento haya generado unos perjuicios de considerable cuantía.

No podemos desconocer que este precepto se introduce en nuestro Código Penal con la finalidad de proporcionar una respuesta penal adecuada a conductas atentatorias contra determinados bienes que planteaban problemas de tipificación. Es el caso de las denominadas “pintadas” o “graffitis” que realmente no producen menoscabo permanente en el bien, pero implican un evidente deterioro de su apariencia externa. Deslucir equivale a desmejorar pero no es sinónimo de dañar.

Es mayoritaria la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales al respecto (por ejemplo, en la Audiencia Provincial de Cantabria sentencias de 18-1-2008 de la Sección 1ª ó de 17-3-2009 de la Sección 3ª; o el criterio unánime de la Audiencia Provincial de Madrid, expuesto en Acuerdo No Jurisdiccional de 25-5-2007). Y es que es obvio que cuando la acción encaminada a restaurar el estado de los bienes sobre los que se realizaron los dibujos o graffitis no sobrepasare la mera limpieza, estaríamos ante un mero deslucimiento, sancionable si recae sobre bienes inmuebles conforme al artículo 626 del Código Penal, y atípico si recae sobre bienes muebles. Sin embargo, si la retirada de las pinturas generase un menoscabo o deterioro del objeto o exigiese su reposición, el hecho integraría el delito o la falta de daños de los artículos 323 o 625.2 del Código Penal. Ese debe ser el criterio

delimitador o diferenciador.

VIII. La agravación específica en los delitos patrimoniales.

El apoderamiento de bienes muebles que revistan interés artístico, histórico o cultural, sean de propiedad particular o pública, depositados en viviendas particulares, museos u otras entidades, conllevará la automática calificación de Robo, si se ha empleado violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas; Hurto, si lo ha sido sin ellas; o Apropiación indebida, si quien se apropia los había recibido previamente en depósito, comisión o administración o los hubiera encontrado perdidos y se hubiera apropiado de ellos en lugar de consignarlos.

En efecto, para los delitos de Robo, Hurto y Daños, el Código Penal anterior preveía una agravación específica cuando los bienes eran de interés histórico, artístico o cultural, independientemente de que el objeto fuera de propiedad particular o pública, lo que igualmente sucede en el nuevo Código, puesto que las figuras delictivas anteriores subsisten con prácticamente la misma redacción¹⁶, si bien la novedad que el nuevo Código incorpora es que la agravación específica se amplía a otros delitos no previstos en el anterior Código: Estafa, Apropiación indebida y Malversación de caudales públicos (arts. 250, 253 y 432).

Esta ampliación aparece plenamente justificada: en la Estafa, por la nocividad social de la proliferación de falsificaciones, capaz de llegar a quebrar la confianza en el comercio lícito de objetos artísticos. Respecto a la

¹⁶ Código Penal. Art. 250. “El delito de Estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses cuando:(...) 5.º recaiga sobre bienes que integren el Patrimonio Artístico, Histórico, Cultural o Científico”. Art. 253. “Serán castigados con la pena de multa de tres a seis meses los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de cincuenta y mil pesetas. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años”. Art. 432. 1.º “La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiera que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. 2.º “Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años (...) si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico (...)”.

Apropiación indebida, la agravación va a suponer un eficaz instrumento a favor de quienes tienen como profesión el comercio de objetos de interés histórico, por cuanto la confianza traicionada en el préstamo, depósito o administración va a resultar más gravemente sancionada. En la Malversación de caudales públicos, el fundamento de la agravación lo constituye la condición de funcionario público o autoridad del que sustrae o consiente que un tercero sustraiga un bien declarado de valor histórico o artístico. Obsérvese que en esta figura se exige que el objeto de valor histórico o artístico haya sido declarado así previamente, sin que por tanto resulte agravada la malversación de un bien sin esa declaración. Algo que realmente no se explica; puesto que la agravación dependería para un particular del criterio discrecional de un Juez, en cuanto que le corresponde a él determinar si el objeto tiene o no interés histórico artístico, y sin embargo si el sujeto activo es funcionario o autoridad, la agravación estará supeditada a una previa declaración de ese interés. En efecto, el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de junio de 1988 declara expresamente, con respecto a la agravación, que: “desde el momento de su aparición ha suscitado comentarios desfavorables, dado que la falta o ausencia de definición legal de los tipos, y el empleo de una fórmula abierta y elástica, ofrece dificultades para determinar el concepto normativo de las cosas a las que proceda atribuir tal valor, lo que puede dar lugar a interpretaciones diversas y contradictorias, en perjuicio de la seguridad jurídica, si bien hay quien entiende que el defecto quedó subsanado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 25 de junio de 1985 sobre el Patrimonio Histórico Español, en cuanto que como cosa de valor histórico, cultural o artístico, deben entenderse los bienes inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en la Ley, pero es lo cierto que aún con posterioridad a la publicación de la mentada Ley siguen manteniéndose posturas encontradas respecto a si deben entenderse comprendidos en el precepto penal aquellos objetos que previamente hayan sido declarados como de valor histórico, artístico o cultural, mediante la correspondiente resolución administrativa o, por el contrario, que no es necesario el cumplimiento de tal requisito, siendo esta última la posición que resulta más aceptable (...) porque no obstante la exactitud con que la Ley sobre el Patrimonio Artístico trata de determinar los bienes que deben ser considerados como tales, es lo cierto que tanto su Exposición de Motivos como su articulado, por un lado, son de una generalidad en muchos casos difícilmente conciliable con la precisión exigida en los tipos penales y por otro, dejan fuera de su ámbito bienes que sin duda deben ser dotados de la correspondiente y especial protección penal atendiendo al

espíritu del precepto constitucional”. “En definitiva –concluye la sentencia– se ha de llegar a la conclusión que dado el estado de la normativa vigente, anteriormente referida, debe entenderse que queda al arbitrio judicial la determinación, en cada caso concreto objeto de enjuiciamiento, de si los bienes u objetos ostentan o no el valor justificativo del tipo agravado (...)”.