

Función social y tutela penal del patrimonio arqueológico

Emilio Cortés Bechiarelli

Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. Bases para el estudio de la problemática jurídico-penal. 1. Dimensión constitucional. Consideraciones críticas. 2. Contenido del concepto de patrimonio arqueológico. II. Patrimonio arqueológico y delitos sobre el patrimonio histórico: aspectos peculiares. 1. Generalidades. Recapitulación. 2. El específico bien jurídico protegido. 3. Bienes arqueológicos como objetos materiales de los delitos sobre el patrimonio histórico. 4. Una creciente realidad criminal: la expoliación del patrimonio arqueológico invisible. III. Protección fragmentada del patrimonio arqueológico.

1. Bases para el estudio de la problemática jurídico-penal

1. Dimensión constitucional. Consideraciones críticas

Los abundantes estudios que, recientemente, han tratado la cobertura penal del patrimonio histórico¹ dedican un espacio más o menos amplio a la letra del artículo 46 (CE), que dice: *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.* Indiscutiblemente, es éste el imprescindible punto de partida de la materia sobre la que versa este trabajo, del que tendremos que extraer y analizar, en relación de género a especie, lo atinente a los objetos y áreas de significación arqueológica.

Es explicable esta armonía doctrinal pues, como se ve, el constituyente se dirige directamente al ordenamiento criminal para que se encargue de prevenir y sancionar los ataques a estos valores, lo que, en efecto, de manera al menos formal, acató el vigente texto de 1995, instaurando un Capítulo dedicado a *los delitos sobre el patrimonio histórico* en el Título XVI (*De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*). Son diversas, desde luego, las cuestiones que se derivan de este estado de las cosas. Para empezar, con carácter general, hace renacer el interesante debate acerca de la legitimidad de la Constitución para la creación de bienes jurídicos², cuyo análisis desbordaría con mucho la extensión de esta obra, en el entendido, eso sí, de que su art. 46 es el único que contiene una previsión de esta naturaleza, pues, por ejemplo, para la defensa del medio ambiente —proclamada en el precepto precedente— se *establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas.*

1. Con carácter monográfico, C. SALINERO ALONSO, *La protección penal del patrimonio histórico en el Código penal de 1995*, Barcelona, 1995; M. J. ARIAS EIBE, *El patrimonio cultural. La nueva protección en los arts. 321 a 324 del Código penal de 1995*, Granada, 2001; F. RENART GARCÍA, *El delito de daños al patrimonio cultural español. Análisis del art. 323 del Código penal de 1995*, Granada, 2002 y C. GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código penal*, Valencia, 2001.

2. Cfr., sobre el particular, S. MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del ius puniendi*, en EPC, XIV, 1991, pp. 205 y ss.; N. GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996, pp. 43 y ss., o F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Bien jurídico y Constitución*, CPC, 1991, pp. 5 y ss. Sintetiza las objeciones a la concepción constitucionalista del bien jurídico D. M. SANTA VEGA, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, 2000, pp. 43 y ss.

Las críticas pueden ahora reputarse extemporáneas³, pero no me resisto a sostener que la proliferación de cláusulas como las del art. 46 CE hubiera puesto en muy serio compromiso la labor del redactor del Código penal llamado de la democracia, y que, personalmente, entiendo que el sistema de selección de bienes jurídicos dignos de ser protegidos por el ordenamiento criminal no debiera nunca nutrirse *en exclusiva* de las disposiciones de un texto constitucional, lo que no impide que, en la práctica, derechos fundamentales sean, a la vez, valores tutelados por el Código penal. Pero porque se han verificado, uno a uno, los presupuestos del principio de intervención mínima, y no porque el constituyente haya, a su vez, ejercido labores de legislador en materia penal, siquiera sea por remisión expresa o tácita. En suma: la salvaguarda de estos bienes se antoja imprescindible para la convivencia en un Estado de Derecho, abstracción hecha de su catalogación en la norma fundamental.

A mayor abundamiento, el derogado Código penal de 1973 no era ajeno a la protección del patrimonio histórico o artístico, lo que hace todavía más simbólica y retórica la demanda constitucional⁴. En sede de daños, se castigaba a quien los ocasionase *en un archivo, registro, museo, biblioteca, gabinete científico, institución análoga o en el patrimonio histórico-artístico nacional* (art. 558.5); el mismo Capítulo, siguiendo la tradición

legislativa, sancionaba a *los que destruyeren o deterioraren pinturas, estatuas u otros monumentos públicos, de utilidad y ornato* (art. 561). Por último, el art. 579 albergaba una falta *contra los intereses generales y régimen de las poblaciones*, la de apedrear o manchar estatuas o pinturas. Tras la reforma de 1983 —es decir, vigente ya el art. 46 CE—, los delitos de robo y hurto se agravaban, entre otras situaciones, cuando la infracción recaía sobre *cosas de valor histórico, cultural o artístico*⁵, con lo que hacía definitiva fortuna un mecanismo de amparo de estos bienes jurídicos basado en la dispersión normativa, algo que sigue ocurriendo en la actualidad a pesar de la creación en 1995 del mencionado Capítulo específico, que debiera haber arrastrado hacia sí cualquier merma del patrimonio histórico. Más adelante volveré sobre este aspecto; de momento, es menester continuar con la repercusión que la Constitución española tiene en esta concreta modalidad de delincuencia y sus posibles imbricaciones con los actuales arts. 321 a 324 CP, en cuanto más significados garantes del patrimonio arqueológico.

Fundamentalmente, porque es uno de sus objetivos prioritarios *facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural* (art. 9.2), que se ve refrendado en otras disposiciones constitucionales, como los arts. 10.1, 25.2 o 48⁶. Todos ellos configuran la denominada *Constitución cultural*⁷, orientada hacia

3. Descendiendo al plano concreto del art. 46 CE, la doctrina no acogió con demasiado agrado su imperativo, lacónico y exclusivo mandamiento. Así, E. VAELO ESQUERDO lo entiende tributario de una *actitud precipitada y extravagante*, en "La defensa del patrimonio histórico-artístico y el Derecho penal", en *VV.AA., Derecho y proceso*, Murcia, 1980, p. 498. Por su parte, J. J. GONZÁLEZ RUS opina que tal previsión es una *inoportuna manifestación de celo protector*, que no se corresponde con el silencio que guarda la Constitución en relación a bienes jurídicos de superior relevancia, en *Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico*, ADPCP, 1995, p. 39, aunque no es, sin embargo, ni tan arbitrario ni tan perturbador como en principio puede parecer, p. 40 (y bajo el título *Presupuestos constitucionales de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico*, en *Estudios Penales y Jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, 1996, pp. 287 y ss.). R. TAMAMES, no obstante, concluyó que *toda defensa será poca, y bien está que en la Constitución se tipifiquen las agresiones con carácter penal*, en *Introducción a la Constitución española*, Madrid, 1980, p. 82. No cabe duda de que esta consideración únicamente puede suscribirse desde un entendimiento erróneo del modo en que Código penal y Constitución deben relacionarse.

4. Algunos penalistas refieren episodios de auténtica laceración del patrimonio histórico. Así, A. FERNÁNDEZ ALBOR alude a las bombas puestas en la Catedral de Santiago de Compostela y el Palacio de Fonseca de la misma capital junto al incendio de la Iglesia de la Merced de Córdoba, en *El patrimonio artístico y su protección penal*, en *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, 1982, p. 701. ARIAS EIBE cita a Erik el Belga como saqueador continuado de Iglesias y patrimonios artísticos particulares y a los piteros como grupo especializado en la destrucción del patrimonio arqueológico, en *op. cit.*, p. 19. Es indudable que estos sucesos y estos personajes debieron pesar extraordinariamente en el ánimo del constituyente a la hora de encargar al ordenamiento criminal la sanción de estas infracciones. Gráficamente, en lo que se ha convertido en una cita clásica, F. MUNOZ CONDE opina que en España se ha hecho de todo en relación con el menoscabo de tan valiosos objetos, en *El tráfico ilegal de obras de arte*, EPC, 1992/1993, p. 401.

5. Cfr. sobre este aspecto de la reforma el estudio de L.F. RUIZ ANTÓN, *Los robos con fuerza en las cosas: nuevos módulos para determinar la pena*, en *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. II, Madrid, 1985, pp. 1120 y 1121.

6. De forma programática, el *Preámbulo* de la Constitución ya anuncia que es su voluntad *proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones*, a la vez que *promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida*.

7. SALINERO ALONSO, *op. cit.*, pp. 28 y ss., por todos.

el disfrute universal de tan preciado patrimonio histórico-artístico, y en cuanto *en una sociedad como la nuestra constituye una afirmación casi tautológica el que el arte, con su poder de humanización y emancipación, debe hacerse accesible a todos los ciudadanos*⁸. Como dispone otro *Preámbulo*, el de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPH), este *Patrimonio es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos. Porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando*. En definitiva: con independencia de quién sea en cada momento el titular de alguno de los componentes del patrimonio histórico nacional, lo que la Constitución trata de trasladar al ordenamiento criminal es que se precisa una específica tutela de este bien jurídico en cuanto portador de un interés social, que afecta a todos y cada uno de los españoles, o, en expresión de GONZÁLEZ RUS, *de un bien jurídico cuya titularidad corresponde a la sociedad en su conjunto, y no a los propietarios de los bienes de valor histórico, artístico y cultural*⁹. No deja de ser todo ello una manifestación más del advenimiento del Estado social, que se aleja a conciencia del individualismo tradicionalmente imperante en los Estados liberales fruto de la Revolución Francesa.

Quiérase o no, todos estos presupuestos (más propios de un ensayo constitucional¹⁰) impregnan al Derecho penal. Para empezar, le fija unos parámetros mínimos a su legislador, que fueron com-

binados con los principios esenciales de esa Ciencia para alcanzar los resultados conocidos; además, son criterios útiles para la adecuada exégesis de los preceptos que disciplinan los atentados al patrimonio histórico; por fin, más genéricamente, porque nos topamos con un bien jurídico de naturaleza colectiva¹¹, categoría no siempre saludada con entusiasmo por nuestra doctrina, algo hastiada —con razón— de la progresiva *vis atractiva* del ordenamiento criminal¹², lo que podría poner en entredicho *ab initio* hasta la creación del correspondiente Capítulo protector del patrimonio histórico. En esta ocasión, no creo que deba ser así, y mucho menos si al acervo arqueológico nos referimos; antes bien, me apoyo en las reflexiones del propio SILVA SÁNCHEZ cuando escribe que la propagación de esta rama de Derecho obedece, entre otras razones, al *incremento esencial de valor que experimentan, como consecuencia del cambio social y cultural, ciertas realidades que siempre estuvieron ahí, sin que se reparara en las mismas; por ejemplo, el patrimonio histórico-artístico*¹³. Desde esta óptica, las bases del Derecho penal democrático no se resienten lo más mínimo, a pesar de que, en verdad, el objeto de tutela sea colectivo. Lo que se persigue, precisamente, es evitar que se *atente* —como proclama el art. 46 CE— contra ese patrimonio histórico, bien destruyendo los elementos que lo integran, inutilizando de una manera u otra su valor cultural (a través de las específicas modalidades de daños ex arts. 321 y 323 CP), privando ilícitamente a la comunidad del dominio público de los enseres protegidos por la LPH (formas agravadas de los delitos de hurto, robo, estafa y malversación, y sustracción de cosa propia a su utilidad cultural), o, por último, sacando de nuestro territorio esta especie de bienes *sin la autorización de la admi-*

8. A. VERCHER NOGUERA, *Delitos contra el patrimonio histórico*, en *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales*. Manual teórico práctico, vol. V, Madrid, 1996, p. 565.

9. *Op. cit.*, p. 36. y MUNOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 401 y ss.

10. Aunque la protección del patrimonio histórico no sea un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, lo que, dado el carácter taxativo de la demanda constitucional del art. 46 CE *in fine*, resulta ser intrascendente a estos efectos. Sea como fuere, ya me dediqué al estudio de dichos principios al socaire del tenor de su art. 39, concluyendo que son *normas jurídicas que no crean derechos subjetivos, sino que, a modo de declaración programática, deberán ilustrar la actividad de los poderes públicos, más en concreto de los poderes judicial y legislativo, con el fin de prestar asistencias materiales a los ciudadanos y así dar cauce a la previsión del artículo 1.1 de la Constitución española, según el cual nuestro país se constituye en un Estado social*, E. CORTÉS BECHIARELLI, *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Madrid, 1996, p. 32. En cursiva en el original.

11. GUIASOLA LERMA se detiene extensamente en este aspecto, en su *op. cit.*, pp. 257 y ss.

12. Pueden encontrarse muy válidos exponentes de esta línea doctrinal en J. M. SILVA SÁNCHEZ, *¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español*, en AP, 1998, pp. 435 y ss., y en M. A. IGLESIAS RÍO, *Constitución y moderno Derecho penal en la sociedad del riesgo. Notas para un debate abierto*, en *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, Barcelona, 2003, pp. 1015 y ss.

13. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, 2001, p. 25.

nistración del Estado cuando ésta sea necesaria (art. 2.1, apartado e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando). De este modo, encaja todo el *iter* argumental desarrollado hasta el momento: la Constitución pone el acento en la supremacía social del patrimonio histórico, acabando con la tendencia secular a su dominio individualista y excluyente, para lo cual acude al ordenamiento criminal con una marcada intención simbólica propia de la configuración más elemental de la prevención general. Cosas distintas son el método escogido por el constituyente y la recepción del mandamiento constitucional en nuestro Código penal, más censurables.

Una derivación de este carácter colectivo del bien jurídico patrimonio histórico, dimanante del tratamiento constitucional, es su emparejamiento en un mismo Título en el Código penal con otros concordantes y complementarios, como son la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente¹⁴, con lo que los correlativos arts. 45, 46 y 47 CE encuentran refrendo en el texto criminal a través de una sistemática unitaria valedora de un concepto verdaderamente difuso: el entorno¹⁵, expresión que estimo la más elocuente de cuantas se han ensayado para hilvanar los valores protegidos por el repetido Título XVI, y que con todo acierto alcanza una dimensión trilateral¹⁶. Otra abrazadera no menos trascendente, como comprobaremos en seguida, es la vigencia del también etéreo derecho al libre desarrollo de la personalidad, del que serían manifestación el uso y disfru-

te sin cortapisas de esos patrimonios, y, singularmente, del patrimonio arqueológico.

Respecto a las relaciones con el medio ambiente, es menester señalar que el art. 45.1 CE establece que *todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo*, entendido acertadamente como una categoría diferenciada de lo que se denominó en el Proyecto de Ley Orgánica del vigente Código penal, de modo algo rudo, *protección de la vida silvestre*. Es algo más. Ilustra esta afirmación el hecho de que, durante la tramitación de la Constitución, SAMPEDRO SÁEZ propuso que, inicialmente, los poderes públicos promovieran *el medio ambiente humano*¹⁷, pues, no en vano, *el patrimonio histórico no deja de ser uno de los sectores del medio ambiente, si bien dotado de una singularidad propia*¹⁸, y, añadido, mucho más si de bienes inmuebles u objetos de ornato con valor histórico o cultural —trasluciendo aquí la terminología de los Códigos penales decimonónicos— se trata, pues coadyuvan al mantenimiento de un clima vital más placentero.

Y en relación con el art. 47 CE algo similar sucede, si bien quizá se advierten todavía con más transparencia sus interacciones con la defensa del patrimonio histórico, entre otras cosas, porque el art. 319.1 CP tipifica como forma de atentado a la ordenación del territorio la construcción no autorizada en suelos con valor *artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección*¹⁹, lo que genera una zona de intersección de protección penal

14. Nuestra doctrina más especializada, al abordar el estudio de los diferentes ilícitos del Título XVI, estima que comprende aquellos delitos que afectan a la comunidad en cuanto orden social, es decir, independientemente de su organización como Estado, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 14 ed., Valencia, 2002, p. 533.

15. Como sostiene E. J. PÉREZ ALONSO, *Los delitos contra el patrimonio histórico en el Código penal de 1995*, AP, 1998, p. 612. Estas infracciones no fueron previstas como tales en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal. Fue la enmienda 373 presentada ante el Senado por el Grupo Parlamentario Socialista la que estimuló la inclusión de este concreto Capítulo, si bien en la *Justificación* de dicha enmienda nada se dice acerca del porqué de su adscripción al ya preexistente Título dedicado a los delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del medio ambiente. Cfr. *Ley Orgánica del Código penal. Trabajos parlamentarios*, vol. II, Cortes Generales, Madrid, 1996, p. 1788.

16. Expresamente en contra E. J. RUIZ VIEYTEZ, *El derecho al ambiente como derecho de participación*, 1990, p. 66, para quien el patrimonio cultural, histórico y artístico de los pueblos de España es extraño al reconocimiento constitucional del medio ambiente, algo que, a mi entender, resulta contradictoria con la definición de *derecho al ambiente* que propone en p. 32, como el *interés vital de toda persona, reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, en mantener los equilibrios necesarios en los elementos de su entorno física habitual, para un adecuado nivel de vida*. Este concepto, en fin, no se desnaturaliza por el hecho de considerar incluido en su cuerpo al patrimonio histórico y cultural, sino que, por el contrario, lo fortifica y complementa adecuadamente.

17. Diario de Sesiones del Senado 30 de agosto de 1978, p. 2095.

18. ARIAS EIBE, *op. cit.*, p. 16. J. GARCÍA CALDERÓN también sintetiza con acierto esta idea, con base en una especie de *afección del medio cultural en el natural y viceversa par cuanto la impresión conjunta de ambas magnitudes produce una alteración sustancial que da un mayor valor al conjunto*, en *La protección penal del patrimonio arqueológico, Patrimonio cultural y Derecho*, 2003 (en prensa). En cursiva en el original.

19. Antes, el mismo art. 319.1 había declarado la protección de los suelos destinados a *viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico o ecológico*, con lo que se escenificaría así la recíproca relación entre la defensa del medio ambiente y de la ordenación del territorio.

que, con independencia de su sustrato constitucional, podrá originar en la práctica situaciones concursales resueltas con la apreciación de un concurso ideal de delitos.

En suma: la tutela del *entorno* —incapaz de integrar, *per se*, un bien jurídico unitario, dada su generalidad y absoluta indeterminación— se consigue a través del amparo acumulativo de los patrimonios natural, cultural y urbanístico²⁰, cuya concreción, sin ser meridianamente clara, al menos sí que satisface algo más las exigencias de la legislación criminal en orden al establecimiento de los tipos sobre la base de unos valores perfilados cuya protección demanda la sociedad.

Otro presupuesto —esencial para la correcta interpretación de los delitos contra el patrimonio con subtipos agravados por la naturaleza histórica o cultural de su objeto material— es la función social de la propiedad recogida en el art. 33 CE, que *reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia* en su párrafo primero, pero añade en el segundo que dicha *función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes*. Además, el art. 128 de la misma norma fundamental dice que *toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general*. Surge así un posible foco de fricción entre la inclinación hacia lo colectivo de los elementos que integran el patrimonio histórico, y la potencialidad real de que sean propiedad exclusiva de un particular. Bastante he dicho ya acerca de la función social de dichos activos culturales, y resultaría redundante perfilar más la idea; sólo queda tratar de establecer parámetros válidos para conjugar esa realidad con otra igualmente incontestable: que el titular dominical puede ser una persona física —o jurídica— concreta. ¿Tiene límites el uso y disfrute de esos bienes de su propiedad?

En principio, como regla general, no. Al menos en lo relativo a la afectación del vínculo de naturaleza civil que legitima la tenencia²¹. Sin embargo, este planteamiento ha de ser matizado. La cuestión es interesantísima, y ocuparía muchas líneas su resolución definitiva. Mi objetivo es de menor alcance, y se justifica en cuan-

to la gran mayoría de los delitos contra el patrimonio y de daños exige que su objeto material sea *ajeno* al sujeto activo, y para una correcta interpretación de estas figuras constituye un punto de partida esencial saber si puede hablarse de una titularidad compartida²², exclusivamente colectiva, o particular. Adelanto que cuando una persona física detenta la propiedad de un bien de nuestro patrimonio histórico, la singularidad que se advierte para el caso de que padeciese alguno de los ilícitos reseñados en este mismo párrafo es que se interesará la agravación del tipo básico de la figura. No obstante, el hecho de que sea posible la propiedad privada de estos vestigios —y precisamente por la función social que cumplen— hace que en la legislación se encuentren determinadas peculiaridades que, sin ánimo de agotarlas, son:

— La Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre expropiación forzosa, establece en su art. 76 que *la expropiación de bienes, muebles o inmuebles, de valor artístico, histórico o arqueológico, se llevará a cabo con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, con las particularidades que se establecen en los artículos siguientes*.

— Precisamente, una de las causas legalmente previstas de expropiación forzosa por causa de interés social es el incumplimiento de las obligaciones recogidas en los arts. 35 y siguientes LPH, relativas al modo de conservación, mantenimiento y custodia de los bienes.

— También se fijan prevenciones a la hora de la enajenación de bienes declarados de interés cultural y otros que se detallan en el art. 40.1 del RD 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la LPH. En concreto, el art. 41 del mismo Decreto habilita al Ministerio de Cultura para *hacer uso del derecho de tanteo para sí, para una entidad benéfica o para cualquier entidad de derecho público*.

— En materia de exportación de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, las precauciones son prolijas (cfr. art. 45 y siguientes del RD 111/1986). El art. 50.1 de esa norma presume *iuris et de iure* que *la declaración del valor del bien objeto de la solicitud de salida definitiva hecha por el solicitante será considerada oferta de venta irrevocable a favor de la Administración Ge-*

20. La terminología es de PÉREZ ALONSO, *op. cit.*, p. 612. Sobre la complementación de los arts. 45 a 47 CE, C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Madrid, 1990, pp. 181 y ss.

21. Incluso el art. 2 de la ley republicana de 13 de mayo de 1933 reconocía la posibilidad de que las personas físicas fuesen propietarias de bienes de interés artístico, arqueológico, paleontológico o histórico.

22. Tesis sostenida en Italia por M. S. GIANNINI, a través de la teoría de la propiedad dividida de los bienes culturales. Cfr., sobre esta línea de pensamiento, GUIASOLA LERMA, *op. cit.*, p. 292.

neral del Estado. Los mismos efectos tendrán la solicitud de autorización de salida temporal con posibilidad de venta en el extranjero.

— En relación con el patrimonio arqueológico, el art. 44 LPH considera bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o azar, y, a renglón seguido, advierte: *en ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código civil*²³. Igualmente, y a título de ejemplo, el art. 43 LPH establece que *la administración competente podrá ordenar la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas en cualquier terreno público o privado del territorio español en el que se presuma la existencia de yacimientos o restos arqueológicos*.

Como se ve, propiedad privada sí, pero sometida a no pocos controles, y, además, con una tendencia legislativa nada disimulada a la atracción de estos muebles e inmuebles hacia el dominio o el patrimonio públicos. Se logra de esta manera un equilibrio razonable entre los dos primeros párrafos del art. 33 CE, y, desde esta perspectiva, la LPH y el Decreto que la desarrolla han acertado plenamente en el modo de alcanzar la armonía propuesta, dando cumplimiento a la doctrina del Tribunal Constitucional cuando sostiene que la propiedad privada resiste *intervenciones públicas no meramente hablatorias (sic) en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario (STC 37/1987, de 26 de marzo)*²⁴.

2. Contenido del concepto de patrimonio arqueológico

Se aborda este epígrafe con el propósito de delimitar el alcance de la expresión *patrimonio arqueológico* desde el prisma de la legislación administrativa²⁵. Queda diferido el estudio del objeto material de los distintos tipos o modalidades agradas que lo tutelan en el ordenamiento criminal, así como el diagnóstico acerca del grado de complementación que se observa entre ambos sistemas, cuestión que, por otra parte, y respecto al global de los delitos contra el patrimonio histórico, ha generado fundadas críticas.

Los restos arqueológicos han sido tradicionalmente tutelados por normas administrativas. En este sentido, es preciso referir la Ley de Excavaciones Arqueológicas de 7 de julio de 1911, vigente hasta la promulgación de la LPH, norma ésta que dedica su Título V²⁶, de manera monográfica, a la materia. Esta distintiva dedicación parece justificarse no sólo por la trascendencia histórica de las piezas arqueológicas²⁷, sino también por cuanto se trata de proteger las expectativas de hallazgo de bienes de tal especie. La mera sospecha de que en determinado suelo se ocultan estos vestigios trae como consecuencia la puesta en marcha de una maquinaria preventiva, de la que es posible que ni siquiera se extraiga fruto alguno.

Éstos son los principales conceptos y conclusiones que extraigo de la regulación del patrimonio arqueológico en la LPH:

— El art. 1 LPH dispone que integran el patrimonio histórico español, entre otros, los inmuebles y

23. El tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare. Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento en propiedad ajena, o del Estado, y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor. Si los efectos descubiertos fueren interesantes para las ciencias o las artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá en conformidad a lo declarado.

24. Que añade: la referencia a la función social como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir.

25. Se concibe la arqueología como aquella ciencia que estudia todo tipo de evidencia que sirva para conocer mejor el marco global en el que vivió el hombre a lo largo de la historia, desde las características ambientales del medio que ocupó hasta las extremas transformaciones del mismo para su aprovechamiento industrial. Es la definición propuesta por SÁNCHEZ-PALENCIA RAMOS, y que recoge BARRERO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 204. O la recuperación, descripción y estudio sistemáticos de la cultura material del pasado, según V. M. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *Teoría y método de la Arqueología*, Madrid, 1990, p. 10.

26. A nivel internacional destacan el Convenio europeo de 6 de mayo de 1969 para la protección del patrimonio arqueológico y el Convenio de 3 de octubre de 1985 para la salvaguarda del patrimonio arquitectónico de Europa, hecho en Granada.

27. Elemento esencial para el conocimiento del pasado de las civilizaciones, según el Convenio de 1969, y expresión irremplazable de la riqueza y diversidad del patrimonio cultural de Europa, testimonio inestimable de nuestro pasado y herencia común de todos los europeos para el de 1985.

objetos muebles de interés arqueológico, así como los yacimientos y zonas arqueológicas. El art. 40 ofrece más datos para la delimitación de estos bienes: que ofrezcan carácter histórico, sean susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido extraídos o no, y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo como en el mar territorial o en la plataforma continental.

— Se extiende el alcance de estos presupuestos a los *elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes*.

— *Zona arqueológica*: se encuentra separada del citado Título V, como tipo de bien inmueble del Patrimonio Histórico Español. Se define como el *lugar o paraje natural donde existan 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* (art. 15.5).

— Esas expectativas de hallazgo arqueológico a las que me he referido se concretan a través de dos figuras. Las *excavaciones* y las *prospecciones arqueológicas*. Las primeras son *las remociones en la superficie, en el subsuelo o en los medios subacuáticos que se realicen con el fin de descubrir e investigar toda clase de restos históricos o paleontológicos, así como los componentes geológicos con ellos relacionados*. Por su parte, son *prospecciones arqueológicas las exploraciones superficiales o subacuáticas, sin remoción del terreno que persiguen idénticos objetivos que las excavaciones*.

— También adelanté que estas operaciones de rastreo arqueológico, aun cuando pudieran resultar estériles, estimulan la actuación inmediata —*ad cautelam*— de la administración. El art. 42 LPH relata el método y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Se parte de que toda excavación o prospección debe ser autorizada por el organismo competente, y la actuación indagatoria se someterá a un *programa detallado y coherente, que contenga los requisitos concernientes a la conveniencia, profesionalidad e interés científico*. Además, la obtención de la autorización obliga a los beneficiarios a entregar los objetos extraídos al Museo o Centro que la propia administración disponga. La inobservancia de estas disposiciones puede ser sancionada en vía administrativa con una multa de 25.000.000 de pesetas —art. 76.3, b—, o, si la infracción es valorable económicamente, con multa del tanto al cuádruplo del valor del daño causado —art. 76.2—.

— No se aporta la definición normativa estática de *yacimiento arqueológico* en sede administrativa (terminología que sí asume, también sin perfilarla, nuestro Código penal), a pesar de que la LPH la utiliza en sus artículos 1 y 43.

— La LPH regula detenidamente los llamados *hallazgos casuales*, configurados como *los descubrimientos de objetos y restos materiales que, poseyendo los valores que son propios del patrimonio histórico español, se hayan producido por azar como consecuencia de cualquier otro tipo de remociones de tierra, demoliciones u obras de cualquier índole* (art. 41.3). El resultado de estos hallazgos, en virtud del art. 44 LPH, pasarán a considerarse *inmediatamente* bienes de dominio público, sin que sea de aplicación el art. 351 del Código civil²⁸, por lo que es regla general y seña de identidad del patrimonio arqueológico su automática demanialización.

Con independencia de otros extremos trascendentes para el correcto entendimiento de la naturaleza jurídico-administrativa del patrimonio arqueológico, es preciso destacar que lo que verdaderamente le hace peculiar es el empleo para su detección y estudio de lo que se denomina, como es sabido, *metodología arqueológica*, o conjunto de actividades técnicas realizadas por especialistas tendentes al descubrimiento, extracción y preservación de los bienes históricos idóneos para arrojar información sobre civilizaciones más o menos pretéritas. De este modo, la legislación administrativa pone el acento antes en el método que en el objeto, al que sólo le exige su *carácter histórico* (art. 40.1 LPH), siempre en aras de la prevención de irreparables pérdidas que restarían elementos de conocimiento relativos a la manera de ser, actuar y expresarse de nuestros antepasados. En este marco se inscribe el tenor del art. 37 LPH, que permite a la administración impedir un derribo y suspender cualquier clase de obra cuando pueda quedar afectado con su continuación alguno de los valores dignos de ser protegidos por el patrimonio histórico.

Una precisión importante antes de culminar este epígrafe, que sí compromete a los delitos contra el patrimonio arqueológico, y que hace aflorar los desacoples existentes entre la legislación administrativa y la criminal, tan inapropiados desde todos los puntos de vista. A los tipos penales, básicos o cualificados, concentrados en el Título XVI, o dispersos por el Código penal, no le sirve el criterio de la idoneidad para ser estudiados con metodología arqueológica. No encuentro en los distintos

28. Cfr. nota a pie 23 de este trabajo.

manuales que tratan de la disciplina arqueológica mención alguna a ese protocolo; eso sí, son muchas las precauciones cuando se nota la más leve señal de apariencia arqueológica dedicadas a que se cumpla la máxima de que *lo que el hombre ha unido, no lo desuna el arqueólogo*²⁹, lo que, como intentaré justificar motivadamente en su momento, explica la cita a los *yacimientos arqueológicos* en el art. 321 CP *in fine*.

Pero, desde una estricta óptica jurídico-penal, que es la que interesa, el criterio administrativo no es adaptable. Nuestro Derecho penal es reconocido, entre otras garantías, porque supedita su intervención al hecho de que, al menos, exista la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Descendiendo al supuesto concreto de los daños al patrimonio histórico —arts. 321 y 323 CP—, es menester añadir que son figuras de resultado, y no de riesgo, lo que acrecienta el alejamiento entre la Ley de Patrimonio histórico y el Código penal. Bienes de valor arqueológico *son los que son, y no los susceptibles de serlo*, que podrán alcanzar tal condición, o, simplemente, ser, por ejemplo, una imitación más o menos burda realizada meses antes y escondida por cuantas razones nos quiera sugerir la imaginación. Es cierto también que todos los atentados al patrimonio arqueológico —salvo el de daños a edificios singularmente protegidos—, incluso las formas agravadas de las infracciones contra el patrimonio, no precisan que tales bienes se encuentren inscritos previamente en un determinado registro, bastando su calidad artística, histórica, etc. (STC 181/1998, de 17 de septiembre). Mas, salvada esa formalidad por la doctrina y jurisprudencia, sí se precisa que lleven aparejados materialmente en su corporeidad uno de los atributos detallados en el art. 1 LPH: su interés arqueológico.

Se ha dicho que, en Arqueología, *la excavación es el equivalente del experimento en otras ciencias*³⁰, lo que pone sobre la pista de la esterilidad de muchas de estas actividades de rastreo indiscriminado, que se iniciaron por la mera apariencia de trascendencia arqueológica del hallazgo. Dicha apariencia no es causa suficiente para justificar la intervención penal³¹; es necesario que se dictamine científicamente esa cualidad histórica, y, si así fuese, y se verificasen el resto de elementos típicos, se consideraría consumada la figura delictiva.

Lo penalmente relevante, en fin, es la función social del vestigio, y no cómo se estudie; en definitiva, la existencia real de un bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Por eso, el concepto de patrimonio arqueológico del art. 40.1 LPH es inexportable al Código penal, lo que obliga a fijar a espaldas de dicha norma administrativa los rasgos que definen el objeto material de los tipos que lo amparan.

II. Patrimonio arqueológico y delitos sobre el patrimonio histórico: aspectos peculiares

1. Generalidades. Recapitulación

He adelantado que la cobertura penal del patrimonio histórico se encontraba representada en diversos artículos antes de la entrada en vigor de la Constitución. El Código penal de 1995 recoge, sin embargo, el mandamiento del art. 46 *in fine* de nuestra norma fundamental (*la ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio*) y establece un sistema mixto de tutela de este bien jurídico. Por una parte, fiel a su tradición, mantiene difuminadas algunas modalidades agravadas de tipos penales en razón de la naturaleza del objeto material. Por otra, instaura el conocido Título que castiga *los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*, en el que se dedican cuatro preceptos (arts. 321 a 324) al segundo de esos valores.

Esta doble vía de incriminación ha recibido severas críticas, sobre todo por parte de PÉREZ ALONSO, quien, basándose en que *hay más preceptos fuera de este capítulo que dentro del mismo destinados a la protección del patrimonio histórico*, mantiene que se acaba generando un auténtico *fraude de etiquetas*³². No le falta razón al mencionado autor, si bien, por mi parte, creo que la instauración del Título XVI del Libro II del Código penal tiene sentido y responde al deseo de amparar una exigencia de la sociedad (el respeto al entorno), concebida como unitaria, a través de sus tres principales activos. Quiero de-

29. C. A. MOBERG, *Introducción a la Arqueología*, traducción de E. CERRILLO, Madrid, 1987, p. 57.

30. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 59.

31. Pudiendo provocar situaciones de error inverso —quien cree que está destruyendo una ánfora con valor arqueológico, y no es así—, que encontrarán acomodo en el tipo genérico de daños, o en su correspondiente falta, dependiendo del valor de la lesión material.

32. *Op. cit.*, p. 617.

cir con ello, que más que interesar la tesis de la dispersión absoluta, prefiero el agrupamiento de los atentados al patrimonio histórico en la sede única que le corresponde, con observancia de la función sistemática que los penalistas otorgamos al bien jurídico. Esto obliga, sin duda, y por ende, a legislar la materia con algo más de concreción y conexión con las normas administrativas³³, subrayando, con evidente carga intencional, el carácter colectivo de la lesión, y después significar que, además, compromete un patrimonio particular, y no a la inversa. Al fin y al cabo, los arts. 321 y 323 son formas de daños, y el art. 322 muestra una tipicidad similar a la del delito de prevaricación, al que recurre expresamente en el momento del establecimiento de la pena. ¿Por qué no se ha hecho lo mismo con las infracciones patrimoniales?³⁴

Así las cosas, distinguiré entre aquellos tipos cuyo objeto es el patrimonio histórico, y el resto de modalidades esparcidas por el Código en las que se menciona este bien jurídico. Una vez que queden localizadas unas y otras, únicamente quedará la labor consistente en determinar si ambos ámbitos de protección alcanzan al patrimonio arqueológico, interés preferencial declarado de este estudio.

2. El específico bien jurídico protegido

Aunque ya se adelantó, conviene detenerse brevemente en el bien jurídico *patrimonio arqueológico*, partiendo de que la doctrina cifra el valor amparado por los delitos contra el patrimonio histórico *in genere* —Capítulo II del Título XVI— en el valor cultural inmaterial³⁵ de estos restos. En efecto, se alza- prima su función social, de sabida trascendencia, dejando a un lado la posible lesión patrimonial que conlleve la destrucción o sustracción del mueble o inmueble arqueológico, y, precisamente por eso, puede sostenerse que el interés protegido es colectivo. Lo esencial en estos daños es que la merma es padecida por la ciudadanía y, desde luego, por la *ratio essendi* del art. 46 CE, que, no se olvide, cita expresamente a los poderes públicos como encargados de la conservación y enriquecimiento del patrimonio histórico.

Este pensamiento tiene efectivo refrendo respecto a los delitos de daños, que abandonan su

sede propia para pasar a considerarse formas de atentado a este patrimonio, si bien el tránsito no ha sido completo, y algunas posibilidades delictivas seguirán siendo enjuiciadas por el tipo genérico por insuficiencia de los especiales. Lógicamente, no podrá decirse igual de los delitos contra el patrimonio, de los que cabe predicar lo contrario: es básico el aspecto crematístico de la infracción, y lo accesorio, por acumulación, el ataque a las expectativas de conocimiento, disfrute o estudio de todo un pueblo, subrayado por medio del establecimiento de un subtipo agravado.

Sea como fuere, el patrimonio arqueológico constituye una de las manifestaciones más importantes y singulares de todo el acervo histórico-artístico, como exponente de ese valor cultural inmaterial ya referido. El legislador penal conoce esta realidad, y trata de proteger no sólo los atentados a los restos encontrados, sino, a su vez, persigue la custodia de los yacimientos arqueológicos latentes como depositarios de unas claves capaces de descifrar cómo fue la vida de nuestros antepasados remotos. Su aniquilación, en verdad, supone impedir la *lectura* que los arqueólogos efectúan de esos vestigios, a la vez, que, en segunda instancia, privarían a las generaciones presentes y venideras de la posibilidad de poder contemplar tan trascendentes descubrimientos. Puede hablarse, en suma, de dos necesidades de protección —actual y futura— de esta especie de patrimonio, sin que se advierta, por cierto, singularidad alguna en el Código por tal motivo, sino que —en inapropiada equiparación— los daños a los yacimientos arqueológicos son sancionados con la misma pena que los causados a un centro docente o una biblioteca.

3. Bienes arqueológicos como objetos materiales de los delitos sobre el patrimonio histórico

I. Cabe preguntarse, en primer término, si el patrimonio arqueológico se integra en el objeto material del art. 321³⁶, no sin antes significar la crítica que, a mi juicio, merece el legislador de 1995 por no preferir los *inmuebles* en lugar del sustan-

33. En la actualidad, poca colaboración se nota entre la Ley de Patrimonio Histórico y el Código penal, lo que denuncia atinadamente la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1997 (*Memoria elevada al Gobierno*, Madrid, 1998, pp. 575 y ss.).

34. La misma Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1997 insiste en estos aspectos, interesando el alineamiento de todas las infracciones contra el patrimonio histórico en un único Título, pp. 575 y ss.

35. GUIASOLA LERMA, por todos, *op. cit.*, p. 406.

36. Dice así: 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

tivo *edificios* escogido³⁷. El vigente Código penal se aparta, de nuevo, de la distinción que el art. 1.2 LPH hace entre *inmuebles* y *objetos muebles*, e, incluso, de la terminología de un tipo parejo al que se estudia ahora —el del art. 319— que, en sede de delitos sobre la ordenación del territorio, se refiere a *construcciones*, y no a *edificios*, y que, desde luego, mucho mejor papel hubiera hecho a la hora de fijar el alcance de este art. 321 CP, que queda constreñido por obra y gracia del empleo de un elemento típico de más limitadas miras que los otros dos propuestos. Se ha optado por una modalidad del género. Primera laguna que otorga inmotivado protagonismo, por defecto, y como tipo de recogida, al art. 323.

De acuerdo con lo que prescribe el art. 40 LPH pueden existir edificios de interés arqueológico, que no serían otra cosa que edificios de carácter histórico susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica³⁸. Pero, insisto —y aun haciendo un esfuerzo por encontrar una complementación plena entre la norma administrativa y la penal—, el resto de inmuebles con estas características nunca podrían ser protegidos por este art. 321, ni tampoco aquellos bienes a los que alude de manera expresa el art. 40.2 LPH (cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre), de imposible encasillamiento en las categorías de edificios o inmuebles. Puede sostenerse que, para estas insuficiencias, operaría, otra vez, la función de recogida del art. 323 CP³⁹, no sin ánimo crítico, pues tampoco se nota una absoluta identidad punitiva entre un precepto y otro. Por ejemplo, dicho art. 323 no tiene prevista pena de inhabilitación de clase alguna —cuando son conductas realizadas en muchas ocasiones por profesionales de la construcción—, y el mínimo de la pena privativa de libertad merma en el caso del art. 321. A mi juicio, era mucho más correcto el método utilizado por el art. 558.5 del anterior Código penal, que, sin más distinciones, ni particularidades, citaba al *patrimonio histórico-*

artístico nacional, noción que, a la vista del art. 1 LPH, es lo suficientemente clara como para no hacer resentir lo más mínimo el principio de legalidad en lo atinente al reenvío normativo que comportan las leyes penales en blanco. Sea como fuere, si el redactor del Código de 1995 quería establecer diferencias, bien podía haber dedicado el art. 321 a la lesión de los bienes inmuebles, y el 323 a la de los muebles y a ese *tertium genus* que son los yacimientos arqueológicos. Todo menos mostrar —por enésima vez— tal desdén hacia los presupuestos de la legislación administrativa, manteniendo la mención a esos *edificios* a pesar de lo atinado de la enmienda parlamentaria.

Algún sector de nuestra doctrina repara en estas carencias del objeto material del tipo y patrocinan la superación del dominio gramatical de *edificio*, con base en una interpretación funcional del término, que incluyera elementos decorativos, historiográficos o arqueológicos unidos a él con diversos grados de anclaje⁴⁰. El art. 334.3 del Código civil, en este sentido, reconoce esos llamados *inmuebles por incorporación*, considerados como *todo lo que esté unido a un inmueble de manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto* y, en efecto, también creo que no se quiebra el principio de legalidad, ni se producen infundadas interpretaciones extensivas, por el hecho de adscribir esos *inmuebles por incorporación* al elemento típico *edificio*, precisamente, porque en virtud de un precepto civil, forman parte y son *edificio*⁴¹. Además, la incorporación de la acción *alteren* en el art. 321 CP respalda esta posibilidad.

El mismo art. 321 dispone que estos edificios se encontrarán *singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental*. Como se ve, nada se dice del atractivo arqueológico, pero el recurrente art. 40 LPH lo considera, *de facto*, predicable de muebles e inmuebles *de carácter histórico*. Personalmente, hubiese preferido la cita expresa de esa clase de bienes, dada su

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.

37. El Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda en este sentido, alegando que el edificio es una especie de los bienes inmuebles, por lo que se solicitaba la modificación de la redacción, alegación que no fructificó. Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 160, 29 de junio de 1995.

38. Es menester recordar que al Derecho penal le interesan los que han acreditado ese valor por vía pericial o administrativa, no los que se encuentran todavía pendientes de catalogación, y cuya auténtica esencia se desconoce.

39. J. M. TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al Código penal*, dirigidos por G. QUINTERO OLIVARES, 2ª ed., Pamplona, 2001, p. 1543.

40. GARCÍA CALDERÓN, *op. cit.*

41. Como sostiene GUIASOLA LERMA, *op. cit.*, p. 478. Además, el art. 11.2 LPH obliga a que en la resolución del correspondiente expediente se enumeren, respecto a los bienes inmuebles, las partes integrantes, las pertenencias y los accesorios comprendidos en la declaración.

relevancia presente y futura, sin remisiones indirectas, pero la cuestión hay que reconocer que no tiene demasiada importancia en la práctica, más allá de lo simbólico. Por su parte, el art. 9 LPH establece que *gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada*, detallando en los párrafos siguientes el procedimiento a seguir para alcanzar tal condición⁴². El indudable tenor de las palabras escogidas por el Código penal, y su correspondencia —esta vez sí— con lo dispuesto en la legislación administrativa, harían decaer cualquier especulación al respecto, pero VERCHER NOGUERA no piensa así, y concluye que *es indiscutible que debe de tratarse de una valoración independiente de la apreciación administrativa*, pues, no en vano, de seguirse lo que la norma acuerda de modo taxativo, *no habría más edificio de interés histórico, artístico o cultural que el que la Administración creyera oportuno declarar como tal*⁴³. Desde luego, con esta especie de rebeldía a lo dispuesto —esta vez sí— legislativamente, se pueden alcanzar consecuencias indeseables para la administración de justicia en materia criminal, impropias de un Estado de Derecho.

Nuestra más reciente jurisprudencia, además, y contrariamente a la invocada por el propio VERCHER NOGUERA, tiene establecido, como no debía ser de otra forma, que *de acuerdo con el principio de intervención mínima que inspira el Derecho penal, el legislador no ha querido que el tipo del citado art. 321 se extienda a cualquier edificio*

*que forme parte del patrimonio histórico, artístico, cultural o monumental, sino sólo a aquellos que las leyes administrativas otorgan una singular protección*⁴⁴, criterio que no toca a otros tipos del mismo Capítulo que no reseñan ese requisito⁴⁵, paradoja también inexplicable. De esta manera, la necesidad de una matriculación como acto administrativo formal previo constituye, a mi juicio, una modalidad de condición objetiva de punibilidad propia para la aplicación del art. 321 CP, que, por tanto, no tiene que ser abarcada por el dolo del autor por su propia naturaleza.

A la vista de todas las consideraciones anteriores, estimo que *puede constituir objeto material del art. 321 CP cualquier edificio, como especie del género inmuebles, además de sus elementos por incorporación, de carácter histórico, con valor arqueológico constatado, que haya sido singularmente protegido, en los términos legales propuestos por el art. 9 LPH, declaración administrativa preexistente que alcanza la consideración de condición objetiva de punibilidad en el ámbito jurídico-penal*.

II. En relación con el art. 323 CP⁴⁶, el patrimonio arqueológico encuentra una doble vía de protección. De un lado, con el castigo de los daños a bienes de valor histórico, que, en virtud del art. 40 LPH, acogen esos vestigios arqueológicos; y, de otro, más expreso, sancionando la destrucción o inutilización de yacimientos arqueológicos. La primera clase entiendo que englobaría los ataques a las cosas muebles, a los inmuebles que no son edificios singularmente protegidos, y a los exponentes del arte rupestre que

42. Para supuestos de incoaciones de expedientes pendientes de resolución, entiendo, con TAMARIT SUMALLA (op. cit., p. 1544), que tal situación no es asimilable al reconocimiento definitivo, aunque el art. 11 LPH diga que *la incoación de expediente para la declaración de un bien de interés cultural determinará, en relación al bien afectado, la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes declarados de interés cultural*. En contra de nuestra tesis, se sitúa la SAP Soria 17 de mayo de 2001. Es elemental que el Derecho penal sólo puede reaccionar ante lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos actuales, y no ante expectativas condicionadas a la culminación de un expediente administrativo.

43. Op. cit., p. 577. Distinta era la solución de la problemática antes de la entrada en vigor del Código penal de 1995, cuando el delito de daños se agravaba, simplemente, si recaían en un archivo, registro, museo, biblioteca, gabinete científico, institución análoga o en el patrimonio histórico-artístico nacional. En tal sentido, la STC 181/1998, 17 de septiembre, con estos presupuestos típicos, resolvió que *la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español, conforme éste es configurado por la citada Ley 16/1985*. Esta reflexión puede extrapolarse hoy a los arts. 323 y 324 CP, que, como es sabido, no se encuentran sometidos a condición objetiva de punibilidad alguna.

44. SAP Huesca 19 de abril de 2002. Como la SAP Soria 17 de mayo de 2001, donde se confirma la sentencia absoluta del correspondiente Juzgado de lo Penal, por cuanto *el frontón derribado no estaba declarado de interés cultural, y por tanto no gozaba de la singular protección que tienen estos bienes en el Código penal*.

45. SAP Pontevedra 11 de febrero de 1999, respecto al art. 324, que castiga los daños al patrimonio histórico por imprudencia: *en la delimitación de cuáles sean estos bienes, en la medida en que el aludido precepto no lo exige, no puede considerarse decisiva su previa catalogación en los correspondientes registros de bienes de interés cultural, por lo tanto hay que desligarse de un criterio formalista pareciendo más correcto entender que nos hallamos ante un elemento normativo de valoración cultural*.

46. 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.

enumera el art. 40.1 LPH; y la segunda supone un *tertium genus*, en cuanto es un objeto material específico que, según la voluntad del legislador, resulta difícil de encasillar. Voy por partes.

Para la consumación del art. 323 no se determina que los objetos dañados se encuentren singularmente protegidos, tal y como dispone el art. 9 LPH⁴⁷. En consecuencia, las posibilidades de su comisión son más elevadas, no sólo por la propia configuración del tipo, sino porque —ya se adelantó— actúa como instituto de recogida del art. 321. Es de destacar que la acción típica coincide con la del delito de daños genéricos, sin mención al derribo o la alteración. Esto significa que, de acuerdo con nuestra doctrina más solvente, se acabará produciendo la destrucción o aniquilamiento de esos bienes integrantes del Patrimonio Arqueológico, o su deterioro o inutilización⁴⁸, conceptos mucho más adecuados que los que utiliza, con nada gratificante originalidad, el art. 321 CP.

Más complicación *a priori* ofrece el giro *yacimientos arqueológicos*. Como también expuse en su momento, y con cita de precedentes históricos, es notable la preocupación que el legislador muestra, al parecer, hacia esta clase de bienes, a pesar de que sólo los nombra en esta sede. GUIASOLA LERMA ha sintetizado las razones por las que el patrimonio arqueológico es objeto de permanente expolio, como el desarrollo urbano o las prospecciones clandestinas con uso de detectores de metales⁴⁹. El cuidado de tan provechosos restos para el entendimiento de la historia de las civilizaciones merece, en efecto, una protección específica, máxime si se tiene en cuenta que se compone de una riqueza latente, pendiente de ser descubierta, y que se encuentra todavía oculta, pero a disposición de auténticos depredadores de objetos de esta naturaleza.

Como decía, el Código penal alude a los *yacimientos arqueológicos*, cuya noción se desconoce. La LPH los rotula en sus arts. 1 y 43, pero su auténtico contenido normativo se nos presenta como un enigma⁵⁰. Así, pues, surgen dos posibilidades; una, abandonar la citada norma administrativa y proponer un concepto de yacimiento arqueológico elaborado *ad hoc* para la exégesis del

art. 323 CP. Otra, estimar válida, a estos efectos, la noción de *zona arqueológica* que sirve el art. 15.5 LPH, y que comprende al *lugar o paraje natural donde existan 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* (art. 15.5).

El inconveniente de esta fórmula, a pesar de que sería deseable su admisión por razones de seguridad jurídica, es que contiene la cláusula *susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica*, imposible de asumir por el ordenamiento penal atendiendo a las razones que expuse en su momento, lo que hace desechar una posible integración del concepto de *zona arqueológica* en orden a la delimitación de este concreto objeto material. Abandonando entonces el auxilio del ordenamiento administrativo, pero sin desoír a nuestra Ley de Patrimonio Histórico, lo primero es concluir, por exclusión, que la expresión típica *yacimientos arqueológicos* no se refiere ni a muebles ni a inmuebles de valor arqueológico, pues éstos ya encuentran adecuada protección en los arts. 321 y 323 CP. Este hecho ha motivado que parte de la doctrina se plantee hasta qué punto no es superflua o redundante la previsión⁵¹, pero, por mi parte, encuentro justificación a la inclusión de este giro en el Código penal, y además en último término, como queriendo resaltar sus privativas características.

De manera que los citados arts. 321 y 323 ampararían el patrimonio arqueológico ya descubierto, y el segundo de los preceptos, con la incorporación postrera de esos *yacimientos arqueológicos*, trataría de proteger un modo cautelar de proceder ante la certeza fundada de encontrarse ante un área de tal peculiaridad, pero todavía no poseída por la administración, sino únicamente *dominada*. En definitiva, se pretende fortalecer por vía penal el conjunto de prevenciones de naturaleza administrativa tendentes al aseguramiento del patrimonio arqueológico latente, cuyo paradigma es el monopolio estatal de las excavaciones y prospecciones arqueológicas, dada la trascendencia histórica, no sólo de los objetos susceptibles de ser hallados, sino del *ámbito* que

47. Cfr. nota a pie 43 de este trabajo.

48. Por todos, A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *El delito de daños: consideraciones jurídico-políticas y dogmáticas*, Burgos, 1999, p. 141.

49. *Op. cit.*, pp. 638 y ss.

50. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ lo define como *aquel lugar donde quedan restos materiales de algún tipo de actividad humana, y añade algo que puede tener repercusión en mi entendimiento del giro en su dimensión penal: los vestigios no visibles en su mayoría quizás no sean descubiertos nunca, en su op. cit.*, p. 36, lo que da idea de la cantidad de restos cuya identidad arqueológica se encuentra seriamente comprometida.

51. SALINERO ALONSO, *op. cit.*, p. 314, aunque finalmente le atribuye un carácter cercano a lo simbólico, por el expolio que nuestro patrimonio arqueológico ha venido sufriendo por parte de incivilizados, curiosos o coleccionistas.

los rodea, capaz de aportar jugosa información complementaria⁵². En tal sentido, es exponente de esta realidad el art. 42.1 LPH, que dispone que *toda excavación o prospección arqueológica deberá ser expresamente autorizada por la Administración competente*, con capacidad incluso expropiatoria: *podrá ordenar la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas en cualquier terreno público o privado de territorio español, en el que se presume la existencia de yacimientos o restos arqueológicos* (art. 43 LPH)⁵³. Más aún: *son bienes de dominio público todos los objetos y materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o azar. El descubridor deberá comunicar a la Administración competente su descubrimiento en el plazo máximo de treinta días e inmediatamente cuando se trate hallazgos casuales*⁵⁴.

Dos consecuencias en relación con las reflexiones anteriores. Una, que se sigue reclamando la realización efectiva de un daño, entendido en los términos propuestos por la doctrina para la consumación de los ilícitos genéricos de esa especie.

De la lectura del párrafo precedente pudiera inferirse un cierto sesgo de delito de riesgo en el caso concreto del yacimiento arqueológico, pero no es así⁵⁵. Al menos uno de los elementos integrantes de la zona digna de protección deberá ser destruido o inutilizado, ya sea total o parcialmente.

Otra, que considero absolutamente inapropiada la equiparación que establece el art. 323 entre este objeto material —el yacimiento arqueológico— y los daños, entre otros, en centro docente, que permitiría castigar los causados *en los pupitres o las pizarras de una escuela*⁵⁶ con idéntica intensidad represiva que en el primer caso, al menos si atendemos al marco dispuesto en abstracto. Sea como fuere, este desajuste puede corregirse en la práctica si se tiene en cuenta que una interpretación teleológica del inciso final del art. 323 invita a pensar que no se sanciona la destrucción o inutilización de *todo* el yacimiento, sino que cada lesión de los diferentes activos que lo componen generaría una infracción individualizada, que, no obstante, y a su vez, sería atemperada por ministerio de los postulados del delito continuado⁵⁷. En realidad, la regulación de los ataques a los yaci-

52. ARIAS EIBE insiste en el conjunto de bienes con valor arqueológico que forma el yacimiento, de forma que la importancia de éstos está en su puesta en relación con el resto, en *op. cit.*, p. 193. Desde una perspectiva metajurídica, L. CABALLERO ZOREDA significa, citando a BEITH y FLANAGAN, que el patrimonio arqueológico no se compone de objetos, sino de datos sobre la actividad humana, tomados tanto del contexto del objeto como del mismo objeto. El hecho de arrancar un objeto de su contexto le quita por lo tanto todo su valor, en *Los detectores de metales*, Revista de Arqueología, n. 17, 1982, p. 28. Por último, C. RENFREW y P. BAHN dedican un epígrafe de su Tratado a la importancia del contexto, y, así, dejan sentado que los arqueólogos han reconocido, cada vez en mayor medida, la importancia de identificar y registrar correctamente las asociaciones existentes entre los restos de un yacimiento. Éste es el motivo por el cual constituye una tragedia que los saqueadores excaven yacimientos indiscriminadamente... una vasija saqueada, interesante para un coleccionista, habría informado mucho más respecto a la sociedad que la fabricó si los arqueólogos hubieran podido registrar donde apareció. Cfr. *Arqueología. Teorías, métodos y práctica*, traducción de M. J. MOSQUERA RIAL, Madrid, 1993, p. 45. En la jurisprudencia, la SAP Ciudad Real 18 de diciembre de 2002 condena por un delito de daños al patrimonio histórico, ya que se probó la realización de sondeos de carácter furtivo que ocasionaron daños importantes e irreversibles, tanto de carácter secuencial como estratigráfico que impiden la interpretación científica del yacimiento.

53. El art. 76.1 f) LPH considera infracción administrativa, salvo que sea constitutivo de delito, la realización de excavaciones arqueológicas u otras obras ilícitas a que se refiere el art. 42.3.

54. De acuerdo con la tesis que se sostiene en este trabajo acerca del alcance de la expresión típica *yacimientos arqueológicos*, y con base en estas exigencias cronológicas dictadas por la legislación administrativa, la STSJ Extremadura 24 de julio de 2002 resuelve que no considera la Sala que sea banal el requisito de la inmediatez del primer vestigio, ya que es la manera de que con la mejor garantía técnica y de integridad se obtengan los materiales existentes, ya que de otro modo no existen garantías técnicas en la explotación del yacimiento, que los resultados lleguen a la sociedad por los cauces oficiales, ni que lo puesto de manifiesto sea la integridad de lo que en el mismo se encontraba, bienes jurídicos que son relevantes para la sociedad y la Ley protege.

55. La SAP Granada 22 de mayo de 2001 absuelve a los acusados en un supuesto de acumulación de piedra de la explotación sobre el yacimiento —debe entenderse sobre el terreno sobre el cual se emplaza el yacimiento—, lo cual sería subsanable quitando las que han caído sobre el mismo, sin que se haga alusión alguna a daños producidos en los restos que pudieran existir de la sepultura colectiva.

56. En opinión de MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 549.

57. Posibilidad admitida genéricamente en esta especie de delitos con fundamento por GUIASOLA LERMA, *op. cit.*, p. 684. No lo entendió así la STS 29 de enero de 1997, que confirmaba la de instancia, que condenó a los acusados a la pena de catorce meses de prisión menor, en un supuesto en el que se declaró probado que, como consecuencia de la actuación de aquéllos, se perdieron restos de carácter histórico de valor incalculable, aproximadamente de los siglos I y IV de la Era Cristiana. Los hechos fueron enjuiciados de acuerdo con lo dispuesto en el art. 558.5 CP 1973, que castigaba los daños en el patrimonio histórico-artístico nacional. Igualmente, la STS 3 de junio de 1995, que impone un año de prisión menor, cuando se demostró la destrucción, se dice, de restos arqueológicos. Tampoco acogió la continuidad delictiva la SAP Ciudad Real 18 de diciembre de 2002.

mientos arqueológicos no aporta elementos típicos suficientes para matizar tanto, por lo que su protección, materialmente, es difusa y parca; por eso, se denuncia la manifiesta desproporción que se nota entre la calidad de esas huellas arqueológicas, y los medios típicos asumidos por el legislador penal para tal empeño.

4. Una creciente realidad criminal: la expoliación del patrimonio arqueológico invisible

Una de las características más señaladas del patrimonio arqueológico es su latencia. Los hallazgos de restos de esta naturaleza son constantes, y la superficie del territorio español es buen ejemplo de tal evidencia. Este hecho justifica, como acabo de exponer, la previsión legislativa de los yacimientos arqueológicos como objeto material autónomo. Toca ahora analizar jurídico-penalmente las consecuencias derivadas de las apropiaciones de estos rastros, pero en cuanto susceptibles de ser incardinadas en alguno de los delitos contra el patrimonio⁵⁸, y partiendo de la base fáctica de la proliferación de detectores de metales altamente sofisticados y precisos, que ha provocado, incluso, que se propugne una reforma legal que imponga la obligación de *sistemas de permisos o de matriculación de las personas que utilizan los detectores*⁵⁹, como si de un automóvil, añadido, se tratase.

Inicialmente, son dos los delitos que pudieran venir en aplicación para sancionar la conducta de estos saqueadores de la arqueología invisible u oculta: el hurto y la apropiación indebida, si bien, y con carácter preliminar, es imprescindible la cita de la SAP Granada de 31 de octubre de 2000 (no recurrida en Casación por las acusaciones), en la

que se absuelve a los distintos acusados de dichas infracciones contra el patrimonio, a pesar de que en sus domicilios se encontraron *gran cantidad de piezas cerámicas y líticas de la cultura argárica, ibérica, romana, hispano-romana y andalusí, objetos procedentes de sepulturas de incineración ibéricas, seis pesas de telar ibero-romanas, etc*⁶⁰. Esta resolución refrenda, casi al pie de la letra, el pensamiento doctrinal de A. ROMA VALDÉS⁶¹, quien había llegado a esa conclusión después de esforzarse en fijar los contornos del *patrimonio ajeno* en los delitos de esta naturaleza, deficitarios, en el pensamiento de dicho autor, para castigar el caso de estos expolios arqueológicos indiscriminados.

Con el declarado ánimo de ir desgranando ideas a fin de tratar de buscar una solución jurídica-mente rigurosa a esta problemática —la más preocupante para los estudiosos de la arqueología, como se ha tenido ocasión de comprobar—, el art. 42.3 LPH considera *ilícitas*⁶² aquellas excavaciones o prospecciones arqueológicas realizadas sin la autorización correspondiente, o las que se hubieren llevado a cabo con incumplimiento de los términos en que fueron autorizadas. Curiosamente, como si se viniese en apoyo de la sentencia de la Audiencia de Granada, añade que tales conductas serán sancionadas conforme a lo dispuesto en la presente Ley, sin asumir la recurrente cláusula salvo que sean constitutivas de delito que sí adopta el programático art. 75 LPH. Sea como fuere, a estas actividades ilegales, pues, son a las que se precisa encontrar acomodo en el Código penal, siempre que esto no suponga retorcimiento alguno del principio de legalidad. Comienzo con el estudio de su posible condición de delito de hurto.

Dicho delito contra el patrimonio castiga al *que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño* (art. 234 CP). Es

58. Conviene adelantar que, como regla general, la doctrina entiende que la concurrencia conjunta de daños y hurto provoca la aplicación del principio de consunción como solución de un concurso de leyes, y no de delitos; en efecto, los daños ocasionados quedan absorbidos o subsumidos por el hurto, como opina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 207, tesis que no se comparte en este trabajo.

59. CABALLERO ZOREDA, *op. cit.*, p. 29. Tampoco es imprescindible despliegue alguno de medios técnicos. La STS 17 de enero de 1992 relata cómo el recurrente, sin más, empezó a arañar el suelo para distraer el tiempo o entretenerse mientras pastaba el rebaño que cuidaba, lo que permitió el descubrimiento de un mosaico completo. En cualquier caso, *cfr.*, para un correcto entendimiento del tratamiento de estos aparatos en el ordenamiento administrativo, J. BARCELONA LLOP, Aspectos del régimen jurídico de las autorizaciones arqueológicas, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 21, 2002, pp. 120 y ss.

60. Los hechos probados de la sentencia son absolutamente demostrativos del saqueo que los nueve acusados habían provocado en diferentes áreas arqueológicas, y merecen ser leídos con detenimiento para comprender todavía mejor la trascendencia jurídica —y social— del fallo absolutorio.

61. La protección penal del patrimonio arqueológico, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, vol. VIII, Madrid, 1998, pp. 3 y ss. Igualmente, Las excavaciones ilegales y la protección penal del patrimonio histórico, *Revista de Derecho ambiental*, n. 17, 1996, pp. 59 y ss.

62. Más expresivo era el art. 39 de la Ley del Patrimonio Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933, que se refería a excavaciones fraudulentas.

de interés para este trabajo significar que el párrafo primero del art. 235 CP, que contiene sus modalidades agravadas, incrementa la pena de prisión de uno a tres años *cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*, por lo que, en cuanto son muebles e inmuebles de la segunda de las categorías citadas (art. 40.1 LPH), el hurto de bienes arqueológicos justificaría la estimación de ese tipo cualificado. Sin embargo, una exigencia típica de la descripción del hurto hace plantear una duda acerca de su aplicación en los supuestos de hallazgos ilícitos de elementos arqueológicos ocultos: la prescrita *ajenidad* de la cosa mueble, que utilizó la resolución mencionada de octubre de 2000 para apuntalar el fallo absolutorio.

Nuestra doctrina⁶³ conviene en que ser *ajeno*, a los efectos de este delito, significa, doblemente, que la cosa no sea propiedad del sujeto activo del delito, y que no pueda ser adquirida por ocupación. En tal sentido, como reconocía la STS de 8 de abril de 1988, la comprensión de este requisito debe alcanzarse de conformidad con lo dispuesto en el Código civil, que considera bienes de tal especie a las cosas abandonadas, los que carecen de dueño, como los animales objeto de caza y pesca, el tesoro oculto⁶⁴, así como las cosas denominadas *communes omnium*, como el aire (arts. 460.1 y 610 CC). Por mi parte, entiendo que estos parámetros del derecho privado deben ser orientadores en la exégesis de los delitos contra el patrimonio, pero nunca provocar un efecto preclusivo a la hora de la precisa alineación típica de los cientos de conductas de apoderamiento o defraudatorias que la imaginación humana puede alcanzar. Perfilado sumariamente el alcance de la *ajenidad* como elemento típico del delito de hurto, el art. 44.1 LPH dispone el siguiente régimen jurídico: *son bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones,*

remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar. La cláusula *cualquier índole* parece acaparar también las excavaciones fraudulentas⁶⁵, por lo que, en suma, los objetos hallados de tal modo son también de dominio público de la Administración.

Se plantea ahora una interrogante extraña al Derecho penal, pero absolutamente esencial para el desarrollo de este epígrafe. Los bienes de dominio público, *per se*, ¿son propiedad de la Administración, sea la que sea? Si es así, quien hace suyos los restos arqueológicos que acaba de descubrir bajo la tierra ayudado con su detector es, seguro, autor de un delito de hurto, y este hecho será admitido por todos quienes han estudiado el elemento típico de la *ajenidad* en esta clase de infracciones, aun alcanzando conclusiones dispares. Por el contrario, si dominio público y propiedad no forman un binomio inatacable, la solución, desde la perspectiva penal, merece ser analizada de una manera más detenida⁶⁶.

Bienes de dominio público es, en muchos aspectos, un concepto jurídico indeterminado, a pesar de que el art. 132.1 CE dice que *la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación*. Esto es lo poco que conocemos, normativamente, del instituto, y, sin necesidad de otras consideraciones, a los efectos del problema planteado párrafos atrás, insisto en que lo que interesa es *saber si esos bienes de dominio público son, efectivamente, propiedad de la administración*. Ante la ausencia de una norma que aclare con la taxatividad exigible esta interrogante —el art. 1 de la Ley de Patrimonio del Estado⁶⁷, al que se recurre para la fijación del contenido y naturaleza del instituto constitucional, nada aporta en este caso—, es la jurisprudencia la que ha aportado alguna luz en el asunto, pero tampoco de manera conteste. Una primera corriente afirmaba que *el dominio públi-*

63. Así, GONZÁLEZ RUS, en VV.AA., *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Barcelona-Madrid, 2000, p. 385.

64. Art. 352 CC: *se entiende por tesoro oculto, para los efectos de la ley, el depósito oculto e ignorada de dinero, alhajas, u otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no conste*. Es interesante el análisis de la STS 22 de marzo de 1976, que enjuiciaba algunas consecuencias civiles del hallazgo de la llamada *Dama de Baza*. No se olvide que el art. 44 LPH considera que a estos bienes nunca se les aplicarán las reglas del art. 351 CC, lo que provoca que el tratamiento penal de estos hallazgos deba afrontarse de otra manera, pues nuestra jurisprudencia tiene declarada que el apoderamiento total del tesoro oculto constituye un delito de apropiación indebida ex art. 253 CP.

65. La citada SAP Granada 31 de octubre de 2000 apoya esta conclusión, aludiendo al término *excavaciones ilegales*, lo que no hace expresamente el art. 44.1 LPH.

66. Cfr. sobre esta problemática, extensamente, F. SÁINZ MORENO, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. X, dirigidos por O. ALZAGA VILAAMIL, Madrid, 1998, pp. 192 y ss. Acerca de la naturaleza de los bienes de dominio público, además, M. SÁNCHEZ MORÓN, en VV.AA., *Los bienes públicos (Régimen jurídico)*, Madrid, 1997, pp. 37 y ss.

67. De 15 de abril de 1964, lo que explica muchas cosas.

co en nuestro ordenamiento jurídico, en el presente momento histórico, se configura como una relación de propiedad y no como una relación de poder o de soberanía (STS de 28 de octubre de 1981), pero siete años más tarde, el Tribunal Constitucional matizaba esta interpretación inicial, y disponía que la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico iure privato. El bien de dominio público es así ante todo res extra commercium, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional (art. 339 del Código Civil), garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial, u otros similares (STC 227/1988, de 29 noviembre⁶⁸).

Entiendo que, en puridad, no puede decirse —por incompetencia de la legislación administrativa— que los bienes de dominio público sean, *strictu sensu*, propiedad de la Administración, sencillamente, porque no termino de encontrar una declaración legal taxativa al respecto, y si bien determinadas ficciones jurídicas pueden adoptarse sin estrépito en el ordenamiento administrativo, no debiera ser así en el penal, sobre todo si este hecho se erige en causa para condenar al buscador de restos de nuestra arqueología. Pero lo anterior no significa que estime acertada la argumentación de la SAP Gra-

nada ya citada que, sin recurso a jurisprudencia alguna, resuelve que aunque la Administración desde el momento en que se descubre tiene el dominio, no goza de la posesión, que es el bien jurídico protegido en las cosas muebles, al margen del derecho de propiedad sobre ellas; no pudiendo ampliarse el objeto de protección penal del hurto a aquella relación dominical que no llega a ser ni mediata, so pena de vulnerar el principio de legalidad⁶⁹. A mi juicio, por el contrario, la conducta debe ser castigada como hurto⁷⁰.

Y ello es así, por cuanto entiendo que la sentencia de referencia identifica ajenidad con existencia de un propietario —o un poseedor legítimo— cuando, en realidad, esta equiparación carece de fundamento, como, por otra parte, estimó QUINTANO RIPOLLÉS⁷¹, para quien, en resumen, la noción de ajenidad hay que contemplarla, pues, siquiera sea primordialmente, en una perspectiva negativa y excluyente, de no pertenencia propia. Otra interpretación no menos desdeñable es la que ofrece MUÑOZ CONDE cuando valora la conducta de quien se apodera de una cuota no propia en casos de copropietarios, coherederos o similares, estableciendo que la ajenidad debe ser entendida como falta de legitimación para disponer de las cosas⁷². En definitiva: basta que el sujeto activo no deba disponer del bien para que se satisfaga el repetido elemento típico de la ajenidad, en este supuesto concreto, en atención a que unos determinados objetos, aun invisibles, merecen las ordinarias consecuencias tuitivas de la dominialidad, pues, en efecto, si estamos ante un patrimonio quebrado, amenazado y con frecuencia ultrajado, es comprensible que la ley haya optado por la técnica jurídica teóricamente más apta para po-

68. Que distingue entre los singularmente afectados a un servicio público o a la producción de bienes o servicios determinados en régimen de titularidad pública y aquellos otros que, en cuanto géneros, se declaran no susceptibles de apropiación privada en atención a sus características naturales unitarias. En el llamado dominio público natural, subyacen prioritariamente otros fines constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como, por ejemplo, la que garantiza el art. 45 de la Constitución, o bien a la defensa y utilización racional de la riqueza del país, en cuanto que subordinada al interés general (art. 128.1 de la Constitución). A esto especie pertenecerían los restos arqueológicos o los que se refiere el art. 44.1 LPH.

69. Antes en el tiempo, como se anunció, ROMA VALDÉS, *La protección*, op. cit., p. 18. Con unos presupuestos de la legislación administrativa distintos, E. BELTRÁN BALLESTER no considero delito de hurto el hallazgo arqueológico no reintegrado o la administración, por cuanto la propiedad de lo hallado no es todavía del Estado, aunque potencialmente pueda serlo. Se extrae de la frase de la monografía *El hurto de hallazgo (Protección penal de la propiedad perdida en la legislación española, histórica y actual)*, Valencia, 1979, p. 159.

70. Sin necesidad de que el yacimiento haya sido encontrado y cuente con una previa declaración que lo proteja, como sostiene GARCÍA CALDERÓN, op. cit.

71. *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, vol. II, Madrid, 1964, pp. 122 y ss. Más recientemente, partiendo de la disociabilidad de la posesión y la propiedad, M. GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, Valencia, 1998, p. 105. En contra, A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, 8 ed., Madrid, 2003, p. 346 y GONZÁLEZ RUS, *Compendio*, op. cit., p. 385.

72. *Derecho penal*, op. cit., p. 364. Como GARCÍA ARÁN, op. cit., p. 104.

ner coto a las agresiones⁷³. Es decir: son bienes de dominio público, lo que impide al explorador la disposición de los mismos, conlleva o no tal relación dominical la propiedad.

Nada de inobservancia del principio de legalidad se alcanza a notar de admitirse este planteamiento, antes bien, una tolerada y correcta interpretación teleológica. Como adelanté, la letra del art. 234 CP no hace pensar que el concepto de ajenidad deba nutrirse, exclusivamente, de las disposiciones del Código civil, sin más recurso exegético⁷⁴; con que el dolo del autor abarque, desde el punto de vista subjetivo, esa ausencia de legitimidad para la detentación del resto arqueológico, ha de reputarse *ajeno*.

Procede plantear la posibilidad de que la acción de los usuarios de detectores metálicos, o técnicas menos sofisticadas, se pueda considerar apropiación indebida de las del art. 253 CP, lo que nos abocaría a la resolución de un concurso de leyes. Una primera lectura de su contenido hace pensar que nos encontramos ante una figura creada específicamente para esta finalidad⁷⁵, y además —como sucede con el hurto— el tipo básico se agrava si los bienes son de valor artístico, histórico, cultural o científico. En efecto, *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 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*.

Esta modalidad de apropiación indebida se introdujo en el derogado Código penal en virtud de la reforma de 1983 (LO 8/1983, de 25 de junio), o, mejor dicho, se trasladó desde la tipificación del hurto a una nueva sede sistemática⁷⁶. Según rezaba la propia *Exposición de Motivos* de la mencionada Ley, *el artículo 514.3º, contempla un caso de apropiación de cosa de la que se ha adquirido*

cuando menos la posesión, título jurídico que obliga a desplazar tal hecho a la esfera de la apropiación indebida, a cuyo fin se introduce la oportuna ampliación en la formulación que el artículo 535 hace de la apropiación indebida. Los primeros efectos, pues, del reconocimiento constitucional del principio de legalidad, y de las garantías de todo orden que comportaba, parece que comenzaban a notarse en la legislación penal⁷⁷, provocando una cierta incomodidad en tipos penales que satisfacían su tipicidad con meras situaciones fácticas que demandaban, además, y como sigue sucediendo ahora, un vínculo de sujeción jurídica, o una ausencia de legitimidad posesoria, integrante del auténtico bien jurídico protegido en los entonces llamados delitos contra la propiedad.

Cosa perdida es todo objeto cuya titularidad dominical o posesoria permanece intacta, pero no existe tenencia material por razón del desconocimiento que tiene el dueño de su situación en el espacio⁷⁸, o, más sencillamente, *el bien mueble del que accidentalmente está privado su propietario*⁷⁹; y tales características no pueden predicarse de los bienes arqueológicos yacentes, que, como se adelantó, creo que no son *propiedad* de una administración en el momento de ser hallados. En esta ocasión, es cierto que admitiríamos por esta vía una creación artificiosa, separada de las exigencias del principio de legalidad en materia criminal. Esto es: indiscutiblemente, las cosas perdidas tienen dueño, y, además, siempre según la SAP Granada, *para perder una cosa, hay que tenerla antes*.

Más interrogantes me planteó la mención al *dueño desconocido*, que, siguiendo otra vez a la repetida resolución, se caracterizan por *la previsible titularidad, pero hay una ignorancia absoluta de quién puede ser su sujeto* —la argumentación se toma, otra vez, casi con idéntico tenor, del pensamiento de ROMA VALDÉS⁸⁰—. Se me iban di-

73. J. BARCELONA LLOP, *El dominio público arqueológico*, en RAP, n. 151, 2000, p. 139. Pone el acento este autor en el hecho de que, para la LPH, únicamente son bienes de dominio público los arqueológicos, por su fragilidad y notorio desfalco. Resultaría curioso que, precisamente por esa declaración demanial tributaria de la preocupación legislativa, el Código penal se encontrase huérfano de cobertura penal para los señalados expolios.

74. GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, p. 30, por todos.

75. Como también preconizó ROMA VALDÉS, *op. cit.*, pp. 15 y ss. y después resaltó la SAP Granada de octubre de 2000. En contra, PÉREZ ALONSO, *op. cit.*, 624 y GARCÍA CALDERÓN, *op. cit.*

76. Lo que venía demandando la doctrina y la jurisprudencia. Así, la STS 24 de enero de 1977 califica de hurto impropio tal conducta. Sin embargo, operada la reforma, M. BAJO FERNÁNDEZ opina que este tipo de apropiación indebida no cumple todos los requisitos del tipo de referencia, y lo llama *apropiación indebida impropia*, lo que no deja en demasiado buen lugar el trueque sistemático. Cfr. *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., Madrid, 1989, p. 106.

77. La reforma, en este punto, tampoco satisfizo a L. RODRÍGUEZ RAMOS, por resultar insuficiente, y no abarcar el apoderamiento de la mitad del tesoro oculto o el de cosas indebidas entregadas por error, todo ello en *Apropiación de lo hallado, Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. II, Madrid, 1985, p. 1274.

78. SAP Granada 31 de octubre de 2000.

79. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, op. cit.*, p. 436.

80. *Op. cit.*, p. 17.

sipando al notar que el propio tipo penal reclama la existencia de un *dueño* previo⁸¹, es decir, se precisa de nuevo un vínculo de propiedad anterior al momento del contacto del sujeto activo de la apropiación indebida con el objeto material del delito. La STS 22 de diciembre de 1999, así, ha concluido que *el actual tipo penal, hace una significativa ampliación del ilícito, para los que apropiaren de cosas cuyo dueño sea desconocido, aquellas que por las especiales circunstancias en las que son encontradas, denotan su pérdida o la existencia de un titular desconocido*. La exégesis jurisprudencial del art. 253 se encarga de recordar que no cabe su consumación en aquellos casos en los que no se verifica la mencionada situación jurídica de sujeción por parte del auténtico propietario, y, en conclusión, por razones ya sobradamente conocidas, deviene de imposible estimación en los casos propuestos, el art. 253, a pesar de que, insisto, la primera aproximación a su letra hiciera pensar lo contrario, y hasta que el tipo estaba hormado para tal especie de situaciones.

De manera que, en suma, separándome del uniforme y exculpatorio razonamiento de ROMA VALDÉS y de la SAP Granada 31 de octubre de 2000, estimo que el uso de detectores de metales para el hallazgo de piezas arqueológicas ocultas integra el delito de hurto, ya que, a diferencia del de apropiación indebida *ex art. 253 CP*, no exige imperativamente la preexistencia de un propietario conocido o desconocido, sino sólo que su objeto material sea *ajeno* para el sujeto activo de la figura, elemento típico que puede acoger estados fácticos o jurídicos de detentación del bien diferentes a la propiedad. Es la falta de legitimidad del actor para disponer del vestigio encontrado lo que legitima esta estimación del hurto, interpretación que creo respetuosa con el principio de legalidad. Hasta tal punto es así, que, a pesar de las categóricas declaraciones del autor y la resolución citadas al principio de este párrafo, tampoco noto la necesidad de una reforma en la materia tendente a un tratamiento específico de esta realidad

criminal creciente⁸². Desde luego, el establecimiento de una norma administrativa que, expresamente, identifique dominio público y propiedad vendría a fortificar esta tesis; pero, de momento, se alcanza de un modo, si se quiere, menos directo —el de la comprensión lata de la *ajenidad*—, pero no por ello extraña a las garantías elementales que comporta la dimensión aplicativa del ordenamiento criminal.

La adscripción de estos actos de expolio al tipo de hurto se alcanzaría de igual modo si, hipotéticamente, entrara en concurso de leyes con la apropiación indebida de cosa perdida o de dueño desconocido, en mérito del párrafo cuarto del art. 8 CP (*el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*), regla subsidiaria que opera en este supuesto porque no se advertiría la nota de la especialidad a favor de cualquiera de los tipos concurrentes.

Por último, destacar que el mismo ROMA VALDÉS⁸³ propone que la depredación arqueológica se considere delito de daños a yacimientos arqueológicos, a la vista de lo dispuesto en el art. 323 CP *in fine*, precisamente, por la importancia que para los objetos hallados en estas zonas tiene el contexto o conjunto, algo sobre lo que me extendí en su momento. Comparto esta tesis, por lo que existiría un concurso ideal de delitos⁸⁴, pues, sencillamente, se perfilan de modo independiente, y nunca concurrentes, los dolos exigidos por los delitos de hurto y daños, máxime si tiene en consideración que la jurisprudencia ha dispuesto que *el conocimiento de la prohibición existente y el riesgo de causar daños si no se atendía ni acataba el mandato prohibitivo, conforman adecuadamente, si no el propósito directo de perjudicar, al menos un dolo de consecuencias necesarias derivado de la finalidad lucrativa directamente perseguida* (STS 29 de enero de 1997⁸⁵), y que el art. 323 sanciona el daño a yacimientos arqueológicos causados por imprudencia grave⁸⁶. No se vulnera con ello el principio *non bis in idem*, si bien el deseable tratamiento unitario y riguroso de la protección penal del patrimonio histórico en el Título

81. Hecho que conduce a M. PÉREZ MANZANO a pensar que esta modalidad es un hurto, en VV.AA., *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, dirigido por M. BAJO FERNÁNDEZ, vol. II, Madrid, 1998, p. 492

82. Así lo ha considerado también el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, BOCG, n. 145-1, 5 de mayo de 2003.

83. *La protección*, op. cit., p. 21.

84. En contra, RENART GARCÍA, en op. cit., pp. 359 y ss. La SAP Ciudad Real 18 de diciembre de 2002 parece inclinarse por la posibilidad de apreciación de un concurso de delitos, si bien no quedó probado que existiese efectivo apoderamiento.

85. Como la de 3 de junio de 1995. Enjuiciaban casos de constructores que, antes de ver perjudicados sus intereses económicos, acometieron obras que lesionaron restos del patrimonio arqueológico.

86. Sobre esta modalidad, *in extenso*, GARCÍA CALDERÓN, *Los daños por imprudencia al patrimonio histórico*, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, vol. VIII, Madrid, 1998, pp. 101 y ss.

lo que le es propio⁸⁷, con base en la reelaboración del Título XVI del Libro II del Código penal, debe declarar, *ex lege*, la posibilidad de apreciar ese concurso de delitos, o bien instaurar un tipo mixto que aglutine y pondere la pena a imponer por sendos desvalores.

III. Protección fragmentada del patrimonio arqueológico

i) En los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico se encuentran varias figuras agravadas, al estar dotado su objeto material de valor artístico, histórico, cultural o científico, y, por eso, arqueológico. Concretamente, contienen esta previsión el hurto, el robo, la estafa, la apropiación indebida del art. 253, tan conocida, así como la malversación de caudales públicos —que contrae sus efectos a los objetos históricos o artísticos—, concebido como un delito contra la administración pública, pero con evidentes rasgos patrimoniales.

Son todas ellas infracciones en las que existe previamente un título que acredite la propiedad del sujeto pasivo, incluida la administración, por lo que no se reproducen las dudas del epígrafe anterior, y operarán tales subtipos con absoluta normalidad y sin sobresaltos jurisprudenciales. Se reclama, pues, la consumación de los tipos de referencia, y, en atención a la calidad del objeto material, se aumentará la pena en cumplimiento de lo proclamado en el art. 46 CE.

Como es sabido, la única cuestión que plantea algo de interés doctrinal está relacionada con la necesidad, o no, de que dichos objetos se encuentren catalogados como tales, por resolución administrativa, en el momento de la comisión del delito, o si, por el contrario, nos encontramos ante un concepto normativo pendiente de valoración. La doctrina mayoritaria⁸⁸, y la jurisprudencia⁸⁹ —casi unánimemente— se adscriben a la segunda de las propuestas, partiendo del propio art. 46 CE que reconoce la necesidad de amparar el patrimo-

nio histórico *cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad*. Únicamente en el caso del art. 321 CP (que específicamente reclama que los bienes estén singularmente protegidos), y en la malversación cualificada, cabe sentar excepciones a este principio general; de modo que, si se entiende esta exigencia típica como una condición objetiva de punibilidad que no ha de alcanzar el dolo, las posibilidades de error se reducen en la práctica. Por mi parte, y sin querer separarme de tan acreditadas aportaciones de nuestra literatura científica, entiendo que este principio no debiera operar hasta castigar conductas que no lesionan bienes jurídicos, partiendo, genéricamente, de que nuestro Derecho penal no puede amparar situaciones de esa naturaleza, y, en concreto, porque los delitos contra el patrimonio citados son infracciones de resultado, y no de peligro. Como reconoce nuestra jurisprudencia, las pruebas periciales se antojan como extraordinarios apoyos para el definitivo fallo judicial, diluyéndose cualquier posibilidad de arbitrariedad judicial soportada en los *gustos o preferencias de los jueces* (STS 6 de junio de 1988).

ii) El patrimonio arqueológico se tutela subsidiariamente a través del delito de sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, concebido en los siguientes términos: *el que por cualquier medio destruyere, inutilizare o dañare una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajere al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de cuatro a dieciséis meses*. La razón de ser de este tipo es superar la exigencia de la ajenidad en los delitos genéricos de daños y en las infracciones contra el patrimonio.

Los arts. 321 y 323 CP no se refieren a daños en propiedad *ajena*, por lo que cabe entender que llevan aparejados la previsión del recientemente escrito, al menos en cuanto a la destrucción o inutilización de los bienes. Los de valor histórico, artístico o cultural se enmarcan en el concepto tí-

87. RENART GARCÍA propone un supuesto en el que sí cabría el concurso real de delitos, como *única posibilidad*, a saber: *el sujeto activo se apodera con ánimo de lucro de un bien mueble ajeno de valor histórico, artístico, cultural o científico y al ser sorprendido instantes después por las Fuerzas de seguridad del Estado decide dañarlo con el fin de borrar toda evidencia de su conducta criminal*, en *op. cit.*, p. 466.

88. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 370, T. S. VIVES ANTÓN y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código penal de 1995*, coordinados por el primero, vol. II, Valencia, 1996, p. 1144, así como la Memoria de la Fiscalía de 1997, p. 576.

89. Además de la ya citada STC 181/1998, 17 de septiembre, y, en aplicación de los tipos agravados de los delitos contra el patrimonio, SSTS 6 de junio de 1988 o 12 de noviembre de 1991, además de la SAP Zamora 24 de febrero de 2000, donde se dice que *la determinación de lo que posee un relevante interés histórico, artístico o cultural habrá de llevarse a cabo por el intérprete, atendiendo a los valores sociales imperantes en la aplicación de precepto*. En este sentido, el informe pericial resulta esclarecedor y rotundo.

pico de *utilidad cultural*⁹⁰, pero este presupuesto habilita para el estudio de la conducta típica *sustraer al cumplimiento de los deberes legalmente impuestos*. Creo que el verbo propuesto no era el más idóneo para la realidad que se persigue proteger con esta concreta modalidad delictiva, y más distorsiona y distrae que se encuentre en sede de delitos contra el patrimonio. Pero, la lógica de las cosas acaban dando algo de aliento a la postura del legislador, pues nadie puede autosustraerse lo que es suyo; lo trascendente de este delito no es la figura del sujeto activo —que, en puridad, debiera poder hacer con su propiedad lo que le venga en gana, salvo contadísimas ocasiones— sino el pasivo, que es colectivo. Y, entonces, el elemento típico *sustraer*, ha de ser puesto en conexión con el bien jurídico que protege, y que no es otro, en exclusiva, que la función social o cultural del objeto retirado, o, más sencillamente, lo que se produce es la salida, por un medio u otro, del ámbito cultural propio de la naturaleza del bien⁹¹.

No obstante, este delito no se consuma con esa mera retirada. Además, el propio art. 289 requiere la preexistencia de unos deberes legales relacionados con el interés comunitario de esos enseres. Entiendo que nos encontramos ante una norma penal en blanco, que será integrada prioritariamente por la Ley del Patrimonio Histórico Español, de suerte que, para salvaguarda de la seguridad jurídica, la sustracción, en los términos propuestos antes, provoquen la lesión de un presupuesto administrativo. Así, por ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, el art. 13.2 LPH dispone que *los propietarios y, en su caso, los titulares de derechos reales sobre tales bienes, o quienes los posean por cualquier título, están obligados a permitir y facilitar su inspección por parte de los organismos competentes, su estudio a los investigadores, y su visita pública... en el caso de bienes muebles se podrá igualmente acordar como obligación sustitutoria el depósito del bien en un lugar que reúna las adecuadas condiciones de seguridad y exhibición durante un periodo máximo de cinco meses cada dos años*.

A imperativos de esta clase alude, pues, la conducta típica del art. 289 en lo que interesa a este estudio. Puede oponerse de contrario que se resiente el principio de intervención mínima sancionando criminalmente estos incumplimientos administrativos, pero la concepción del bien jurídico patrimonio histórico que se mantuvo en sus comienzos rechaza tal impedimento.

Una segunda exégesis de esta concreta acción típica la mantiene GUIASOLA LERMA⁹², basada en la STS 12 de mayo de 1969 —que consideraba que la desidia del propietario que conduce a la ruina de un inmueble constituía un delito de esta especie, en su antigua redacción del art. 562—, y en relación, no con la necesidad de permitir el propietario el acceso de terceros a la contemplación o estudio de los bienes históricos o culturales de su propiedad, sino con su compromiso, también legalmente impuesto, de conservación de tales elementos (arts. 35 y ss. LPH). Dice la citada autora, con razón, que en aquellos supuestos en los que se omiten estas precauciones, sin que se produzca el derribo, o la alteración grave, sería de aplicación el art. 289; pero se precisa añadir que la dejadez del propietario habrá de producir un mínimo resultado dañoso para el bien jurídico; las situaciones de *peligro* de destrucción o deterioro las disciplinan dichos arts. 35 y sucesivos LPH, con lo que se mantiene incólume, de nuevo, el principio de intervención mínima.

iii) Y, por fin, el art. 2.1 e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, castiga a quienes *saquen del territorio español bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, sin la autorización del Estado cuando ésta sea necesaria*⁹³. No deja de ser una especie más de sustracción de los bienes de su utilidad cultural, que se enjuicia por aquella ley en virtud del principio de especialidad con una pena sensiblemente superior —de seis meses a tres años⁹⁴, frente al arresto de fin de semana o multa del art. 289⁹⁵—, y que viene a tratar de atajar un tipo de delincuencia extremadamente gravoso para el patrimonio histórico, y un auténtico ataque a la colectividad⁹⁶.

90. Para J. GUARDIOLA GARCÍA esta previsión se reduce a los términos del art. 46 CE, en "De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural", en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 1385.

91. Frente a la restrictiva interpretación propuesta por un sector de la doctrina, se muestra partidario de un entendimiento amplio del término *sustraer*, con acierto, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia, 1999, pp. 165 y ss.

92. *Op. cit.*, pp. 543 y ss.

93. Cfr. SSAP Gerona 7 de noviembre de 2000 y Madrid 12 de junio de 2002.

94. La Ley de Contrabando establece prisión menor, que se cuantifica en la Disposición Transitoria Undécima del Código penal.

95. Puede transformarse en multa o trabajos en beneficio de la comunidad en virtud del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, BOCG, n. 145-1, 5 de mayo de 2003.

96. Cfr. MUNOZ CONDE, *El tráfico ilegal*, op. cit., pp. 398 y ss., donde comenta, entre otros tristes casos, el del hispanista Arthur Bynne, quien sacó de España piedra a piedra desde Valencia a California los Monasterios de Sacramenia y Ovilla.