

LA REFORMA DE 2015 EN LOS DELITOS DE DAÑOS SOBRE EL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL.

THE 2015 REFORM REGARDING THE OFFENCE OF VANDALISM OF THE NATIONAL HERITAGE.

Jesús María García Calderón

Fiscalía Superior de Andalucía | garciacalderon59@hotmail.com

Recibido: octubre de 2015 / Aceptado: noviembre de 2015.

Resumen

La ausencia de una conciencia pública suficiente en la necesidad de transmisión y la preservación integral de los bienes culturales, la falta de aplicación estricta tanto de la ley penal como de la ley administrativa sancionadora, y la confusión generalizada de algunos conceptos básicos propios del conservacionismo cultural, son circunstancias que generan una lectura oficial francamente sesgada en la actividad institucional que resulta necesaria para la protección del Patrimonio Histórico. La exigua reforma operada en el Código Penal resulta insuficiente, aporta elementos contradictorios y no fortalece la defensa penal de los bienes culturales¹.

Palabras clave

Derecho Penal | Patrimonio Histórico | Bienes culturales | Expolio | Vandalismo.

Summary

The lack of public awareness of the need for the co-ordinated conservation and transmission of material of cultural value, the failure to apply rigorously both the Penal Code and the administrative sanctions, plus the general misunderstanding of certain concepts basic to cultural conservation, are circumstances which create an official reading unequivocally biased in any institutional steps for the protection of the historic heritage. The minimal reform introduced into the Penal Code is inadequate and contradictory and in no way strengthens the penal protection of the cultural heritage.

Keywords

Penal law | Historic Heritage | Cultural Material | Looting | Vandalism.

1. Este texto supone una actualización de la conferencia inaugural del curso académico 2010-2011 que, bajo el título de «La protección penal del Patrimonio Histórico», fue pronunciada por el autor el 13 de noviembre de 2010, en el salón de actos del Palacio Episcopal de Guadix.

1. INTRODUCCIÓN.

Desde la promulgación del Código Penal de 1995, la doctrina ha valorado positivamente la inclusión de una nueva categoría de protección para los bienes culturales a través de los nuevos delitos “sobre”² el Patrimonio Histórico. Esta valoración global, sin embargo, ha estado limitada por críticas unánimes a la defectuosa técnica utilizada por nuestro legislador que incomprensiblemente no aprovechó a lo largo de los años alguna de las múltiples reformas desarrolladas en el texto legal para su corrección, mostrando un escaso o nulo interés para la defensa penal del Patrimonio Histórico en cualquiera de sus manifestaciones³. Es evidente que la exigua reforma operada en el artículo 323 y la desaparición de la falta del artículo 625, apartado segundo, del Código Penal, constituye una modificación insuficiente, que incluso aporta en su cortedad algunos elementos contradictorios y que no fortalece la defensa penal de los bienes culturales como hubiera sido deseable y hasta fácil, en una materia escasamente controvertida y alejada de otras tensiones propias de la actividad parlamentaria.

Recordemos que las críticas más fundadas abundaban en la observación de diversos problemas en la regulación penal de estos delitos que ahora podemos comentar brevemente, sin ánimo exhaustivo y recordando que con su persistencia siguen entorpeciendo una interpretación adecuada de los preceptos legales y restando eficacia a una cuestión de tanta importancia social y económica como la respuesta penal para la defensa del Patrimonio Histórico Español.

En primer lugar se ha calificado la regulación penal española como un verdadero “fraude de etiquetas” ya que se mantenían una larga serie de tipologías vinculadas con la agresión a toda clase de bienes culturales como agravaciones específicas (normalmente entre los delitos contra la propiedad) que subsistían junto a las escasas tipologías que se integraban en el capítulo específico incluido dentro del título correspondiente a la delincuencia medioambiental (concretamente, el capítulo II del título XVI del libro II del Código Penal)⁴. Expresivamente señalaba algún autor que había más artículos fuera del capítulo específico dedicado a los “delitos sobre el Patrimonio Histórico” que dentro de él.

2. La sustitución de la habitual preposición “contra” por la preposición “sobre” es una singularidad lingüística de la rúbrica de estos delitos que aparece con la promulgación del Código Penal de 1995 y debe mantenerse y hasta subrayarse, reproduciéndola en la que utilicemos para afrontar su estudio y ello porque gramaticalmente la significación de ambos términos es distinta. “Contra” denota una nítida oposición y contrariedad mientras que “sobre”, significa encima o acerca de algo, alrededor de una cuestión determinada. Como ya tuve oportunidad de señalar en alguna ocasión anterior, esta sutileza terminológica pudiera vincularse con la menor exigencia en la intensidad del dolo que es característica de esta clase de delitos.

3. Podría citarse como un nuevo argumento del escaso interés del legislador español en la materia, el hecho de que el extenso preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, al igual que ocurre con otras reformas de indudable importancia, ni siquiera comente la que ha sido operada en el artículo 323 del Código Penal.

4. Creo que la primera referencia al fraude de etiquetas aparece en Pérez Alonso (1998).

En segundo término, aunque no son preceptos penales en blanco, los nuevos artículos del Código Penal tampoco podían “completarse” adecuadamente con la legislación administrativa básica, primordialmente con la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante LPHE), ya que no se utilizaban los términos y conceptos contenidos en esta norma, especialmente la categoría de Bienes de Interés Cultural como aquellos que son merecedores de una singular protección y tutela por el ordenamiento jurídico.

Por último y en tercer lugar, el Código Penal establecía un régimen de sanciones y medidas alternativas incoherente y demasiado débil, que no ofrecía una respuesta válida y suficiente para la solución de un problema creciente que debe tener una repuesta disuasoria y uniforme, al margen del detallado régimen administrativo sancionador.

Sobre la base anterior, la modificación que se ha planteado con la promulgación de la Ley Orgánica 1/2015 para la reforma del Código Penal que establece una nueva redacción del artículo 323, al regular como un delito especial los daños dolosos al Patrimonio Histórico Español, podría resumirse en los siguientes términos:

- Queda simplificado el ámbito objetivo de protección, eliminando algunos términos de la relación redundante que sostenía el precepto anterior (“archivo”, “registro”, “museo”, “biblioteca”, “centro docente”, “gabinete científico” o “institución análoga”) y estableciendo, de manera más lógica y sencilla, una tipología vinculada con la causación de daños en “bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental”, o en “yacimientos arqueológicos terrestres o subacuáticos”, incorporando esta última categoría, el Patrimonio Cultural Subacuático⁵, al texto del precepto.
- De manera explícita, se castigan con la misma pena “los actos de expolio” en yacimientos arqueológicos, aunque no se definen y ello puede generar, como veremos a continuación, algunas dificultades interpretativas. En principio, los actos de expolio deberían englobar, en primer término, tanto los daños materiales como inmateriales que son producidos en el yacimiento arqueológico, entendido siempre como una fuente de información científica y, en segundo término, el apoderamiento o sustracción de aquellas piezas arqueológicas descubiertas en su totalidad o parcialmente.

5. Por “patrimonio cultural subacuático”, conforme a lo establecido en el artículo 1 de la *Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático* (París, 2001) se entienden todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante cien años, tales como: los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural; los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural; y los objetos de carácter prehistórico. El artículo no considera patrimonio cultural subacuático a los cables y tuberías tendidos en el fondo del mar. España fue el cuarto país del mundo en ratificar la Convención, el primer europeo, con fecha 6 de junio de 2005.

- Se modifica la pena de prisión, rebajando el límite mínimo hasta los seis meses, y manteniendo el máximo en los tres años. La pena alternativa de multa de doce a veinticuatro meses permanece inalterable.
- Se añade un nuevo apartado que establece un agravamiento de la pena por el delito de daños, pudiendo imponerse la superior en grado, cuando los daños son “de especial gravedad” o se producen sobre “bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante”.
- El legislador ha optado por mantener, por último, en el apartado tercero del precepto y en los mismos términos, la discutida posibilidad de que el tribunal sentenciador ordene motivadamente, “a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado”.

En términos generales, podemos señalar que el precepto reformado contempla un delito específico de daños que constituye una especialidad con relación al tipo básico previsto en el nuevo artículo 263 del Código Penal. Pero en este delito, teniendo en cuenta la singular naturaleza del bien jurídico protegido, el comportamiento típico se amplía y se corresponde no sólo con la destrucción total o parcial de los bienes que resultan materialmente agredidos; también con la pérdida de su valor social o incluso con su inutilización temporal o definitiva para el caso de que no puedan cumplir la función social que el ordenamiento jurídico atribuye a los bienes culturales.

En cualquier caso, con esta limitada reforma los problemas básicos de la regulación penal en materia de bienes culturales se mantienen, aunque debemos reconocer que, siendo incompleta y a salvo de alguna otra perturbación interpretativa como la que supone la despenalización de los daños a bienes culturales de escasa entidad, la reforma contiene elementos positivos que facilitarán la aplicación uniforme de la ley penal. Hay que recordar que esta uniformidad resulta imprescindible para la correcta defensa de los bienes culturales, en un país con una enorme riqueza patrimonial y en el que tiene cada día mayor importancia el desarrollo del turismo cultural o la llamada “economía de la cultura”.

2. EL ÁMBITO OBJETIVO DE PROTECCIÓN EN LOS DAÑOS A BIENES CULTURALES.

Desde la promulgación del Código Penal de 1995 se puso de manifiesto por buena parte de la doctrina, la conveniencia de utilizar los mismos criterios de protección señalados en la legislación cultural, especialmente en la LPHE y en las distintas leyes protectoras promulgadas por las Comunidades Autónomas. En buena lógica, figuras como el Bien de Interés Cultural tendría que tener una protección mayor y una tutela más enérgica por parte del Derecho Penal ya que no deben castigarse de la misma manera los atentados contra cualesquiera inmuebles protegidos por la normativa ambiental o urbanística y aquellos otros que

se producen, con distinta motivación, sobre algunos conjuntos monumentales de incalculable valor que incluso han merecido en algunos casos ser calificados como Patrimonio de la Humanidad. Lo mismo cabría señalar respecto de bienes muebles incluidos o no en distintos inventarios públicos de un especial valor y enorme significación histórica.

Esta situación sigue sin resolverse y se mantiene por el legislador español una discutible técnica enumerativa a la hora de establecer el ámbito objetivo de protección, que ha sido “mitigada” con la reforma pero que no acude a soluciones más correctas como la que proporciona, desde el derecho administrativo, la escueta definición que realizó el ilustre profesor de La Sapienza Massimo Severo Giannini cuando elaboró su famosa teoría de los bienes culturales y quiso definirlos como “testimonios materiales dotados de un valor de civilización” (Giannini, 1976).

En el ámbito penal se ha optado por contar con una solución basada en la amplitud del concepto para obtener así una protección suficiente y proporcionada, considerado que la esfera de protección de la norma se refiere a todos aquellos bienes muebles e inmuebles que sean objetivamente merecedores de incluirse en el catálogo de bienes que integrarían el Patrimonio Histórico Español, con independencia de que esa inclusión haya tenido lugar o no de manera efectiva. De esta forma, se protege el llamado “Patrimonio oculto”, tan frecuente entre los bienes arqueológicos, se procura abarcar cualesquiera situaciones que puedan tener lugar en el futuro y que, conforme al carácter expansionista que presenta el conservacionismo cultural, sean merecedores de protección; y se lleva a cabo, en cada caso concreto, una valoración del bien dañado que deberá acudir, como es lógico, a los catálogos públicos e inventarios generales para comprobar su inclusión como un elemento probatorio básico, pero que no determina de manera excluyente el límite objetivo de aquellos bienes que deben o no deban ser protegidos por la norma penal. Parece que se opta, en definitiva, por la continuidad de una posición anti formalista y distanciada de la dimensión puramente administrativa de los bienes culturales, una posición que acentúa una “lectura” puramente constitucional de esta nueva categoría de protección, vinculada con la verdadera función social y la vigencia del Patrimonio Histórico como una riqueza colectiva que siempre podrían disfrutar activamente los ciudadanos⁶.

De hecho, la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo, ya a finales de la década de 1980, e interpretando el Código Penal anterior a 1995, ya se había pronunciado en distintos supuestos de graves daños en yacimientos arqueológicos

6. Esta posición anti formalista se contrae al Código Penal y no a la protección penal en su conjunto, como ocurre con la Ley 12/1995 de Represión del Contrabando que persigue el tráfico ilícito de bienes culturales, donde se ha optado por la técnica de las leyes penales en blanco ya que el vigente Real Decreto 1.649/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el ámbito sancionador, señala en el último inciso de su artículo 1e) que “son bienes que integran el Patrimonio Histórico Español los así definidos en su normativa específica”. La doctrina ha considerado que nos encontramos con “una importante laguna legal que debe ser urgentemente subsanada mediante la introducción de una nueva disposición que extienda el requisito de la autorización a cualquier bien susceptible de presentar un interés cultural” (Renart, 2001).

por la realización de obras de construcción, utilizando dos argumentos básicos frente a quienes alegaban la necesidad de contar con una previa catalogación administrativa de los bienes que estableciera, en mayor o en menor medida, su valor cultural como presupuesto o requisito imprescindible para alcanzar la seguridad jurídica.

En primer lugar, recordando que el artículo 46 de la Constitución Española exige una activa protección de los bienes culturales cualquiera que sea “su régimen jurídico y su titularidad” sin reclamar condición alguna de aquello que tiene que ser protegido por la ley penal. En segundo lugar, recordando la necesidad de proteger el llamado Patrimonio Histórico “oculto” que por su desconocimiento nunca podría ser objeto de una previa valoración por la administración cultural competente y que sin embargo puede ser destruido de forma negligente o dolosa por razones materiales o especulativas.

Corrigiendo la misma descripción enumerativa, en definitiva, esta reforma operada en el artículo 323 del Código Penal sigue respetando el criterio de la jurisprudencia constitucional española de no exigir una previa catalogación administrativa o una declaración formal del valor cultural de los bienes culturales para que puedan ser adecuadamente protegidos⁷. Como ya hemos apuntado, lo esencial es que tales bienes, conocidos o no, sean merecedores de integrarse objetivamente en el Patrimonio Histórico Español y puedan ser objeto material de estos delitos al entenderse merecedores de una singular protección y tutela. Esta es la única manera de interpretar el desarrollo del mandato constitucional al reclamar la vigencia del derecho penal para asegurar una protección suficiente y proporcionada de todas las manifestaciones, incluso las más frágiles y a veces más valiosas, del Patrimonio Histórico Español, incluidos los yacimientos subacuáticos, muchas veces completamente desconocidos y depositarios de toda clase de bienes de un inmenso valor científico y material que supera el simple interés administrativo.

Para completar nuestros comentarios y al margen de las consideraciones anteriores, hay que reconocer que la idea de notoriedad, total o limitada, de los bienes culturales que sean dañados, debe configurarse como un elemento valorativo de una gran importancia práctica. Una cosa es el mantenimiento de una práctica posición anti formalista a la hora de delimitar el ámbito objetivo de protección de la norma penal y otra bien distinta que la jurisdicción penal sustituya una competencia que viene atribuida a la autoridad administrativa que corresponda. De ahí que los bienes culturales “notorios”, entendiendo por tales aquellos que son sobradamente conocidos por su exposición pública o porque hayan sido objeto de un previo análisis y tratamiento científico por las autoridades culturales, salvo en situaciones de una completa dejadez, sí deberían contar –como regla general y para ser protegidos por la ley penal a través de estos delitos– con una previa

7. Esta cuestión pudo ser resuelta, cuando menos en sus perfiles más básicos, al pronunciarse el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 17 de septiembre de 1998, si bien los hechos eran calificados conforme a la regulación penal anterior al Código Penal de 1995. La sentencia estaba referida a diversos hallazgos arqueológicos que fueron destruidos por una empresa constructora con ocasión de una obra que tenía lugar sobre un solar de la isla de Mallorca.

declaración administrativa que les otorgue, a través de distintos instrumentos jurídicos, un valor histórico o cultural incuestionable.

El derecho penal no es el cauce que debe utilizarse para sustituir o corregir la labor propia de los departamentos culturales, máxime teniendo en cuenta el carácter controvertido de muchas de estas decisiones y la dificultad procesal española para obtener el tratamiento unificado de la ley penal. La vigencia y protección del Patrimonio en situaciones de notoriedad debe relacionarse aún más estrechamente con el valor histórico que objetivamente posean los bienes culturales agredidos y resulte completamente incuestionable para que pueda desplegarse la protección penal con suficientes garantías.

3. EL VALOR DE LOS DAÑOS PRODUCIDOS.

Como ocurre con otros preceptos de indudable interés, incomprensiblemente, la reforma operada en el artículo 323 del Código Penal no ha merecido ningún comentario en el extenso preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015. Ciertamente, no exageramos cuando decimos que se trata de un silencio “incomprensible” y hasta perturbador. Esta consideración no sólo es importante, como luego veremos, a la hora de señalar el régimen legal de los daños de escasa entidad producidos a los bienes culturales, sino que puede plantear algunas dudas respecto a la necesidad de que los daños producidos superen una determinada cuantía porque el precepto, contrariamente a lo que señala el tipo básico del delito de daños del artículo 263 del Código Penal⁸, no lo indica en ningún momento.

Ciertamente, el límite inferior de los 400 euros que se establecía como cifra mínima exigible para la vigencia del delito de daños al Patrimonio Histórico del antiguo artículo 323, venía determinado *a sensu contrario* por la previsión contenida, como una falta agravada, en el artículo 625, párrafo segundo, del mismo texto legal⁹. Pero ahora, por distintas razones, este precepto ha desaparecido y el nuevo artículo 323 no establece ningún límite mínimo en la cuantía de los daños causados sobre los bienes culturales que provoquen la aplicación de este tipo penal. Cabría pensar, por tanto, que el legislador habría considerado el castigo de estas agresiones, en todo caso, como un delito y sin ninguna atenuación punitiva aunque su valoración no alcanzase los 400 euros. La tesis anterior podría verse avalada, además por dos circunstancias objetivas que concurren en el precepto. De una parte, la inclusión de los “actos de expolio” en yacimientos arqueológicos que, como posteriormente veremos, no cuentan con una definición clara y no siempre tienen que producir daños materiales y, de otra parte, el hecho de que resulta, cuando menos, discutible que el subtipo agravado tampoco requiera una cuantía mínima para la apreciación de una “especial gravedad” por cuanto el apartado segundo del artículo 323 no la establece de manera explícita.

8. El párrafo segundo establece que se impondrá una pena de multa de uno a tres meses “si la cuantía del daño causado no excediere de 400 €”.

9. Recordemos que lacónicamente señalaba que “se impondrá la pena en su mitad superior si los daños se causaran en los lugares o bienes a que refiere el artículo 323 de este Código”.

Pero la intención del legislador, sin embargo, se pronuncia en otros términos bastante confusos al referirse el preámbulo a la desaparición de la falta del artículo 625.2 del Código Penal. La reforma ha optado por una aparente despenalización que es objeto de un comentario breve pero de cierto valor interpretativo. Efectivamente, de manera un tanto desordenada, el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 al comentar la derogación del libro III del Código Penal, indica expresamente que desaparece la falta de “causación de daños de escasa entidad en bienes de valor cultural que pueden reconducirse al delito de daños u otras figuras delictivas cuando revistan cierta entidad, o acudir a un resarcimiento civil; en el caso de bienes de dominio público”. Igualmente concluye esta peculiar exposición de motivos su breve comentario señalando que “también puede acudirse a la sanción administrativa”¹⁰.

Es sólo el preámbulo de la reforma el que nos aclara que la intención del legislador es otra y se basa, al margen de otras opciones propias del derecho civil o administrativo, en la idea de reconducir estas agresiones de escasa entidad al delito genérico de daños, teniendo en cuenta la nueva previsión del párrafo segundo del artículo 263 del Código Penal cuando establece para el delito leve de daños una penalidad atenuada de multa de uno a tres meses “si la cuantía del daño causado no excediere de 400 euros”. La conclusión a la que tenemos que llegar en la aplicación práctica del nuevo precepto sería la que, de forma singularmente sucinta, expresaríamos en los siguientes términos:

- 1º. Los daños dolosos producidos en bienes culturales que formen parte o que objetivamente merezcan formar parte del Patrimonio Histórico Español y que superen los 400 €, serán castigados como un delito de daños al Patrimonio Histórico Español conforme al párrafo primero del nuevo artículo 323 del Código Penal.
- 2º. Los daños dolosos producidos en bienes culturales que formen parte o que objetivamente merezcan formar parte del Patrimonio Histórico Español y que no superen los 400 €, serán castigados como un delito de daños genérico, conforme al párrafo segundo del nuevo artículo 263 del Código Penal. En tales casos, no podrá aplicarse motivadamente la medida de reparación, con cargo al autor de los daños, establecida en el apartado segundo del artículo 323. En cuanto a las alternativas que refiere el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, no parece que pueda decidirse o no su persecución en base a un criterio de oportunidad y teniendo en cuenta, al margen de lo establecido en el nuevo artículo 105 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, la especial naturaleza del bien jurídico protegido, de signo colectivo y marcado acento social y el carácter imperativo de la aplicación de la norma penal en detrimento de otras soluciones civiles o administrativas.

10. Esta derivación no resulta tan fácil. Las infracciones administrativas y sus sanciones se contemplan en los artículos 75 y siguientes que integran el título IX de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, así como en la extensa normativa autonómica sobre el particular. En la relación de infracciones de la ley estatal no se contiene ninguna situación plenamente asimilable a la causación de daños dolosos, tradicionalmente reservada al ámbito penal.

- 3°. Los daños dolosos producidos en bienes culturales que formen parte o que objetivamente merezcan formar parte del Patrimonio Histórico Español y que revistan una especial gravedad o se produzcan sobre bienes con un valor especialmente relevante, serán castigados con la pena superior en grado como un delito de daños al Patrimonio Histórico Español y conforme a lo establecido en el párrafo segundo del nuevo artículo 323 del Código Penal. Aunque no se mencione expresamente, debe inferirse en una correcta interpretación de la norma, que será preceptivo en tales casos que la cuantía de los daños supere los 400 €.
- 4°. Conforme a la nueva redacción del precepto y con una muy dudosa técnica legislativa, el expolio de yacimientos arqueológicos terrestres o subacuáticos, se persigue como un hecho “asimilado” al delito de daños al Patrimonio Histórico Español con la misma penalidad. Teniendo en cuenta el texto del nuevo precepto, parece que los actos de expolio englobarían también el apoderamiento o sustracción de piezas, cuyo valor deberá acumularse con el de los daños materiales e inmateriales que se hayan producido en el yacimiento, teniendo en cuenta su configuración, al margen de su valor material, como una fuente de información científica que debe ser protegida por el Derecho.
- 5°. Por último, aunque normalmente alejados de la problemática específica del Patrimonio Histórico Español y más próximos a situaciones que atentan contra el derecho internacional comunitario, podemos recordar, entre los delitos contra la Comunidad Internacional, los delitos “contra bienes protegidos en caso de conflicto armado”. En el artículo 613 del Código Penal se castigan con la pena de cuatro a seis años de prisión, los “actos de vandalismo” sobre bienes culturales en estas situaciones de conflicto armado. Cuando estas agresiones tienen por objeto bienes culturales “bajo protección especial o a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, o bienes culturales inmuebles bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos”, se podrá imponer la pena superior en grado. Igualmente se podrá imponer la pena superior en grado cuando se “causen destrucciones extensas e importantes o en los supuestos de extrema gravedad”. Lamentablemente estas tipologías se producen con relativa frecuencia en el ámbito internacional y en las llamadas “Guerras de Identidad” que siguen librándose en la actualidad y en varias regiones del mundo, con total impunidad en lo que a la destrucción de bienes culturales se refiere.

En cuanto a la valoración económica de los daños y al margen del criterio que proporciona el mercado lícito de antigüedades, es importante tener en cuenta que los bienes culturales no son una mercancía que pueda valorarse conforme a criterios puramente materiales o precios de subasta. Hay que tener en cuenta que desde hace años venimos asistiendo a una creciente tendencia hacia la prohibición de comerciar con algunas manifestaciones especialmente significativas del Patrimonio Histórico, como ocurre con algunos bienes arqueológicos. De hecho, existen algunos bienes de naturaleza intransferible, como ocurre con el Patrimonio Cultural Subacuático ya que, conforme a lo establecido en el artículo

2 de la *Convención de París* de 2001, al establecer sus principios generales, se recuerda que “no será objeto de explotación comercial”¹¹.

La cuestión del valor material de los bienes culturales se relaciona con la especial naturaleza colectiva y social del bien jurídico protegido en los delitos sobre el Patrimonio Histórico, que enlaza con todo el discurso constitucional de los bienes culturales y su verdadera función como instrumento imprescindible para señalar los perfiles de la relación del ciudadano con su entorno. Los bienes culturales están revestidos de una importante función social. Su vigencia y disfrute no comporta una simple dimensión individual de signo economicista, importa a toda la ciudadanía en su conjunto y forma parte del elenco de sus derechos básicos en el desarrollo de la vida cotidiana y en su correcta relación con el entorno. Los bienes culturales deben protegerse, por tanto, conforme a una lectura constitucional que les permita desarrollar un importante papel como elemento de cohesión social¹².

En este sentido, ya he tenido oportunidad de señalar en alguna ocasión que algún concepto extraído del conservacionismo cultural como el de bienes o espacios Patrimonio de la Humanidad se configura como una especie de negación de la propiedad, como una nueva “antipropiedad” de acusada carga social porque no puede concebirse nada más lejos de la propiedad privada que aquello que pertenece a toda la humanidad en su conjunto.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la decisión del legislador español de mantener un criterio puramente “dinerario” para establecer los límites de la responsabilidad penal debe ser matizada. Hemos de partir de reconocer la necesidad de incrementar la sanción en determinadas situaciones de una especial gravedad y de llevar a cabo una interpretación correcta del precepto penal que comporta que en la valoración de los daños producidos a bienes culturales, más que a su “precio” o a su valor material de mercado, tengamos que atender, sin necesidad de negar en sus justos términos la magnitud anterior, tanto su valor puramente

11. Como anexo a la *Convención de París* de 2001, se contienen una serie de “Normas relativas a las actividades dirigidas al Patrimonio Cultural Subacuático”. La norma segunda, entre los principios generales, señala que “la explotación comercial de patrimonio cultural subacuático que tenga por fin la realización de transacciones, la especulación o su dispersión irremediable es absolutamente incompatible con una protección y gestión correctas de ese patrimonio. El patrimonio cultural subacuático no deberá ser objeto de transacciones ni de operaciones de venta, compra o trueque como bien comercial”. Seguidamente aclara la norma citada que no puede interpretarse que prohíba la prestación de servicios arqueológicos profesionales autorizados o el depósito de bienes integrantes del Patrimonio Histórico en el marco de un proyecto de investigación.

12. Se ha puesto de manifiesto como exponente de esta virtud de cohesión social, la necesidad de implantación de un nuevo “principio de incompatibilidad territorial” entre las nuevas apuestas urbanas, tantas veces polémicas, con los espacios históricos protegidos: “Construir encima de las ruinas, cuando son valiosas, es igual que extender un invisible manto de desprecio sobre nuestro propio pasado. Lo importante es desarrollar y ampliar la ciudad en el espacio reconstruyendo lo prescindible y creando nuevas ágoras que equilibren las desigualdades socioeconómicas sin acumular torpe y atropelladamente intervenciones urbanísticas muchas veces incompatibles con la protección de un entorno monumental” (García Calderón, 2011a).

físico o material como su valor inmaterial o social, añadiendo todos los gastos de documentación, estudio, restauración, reconstrucción o reparación, sin descartar incluso la reparación moral, que resulten necesarios para restaurar los bienes culturales agredidos, conforme a la normativa conservacionista vigente¹³.

4. EL DOLO EN LOS DAÑOS A BIENES CULTURALES.

La jurisprudencia española, incluso antes de la promulgación del Código Penal de 1995, ha venido exigiendo en esta clase de delitos la exigencia de un dolo de baja intensidad en el que sólo debe exigirse al autor del daño una conciencia aproximada de la relevancia histórica que poseen los bienes culturales que son destruidos o dañados. Distintas sentencias han recordado la necesidad exclusiva del llamado “dolo de consecuencias necesarias”, no estimando exigible ningún dolo específico que acredite la intención del autor de producir un daño sobre el Patrimonio Histórico Español. Tal “dolo de consecuencias necesarias” se encontraría íntimamente vinculado con la “condición relevante” de los bienes sometidos a protección, entendiendo que no es precisa, como ya hemos sostenido, la declaración administrativa previa o su inclusión en un inventario para estimarlos como bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español si de las circunstancias del caso podía deducirse con claridad ese innegable valor y su condición de relevancia histórica. La acción delictiva debe ser relacionada, por tanto, con una sospecha fundada o con una previa convicción acerca de la “historicidad” o relevancia histórica de los bienes que son dañados, subrayando que esta convicción no tendría que extenderse al conocimiento preciso de su antigüedad de los bienes y de su valor en un sentido amplio, sino a la conciencia aproximada de esta condición relevante desde una perspectiva histórica y científica.

La cuestión se encuentra directamente relacionada con otra de las grandes controversias que afectan a la protección penal de los bienes culturales, especialmente a los yacimientos arqueológicos, que es la frecuente y abusiva argumentación por los agentes de la infracción de encontrarse en una situación de error vencible o invencible al desconocer la importancia real del yacimiento o de los bienes dañados. Desde la promulgación del Código Penal en 1995, esta situación se ha visto favorecida por la falta de señalización de los yacimientos arqueológicos o zonas monumentales, por la falta de una implicación suficiente de las administraciones local y cultural o por otros muchos factores entre los que no puede olvidarse el amplio desconocimiento de la legislación internacional, estatal y autonómica existente sobre esta materia. La asimilación actual, además, de los “actos de expolio” genera en algunos casos la exigencia de un dolo no de dañar sino de sustraer piezas arqueológicas asumiendo el agente el daño que tiene necesariamente que producir con su acción sobre el yacimiento.

13. Sobre el particular, sienta las bases para este tipo de intervenciones, siguiendo las recomendaciones de la *Carta de Venecia* de 1964, la llamada *Carta de Cracovia* que fue redactada en el año 2000 tras la celebración de la Conferencia Internacional de Cracovia sobre Conservación y contiene los principios para la conservación y restauración del Patrimonio Construido.

No cabe duda que a todo ello habría que sumar, de una parte, la opinión de quienes han seguido considerando más apropiada la persecución de estas conductas como meras infracciones administrativas y, de otra parte, el “viejo” problema procesal español que imposibilita, por su arcaico y defectuoso sistema de recursos, el pronunciamiento normalizado de nuestro Tribunal Supremo a través del *Recurso de Casación* y su función esencial para la unificación doctrinal. Quizá por ello, durante mucho tiempo la “jurisprudencia provincial” ha venido utilizando la aplicación del error vencible como una fórmula de atenuación encubierta, aproximando de esta forma la sanción a la multa administrativa al considerar que la respuesta penal podría resultar en ocasiones excesiva. Esta situación ha sido relativamente frecuente en la producción de daños a yacimientos arqueológicos o de agresiones realizadas por menores en inmuebles protegidos de grandes ciudades históricas a través del exhibicionismo gráfico (las conocidas “firmas” de los “grafiteros”) y otros actos de vandalismo que ha contado con una dosis excesiva de impunidad.

Conviene recordar en este apartado y en otro orden de cosas, que la reforma no corrige el absurdo actual que permite, con carácter potestativo y por decisión motivada del tribunal sentenciador, la reparación de los daños causados por el autor de un delito doloso, pero no por el autor del daño causado por imprudencia “grave” que sigue contemplando el artículo 324 del Código Penal sin que tenga lugar modificación alguna. Es preciso considerar que esta situación de negligencia puede aparecer con una cierta frecuencia y en obras de rehabilitación de conjuntos monumentales o de bienes culturales muebles o inmuebles que son realizadas, normalmente bajo la tutela pública o corporativa, por profesionales de la construcción y de la restauración con un alto grado de especialización. En tales casos, no parece especialmente difícil que puedan imaginarse situaciones negligentes de suficiente gravedad para alcanzar relevancia penal y con distintas motivaciones que generen daños por imprudencia al Patrimonio Histórico Español que puedan ser total o parcialmente reparados. Tratándose de profesionales, siempre con las garantías y motivación necesarias y tras la realización de los estudios previos que se estimaren pertinentes, parece que podría ser lógica, como ocurre con el autor de los daños dolosos, se acuerde la “adopción de medidas encaminadas, a restaurar en lo posible, el bien dañado”. Pierde, una vez más, el legislador español una oportunidad de dotar de una mayor coherencia interna a la desordenada defensa de los bienes culturales desde el Código Penal, tal y como ha venido reclamándose reiteradamente por algún autor.

Se ha puesto de manifiesto, por último, la necesidad de creación de un concepto jurídico penal del “valor incalculable” vinculado con la defensa de los bienes culturales destruidos o dañados y con la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito. Su utilización resulta imprescindible porque muchas, quizá las más importantes e incontestables, manifestaciones del Patrimonio Histórico o Cultural, sencillamente, no se pueden valorar conforme a criterios económicos o materiales como ocurre, a título de ejemplo, con las manifestaciones de arte rupestre sobre las que recae una declaración *ope legis* como Bienes de Interés Cultural de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.2 de la LPHE. En tales casos la reparación civil, por alta que sea, muchas veces no podría compensar la

pérdida producida por la sociedad en su conjunto y, en particular, por aquellas comunidades más vinculadas social o geográficamente con los bienes destruidos¹⁴.

Ello debería conducirnos a sostener, en todo caso, una clara distinción entre el valor de los bienes, tanto material como inmaterial, que puede alcanzar la condición de valor “incalculable” y que comportaría, en todo caso, la aplicación de la agravación específica ahora prevista en el apartado segundo del artículo 323 del Código Penal y la determinación concreta de la responsabilidad civil contraída por el autor de los daños que se integraría en el valor global de los bienes dañados y podría extenderse, como norma general, al pago de todos aquellos gastos que son necesarios para intentar, cuando sea posible o aconsejable, la restauración o reconstrucción total o parcial de lo que ha sido dañado o destruido.

5. LA REFERENCIA EXPLÍCITA A LOS YACIMIENTOS ARQUEOLÓGICOS Y AL EXPOLIO.

Es conocida la peculiar fragilidad del Patrimonio Arqueológico y la necesidad de una protección específica del derecho penal que tenga muy en cuenta los dos grandes elementos o pilares que sostienen su peculiar régimen jurídico¹⁵. Recordemos, antes de proseguir, que esta fragilidad, no sólo es consecuencia de su debilidad material y su elevado valor económico, sino del carácter “oculto” que muchas veces poseen las piezas arqueológicas y que pugna con intensos intereses especulativos que tienden a su ocultamiento, tráfico o destrucción. El primero de los elementos básicos del Patrimonio Arqueológico gira en torno a la definición legal que contiene el artículo 40.1 de la LPHE al señalar que estaría integrado por todos aquellos bienes muebles o inmuebles de relevancia histórica y “susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental”. La amplitud de esta definición trae como consecuencia la necesidad —en todo caso— de la correspondiente autorización administrativa para llevar a cabo todas aquellas actividades que pretendan su descubrimiento y extracción. En segundo término, y como complemento de la definición anterior, el otro elemento básico en la configuración del Patrimonio Arqueológico vendría determinado por la articulación de un régimen jurídico que otorga el carácter de bienes de dominio público a “todos los objetos y restos materiales que posean”,

14. En la reflexión sobre esta intensa vinculación, resulta especialmente interesante la definición de “monumento” que estableció la *Carta de Venecia* de 1964, redactada a consecuencia del Segundo Congreso Internacional de Arquitectos y Técnicos de Monumentos. Su artículo primero señala que “la noción de monumento histórico comprende tanto la creación arquitectónica aislada, como el ambiente urbano o paisajístico que constituya el testimonio de una civilización particular, de una evolución significativa o de un acontecimiento histórico. Esta noción se aplica no sólo a las grandes obras, sino también a las obras modestas que con el tiempo hayan adquirido un significado cultural”. Por su parte, el artículo segundo completa la definición anterior al añadir que “la conservación y restauración de los monumentos constituyen una disciplina que se sirve de todas las ciencias y técnicas que puedan contribuir al estudio y a la salvaguardia del patrimonio monumental”.

15. Por su claridad y labor de síntesis puede consultarse Alegre Ávila (1997).

tal y como nos señala el artículo 44.1 de la LPHE, “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”.

Sobre estas dos sustanciales consideraciones debemos seguir construyendo una lectura constitucional de los bienes culturales e interpretar ahora la referencia explícita que el artículo 323 del Código Penal sigue realizando no ya a los yacimientos arqueológicos sino a los actos de expolio sobre los mismos. No olvidemos, antes de proseguir, que para llevar a cabo una protección suficiente de los bienes culturales arqueológicos puede y debe sostenerse desde el derecho penal la existencia de un concepto jurídico “propio” de la Arqueología (García Calderón, 2011b). Quizá como consecuencia de lo anterior parte de la doctrina española había venido reclamando una regulación más detallada del expolio arqueológico, entendiendo que podría ser merecedor de una tipología diferenciada y compleja que planteara, en términos generales y con diversas matizaciones, el castigo de la excavación ilegal, con ánimo de lucro y hasta el posterior apoderamiento de los bienes descubiertos¹⁶. Con la reforma, el legislador realmente no ha llevado a cabo una nueva tipología del expolio arqueológico, sino que la “incrusta” en el delito de daños dolosos al Patrimonio Histórico Español agravando con ello, quizá, la defectuosa e incoherente sistemática sostenida por nuestro Código Penal en el tratamiento de los bienes culturales. En estos casos, además, el dolo exigible tendría que vincularse con la voluntad de apoderamiento de los bienes arqueológicos, asumiendo que la producción de daños en el yacimiento opera como el medio necesario para obtener la verdadera finalidad criminal del autor.

El expolio aparece definido en el artículo 4 de la LPHE como “toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su labor social”. El derecho administrativo construye un concepto diacrónico, que se sostiene en el tiempo y produce una situación que exige la reacción de la Administración General del Estado acordando la adopción de una serie de medidas “conducentes a evitar la expoliación” que aparecen descritas en el artículo 57 bis del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley del Patrimonio Histórico Español.

Históricamente, el término expolio se utilizaba para designar el botín del vencedor, mientras que el lenguaje conservacionista y el lenguaje coloquial han utilizado el término expolio para referirse en términos generales al saqueo sistemático de bienes culturales en cualquiera de sus manifestaciones. Por último, desde una perspectiva puramente gramatical, expoliar es despojar a una cosa de su valor material o inmaterial.

Es evidente que el artículo 323, al incluir expresamente los actos de expolio en yacimientos arqueológicos dentro de este delito especial de daños, se aleja del concepto administrativo que se contrae a una simple situación de riesgo o puesta en peligro que no tiene cabida en el Código Penal. El concepto penal de expolio se aproxima mucho más al concepto puramente gramatical y debe refe-

16. Vid. Guisasola (2013), que sigue el planteamiento previo de Roma Valdés (2002).

rirse tanto a la producción de daños materiales como inmateriales sufridos por el yacimiento, entendido éste como fuente de información científica e incluyendo los actos de apoderamiento de las piezas que son descubiertas por el autor y cuyo valor debe acumularse, en buena lógica, a los daños producidos para llevar a cabo la sustracción, normalmente desordenada y acientífica, de tales elementos arqueológicos.

La decisión del legislador, caótica desde una perspectiva sistemática e insegura desde una perspectiva criminológica, al no resultar suficientemente aclarada en el texto normativo, carecería de sentido porque las situaciones de concurso entre los daños en yacimientos y el apoderamiento de piezas arqueológicas descubiertas, era una situación prácticamente resuelta por la jurisprudencia. Resulta además francamente desafortunado que la asimilación de los “actos de expolio” en el tipo no merezca comentario alguno, a pesar de su evidente importancia, en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 donde podrían explicarse algunos motivos para justificar esta compleja decisión.

Desde la promulgación del Código Penal de 1995, la doctrina habría polemizado acerca de la correcta calificación penal de los actos de expolio en yacimientos arqueológicos. Mayoritariamente, se había estimado que tenía lugar un concurso entre el delito de daños producidos al yacimiento y un delito agravado de hurto¹⁷ o de apropiación indebida (el antiguo “hurto de hallazgo”)¹⁸ según el apoderamiento tuviera lugar en un yacimiento declarado como tal por la administración cultural o en un espacio “libre” en el que no se tuviera constancia o sospecha alguna de la existencia de piezas arqueológicas.

Una parte de la doctrina, sin embargo, consideró, que los bienes culturales sustraídos tras su descubrimiento en el yacimiento no podrían dar lugar a este concurso por cuanto tales hallazgos no podían alcanzar, como respectivamente exigían cada uno de los tipos agravados de hurto o apropiación indebida, la consideración de cosa “ajena” o bien de una cosa “perdida” o “de dueño desconocido”. Se entendía que la titularidad pública establecida en el artículo 44.1 de la LPHE sólo comenzaba una vez producido el hallazgo, de tal modo que, con anterioridad, no podían estimarse las piezas arqueológicas encontradas como un bien ajeno para el infractor o que hubiera “perdido” la Administración Pública al no ser aún titular del mismo y desconocer su existencia. Una vez encontrado el

17. Conforme al antiguo artículo 235.1 del Código Penal se castigaba con la pena de uno a tres años de prisión el subtipo agravado de hurto cuando se sustraían “cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico”. La nueva redacción establece idéntica penalidad pero esta vez sin necesidad de que el valor de los bienes supere los 400 €, conforme a lo señalado en el nuevo artículo 234.2 del mismo texto legal.

18. Conforme al antiguo artículo 253 del Código Penal se castigaba con la pena de seis meses a dos años de prisión a los que, con ánimo de lucro, se apropiaban de una cosa perdida o de dueño desconocido siempre que se “tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico”. En la actualidad, el artículo 254 castiga con la misma pena el apoderamiento de “cosas muebles ajenas” cuando se trata de “cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico”. Conforme a lo establecido en el apartado segundo del artículo, si la cuantía de lo apropiado no excede de los 400 €, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses.

objeto, por otra parte, no cabía hablar de una “cosa de dueño desconocido”. Por una razón o por otra, el caso es que la situación anterior sólo permitía, en definitiva y desterrada la posible tipificación agravada del hurto o apropiación indebida, considerar que el apoderamiento de piezas arqueológicas podía perseguirse sólo como un delito especial de daños al Patrimonio Histórico conforme aparecía tipificado en el antiguo artículo 323 del Código Penal.

En la práctica, sin embargo, fue consolidándose pacíficamente en los tribunales la idea del concurso medial entendiendo que los hechos podían calificarse como hurto o apropiación indebida junto al delito de daños producidos en el yacimiento¹⁹. Tras su exposición por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía como criterio general sostenido por las diversas fiscalías provinciales del territorio, la idea fue expuesta y no desautorizada incluso en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado* correspondiente al año 2004 en los siguientes términos:

“La problemática relativa a la tipificación de este tipo de conductas de expolio arqueológico merece un estudio de la Fiscalía de Granada que reflexiona sobre el debate doctrinal referido a la incardinación de estas conductas en el hurto o en la apropiación indebida, exponiendo que en esa Fiscalía se han formulado varias acusaciones en las que se aprecia la existencia de un delito agravado de hurto —cuando el yacimiento del que son extraídas las piezas cuenta con una previa declaración administrativa—, en concurso con un delito específico de daños a bienes culturales. También se han formulado acusaciones aplicando la figura del artículo 254 del Código Penal, respecto a conductas de apoderamiento de otros bienes arqueológicos extraídos de lugares que no cuentan con una previa declaración administrativa que los declare bienes culturales si bien este criterio no cuenta aún con pronunciamientos judiciales que permitan avalar definitivamente esta interpretación.” (Memoria, 2005)

Por razones numerosas, algunas de índole práctico, este criterio fue consolidándose con el paso del tiempo en la jurisprudencia provincial, alegándose para ello distintos argumentos que debemos, aunque someramente, recordar y que parten de la configuración que debemos dar al Patrimonio Arqueológico conforme a ese criterio “propio” que debe reclamar el derecho penal. Antes de proseguir, quizá debamos ser conscientes de una trascendental realidad “metajurídica”: el

19. Como ejemplos recientes de esta situación en la jurisprudencia provincial, podríamos citar dos actuaciones de un gran interés policial. En primer término, la llamada Operación Badía desarrollada por el Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil en la provincia de Cáceres y que ha dado lugar a la Sentencia n.º 301/2014 del Juzgado de lo Penal n.º 2 de la ciudad citada de fecha 29 de octubre de 2015, en la que se condena a varias personas por delitos continuados de daños en yacimientos arqueológicos y apropiación indebida en situación de concurso del artículo 74 del Código Penal. En segundo término, la llamada Operación Necrópolis, igualmente realizada por la Guardia Civil, en la que ha sido formulado escrito de acusación con fecha 26 de febrero de 2014 por la Fiscalía Provincial de Cuenca en el procedimiento abreviado n.º 22/2012 del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Motilla del Palancar, por el expolio de yacimientos catalogados y no catalogados en diversas provincias españolas, con la calificación de delito de daños y hurto agravado en situación de concurso medial del artículo 77 del Código Penal.

Patrimonio Arqueológico es una riqueza colectiva, un extraordinario recurso científico y material vinculado naturalmente a la tierra, un concepto a través del cual se protegen o pueden proteger bienes de distinta naturaleza como la propiedad individual, el interés social o colectivo y hasta el entorno natural o urbanístico donde se encuentran ocultos los bienes culturales que parcialmente lo integran y guardan relación con la vida social. Cuando la ley administrativa otorga un tratamiento diferenciado y privilegiado a las piezas arqueológicas, lo que hace es entregar esa riqueza y la disposición de tales recursos a la Administración Pública que realiza una declaración formal de voluntad en virtud de la cual señala y acota claramente el perímetro de un lugar o yacimiento donde se encuentra una “fuente de conocimiento científico” que puede tener, además, un elevado valor material y que, en todo caso, le pertenece. No es cierto, por tanto, que los bienes arqueológicos ocultos, cuando han sido declarados como tales y formalmente protegidos, no tengan la consideración de cosas muebles y “ajenas”. Son ajenas y son además previamente poseídas por la Administración Pública que documenta y declara a través de un válido instrumento jurídico que la riqueza arqueológica contenida en el yacimiento le pertenece. Negarlo, valga a título de ejemplo, sería negar la posibilidad de explotación de una cuenca minera o de un acuífero o de cualquier recurso natural que exista en el subsuelo y que no sea “visible” por su propietario.

Existen otros ejemplos en nuestro Código Penal en los que se castiga el apoderamiento de efectos que aún no han tenido virtualidad alguna en el tráfico jurídico “material”. Ello ocurre con alguna modalidad comisiva del delito de defraudación tributaria cuando se castiga la elusión del pago o la falta de ingreso en la Hacienda Pública de aquellas cantidades retenidas a cuenta o que se hubieran debido retener²⁰. En tales casos se castiga la frustración de una expectativa económica que corresponde al Estado como consecuencia de lo establecido en la legislación tributaria. Cabría concluir, por tanto, que el expolio de piezas arqueológicas a través de excavaciones ilegales o por el uso fraudulento de detectores y otros mecanismos de búsqueda, siempre podría ser calificado como un delito agravado de hurto cuando el yacimiento contaba con una previa declaración administrativa para su protección.

En cuanto a la figura de la apropiación indebida del antiguo artículo 254 del Código Penal tenía una aplicación residual y referida al apoderamiento de bienes arqueológicos extraídos de lugares que no contaban con una previa declaración administrativa que los protegiera de manera explícita. Los objetos y vestigios arqueológicos hallados azarosamente (no olvidemos que en el concepto de bienes arqueológicos de la LPHE se incluye expresamente el azar) podían considerarse “cosas perdidas” por cuanto, en su sentido gramatical, perder significa tanto “dejar de tener” como “no hallar”. Ciertamente perder se relaciona con la pérdida de la posesión pero esta posesión no debe exigirse que tenga, en todo caso, un carácter estrictamente material. La declaración que realiza el artículo 44.1 de la LPHE otorga a la Administración una forma de posesión diferida que no comien-

20. Recordemos que con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 6/95 de 29 de junio en los delitos contra la Hacienda Pública, tales conductas se perseguían habitualmente como formas comunes de apropiación indebida.

za con el hallazgo del objeto sino con anterioridad al mismo, durante el período de ocultación del bien; situación jurídica que estaría justificada por el imperativo constitucional que exige de los poderes públicos una preservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico Español en toda su posible extensión, genéricamente “depositado” en manos de las autoridades culturales competentes²¹.

Al margen de los argumentos anteriores, las nuevas tipologías del hurto y la apropiación indebida mantienen las agravaciones específicas por razón del objeto en los nuevos artículos 235.1º y 254 del Código Penal, si bien, conforme a la regulación actual de la apropiación indebida, la idea de cosas perdidas o de dueño desconocido quedaría sustituida por la expresión más amplia y sencilla de “cosas muebles ajenas”, situación que facilitaría —aún más— la solución concursal que venía aplicándose como regla general por los tribunales²² para el caso de espacios aún no declarados como yacimientos arqueológicos. Lo mismo ocurre con el subtipo agravado de hurto que recae sobre “cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico” que puede ser aplicado sin necesidad de que el valor de los bienes alcance los 400 €, conforme a lo establecido en el apartado segundo del nuevo artículo 234 del Código Penal.

Todo el camino anterior, puede quedar ahora desbaratado y puede generar la necesidad de incluir, conforme a la literalidad del precepto, la sustracción de piezas arqueológicas en los daños al yacimiento, pero esta dudosa “solución” o asimilación no parece que tenga mucho sentido en delitos contra los bienes culturales de una especial gravedad que aconsejan, por razones obvias, una penalidad “separada” entre lo dañado y lo sustraído. Pensemos, a título de ejemplo, en la expoliación sistemática y profesionalizada de grandes yacimientos arqueológicos subacuáticos, pecios de incalculable valor que suponen el apoderamiento de verdaderos “tesoros” de los que se tiene noticia por diversas fuentes documentales y que, conforme a una interpretación literal del nuevo artículo 323 del Código Penal, sólo podrían ser calificados como delitos agravados de daños de su apartado segundo.

La nueva situación legal planteará, en definitiva, posiciones divergentes entre quienes sigan apreciando un concurso medial entre los daños y la sustracción, cuando menos en situaciones de una especial gravedad y aquellos otros que opten por la asimilación punitiva que ahora realiza el nuevo artículo 323 del Código Penal. Una solución intermedia y quizá más adecuada podría ser, a mi juicio, la

21. Al referirse extensamente al problema de la justificación del dominio arqueológico como dominio público, se expresa en los siguientes términos al referirse extensamente al problema de la justificación del dominio arqueológico como dominio público: “no podemos vincular la intervención administrativa a la previa existencia de una titularidad dominical, cuando es mas que evidente que el ejercicio de las actividades administrativas, tal y como resultan configuradas por la Ley (y la potestad autorizatoria, al menos en sus perfiles clásicos, es un típico ejemplo de ejercicio de policía administrativa), dimanen de la ‘posición institucional de supremacía’ de la Administración, que no precisa fundarse en otro título habilitante sino en una previa norma jurídica” (Alegre, 1994: 2. 368).

22. Expresa y lacónicamente, de hecho, incluso el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 nos dice que “se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural y científico”.

de diferenciar aquellos casos en los que los bienes arqueológicos sustraídos o expoliados no cuentan con una entidad “individualizada” y se configuran, más bien, como simples “restos” arqueológicos de poca importancia y de un escaso valor material o científico, destinados al coleccionismo particular que serían “arrastrados” por la acción de dañar y aquellos otros casos que comportan el apoderamiento de piezas “completas” o de un gran valor histórico y económico, que han sido descubiertas azarosamente o descritas en fuentes autorizadas o bien buscadas de propósito y que entrañan una posterior posesión muchas veces destinada al tráfico o un ánimo de apoderamiento clandestino y definitivo.

En tales situaciones, en definitiva, parece más que razonable mantener la solución concursal entre la sustracción y el daño, sosteniendo la calificación de los hechos como delitos de daños en concurso medial con delitos agravados de hurto o apropiación indebida según exista un conocimiento previo y catalogación del yacimiento arqueológico expoliado.

6. LA ESPECIAL GRAVEDAD DEL DAÑO Y EL VALOR RELEVANTE DE LOS BIENES AGREDIDOS.

La doctrina ha sostenido la necesidad de llevar a cabo, en situaciones de especial gravedad, una elevación racional de las sanciones en esta clase de delitos. Con la antigua regulación y aún con la actual, algunas condenas por delito de daños sobre el Patrimonio Histórico son castigadas por debajo de las multas que establece la legislación cultural, tanto estatal como autonómica, para perseguir meras infracciones administrativas (en especial, artículos 75 y siguientes de la LPHE).

Esta necesidad de establecer los límites máximos de penalidad para la producción de aquellos daños en bienes muebles o inmuebles que son merecedores de una singular protección y tutela, como ocurre con los Bienes de Interés Cultural o con aquellos bienes muebles que se integran en Inventarios Generales confeccionados por la Administración Pública estatal o autonómica, ha sido abordada con acierto en la reforma de la Ley Orgánica 1/2015. La vieja pretensión de una elevación selectiva de las sanciones para casos de especial gravedad, cuando menos parcialmente, se adopta con la inclusión de un nuevo párrafo en el artículo que impone la pena superior en grado cuando los daños son “de especial gravedad” o bien cuando se producen sobre “bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante”.

La “especial gravedad” no puede deducirse exclusivamente del valor material de los daños producidos. Como ya hemos sostenido con anterioridad, dentro del valor cultural deben incluirse los gastos de restauración y los estudios previos muchas veces preceptivos para la intervención en los objetos o inmuebles dañados, así como el daño ocasionado a la sociedad en su conjunto como depositaria permanente de los bienes culturales. Nada impide que podamos aplicar la idea del valor incalculable y añadir posteriormente la determinación de la responsabilidad civil con inclusión de todos los gastos que venimos indicando para la restauración de los bienes culturales con referencia, incluso, a la reparación moral.

Esta idea de reparación moral no debería parecernos ni mucho menos extravagante. Como he tenido oportunidad de señalar (García Calderón, 2011b), el origen de esta percepción se encuentra en la enriquecedora relación de los bienes culturales con la ciudadanía. Quizá se plasma por primera vez en el famoso informe que fue suscrito en 1903 por el historiador del arte Alois Riegl en la Viena imperial para mejora de la protección legal de los monumentos públicos de Austria y que se conoce en la historiografía actual como *El culto moderno a los monumentos* (2007). Es evidente que este documento marca un trascendental cambio de tendencia en la percepción social de los monumentos públicos y en toda la cultura europea. El documento de Riegl es multidisciplinar —él mismo contaba con cierta formación jurídica— y considera especialmente necesaria que regulara adecuadamente los bienes culturales, entre los que deben incluirse las ruinas y vestigios arqueológicos. El gran historiador de Linz es consciente del cambio que opera en su tiempo la percepción de “lo antiguo” y nos recuerda que cada ciudadano siente la ofensa a aquellos monumentos que asume como propios con un gran dolor, tanto como el “desprecio de los principios religiosos y de los símbolos de fe para un creyente”. El gran hallazgo de Riegl es descubrir que el culto a los monumentos procura “un estado de ánimo liberador para cada sujeto” ya que su disfrute pacífico constituye una forma de desarrollo personal y social porque se viven como una “necesidad natural del placer”. Sus trabajos anuncian, en definitiva, que la conservación y disfrute de los monumentos es también una forma de libertad para los ciudadanos que tiene una especial significación en la consolidación de sus derechos fundamentales.

Por último, y en cuanto a la “especial relevancia” de aquellos bienes culturales que resultan dañados, parece evidente que, aunque no se exige una cuantía mínima, parece que en todo caso, los daños producidos deberían superar los 400 € ante el silencio del legislador, teniendo en cuenta su relación con el tipo básico del precepto y conforme a la interpretación más favorable para el reo. De hecho, para la aplicación del hurto agravado de bienes culturales no se exige que el importe de lo sustraído alcance los 400 € pero existe una previsión explícita sobre el particular en el apartado segundo del nuevo artículo 234 del Código Penal.

La lógica indica que deberían identificarse estos bienes, cuando menos, con todos los que han sido declarados, conforme a las previsiones de la LPHE, Bien de Interés Cultural aunque habrá que tener en cuenta la frecuente incidencia de bienes culturales “ocultos” que deberán ser objeto de una valoración técnica que establezca, ante su desconocimiento por parte de la Administración y una vez que han sido descubiertos y destruidos, la verdadera entidad de su valor histórico y cultural y su capacidad de integrarse objetivamente en el Patrimonio Histórico Español con una singular protección y tutela.

7. BREVE REFERENCIA A LOS GRAFITOS Y OTROS ACTOS DE VANDALISMO.

Desde que el Código Penal español de 1995 creara como una nueva categoría de protección los delitos “sobre el Patrimonio Histórico”, el número de infraccio-

nes contabilizadas en la estadística criminal no ha sido muy elevado. Es evidente que la importancia de un fenómeno delictivo no puede vincularse en España exclusivamente con su envergadura numérica si tenemos en cuenta la escasa fiabilidad que otorga una estadística criminal basada en un sistema procesal completamente anacrónico²³. No obstante, hay que reconocer que la cifra estadística global se nos ofrece, cuando menos, una medida aproximada del número de investigaciones iniciadas como diligencias previas por los órganos judiciales para el esclarecimiento de potenciales delitos en cada una de las tipologías que se integran en el libro II del Código Penal²⁴.

7.1. LA FALSA PERCEPCIÓN DEL GRAFITO COMO UNA DELINCUENCIA OCASIONAL.

En el caso de los bienes culturales la situación se hace, si cabe, aún más controvertida ya que ni siquiera podemos aproximarnos a esa cifra expresiva de las agresiones potencialmente sufridas por los bienes culturales que alcancen relevancia penal. Como ya he puesto de manifiesto en otras ocasiones (García Calderón & Aránguez, 2010), podemos encontrar dos causas para explicar esta falta de una “presencia estadística” suficiente.

En primer término, hay que recordar que la defectuosa sistemática de nuestro Código Penal sostiene un mayor número de tipologías lesivas para el Patrimonio Histórico fuera del capítulo específicamente dedicado entre los delitos medioambientales que dentro del mismo, donde solamente se refieren distintas modalidades de derribo o alteración grave de “edificios singularmente protegidos”, así como formas dolosas o imprudentes de daños. Ello comporta que las abultadas cifras anualmente contabilizadas de robos, hurtos, “hurtos de hallazgo”, la antigua malversación de caudales públicos, estafas, receptación o delitos de contrabando integren numerosas infracciones de esta naturaleza que no merecen un tratamiento o desglose estadístico diferenciado. En realidad, las “cifras negras” han sido una constante en la valoración estadística de la delincuencia cultural a consecuencia de lo anterior y también por la falta de corrección institucional para corregir esta incomprensible carencia, llevando a cabo un recuento propio de aquellos delitos contra los bienes culturales que habitualmente engrosan las

23. Esta escasa fiabilidad viene determinada por la irregularidad en la incoación de diligencias previas ya que se ha denunciado continuamente la falta de un sistema uniforme de registro en los órganos jurisdiccionales, siendo frecuente su duplicidad en el caso de inhibición o la incoación de algunos procedimientos sin verdadera trascendencia penal. Las sucesivas memorias de la Fiscalía General del Estado han significado, en varias ocasiones, que resulta más fiable la cifra de procedimientos judiciales incoados, normalmente de los llamados procedimientos abreviados.

24. Podríamos recordar que aproximadamente un 20% de las diligencias previas que se incoan anualmente en España, unos cuatro millones, son meras inhibiciones o acumulaciones a otras ya iniciadas. Este dato revela lo absurdo de un sistema que derrocha cantidades ingentes de tiempo y esfuerzo en labores puramente burocráticas completamente alejadas de la verdadera investigación criminal. En cuanto a la Comunidad Autónoma de Andalucía, la *Memoria de la Fiscalía Superior* correspondiente al año 2014, eleva el número de diligencias previas que han sido incoadas a 843 982, con un total de 37 768 procedimientos abreviados.

abultadas cifras de los delitos anteriormente citados contra la propiedad o contra la Administración Pública²⁵.

En segundo lugar, la percepción social de que muchas infracciones sistemáticamente producidas contra el Patrimonio Histórico no eran merecedoras de reproche penal, no ha sido corregida por las instituciones, sobre todo por las encargadas de la protección y tutela directa del Patrimonio Histórico, situación que ha ido generando una peligrosa y nociva falta de atención que las ha dotado del lastre de la impunidad y convertido, con el paso del tiempo, en un problema apreciable y difícil de solucionar. Ello ha ocurrido de manera especialmente significativa con las agresiones sufridas en bienes culturales, muchas de valor absolutamente extraordinario, a través de formas de exhibicionismo gráfico, principalmente en la traza urbana de algunas grandes ciudades históricas o incluso de conjuntos monumentales.

En realidad, y al margen de las anteriores consideraciones, hay que reconocer que la puntual elevación de estas cifras ha venido muchas veces determinada por las denuncias presentadas desde asociaciones conservacionistas del Patrimonio Histórico que han reaccionado ante el conocimiento público de algunas rehabilitaciones o iniciativas urbanísticas que afectaban a espacios históricos y generaban una intensa polémica social al suponer la destrucción o limitación de conocidos bienes culturales y de su entorno. De otra parte, es justo reconocer igualmente que la reciente instauración del principio de “especialización funcional” del Ministerio Fiscal español²⁶ ha permitido, a consecuencia de una mayor coordinación

25. He citado como ejemplo en otras ocasiones la propia memoria anual elaborada por la Fiscalía General del Estado que no incluye en sus cuadros estadísticos de manera diferenciada los robos, hurtos o apropiaciones indebidas que recaen sobre bienes culturales. De esta manera, se diluyen en las abultadas cifras de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico algunas agresiones muy frecuentes a los bienes culturales como el expolio de piezas arqueológicas que pueden ser calificadas como formas de “hurto de hallazgo”. La estadística, en parte lastrada por los conocidos defectos de la regulación penal española, sólo distingue entre delitos contra el Patrimonio Histórico dolosos e imprudentes. Buena prueba de la discordancia estadística con la realidad es que la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Andalucía, siguiendo los criterios dictados desde la Fiscalía General, durante el año 2009, no contabiliza ningún caso de delito imprudente y un total de veinte delitos dolosos. Basta pasear por el casco histórico de algunas ciudades andaluzas, como ocurre con la ciudad de Granada, para comprobar las numerosísimas agresiones a bienes culturales que permanecen totalmente “invisibles” para la estadística criminal.

26. Como ya hemos señalado, fue la reforma del *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* en virtud de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, la que estableció una nueva redacción del artículo 20.2 al señalar que “en la Fiscalía General del Estado existirá un Fiscal contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales, con categoría de Fiscal de Sala”, que ejerce numerosas funciones de coordinación y estudio de las materias asignadas, al margen de los asuntos de especial relevancia que le pueden ser asignados por la Fiscalía General. A día de hoy, las sucesivas memorias de la Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Patrimonio Histórico, incluidas en la realizada por la Fiscalía General del Estado, ha venido incluyendo un apartado específico, no muy extenso pero siempre interesante, sobre la materia y recabando los datos más significativos ofrecidos por las distintas Fiscalías territoriales. Recordemos que la especialización del Ministerio Fiscal español no se configura como un simple criterio que facilite un reparto equitativo de trabajo, sino como un auténtico principio informador de sus funciones.

institucional con los departamentos culturales y con algunas fuerzas policiales, el ejercicio de la acción penal ante los tribunales con mayores garantías.

En cualquier caso, podemos concluir que las cifras oficiales sobre delitos de esta naturaleza no han sido nunca cuantiosas y hacen reverdecer la vieja y estéril polémica acerca de la oportunidad de perseguir únicamente estas conductas como infracciones sin relevancia penal y a través de la legislación administrativa sancionadora. Conviene recordar, sin embargo, que las razones para la persecución penal de estas formas de agresión social no se limitan al imperativo constitucional y se extienden a la perpetuación de graves atentados contra los bienes culturales que no son combatidos con la eficacia necesaria por el derecho administrativo sancionador. Como ejemplo de ello puede mantenerse que existen agresiones frecuentes y hasta sistemáticas contra el Patrimonio Histórico, como ocurre con los grafitos realizados sobre inmuebles o espacios protegidos, que tienen una indudable relevancia penal y que no son ni esclarecidas, ni investigadas, ni denunciadas en sede judicial o fiscal y ni siquiera, por todo ello, son contabilizadas en nuestra estadística criminal.

La pretensión de este breve capítulo es poner de manifiesto las dimensiones de un fenómeno creciente y muy heterogéneo, insistimos, con indudable relevancia penal y que supone, probablemente, la agresión más habitual a las ciudades históricas de España y a su ambiente monumental. No se trata de un fenómeno social generalizado sino endémico de algunas ciudades concretas, aunque extendido de manera relativamente uniforme por todo nuestro territorio y en países desarrollados de nuestro entorno²⁷, patente en aquellos lugares en los que ha prendido la idea de una cierta pasividad, considerando que no constituye un problema policial ya que resulta propio de las autoridades culturales o, en todo caso, de la justicia juvenil, promoviéndose en todo caso la intervención de las Fiscalías de Menores.

La existencia de grafitos sistemáticos sobre toda clase de bienes culturales de un innegable y extraordinario valor y el abultado costo económico de su reparación, así como el deterioro irreparable que tiene lugar en muchas ocasiones, son argumentos que debieran permitir rechazar enérgicamente esa pretensión y abonar la idea de emprender investigaciones policiales suficientes para esclarecer algunas de estas continuas agresiones y promover un castigo proporcionado y disuasorio. No se trata de una delincuencia ocasional sino, como ya hemos reiterado, de una agresión sistemática directamente relacionada con la mala gestión de los espacios históricos y que debe promover una respuesta equilibrada de los órganos jurisdiccionales y del Ministerio Fiscal. Naturalmente, esta práctica ha tenido alguna incidencia especialmente significativa en materia arqueológica, al incrementar la cuantía de los daños y las dificultades para su reparación.

Un grafito, conforme a la segunda de las acepciones gramaticales recogida en el *Diccionario de la Real Academia* es un "letrado o dibujo circunstanciales, generalmente agresivos y de protesta, trazados sobre una pared u otra superficie

27. El artículo 322 del Código Penal francés de 1994 castiga como delito correccional con pena de multa y trabajos en beneficio de la comunidad los daños leves causados a los bienes culturales por grafitis.

resistente”²⁸. La situación actual de muchos lugares históricos en España permitiría la revisión gramatical del concepto ya que un grafito, de acuerdo con lo que ahora venimos denunciando, ha pasado a convertirse hoy día en un mero acto de exhibicionismo gráfico que, muchas veces, no pretende ninguna forma de protesta de naturaleza pública o social y que no tiene ninguna pretensión artística; se trata de una simple manifestación de vandalismo urbano en la que se procura, incluso, dejar un rastro autógrafo del autor.

La doctrina española (Guisasola, 2013: 888) se ha referido en ocasiones a la práctica de los conocidos como *tags* (inscripciones o trazos de signos o dibujos sobre inmuebles) que ha merecido atención en países como Francia, considerándola “particularmente grave cuando se realiza sobre objetos culturales, ya sean pinturas, estatuas o inmuebles u objetos muebles clasificados o inscritos”.

La situación previamente descrita permite considerar que ha tenido lugar un enfoque institucional erróneo e inapropiado ante lo que –quizá– reviste el daño más frecuente a nuestros bienes culturales y arqueológicos, un daño sobre el que se extiende un grueso manto de impunidad que, de persistir, terminará por

28. La memoria de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Andalucía correspondiente al año 2009, contiene un amplio estudio sobre el problema de los grafitos y el daño a los Bienes Culturales (Memoria, 2010: 198-213) y realiza algunas valoraciones respecto de la terminología en los siguientes términos: “En su sentido más técnico, la palabra italiana *graffiti*, plural de *graffito*, ya era utilizada por arqueólogos y epigrafistas para denominar a las marcas o inscripciones espontáneas que se han conservado en los yacimientos arqueológicos y que –en ocasiones– han sido de un enorme interés científico para conocer datos de la vida cotidiana en tiempos inmemoriales. Fue el arqueólogo Raffaele Garrucci quien divulgó el término *graffiti* en medios académicos internacionales a mediados del siglo XIX. Con todo, el italianismo *graffiti* es el término más empleado en la bibliografía, en los medios de comunicación, y en las distintas páginas en Internet para referirse a la realidad objeto de nuestro análisis. Quizá por ello existe una propuesta oficial para incorporar a la vigésimo tercera edición del *Diccionario de la Real Academia* el término ‘graffiti’ (con una sola letra f, pues la doble f es ajena a nuestra grafía). No obstante, en tanto que la citada propuesta no es acogida por la próxima edición de nuestro diccionario más autorizado, consideramos correcto seguir utilizando el término grafito, en lugar de grafitis o pintadas”. Esta es la recomendación que realiza la propia Academia en su primer *Diccionario Panhispánico de Dudas* (octubre de 2005), cuando se refiere a la voz “graffito”: 1. Con el sentido de ‘inscripción o dibujo hecho en una pared’, es adaptación de la voz italiana *graffito*, popularizada en español a través del inglés: “En un sucio muro neoyorquino, una mujer francesa [...] leyó un grafito [...]. El grafito decía: «La nostalgia ya no es lo que era»” (País [Esp.] 1.10.85). Aunque menos usada que grafiti, es la forma más correcta desde el punto de vista etimológico. // 2. El uso frecuente del plural italiano *graffiti* ha dado lugar a que en español se emplee la adaptación grafiti con sentido singular: “Otros vecinos pintan un grafiti” (País [Ur.] 12.7.01). Se trata de un caso análogo al de espagueti y se considera válido, debido a su extensión. Su plural es grafitis: “Unos grafitis de los miles que hay en las calles de Buenos Aires” (Barnatán Frente [Arg. 1989]). // 3. Cuando el texto ha sido pintado, y no realizado mediante incisión, puede sustituirse el extranjerismo por la voz española pintada, aunque su uso, muy frecuente en España y no desconocido en América, no está generalizado en todo el ámbito hispánico: “En la vidriera de una sastrería, una pintada en letras amarillas decía no sea forro: hágase responsable de su cara” (Cohen Insomnio [Arg. 1986]). En Venezuela se emplea, con este sentido, la voz “pinta”. Finalmente cabe destacar que los términos *grafiteros* y *grafitear*, muy utilizados en el lenguaje de quienes realizan estas conductas, no están admitidos en el *Diccionario de la Real Academia*, ni existe propuesta alguna que sugiera su incorporación.

producir un daño aún mayor abonando la tesis de la práctica imposibilidad de acabar con este fenómeno, justificando un irresponsable abandono del entorno más valioso de nuestras ciudades históricas.

7.2. LOS DAÑOS “INVISIBLES” AL PATRIMONIO HISTÓRICO EN LA ESTADÍSTICA CRIMINAL.

La ausencia de una conciencia pública “suficiente” en la necesidad de transmisión y la preservación integral de los bienes culturales, la falta de aplicación estricta tanto de la ley penal como de la ley administrativa sancionadora y la confusión generalizada de algunos conceptos básicos propios del conservacionismo cultural, son circunstancias que generan una lectura oficial francamente sesgada en la actividad institucional que resulta necesaria para la protección del Patrimonio Histórico, una actividad muchas veces interpretada de forma errónea por la propia Administración y que termina por no ser comprendida, precisamente a consecuencia de ello, entre la opinión pública.

La realización de grafitos no autorizados puede consumir numerosas tipologías penales. No ha sido infrecuente, por ejemplo, que sean investigados en procedimientos judiciales porque estén referidos a personas o entidades determinadas puesto que puedan constituir delitos de injurias, calumnias o amenazas, o que guarden un contenido que pueda ser considerado como delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos o hasta como diversas formas de apología del terrorismo, discriminación racial o de género o de justificación de toda clase de actuaciones violentas. En tales casos, el soporte material del grafito puede ocupar un lugar secundario en la actuación criminal aunque lo más habitual sea la búsqueda de la humillación de la víctima escribiendo el contenido del grafito en algún inmueble emblemático o en su propio domicilio, mostrando el agente con su conducta una arrogante proximidad con el sujeto pasivo de la infracción.

La realización de grafitos sobre bienes culturales presenta algunas peculiaridades criminológicas que no han sido analizadas, cuando menos profundamente, en las aportaciones dogmáticas que han tenido lugar hasta la fecha. Podemos considerar que en términos generales y en la mayoría de los supuestos, el grafito no contiene ningún mensaje de relevancia jurídico penal, analizando si el acto de exhibicionismo gráfico supone un delito de daños o una simple situación de deslucimiento que pueda resultar impune conforme a las tipologías contenidas en nuestro Código Penal.

7.3. FORMAS LEGALES DE PROTECCIÓN ANTE LOS ACTOS DE VANDALISMO TRAS LA REFORMA DE 2015.

Conforme a la reforma operada en el Código Penal en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, tiene lugar la desaparición de la falta agravada de daños sobre bienes culturales del párrafo segundo del antiguo artículo 625 del Código Penal que ha quedado derogado. Desde una perspectiva criminológica, la finalidad del viejo

precepto se enmarcaba en la creciente necesidad de proteger adecuadamente inmuebles históricos de actos de vandalismo urbano. El párrafo segundo del precepto citado establecía, entre las faltas contra el Patrimonio, una penalidad agravada (la localización permanente de 7 a 12 días o la multa de 15 a 20 días) para quienes causaren daños por importe inferior a los 400 € en los lugares históricos o bienes culturales que eran descritos en el viejo artículo 323. Resulta interesante recordar que en el anteproyecto de 2012, se optó por mantener esta figura como un supuesto de “delito menos grave” para los daños de escasa cuantía, siempre que su valoración resultara inferior a los 1000 €, que se castigaban con una pena de multa de dos a doce meses. Esta previsión fue criticada rápidamente por la doctrina y considerada como “un exceso punitivo sin justificación alguna” (Fernández & Olloquiegui, 2013: 145-146).

Como ya hemos señalado con anterioridad, el legislador ha optado por la despenalización aparente de la falta para convertirla en un delito leve de daños, derivarla al ámbito civil o bien al derecho administrativo sancionador, situaciones que, contrariamente a lo señalado en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, no parece que puedan utilizarse alternativamente y conforme a un criterio reglado de oportunidad que nunca debería aplicarse en estos supuestos por la singular naturaleza del bien jurídico tutelado, salvo –quizá– en algunas situaciones vinculadas con la jurisdicción del menor.

Esta situación resulta totalmente incoherente y no resulta lógica por varias razones. En primer lugar, los daños dolosos producidos sobre bienes culturales siempre debieran castigarse con mayor vigor que aquellos que se producen sobre bienes “comunes”. Este incremento de protección aparece en el resto de tipologías que abordan la agresión a los bienes culturales, entendidos éstos como una nueva categoría de protección. De hecho, si asumimos el mismo criterio de la solución despenalizadora, carecería de sentido establecer una mayor penalidad en el artículo 323 al tipificar como un delito especial de daños a los que son producidos sobre bienes culturales con respecto al delito básico del artículo 263 del Código Penal.

La situación no deja de tener una potencial trascendencia práctica, teniendo en cuenta las frecuentes agresiones sufridas en centros históricos y conjuntos monumentales por actos de vandalismo y por la realización masiva de grafitos y otros actos de exhibicionismo gráfico. La única solución que nos ofrece el Código Penal tras la reforma, es acudir a la tipología genérica del delito atenuado de daños, cuando su valoración no alcance los 400 €, castigando con la misma intensidad el grafito o el daño de escasa entidad realizado en cualquier zona residencial o en un centro comercial con el que tiene lugar en un espacio singularmente protegido o declarado Patrimonio de la Humanidad²⁹ que puede sufrir,

29. Un ejemplo recurrente de espacio singularmente protegido que sufre continuas agresiones por la realización de grafitos y otros actos de vandalismo, sería el barrio del Albaicín, en Granada, declarado Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO en 1994 y, en particular, algunos espacios de un enorme valor histórico y monumental como la Puerta Monaita (siglo XI) o el famoso Arco de las Pesas (siglo XII). Situaciones similares tienen lugar en otras ciudades históricas de diferente tamaño, pero hay que reconocer que la situación, al margen de analogías muy marcadas como la frecuencia de actos vandálicos producidos por menores, es muy desigual y se vincula especialmente con la eficacia en la

además, agresiones continuas que atentan no sólo contra su valor puramente material sino contra su dimensión inmaterial y contra su delicada función social.

Como ya hemos apuntado con anterioridad, no parece que podamos acudir al subtipo agravado de daños a bienes culturales cuando no alcanzamos la cuantía mínima de los 400 €. Otra cosa es que, en la práctica, las agresiones a grandes conjuntos monumentales o bienes especialmente protegidos superen siempre o en la inmensa mayoría de los casos esta cantidad, conforme a una correcta valoración que tenga en cuenta la intervención técnica que estos bienes o espacios necesitan para ser restaurados, su documentación y otros gastos tendentes a su completa reparación, gastos que se integrarían en un concepto amplio de “reparación social” y no de simple valor material.

No debemos olvidar que en muchos casos, la reparación de un simple grafito en un conjunto monumental requiere la intervención de un técnico que realice un proyecto de intervención y hasta una pequeña *Memoria* de la actuación desarrollada; documentos que pueden resultar valiosos para el estudio de los bienes culturales, su desarrollo y para juzgar en el futuro la calidad de la conservación o el juicio sobre la utilización de técnicas apropiadas. La acreditación documental de la agresión y la fórmula de reparación realizada se configuran, de hecho, como un valioso Patrimonio Documental.

Como venimos repitiendo, las frecuentes agresiones que sufren diversos monumentos, lugares históricos o conjuntos monumentales con un excepcional valor y con una fuerte presión turística, aconsejan que en los actos de vandalismo más frecuentes como los grafitos, se delimite el valor de los daños producidos integrando en la valoración los proyectos técnicos o facultativos que se exigen por la legislación cultural para acometer su restauración, conforme a criterios técnicos y teniendo siempre en cuenta el tiempo utilizado para el desarrollo de esta labor. Se trata de una previsión que puede tener especial importancia en la persecución efectiva de estas formas de delincuencia, hasta hace muy poco sin plasmación siquiera en la estadística criminal y que generan un serio quebranto económico que dificulta o impide su adecuada conservación. Estas situaciones requieren una respuesta eficaz y coordinada por todas las instituciones implicadas en la conservación de algunos bienes culturales de inmenso valor y en su disfrute pacífico por la ciudadanía. De mantenerse este criterio, como regla general, la valoración de los daños alcanzará los 400 € y tendremos que acudir en muchas ocasiones al delito especial de daños del artículo 323 y no a la figura residual de los daños leves del último inciso del apartado 1 del artículo 263 del Código Penal.

En cualquier caso, las situaciones de vandalismo requieren una distinción básica entre los daños y el simple deslucimiento de bienes culturales. La diferencia anterior reside en que se produzca o no una alteración permanente de las cualidades del espacio o soporte cultural en el que se realiza el grafito, pintada o cualquier acto de vandalismo con relevancia penal. De este modo, por ejemplo, ensuciar con barro o cualquier otra sustancia una vidriera constituirá un simple

gestión del problema por la Policía Local y su coordinación con las Unidades Orgánicas de Seguridad Ciudadana y Policía Judicial (Memoria, 2011: 203).

deslucimiento y nunca un daño, pues una simple limpieza, restituye el bien afectado a su estado original. En tales casos parece que el derecho administrativo sancionador, incluso a través de meras ordenanzas municipales que impongan una sanción pecuniaria, puede encontrar soluciones adecuadas para la represión de tales conductas incívicas. Como se afirma en el *Diccionario de la Real Academia Española*, “deslucir” consiste en “quitar la gracia, atractivo o lustre a algo, mientras que dañar se define como causar detrimento o perjuicio”.

Cuando se utilizan pinturas, especialmente del tipo *spray*, que son las más habituales para la realización de grafitos, firmas o pintadas, habrá que analizar si dicha pintura puede o no ser removida sin dejar restos. En efecto, algunos de los productos utilizados para realizar grafitos penetran en el interior de las superficies, formando lo que se llaman “sombras” que no desaparecen con sucesivas limpiezas que, de otra parte y por los agentes químicos que contienen, pueden dañar el soporte, normalmente la piedra. En ocasiones el daño queda subsanado volviendo a pintar todo el muro para que éste recobre su estado original y no sea perceptible resto alguno del daño producido. En otros casos de mayor gravedad, por ejemplo cuando se trata de un muro de piedra de sillería, cabe la posibilidad de que el daño sea irreversible, pues los productos químicos que permitirían eliminar las “sombras” del grafito también pueden mermar la resistencia de la piedra. En resumen, lo esencial para distinguir entre deslucimiento y daño es que la pintura pueda ser retirada del soporte sin que queden restos de la misma. Expresamente han acogido este criterio, entre otras, las siguientes sentencias: Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Soria de 27 de abril de 2009; SAP de León de 19 de noviembre de 2008; SAP de Madrid de 3 de marzo de 2008, SAP de Burgos de 11 de mayo de 2006; SAP de Tarragona de 9 de enero de 2007; SAP de Cuenca de 10 de diciembre de 2001; y SAP de Girona de 5 de julio de 2001.

En idéntico sentido se habría pronunciado el acuerdo de la Audiencia Provincial de Madrid en la Junta de Unificación de Criterios que fue celebrada el 25 de mayo de 2007, estimándose que, cuando la acción encaminada a restaurar el estado de los bienes sobre los que se realizaron los dibujos o “graffitis” no superara la mera “limpieza”, estaríamos ante un mero deslucimiento atípico. Si por el contrario la retirada de las pinturas genera un menoscabo o deterioro del objeto o exige su reposición, el hecho integrará un delito especial o básico de daños³⁰ en los términos expresados en los nuevos artículos 323 y 263 del Código Penal.

30. Acuerdo adoptado por los Magistrados de las secciones penales de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 25 de mayo de 2007: “12º. El deslucimiento de bienes [realización de *graffitis* sobre bienes inmuebles y muebles]. ¿Es subsumible en el delito o en la [antigua] falta de daños de los arts. 263 y 625 del CP o, todo lo más, podría reputarse como un mero deslucimiento, tipificado como falta en el [antiguo] art. 626 del CP, si afecta a bienes inmuebles, y atípico si afecta a bienes muebles? Cuando la acción encaminada a restaurar el estado de los bienes sobre los que se realizaron los dibujos o *graffitis* no superara la mera ‘limpieza’ estaríamos ante un mero deslucimiento, sancionable si recae sobre bienes inmuebles conforme al [antiguo] art. 626 del CP y atípico si recae sobre bienes muebles. Si la retirada de las pinturas generara un menoscabo o deterioro del objeto o exigiera su reposición, el hecho integrará un delito o falta de daños”. Este acuerdo fue adoptado por mayoría, con 21 votos a favor y 4 abstenciones.

Puede tener lugar una situación dudosa ante el deslucimiento de fachadas o enseres públicos con pintadas o grafitos que requieren una limpieza por personal especialmente cualificado y utilizando productos químicos que deben ser manipulados con un especial cuidado conforme la normativa de prevención de riesgos laborales. En tales casos la jurisprudencia, considerando que tiene lugar un verdadero “tratamiento técnico” del bien dañado, ha entendido la existencia de un delito de daños y no un mero deslucimiento impune desde una perspectiva penal³¹. Otra situación controvertida tiene lugar ante la posibilidad de perseguir los daños a inmuebles protegidos y degradados en los que ya existen numerosos grafitos previos o pintadas que los sitúan en una condición de completo abandono en la que difícilmente puede afirmarse que un nuevo grafito cause un perjuicio estético apreciable³². Se trata de una situación lamentablemente

31. La SAP de Madrid de 26 de marzo de 2008 ha considerado que estamos ante un delito de daños en atención a los siguientes razonamientos: “El importe de la reparación que fue necesario realizar sobre una superficie aproximada de 72 metros cuadrados de los vagones, y que obra en las actuaciones (folio 60), como se dijo ascendió a un importe de 595,55 euros más IVA, y exigió el empleo o utilización de productos de limpieza especiales y la mano de obra de operarios también especializados. La Sala considera que en esta situación la reposición al estado anterior de los bienes afectados no puede reconducirse a los conceptos de limpieza o lavado superficial, ni entender que consistió en labores de escasa importancia, en cuyo caso podría hablarse de un mero deslucir atípico. Es además irrelevante que los daños causados no impidiesen el funcionamiento del vehículo y atender al servicio para el que venía siendo utilizado, lo que afectaría al perjuicio y a la responsabilidad civil por tal concepto, pero no a los daños en sentido estricto”. En el mismo sentido se había pronunciado años antes la SAP de Asturias de 8 de junio de 2000, en la que se había considerado como delito de daños realizar pintadas en un convoy ferroviario que pudieron ser suprimidas, pero el valor de los disolventes especiales utilizados para eliminar las pintadas ascendió a 90 000 ptas.

32. Este caso ya fue analizado por la SAP de Álava de 4 de enero de 2008. Se trataba de la realización de una pintada en un muro de un colegio en el que previamente se habían realizado cientos de pintadas similares. Por su interés reproducimos la argumentación que lleva al Tribunal a considerar que esta conducta es impune: “No se trata de decidir si el muro era más o menos bonito antes o después de esa ‘pintada’; tampoco de que la realización de una pintada legitime la realización de otras posteriores; ni de discutir si está prohibido pintar un bien ajeno, acto que no está permitido. Lo importante es que el estado del muro resulte perjudicado en su aspecto exterior por causa de la pintada, perjuicio que no cabe causar cuando ese aspecto exterior ya está deteriorado previamente a la pintada, sea cual sea la causa de este deterioro. Si con el tipo penal se pretende proteger el aspecto exterior de los inmuebles, que estos mantengan su gracia, atractivo o lustre, la acción no puede ser típica cuando el deterioro previo del aspecto exterior del objeto haga imposible quitarle lo que ya no tiene”. Idéntica posición sostiene también la SAP de Málaga de 2 de abril de 2002: “En relación a si lo acreditado se integra en el tipo penal del artículo 626 del Código Penal, se debe partir de estimar si la acción tiende a deslucir, es decir a estropear estéticamente, el bien inmueble, y para ello se debe examinar el estado previo de dicho bien inmueble (es decir lo lucido, que se deslució) y es en ello donde se observa, un estado de abandono del inmueble, de no conservación del mismo, de descuido, y por tanto no de lucimiento, y junto a ello la intención del apelante, que no es deslucir (estropear la estética del bien) sino más bien la de ejercer un acto que por los antecedentes y situación del inmueble no lo considera perjudicial (sino que en algunos casos es una forma de lucimiento del inmueble) y para ello este resolvente se basa en las propias fotografías aportadas a las actuaciones, en las cuales se observa en primer lugar, que en el bien objeto de la acción del apelante existían múltiples dibujos, y algunos de ellos fechados en el año anterior (hecho que denotan un no cuidado expreso del muro) y que en dicho lugar es una acción común el dibujar, por lo que no se desprende (al

frecuente en algunos centros históricos en los que la degradación ambiental es, muchas veces, un triste argumento asociado a intereses especulativos para llevar a cabo dudosas y lucrativas intervenciones urbanísticas. Parece lógico que la existencia de grafitos, manchas o pintadas anteriores en un monumento o inmueble protegido, en una situación próxima al expolio “administrativo” del artículo 4 de la LPHE, no debería impedir que la acción pueda ser sancionada por el nuevo artículo 323 del Código Penal, si se demuestra que con la nueva pintada o acto vandálico se produce un mayor deterioro del bien que ha sido previamente agredido. Conforme a lo anterior, habrá que atender, por tanto, a la situación concreta que nos presente cada situación, con especial referencia a la importancia objetiva de bien cultural que ha sido agredido para analizar si se ha producido o no ese nuevo daño o perjuicio estético. En todo caso, debe entenderse que este incremento, en tanto posible y conforme a la lógica más aplastante, teniendo en cuenta el carácter colectivo de los bienes protegidos por la norma penal, siempre tiene lugar y sólo excepcionalmente, en situaciones de degradación extrema, no se produce el delito de daños dolosos a los bienes culturales con una nueva agresión.

Teniendo en cuenta el principio de intervención mínima, parece necesario que el deslucimiento precise un mínimo de gravedad para poder aplicar cualquier tipología penal, como ocurría con la falta del antiguo artículo 626 del Código Penal (García Alberó, 2008⁷: 2241). Por ello se han considerado como impunes conductas muy discutibles como orinar en la fachada de un edificio (SAP de Lugo de 17 de julio de 1997) o esparcir el contenido de un extintor (SAP de Ciudad Real de 25 de marzo de 1998). La pena aplicable a esta falta de deslucimiento era la localización permanente de 2 a 6 días o de 3 a 9 días de trabajo en beneficio de la comunidad. Una sanción penal de tan escasa entidad resultaba escasamente efectiva en cuanto a sus fines rehabilitadores. Por su corta duración no permitía la puesta en marcha de ningún programa terapéutico que corrija al infractor y pueda convencerle, por ejemplo, que debe encauzar su creatividad de una forma más provechosa, menos lesiva para los demás. La escasa importancia que nuestro sistema otorgaba a estas conductas se advertía incluso en su vertiente procesal. Era una de las pocas infracciones cuya competencia para conocer correspondía al juez de paz (artículo 14 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*) y ello a diferencia de lo que sucedía con la falta genérica de daños del artículo 625 del Código Penal, cuya competencia correspondía al juez de instrucción.

La falta de deslucimiento del artículo 626 resultaba de aplicación sólo en el caso de inmuebles. La impunidad del mero deslucimiento de los bienes muebles y la relativa falta de tutela penal del sufrido mobiliario urbano (siempre se sostu-

no borrarse los dibujos en más de un año) que el apelante supuso lo indebido de su acción (ausencia de dolo) y por tanto no se debe criminalizar su conducta (aunque se le puede exigir civilmente la reparación de la parte de muro pintada por él) debiéndose absolver libremente de la petición de condena realizada frente a él, declarándose de oficio las costas causadas, tanto en la instancia, como en esta alzada, con expresa reserva de acciones civiles al perjudicado”. En cambio, en la SAP de Madrid de 3 de noviembre de 2004 se afirma textualmente que: “La existencia de algunas otras pintadas en la puerta no excluye que la conducta sea igualmente sancionable atendida la finalidad precedentemente mencionada con la que se aprobó la norma”.

vo que podrá aplicarse la falta o delito de daños en el caso de contenedores de basura o de otros residuos para su reciclaje, marquesinas de autobús, bancos, maceteros, papeleras, vallas publicitarias, fuentes públicas, estatuas, etc.) generó algunas críticas doctrinales. Debe recordarse que el anterior Código Penal ya protegía específicamente algunos de estos elementos. Así el artículo 561 del derogado texto punitivo establecía:

“A los que destruyeren o deterioraren pinturas, estatuas u otros monumentos públicos, de utilidad u ornato, se les aplicará la pena de arresto mayor³³ y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.”

Alguna sentencia vino a realizar una interpretación extensiva de la regulación penal, considerando como atípico no el mero deslucimiento, sino un auténtico daño a bienes muebles. Por ejemplo, en la SAP de Burgos de 11 de mayo de 2006, valoraba este supuesto: varias personas actuando de común acuerdo durante una madrugada realizan múltiples pintadas en contenedores de basura con lemas como “Castilla Antifascista” o “Castilla Anticapitalista” generando unos perjuicios que ascienden a la cantidad de 1734,42 €. Se considera por el tribunal que la conducta es atípica, por ser un mero deslucimiento de muebles y ello aunque varios contenedores tuvieron que ser repintados, no simplemente limpiados. En esta sentencia se afirma textualmente:

“Se colige que tales muebles, si bien resultan afeados o deslucidos, no por ello pierden la utilidad o destino para el que fueron colocados, y por ello en nada se ha alterado sus cualidades esenciales con las pintadas realizadas.”

El aspecto estético del mobiliario urbano, al igual que sucede con cualquier otro bien de naturaleza mueble, constituye un valor relevante que debe ser adecuadamente protegido por la ley. Justamente, son los valores propios de los bienes culturales los que demuestran esta necesidad de protección quizá con mayor facilidad. Una antigua señal de metro como la famosa M de color amarillo que señalaba las nuevas estaciones del Metropolitano de París en la mitad del siglo XX, puede ser simplemente deslucida y agredir los sencillos valores de diseño que el turista tiene derecho a contemplar en su visita a la capital francesa. Este ejemplo, próximo temporalmente y que no reviste los rasgos artísticos más acusados de otras formas de mobiliario, como los letreros de entrada *art nouveau* del propio metropolitano, demuestra la importancia de proteger otros valores contemporáneos que también pertenecen a la propiedad “integral” de los bienes que, incluso, incluiría los derechos de propiedad intelectual de su diseño. Los bienes muebles que no cuentan con una protección añadida por su valor cultural, son merecedores de protección penal, de manera siempre proporcionada, en su dimensión estética o de simple uso normalizado.

Por otra parte hay que destacar que cabe el delito continuado de daños por acumulación de varias pintadas que no pueden ser suprimidas con una simple limpieza (así, por ejemplo, en la SAP de Cáceres de 7 de mayo de 2002). Y finalmente debe destacarse que, en base al principio de especialidad, si el objeto

33. Esto es, prisión de un mes y un día a seis meses.

material de delito pertenece al Patrimonio Histórico, estaremos ante un delito del artículo 323 del Código Penal, como analizaremos a continuación y no ante este tipo básico.

Sólo cuando el hecho no sea punible, pues el principio *ne bis in idem* impide la acumulación de sanciones penales y administrativas en estos supuestos, resultarán de aplicación las ordenanzas municipales que reprimen la realización de algunos grafitos que podrían ser, incluso, consentidos por los propietarios de inmuebles pero contrarios a disposiciones locales de disciplina urbanística o ambiental. Como complemento de toda la protección anterior, la legislación de régimen local autoriza a los Ayuntamientos a tipificar tales conductas mediante las respectivas ordenanzas, que pueden contemplar sanciones y medidas de restablecimiento que han sido revisadas al alza tras la modificación de la *Ley de Bases de Régimen Local* operada por Ley 11/99, de 21 de abril y sobre todo tras la *Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Modernización Local*, que elevó la cuantía de por infracciones muy graves tipificadas en las ordenanzas locales hasta los 3000 €, caso de infracciones muy graves consistentes en actos de deterioros “graves y relevantes” de espacios públicos o de equipamientos colectivos.

Así, por ejemplo, la *Ordenanza de Medidas para fomentar la convivencia en el espacio público de Granada* señala en su artículo 35 que “está prohibido realizar todo tipo de grafito, pintada, mancha, garabato, escrito, inscripción o grafismo, con cualquier materia (tinta, pintura, materia orgánica, o similares) o bien rayando la superficie, sobre cualquier elemento del espacio público, así como en el interior o el exterior de equipamientos, infraestructuras o elementos de un servicio público e instalaciones en general, incluidos transporte público, equipamientos, mobiliario urbano, árboles, jardines y vías públicas en general y el resto de los elementos descritos en el artículo 3 de esta Ordenanza. Quedan excluidos los murales artísticos que se realicen con autorización del propietario, y municipal en su caso, y previa comunicación a la autoridad municipal”. Por su parte, el artículo 36 del mismo texto normativo establece que “las infracciones tendrán el carácter de muy grave, cuando se atente especialmente contra el espacio urbano por realizarse sobre monumentos o edificios catalogados o protegidos, todo ello sin perjuicio de lo que establece la normativa sectorial”. Estas iniciativas son positivas pero no deben sustraer su espacio de actuación al derecho penal y justificar otras soluciones fragmentarias e insuficientes.

Finalmente, la *Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Ley 33/2003, de 3 de noviembre, se ha cuidado de fijar en el párrafo tercero de su artículo 193 la obligación de quienes dañen los bienes de dominio público, tanto de soportar las sanciones procedentes, como de “reponer los bienes a su estado anterior, con la indemnización de los daños irreparables y perjuicios causados” (importe que podrá cobrarse mediante el procedimiento de apremio, llegado el caso).

7.4. EL GRAFITO HISTÓRICO COMO BIEN CULTURAL.

La consideración de algunos grafitos muy elaborados como una manifestación artística y cultural de la sociedad de nuestro tiempo es un hecho innegable, como

lo es la conservación de algunos grafitos históricos que han sido descubiertos sobre bienes arqueológicos de incalculable valor. En la mayor parte de los casos el “poso” inmaterial de este movimiento se produce entre jóvenes consumidores de determinados productos musicales, ropas y otros productos de ocio que afrontan su labor como “grafiteros” de una manera muchas veces reivindicativa desde una perspectiva social, cuestionando las manifestaciones artísticas más tradicionales y reclamando un espacio urbano propio como soporte de sus postulados estéticos.

En alguna ocasión se ha alegado ante los tribunales, sin éxito, que el grafito no puede ser sancionado por constituir una manifestación artística. En este sentido en la SAP de Cáceres de 29 de enero de 2002 se afirma lo siguiente:

“Respecto al elemento subjetivo del dolo que también es negado por el recurrente, aunque es cierto que pertenece al fuero interno del acusado, no es de recibo negar el mismo alegando que las pintadas constituyen ‘una expresión artística’ y que la única finalidad era realizar fotografías a las pintadas para su posterior publicación en una revista especializada, y aunque ello pueda ser cierto, ello no elimina el daño causado, pues dicha finalidad también la podía obtener realizando las pintadas en bienes propios, como por ejemplo en el vehículo de su propiedad, pero no en los ajenos.”

En definitiva, del mismo modo que no existe el derecho a la libre expresión de una legítima opinión a través, por ejemplo, de una pintada de grandes dimensiones sobre el asfalto de una carretera (SAP de Granada de 7 de junio de 2004)³⁴, no existe un derecho a la expresión artística que ampare la realización de daños o deslucimiento de inmuebles, pues la creatividad personal debe canalizarse de forma que no se vean innecesariamente afectados los derechos de los demás, máxime cuando hablamos de bienes culturales merecedores de una singular protección.

Sentado lo anterior, en todo caso, las posiciones artísticas de signo iconoclasta vinculadas al cultivo del grafito, salvo situaciones excepcionales, no agreden bienes culturales “reconocibles” y cada vez son menos agresivas con el entorno urbano que constituye su forma de desarrollo más “natural”, un entorno al que pueden enriquecer con obras muy elaboradas y, en ocasiones, de un extraordinario valor. Hoy día, las posibles reivindicaciones de tales movimientos estéticos se limitan a reclamar espacios suficientes para su normal desarrollo y para la búsqueda de alternativas públicas que permitan conciliar sus intereses con el cuidado de la ciudad. La realidad sólo nos muestra, como ya hemos señalado, agresiones sistemáticas que sólo consisten en actos de puro exhibicionismo gráfico, que pueden tener un signo reivindicativo que no ampararía la libertad de expresión y que carecen de cualquier sentido estético relevante.

34. También sanciona esta conducta la SAP de Cádiz de 31 de julio de 2002 en la que se afirma que es una falta de daños, y no un mero deslucimiento de inmuebles, pintar sobre la calzada, porque menoscaba su función, pudiendo generar una distracción en los usuarios de la vía. La redacción de la resolución casi permitiría considerar la existencia de un delito contra la seguridad vial.

BIBLIOGRAFÍA.

- Alegre Ávila, J.M. (1994) *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*. Madrid: Ministerio de Cultura.
- Alegre Ávila, J.M. (1997) "El Patrimonio Arqueológico: aspectos de su régimen jurídico", *Patrimonio Cultural y Derecho*, 1, pp. 121-130.
- Fernández Hernández, A. & Olloquiegui Sucunza, I. (2013) "Falta contra el patrimonio histórico", en Álvarez García, F.J. et al. (coords.) *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 145-146.
- García Albero, R. (2008⁷) "Comentario al artículo 626 Código Penal", en Quintero Olivares, G. (dir.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, p. 2241.
- García Calderón, J.M.^a (2011a) "Un concepto jurídico propio para la Arqueología", *Cuadernos de Prehistoria y Arqueología*, 21, pp. 199-220.
- García Calderón, J.M.^a (2011b) *Sobre la libertad de los monumentos. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada*. Granada: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada.
- García Calderón, J.M.^a & Aránguez Sánchez, C. (2010) "Grafito y Patrimonio Histórico: sobre la ciudad histórica indefensa", *Patrimonio Cultural y Derecho*, 14, pp. 191-219.
- Giannini, M.S. (1976) "I beni culturali", *Rivista trimestrale di diritto público*, 1, pp. 3-38.
- Guisasola Lerma, C. (2013) "Delitos contra el Patrimonio Histórico", en Álvarez García, F.J., Dopico Gómez Aller, J. & Díez, J.L. (coords.) *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 887-892.
- Memoria (2010) *Memoria de la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Andalucía 2009*. Granada: Fiscalía Superior de Andalucía, Ceuta y Melilla.
- Memoria (2011) *Memoria de la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Andalucía 2010*. Granada: Fiscalía Superior de Andalucía, Ceuta y Melilla.
- Pérez Alonso, E.J. (1998) "Los delitos contra el Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995", *Actualidad Penal*, 33, pp. 611-642.
- Renart García, F. (2001) "Aspectos sustantivos del delito de contrabando de bienes culturales", *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 7, pp. 1458-1478.
- Riegl, A. (2007) *El culto moderno a los monumentos, su carácter y sus orígenes*. Sevilla: Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico.
- Roma Valdés, A. (2002) "El expolio del Patrimonio Arqueológico Español", *Patrimonio Cultural y Derecho*, 6, pp. 127-148.