

# UN CONCEPTO JURÍDICO PROPIO PARA LA ARQUEOLOGÍA

A legal concept for Archaeology

JESÚS M.<sup>a</sup> GARCÍA CALDERÓN \*

**RESUMEN** El desarrollo que viene cobrando, desde el punto de vista dogmático y legislativo, a nivel nacional e internacional, la protección de la arqueología y la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, resulta especialmente intenso en un país como España.

Desde hace años, en especial desde la promulgación del Código Penal de 1995, tiene lugar un debate multidisciplinar en el que aparecen nuevos conceptos necesarios para que el jurista pueda establecer criterios homogéneos que permitan la lucha contra estas formas de delincuencia de manera más segura y eficaz.

La capacidad que poseen los hallazgos arqueológicos para generar una tutela integral constituye, de acuerdo con la Constitución Española de 1978, uno de los principios rectores de nuestra convivencia y les otorga una capacidad suficiente para modificar, si es preciso, la ordenación territorial o hasta el trazado de las grandes comunicaciones.

Podemos hablar de un nuevo concepto jurídico de la Arqueología.

**Palabras clave:** Patrimonio Histórico Español, Patrimonio Arqueológico, patrimonio oculto, Código Penal de 1995, expolio, bien jurídico protegido, dolo de consecuencias necesarias, arqueología de las víctimas.

**ABSTRACT** The importance, from the dogmatic and legislative point of view, and at both national and international levels, now being paid to the protection of archaeology and the struggle against the illegal trafficking of cultural goods, is particularly intense in a country such as Spain. For some years, since the coming into force of the Penal Code in 1995, a multidisciplinary debate has taken place in which new concepts necessary for the jurist to establish uniform criteria have appeared for the fight against these crimes to be more effective and certain. The ability of archaeological findings to generate an integral protection constitutes, according to the 1978 Spanish Constitution, one of the guiding principles of our coexistence and gives them an adequate capacity to modify, if necessary, land management or even large communication pathways.

We can speak of a new legal concept of Archaeology.

---

\* Fiscalía Superior de Andalucía, Palacio de la Real Chancillería, 18071 Granada.  
*jesusm.garcia.ius@juntadeandalucia.es*

Fecha de recepción: 10-09-2011. Fecha de aceptación: 02-04-2012.

**Key words:** Spanish historic heritage, archaeological heritage, hidden heritage, Penal Code of 1995, spoliation, legally protected goods, deceit of necessary consequences, archaeology of victims.

## LA VIGENCIA DEL DERECHO PENAL EN LA DEFENSA DE LOS BIENES CULTURALES

Desde hace algunos años, el estudio jurídico de los *Bienes Culturales* ha venido marcado por dos tendencias muy fértiles y acusadas que han convertido esta labor en una disciplina científica compleja y multidisciplinar que acabará, muy probablemente, por adquirir los caracteres y dimensiones de una pequeña pero verdadera *ciencia social* con su propia estructura sistemática, con sus principios y sus leyes generales.

En primer término puede observarse con facilidad el extraordinario carácter expansivo de los conceptos que son *descubiertos* o elaborados en el estudio del conservacionismo cultural. Al margen de los términos que son utilizados habitualmente por la historiografía, se vienen desarrollando en el ámbito jurídico, a consecuencia de lo anterior, nuevas categorías de protección legal mediante el desarrollo, como regla general, de una normativa internacional que termina influyendo en la legislación administrativa estatal y autonómica. Esta riqueza dogmática pone de manifiesto la importancia de la protección material de la cultura y su relación, cada vez más estrecha, con los valores inmateriales que la sociedad percibe y siente como una riqueza colectiva.

En segundo término, la defensa de los Bienes Culturales depara entre los juristas comprometidos una creciente sensación que es la necesidad, cada día más urgente, de completar una protección legal que sea adecuada en el futuro, que escape del ámbito puramente administrativo y alcance plenamente al Derecho Penal. De hecho, la mayor parte de la normativa existente sobre el particular, está claramente inspirada en la necesidad de conseguir esta primordial finalidad de protección y siempre reconoce, de manera más o menos explícita, la indispensable participación del derecho penal para una correcta solución del problema. Esta urgencia protectora sobre el Patrimonio Histórico se extiende a cualesquiera de sus manifestaciones, incluido el llamado Patrimonio Inmaterial, pero resulta especialmente intensa en el caso de los bienes y yacimientos arqueológicos por razones muy numerosas entre las que podríamos destacar su enorme valor material y científico, la dificultad de su interpretación, su mayor fragilidad, el carácter oculto que poseen en numerosas ocasiones, su facilidad para ser identificados, falsificados, trasladados e introducidos en el mercado ilícito o por ser especialmente vulnerables ante el desarrollo de procesos ferozmente especulativos que se asocian, en demasiadas ocasiones, con algunas formas de corrupción con relevancia penal.

En el caso de los bienes o yacimientos arqueológicos sumergidos esta necesidad urgente de protección resulta, si cabe, aún mayor y ello en base a distintas razones entre las que destacan cierta parquedad normativa para la solución de un complejo problema legal o un nivel de incolumidad y abundancia mucho mayor de la que cabría imaginar hasta hace pocos años, circunstancias que —entre otras— determinan que resulten aún más vulnerables y singularmente proclives al expolio sistemático y a su ilícita comercialización.

La realidad anterior ha determinado que la protección penal del Patrimonio Histórico en España se ha venido configurando en los últimos treinta años como un imperativo constitucional de extraordinario acierto y valor. A estas alturas, la conciencia social parece haber superado definitivamente aquellas ideas que han considerado en el pasado que la protección de los bienes culturales debería sustanciarse a través de un amplio elenco de normas administrativas sancionadoras. Al margen de que la mejor manera de proteger los valores medioambientales, entre los que se incluye sin duda alguna la protección de los bienes culturales, es el cumplimiento estricto de la legislación administrativa vigente, como ya hemos señalado, el concurso del derecho penal resulta necesario por la importancia y gravedad de las agresiones que vienen realizándose en los últimos años y por la creciente incidencia del Patrimonio Histórico en nuestra vida social y económica.

El presente estudio debe comenzar recordando que el Código Penal de 1995 fue el primero en establecer en España como una categoría autónoma merecedora de protección penal al Patrimonio Histórico. Con ello, el legislador no sólo pretendía dar respuesta a numerosas demandas sociales o al firme interés mostrado por algunas autoridades culturales para obtener una efectiva y enérgica protección del Patrimonio Histórico Español, sino que daba cumplimiento al conocido mandato contenido en el artículo 46 de la Constitución Española de 1978 para la preservación de los bienes culturales como uno de los principios rectores de la política social y económica del Estado. Conviene recordar los términos tan explícitos que sostiene este artículo cuando establece que *“los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”*.

Ciertamente, los Códigos Penales españoles siempre habían contemplado algunas tipologías delictivas concretamente referidas a los bienes culturales pero lo hacían, como es sabido, con una mentalidad puramente individualista y solo respetuosa con su valor económico, entendiéndolo que las cosas históricas podían ser robadas, sustraídas o malversadas generando con ello un mayor quebranto material a su poseedor, comprador o propietario en atención a su innegable valor, una especie de daño añadido que debía contemplar el derecho penal a la hora de establecer los límites de la sanción a imponer. Se imponía, en definitiva, un concepto primario y tradicional de los bienes culturales solo entendidos como un tesoro.

En todo caso y en determinadas situaciones sociales, sobre la dimensión anterior, cabría considerar que algunos textos punitivos o constitucionales consideraban los bienes culturales como una especie de *explicación* histórico artística de la nación o el estado y que eran, sólo por ello y al margen de cual fuera su valor material, merecedores de una especial protección y tutela. En tal sentido podríamos citar la siguiente frase de José Luis Álvarez: *“Las obras de arte existentes en una nación, sean muebles o inmuebles, interesan no sólo a su propietario sino también al país, son muestras de la cultura o el arte de un pueblo y son una fuente de enseñanza y cultura, y su examen y exhibición pueden considerarse un derecho de la colectividad”* (Álvarez, 1975).

En este sentido, recordemos que, de forma muy descriptiva, el artículo 45 de la Constitución de la República Española de 1931, dentro de su Capítulo II que estaba

referido a la *Familia, Economía y Cultura*, señalaba que *toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado*. Podríamos añadir que esta configuración política del Patrimonio Histórico podría conducir con facilidad, como ha defendido algún sector de la doctrina, a sostener una sistemática de las infracciones que incluya las fórmulas de falsificación de los bienes culturales como una forme agresión a su mercado lícito que debe ser contemplada por el derecho penal de una manera diferenciada.

La inclusión en el Código Penal de 1995 de diversos preceptos alusivos al Patrimonio Histórico Español de una manera explícita, se configuraba, por tanto, como una forma de superación de las fórmulas tradiciones para su protección por el derecho penal porque, al crear un sistema de tutela penal directa, se acentuaba un valor inmaterial de nítidos perfiles sociales situando estas infracciones, desde una perspectiva sistemática, en la órbita de la delincuencia medio ambiental. La iniciativa del legislador español de 1995 ha sido generalmente considerada por la doctrina, cuando menos en principio, como una iniciativa casi inevitable y muy positiva aunque, como he tenido oportunidad de reiterar en varias ocasiones, se trata de una regulación llena de defectos técnicos que, pese a la unánime y reiterada petición de los autores, no han sido adecuadamente corregidos. Recordemos que esta regulación específica se ubicó en uno de los capítulos, el Capítulo II, bajo la rúbrica de *Delitos sobre el Patrimonio Histórico*, integrado en el Título XVI del Libro II de nuestro Código Penal que está genéricamente referido a los *Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del Patrimonio Histórico y del Medio Ambiente*. Cuando han pasado casi veinte años desde la promulgación del texto penal, parece muy conveniente hacer una reflexión acerca de los resultados que han podido obtenerse para la tutela penal de los bienes culturales y, en especial, de una de sus manifestaciones más frágiles, abundantes y valiosas, como es el fruto que rinde a la sociedad de nuestro tiempo el desarrollo y estudio de la arqueología.

## UN BIEN JURÍDICO ARQUEOLÓGICO *PROPIO*

La relación del Medio Ambiente con la Arqueología es —sin duda— la más clara e intensa, aunque no la única, de las que existen en las distintas modalidades comprensivas del Patrimonio Histórico y ello tiene su importancia a la hora de sostener la existencia de un bien jurídico protegido por las normas penales que sea propio de los bienes arqueológicos. Es preciso recordar que algunos instrumentos jurídicos internacionales que fueron desarrollados hace varias décadas para sentar las base de una protección integral de los bienes culturales y para llevar a cabo su adecuada delimitación conceptual, como es el caso de la Convención de París de 23 de Noviembre de 1972 sobre *Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural*, ratificada por España en 1982 (BOE n.º 156 de 1 de Julio de 1982), llevan a cabo definiciones del Patrimonio Cultural y del Patrimonio Natural que los configuran como magnitudes integrantes de un todo o como las dos caras de una misma moneda (Barrero, 1990).

Conforme a lo establecido en el artículo 1 de la Convención citada, dentro del Patrimonio Cultural cabe incluir algunos lugares conocidos, de manera muy expresiva,

como obras conjuntas del hombre y la naturaleza. Concretamente se considera Patrimonio Cultural a:

- Los conjuntos: Grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia del arte o de la ciencia.
- Los lugares: Obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.

Por su parte, el artículo 2.º considera, a los efectos de la Convención, como Patrimonio Natural, a:

- Los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de estas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.
- Las formaciones geológicas o fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal o vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.
- Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural.

En puridad, debemos hablar de un solo concepto de Patrimonio Histórico con una naturaleza perdurable y relevante para nuestra especie, integrado tanto por elementos naturales como por aportaciones culturales que el paso del tiempo, conforme a la concepción diacrónica de la Arqueología, ha naturalizado y convertido en un “testimonio material dotado de un valor de civilización”, siguiendo la famosa definición, tal como recoge Alegre (1994), que el profesor de la Universidad de Roma Massimo Severo Giannini realizara en su clásica teoría de los bienes culturales y con ocasión de los trabajos desarrollados por la famosa *Comisión Franceschini* creada en Italia en la segunda mitad del siglo XX para *recapitular* acerca de los severos daños sufridos en su riqueza cultural una vez concluida la segunda contienda mundial. Todas estas ideas de afección de la labor humana sobre la naturaleza se encuentran presentes con una especial intensidad en los bienes arqueológicos y ello se traduce en distintas disposiciones que vinculan la protección de los bienes arqueológicos con su entorno y en distintas formas de protección legal.

Efectivamente, la legislación administrativa al regular los bienes arqueológicos los sitúa siempre en un entorno con el que deben ser jurídicamente relacionados. Esta relación tiene lugar por imperativo legal como lo acredita la propia definición de las llamadas *Zonas Arqueológicas* que aparecen descritas en el artículo 15.5 de la LPH como aquellos *lugares o parajes donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas.*

Como ejemplo y conforme a lo anterior, en términos menos extensos se pronuncia la Ley 14/2007, de 26 de noviembre de Patrimonio Histórico de Andalucía (artículos 26 y 29) al definir las como espacios claramente delimitados en los que se tenga constancia de la existencia de restos arqueológicos relevantes. Esta menor extensión resulta bastante engañosa porque se encuentran, sin embargo, afectadas por rígidos controles urbanísticos pero realizados desde la propia administración cultural ya que, según la norma citada, su identificación determina la declaración de una servidumbre legal, el desarrollo de amplias funciones de inspección de las actividades desarrolladas y la adopción de medidas de control puramente urbanístico ya que los planes proyectados en los suelos urbanos no consolidados, en los suelos urbanizables y en los llamados *sistemas generales*, ante el simple indicio de la presencia de restos arqueológicos relevantes, deben contar con un Estudio Arqueológico suficiente sobre el particular que podría determinar la aplicación protectora de la ley administrativa y, en su caso, evidenciar la existencia, de no respetarse su integridad, de una actividad criminal. De hecho, la propia Ley establece que los Planes que incidan sobre las Zonas de Servidumbre Arqueológica deberán remitirse a la Consejería competente en materia de Patrimonio Histórico para que emita, en el plazo de dos meses, un Informe que tendrá carácter preceptivo cuando se trate de instrumentos de ordenación territorial y carácter tanto preceptivo como vinculante cuando se trate de instrumentos de ordenación urbanística o de planes o programas sectoriales. La falta de emisión del Informe en el plazo señalado determina, en una discutible previsión legal, que se entienda como favorable.

Al margen de todo lo anterior y de la enorme incidencia práctica que implica esta conjugación de la Arqueología con la Ordenación Territorial o el Medio Ambiente, la existencia de un bien jurídico propio que importa al Derecho Penal se vincula con las distintas singularidades que presentan los bienes arqueológicos desde una perspectiva criminológica.

En primer lugar, los restos arqueológicos resultan especialmente proclives, en muchas ocasiones, a su ocultación, imitación, tráfico, destrucción o introducción en el mercado ilícito. Todo ello determina que sean —en definitiva— especialmente proclives a una actividad delictiva sistemática.

En segundo lugar, la Arqueología también presenta una dimensión monumental o arquitectónica. Pueden aparecer ruinas, vestigios o yacimientos con restos constructivos que les otorguen una dimensión arquitectónica tanto desde un punto de vista material como virtual ya que como fuente de información científica el yacimiento puede ser proyectado o reconstruido tras un proceso científico de estudio. El artículo 1 de la Convención de París de 1972 se refiere, al definir al Patrimonio Cultural, a estructuras de carácter arqueológico. El yacimiento arqueológico, por tanto, proyecta la dimensión urbana de la zona excavada y sus condiciones principales de vida. La doctrina se ha referido a la necesidad de proteger lo que denomina yacimiento de papel señalándose que la destrucción del reflejo documental de la actividad científica desarrollada sobre el yacimiento puede considerarse, en algunas situaciones especialmente relevantes en las que prima la idea de descubrimiento, como la destrucción física del propio yacimiento. En este punto podría aludirse a la discusión acerca de la propiedad intelectual que puede tener el arqueólogo sobre la actividad profesional que desarrolla en el yacimiento y que plasma en un documento científico. Se trata de una materia controvertida y no

adecuadamente resuelta en nuestra legislación. En primer término, parece razonable que una actividad como la arqueológica, profusamente reglada y siempre sometida al control administrativo, pudiera aclarar en los propios instrumentos de concesión los límites del compromiso técnico que se contrae por el director de la excavación y por sus colaboradores más directos. En cualquier caso, la Memoria de sus actividades debería configurarse como un documento afectado por la misma demanialidad ope legis que afecta a las piezas arqueológicas, como una especie de prolongación natural del proceso legal de protección del yacimiento como fuente de información científica. Pero una cosa es la necesidad de documentar adecuadamente la actividad que ha sido desarrollada en un yacimiento y otra bien distinta la interpretación que pueda hacerse por el arqueólogo o el restaurador en un estudio doctrinal para comprender correctamente ese tiempo con el que hemos perdido una relación informada. En estos casos, el estudio puede completar o unirse al “yacimiento de papel” pero su propiedad y posible divulgación debe permanecer, salvo que se haya establecido un régimen distinto en la autorización administrativa concedida, en poder de su autor.

Por último, en tercer lugar, el yacimiento arqueológico comporta una forma de riqueza natural. De hecho, la propia palabra yacimiento, conforme a su sentido gramatical y geológico, se identifica con el lugar donde naturalmente aparece una roca, mineral o fósil. El yacimiento arqueológico es un lugar donde aparece, de forma igualmente natural y por el simple paso del tiempo, otra forma de extraordinaria riqueza. Se trata, por tanto, de un recurso y más concretamente de un recurso natural cuya extracción comporta o puede comportar una posterior distribución en circuitos comerciales y una sustancial ganancia económica. En este último inciso habría que añadir la importancia que, desde una perspectiva puramente utilitarista, puede tener el hallazgo arqueológico y que puede verse frustrado por la labor del expoliador que agrede con sus acciones tanto al orden socioeconómico de la comunidad como a los valores históricos que atesoran estos bienes culturales. No debe entenderse como exceso alguno que entendamos el yacimiento arqueológico como riqueza natural. Volviendo al sentido gramatical del término, recordemos que lo natural no solo es lo que pertenece a la naturaleza, sentido que no sería ajeno a esta pretensión académica; lo natural, también es lo conforme a la cualidad o propiedad de las cosas o, incluso, con una identidad aún mayor con nuestro propósito expositivo y conforme a su acepción gramatical, lo que es nativo de un pueblo o nación.

Es preciso tener en cuenta que el Patrimonio Cultural se configura como un valor jurídico esencialmente colectivo, relacionado con el urbanismo, de naturaleza esencialmente geográfica, que se encuentra vinculado con el entorno y que exige un incremento de las fórmulas de control y es que, en demasiadas ocasiones, el incumplimiento de la normativa protectora afecta a intereses difusos que escapan del ámbito puramente local o autonómico y afectan al interés de la ciudadanía en su conjunto y al propio desarrollo de nuestros valores constitucionales en el curso del tiempo. Como he tenido oportunidad de reiterar, el concepto de Patrimonio Histórico es un concepto siempre expansivo que sigue creciendo con el transcurso del tiempo y al que vienen añadiéndose desde su creación nuevas categorías conceptuales de extraordinario valor que deben ser protegidos y que por ello suponen nuevos retos para el jurista.

Como ejemplo, cabría recordar la llamada “arqueología de las víctimas” que se desarrolla en la Alemania unificada, a partir de la década de los noventa, para conocer

los crímenes del nacional socialismo y que aborda el estudio de las fosas comunes próximas a los hospitales en los que fueron aplicadas las leyes sobre eutanasia con una mentalidad arqueológica, esto es, con un análisis metodológico y científico del yacimiento, buscando una verdad histórica que debe ser conocida íntegramente por la ciudadanía. Esta expansión tiene lugar igualmente en la búsqueda de nuevos instrumentos de protección. En el derecho procesal reciente, sirva como ejemplo la figura del agente encubierto que fue configurada recientemente en nuestro sistema procesal, conforme a la reforma operada a través de la Ley Orgánica 5/99, de 13 de enero, que introdujo el artículo 282 bis en la Ley Enjuiciamiento Criminal y que se extiende al tráfico ilícito de bienes culturales o la consideración —conforme al Estatuto de Roma—, de los delitos contra el Patrimonio Histórico como crímenes contra la humanidad en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Esta expansión del concepto Patrimonio Histórico tiene lugar también en el espacio físico al relacionar, cada vez con una mayor intensidad, al Patrimonio con su entorno. De ahí que hablemos de una nueva retórica de los bienes culturales que propone al territorio como uno de sus elementos definidores de mayor relevancia (Verdugo, 2005).

La protección penal del entorno necesario para una digna calidad de vida (Narváez, 1997), o la utilización racional del territorio<sup>1</sup> son valores esenciales en los que confluyen derechos de tal intensidad que exigen una intensa movilización de todos los poderes del Estado para su defensa y para su fortalecimiento, una visión de conjunto que permita comprender todas las consecuencias sociológicas y legales de la infracción y que constituye, en definitiva y como ha señalado la doctrina, una superación del derecho urbanístico (Tirado Estrada, 1998) o del derecho administrativo puramente sancionador. La doctrina reciente llega a relacionar la protección del Patrimonio Histórico con el desarrollo mismo de una nueva democracia participativa (Zoido, 2004) mediante su relación con el paisaje.

Como ha puesto de manifiesto el Preámbulo de la Carta Europea de 1983, la Ordenación del Territorio, dentro de la que cabe incluir este concepto esencialmente geográfico del Patrimonio Histórico, puede ser definida como “*la expresión espacial de las políticas económicas, social, cultural y ecológica de cualquier sociedad*” o, quizá con mayor acierto por la doctrina como una fórmula de distribución geográfica óptima (Feal, 1971) que, con respeto a los derechos individuales, asegura o procura las mejores condiciones de vida (López, 1995:63).

Conforme a todo lo anterior, es preciso señalar que la protección penal del Patrimonio Arqueológico defiende —en todo caso— un bien jurídico extraordinariamente

---

1. Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983. Por su relación con el tema que nos ocupa, este argumento del interés *supralocal* es utilizado en el artículo 31.4 de la Ley 7/02, de 17 de diciembre de *Ordenación Urbanística de Andalucía* (modificada por la Ley 13/05, de 11 de Noviembre) como uno de los presupuestos exigibles para permitir la retirada de competencias urbanísticas, acordada por el Consejo de Gobierno, con dictamen previo del Consejo Consultivo de Andalucía y la autorización del Parlamento de la Comunidad Autónoma, a los Ayuntamientos que incumplen de forma sistemática y grave la normativa en materia de disciplina urbanística. En la actualidad se ha tramitado esta retirada de competencias para el Ayuntamiento de Marbella por un plazo máximo de cinco años. Recordemos que estas competencias se desarrollan por una Comisión Gestora tras la disolución de la corporación acordada por el Gobierno.



amplio, de naturaleza tanto público como privada y que engloba no solo la propiedad individual, sino una forma de propiedad colectiva, el interés social que comporta su preservación e incluso, hasta el entorno natural o urbanístico donde se encuentran los yacimientos o zonas arqueológicas que han sido o puedan ser dañadas o expoliadas. El bien jurídico protegido, por tanto, en el caso de la Arqueología, participa del que pueda apreciarse en cualesquiera agresiones a los bienes culturales pero engloba, con mayor nitidez que ningún otro aspecto del Patrimonio Histórico, una serie de valores medioambientales y sociales que demuestran la necesidad e importancia de la defensa de estos valores por el derecho penal.

## **EL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO OCULTO**

La idea de ocultación parece consustancial al estudio de la Arqueología. Hablamos, además, de una ocultación profunda y difícil de superar que parece encontrarse en la propia esencia de esta disciplina científica. Esta idea de “Patrimonio Oculto” y la fragilidad que suele afectar a los bienes arqueológicos que no son conocidos ha sido decisiva para llevar a cabo una delimitación adecuada de la protección penal del Patrimonio Histórico en España.

Esta aportación de la Arqueología tuvo lugar al desencadenarse en España la discusión acerca de la determinación del ámbito objetivo de protección de aquellos bienes merecedores de la tutela penal, discusión que tuvo lugar tras la promulgación del Código Penal de 1995. La doctrina trataba de establecer con suficientes garantías si debían ser protegidos o no aquellos bienes culturales que no contaban con una previa declaración que formalmente estableciera su inclusión en los inventarios o listados del Patrimonio Histórico Español. El argumento básico que exponían aquellos autores que consideraban que esta nueva forma de tutela por el derecho penal, tutela que enmarcaban en el ámbito del llamado Derecho Penal Administrativo, no era posible sin que existiera una previa declaración formal que catalogara estos bienes, era el criterio de la seguridad jurídica.

El Tribunal Supremo, sin embargo, a finales de los años ochenta, se había pronunciado en distintos supuestos de graves daños en yacimientos arqueológicos por la realización de obras, recordando que el propio artículo 46 de la Constitución Española establece la protección de los bienes culturales cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. Como he tenido oportunidad de señalar en otras ocasiones, ello implicaba una visión no formalista de la cuestión ya que, de otra forma, la protección del Patrimonio Histórico Español y, en especial, de los bienes arqueológicos, resultaba prácticamente imposible. Es preciso recordar, antes de proseguir, la importancia de estos viejos pronunciamientos jurisprudenciales, importancia que viene determinada por el defectuoso sistema procesal español, consecuencia de la aplicación de la anacrónica Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1881. Efectivamente, la mayor parte de los delitos introducidos como nuevas tipologías en el Código Penal en 1995, como ocurre con los delitos sobre el Patrimonio Histórico, son actualmente enjuiciados, por imperativo de lo señalado en el artículo 14.3 de la ley procesal citada y el límite punitivo que no supera los cinco años de prisión, por órganos unipersonales cuyas sentencias sólo son

recurribles en apelación y ante las respectivas Secciones de las Audiencias Provinciales, sin que quepa ulterior recurso ante los Tribunales Superiores de Justicia o el Tribunal Supremo y ante la aplicación de criterios divergentes o equivocados.

Este grave problema fue denunciado por la doctrina española y por la propia Fiscalía General del Estado<sup>2</sup> vaticinándose una enorme dificultad práctica a la hora de establecer criterios uniformes de aplicación de la ley penal.

La 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, sentencia referida a diversos hallazgos arqueológicos destruidos con ocasión de una obra que tenía lugar sobre un solar de la isla de Mallorca.

En la resolución se reiteran, entre otros, los argumentos anteriormente descritos y se afirma que no constituye —conforme a la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo— “requisito integrante del tipo penal el de que proceda la declaración del interés cultural de los bienes dañados, pues la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español”, conforme este es configurado por la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985. Hay que tener en cuenta, para completar el argumento anterior, que la configuración de este ámbito objetivo no solo tiene lugar conforme a las previsiones de la legislación estatal: las leyes autonómicas, en atención a las peculiaridades de cada territorio, suelen establecer nuevas fórmulas *extensas* de protección que no siempre tienen equivalente en la LPH y ello podría determinar situaciones difícilmente conciliables con la indispensable aplicación uniforme de la ley penal. La situación, por tanto, se afronta con más autoridad desde esta posición anti formalista, desde una visión pragmática que, sin olvidar las declaraciones formales que califiquen los bienes desde el punto de vista administrativo, ponga un mayor énfasis en su valor real desde una perspectiva histórica y cultural.

Todo ello nos permite concluir, para intentar resolver el problema de una manera definitiva, que el patrimonio histórico, desde una dimensión jurídico penal, se podría definir como “aquel que se integra por cualesquiera bienes materiales que ostentan un valor cultural, histórico o antropológico innegable”, definición lo suficientemente abierta como para contener la falta de necesidad de catalogación o inventario previo, la protección del llamado patrimonio oculto o no declarado, la discrecionalidad judicial basada en criterios científicos y la convicción de acerca de la relevancia histórica de los bienes que, cuando menos de forma aproximada, debe poseer el agresor.

---

2. Aunque las alusiones al Patrimonio Histórico en las *Memorias* siguientes a la publicación del Código Penal han sido ciertamente escasas, así se puede desprender de lo indicado respecto a la delincuencia urbanística y así, la *Memoria* de la Fiscalía General del Estado del año 1996 publicada en 1997 (Fiscal General Sr. Cardenal), en su página 463, *a sensu contrario*, establece la importancia de contar en primera instancia con sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales. La *Memoria* citada consideraba, en previsión del problema, *imprescindible* que tuviera lugar un *continuo cambio de información jurisprudencial entre los Fiscales*. Posteriormente, la *Memoria* de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 1998 (Fiscal General Sr. Cardenal), publicada en 1999, pp. 334 y 335, lo señala de forma explícita al indicar lo trascendente que resulta, en la persecución de todos los delitos medioambientales, *la imposibilidad de interponer Recurso de Casación* añadiendo que todo ello supone *un paso atrás en la protección penal de los delitos contra el medio ambiente*.

Cabría plantearse qué ocurrirá, sin embargo, con otros bienes culturales conocidos que no se encuentren formal y previamente protegidos, sobretodo, si nos referimos a bienes notorios que por sus especiales condiciones, hubieran debido ser declarados de interés cultural o inventariados conforme a las disposiciones de la LPH y no lo fueron por las autoridades culturales competentes. En tales casos, parece muy discutible que tales bienes puedan formar parte del llamado ámbito objetivo de protección del Patrimonio Histórico Español.

En primer lugar, su conocimiento público determina una especie de tácita valoración institucional, una actitud puramente omisiva que debe ser tenida en cuenta a la hora de considerar apropiada la persecución penal de los hechos. En segundo término, resulta muy discutible que pueda establecerse un control externo desde la jurisdicción penal sobre algunas decisiones administrativas en orden a la no catalogación o inventario de determinados bienes culturales, salvo que tenga lugar la acreditación de una conducta claramente maliciosa o gravemente imprudente de las autoridades responsables. En tercer lugar y por último, porque resulta igualmente muy discutible hacer recaer sobre el autor de los daños la falta de celo de la autoridad cultural a la hora de aplicar o no fórmulas legales de protección a determinados bienes que debieran haberlo merecido.

Es preciso reconocer, además, que los criterios que deban adoptarse en orden a los niveles de protección adecuados de los bienes culturales no son criterios pacíficos y presentan frecuentes correcciones temporales y geográficas teniendo en cuenta las peculiaridades históricas de cada territorio y la evolución científica de distintas disciplinas.

La única forma de interpretar adecuadamente esta carencia administrativa, en definitiva, será la de diferenciar cada supuesto concreto acudiendo al nivel de conocimiento público de los bienes, de su importancia histórica y a la valoración pericial que merezcan los daños producidos, todo ello en el transcurso de una investigación judicial o fiscal sometida a los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa.

## LA EXCAVACIÓN ILEGAL COMO DAÑO, HURTO O APROPIACIÓN INDEBIDA

Como es sabido, el expolio de yacimientos arqueológicos se ha configurado como la forma más habitual de agresión al Patrimonio Histórico Español, presentando grandes riesgos de destrucción por su ingente riqueza, por la falta de medios disponibles para su adecuado descubrimiento y por otras causas más o menos *directas* que han sido señaladas por la doctrina<sup>3</sup> y que podrían sintetizarse, básicamente, en las dos siguientes: De un lado, la intensa especulación generada por un desarrollo urbanístico totalmente desordenado y que a veces afecta a zonas de una enorme riqueza arqueológica que no son respetadas y, de otro, el saqueo —a veces sistemático— de yacimientos arqueológicos para diversos fines fraudulentos, como el coleccionismo privado, el contrabando de piezas arqueológicas o el abastecimiento de un mercado ilícito *menor* de perfiles

---

3. Cristina GUIASOLA LERMA, Ob. Cit., en su extenso análisis del delito tipificado en el artículo 323 del Código Penal, página 638 y siguientes.

muy heterogéneos, en todo caso con la frecuente utilización de aparatos detectores de objetos metálicos.

Tradicionalmente, la doctrina y alguna jurisprudencia provincial han discutido y sigue discutiendo, ante la lamentable regulación procesal española en materia de recursos, acerca de la posibilidad de incardinar el supuesto de apoderamiento o expolio de piezas arqueológicas sustraídas sin fuerza ni violencia como formas de hurto agravado o de apropiación indebida.

Recordemos al respecto que el artículo 234 de nuestro Código Penal castiga con la pena de prisión de seis a dieciocho meses, siempre que la cuantía exceda de 400 euros, al que, con ánimo de lucro, “tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño”. Posteriormente, el artículo 235.1 establece un subtipo agravado en virtud del cual el hurto se castiga con pena de prisión de uno a tres años “cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico”.

Sobre la base anterior, se planteó por la doctrina la posibilidad de que, habida cuenta de la consideración de los bienes integrantes del Patrimonio Arqueológico por disposición legal como bienes de dominio público y —por tanto— como cosas que cumplieran el requisito de la ajenidad, podría configurarse el expolio o la apropiación de las piezas arqueológicas de cualquier yacimiento como un delito de agravado de hurto siempre que la valoración material del objeto superara el límite penalmente relevante o como una falta de la misma naturaleza conforme a lo prevenido en el artículo 623.1 del Código Penal, previamente citado.

La hipotética calificación del expolio arqueológico como un delito agravado o falta de hurto fue contestada por la doctrina al estimar que las piezas arqueológicas no podían ser hurtadas por cuanto no podían ser consideradas, propiamente, como cosas muebles ajenas. Roma Valdés (2008, p. 67 y ss.) desarrollaba con autoridad esta teoría al estimar que el artículo 44.1 de la Ley 16/85 establece una forma de demanialidad *ope legis* cuyo fundamento, como antes señalábamos, es otorgar una protección suplementaria. Considera el autor citado, sin embargo, que la Administración tiene el dominio sobre el hallazgo pero no la posesión o la relación directa e inmediata con la cosa que sería, al fin y al cabo, el bien jurídico protegido en el delito de hurto. Al margen de lo anterior, el autor expresa las dificultades que comporta llevar a cabo una interpretación extensiva del tipo penal que lo extienda a una especie de posesión mediata basada en una figura o en una ficción legal. Por último, señalaba Roma que esta tipificación supondría la protección penal de una expectativa económica, de un derecho de adquisición y que resulta difícil afirmar que la administración posee un bien como activo patrimonial cuando ni siquiera ha tenido efectivo conocimiento de su existencia. Más recientemente, el mismo autor ha venido admitiendo, tras el dictado de alguna sentencia condenatoria que la figura del hurto agravado es adecuada en los casos en que existe una excavación en curso o un yacimiento perfectamente delimitado.

De otra parte, la promulgación del Código Penal de 1995 trajo consigo una nueva tipificación delictiva asimilada al delito de apropiación indebida en la que, en principio, podrían integrarse con cierta facilidad las situaciones de expolio arqueológico o excavaciones ilícitas. En efecto, el artículo 253 del Código Penal castiga el comúnmente conocido como “hurto de hallazgo con la pena de multa de tres a seis meses a los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre

que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de las cincuenta mil pesetas. Si se tratare de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años”. La mayor parte de la doctrina consideró entonces que el apoderamiento de piezas arqueológicas podría tipificarse conforme al nuevo artículo anteriormente citado. Roma Valdés (Roma, 2008:67 ss.), por el contrario y al igual que estimara con el delito genérico de hurto, consideró que los bienes sustraídos no podrían dar lugar a esta tipificación por cuanto los hallazgos arqueológicos no podrían ser considerados, como nos reclama el tipo legal, como una cosa perdida o de dueño desconocido. Estimaba el autor citado, con respecto a la administración pública, que su titularidad comienza una vez producido el hallazgo, de tal modo que, con anterioridad, no puede estimarse como un bien que hubiera perdido al no ser aún titular del mismo. Una vez encontrado el objeto, por otra parte, no cabe hablar de cosa de dueño desconocido. La situación anterior sólo permitía, a juicio de este autor y desterrada la posible tipificación del hurto y de la apropiación indebida, considerar que —en todo caso— el apoderamiento de piezas de yacimientos arqueológicos podría perseguirse como un delito especial de daños al Patrimonio Histórico conforme aparece tipificado en el artículo 323 del Código Penal.

Contrariamente a lo señalado con anterioridad, la Fiscalía española ha sostenido que el apoderamiento de piezas arqueológicas, sí puede ser configurado como un delito agravado de hurto, conforme a la previsión de los artículos 234 y 235.1 del Código Penal o como una simple falta de la misma naturaleza, siempre y cuando la sustracción tenga lugar sobre un yacimiento que haya sido previamente declarado como tal e inventariado, al margen del tipo de protección administrativa por el que haya optado la autoridad cultural competente. Es importante recordar que esta interpretación, tras su exposición por la Fiscalía de Andalucía como criterio asumido por su Red de Fiscales Medioambientales, fue expuesta en la *Memoria* de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2004 (Sr. Conde-Pumpido Touron).

Como hemos indicado anteriormente, el Patrimonio Arqueológico es una riqueza colectiva, un extraordinario recurso científico y material vinculado naturalmente a la tierra, un concepto jurídico a través del cual se protegen o pueden proteger bienes de distinta naturaleza como la propiedad individual, el interés social o colectivo, el mercado lícito de la cultura y hasta el entorno natural o urbanístico donde se encuentran ocultos los bienes culturales que lo integran. 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 esos recursos a la Administración Pública y es esa Administración la 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 en cualquier yacimiento, cuando han sido declarados como tales y formalmente protegidos, no tengan la consideración de cosas muebles y ajenas. Lo son y son, además, previamente poseídas por la Administración que documenta y declara a través de un válido instrumento administrativo 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 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. Ello ocurre con alguna modalidad comisiva del nuevo delito de defraudación tributaria que se encuentra tipificado en el artículo 305 del Código Penal cuando se castiga, entre otras conductas, la elusión del pago o la falta de ingreso en la Hacienda Pública de aquellas cantidades retenidas a cuenta o que se hubieran debido retener<sup>4</sup>. En tales casos se castiga la frustración de una expectativa económica que corresponde al Estado a consecuencia de lo establecido en la legislación tributaria. Lo mismo cabría señalar con respecto al expolio de piezas no desconocidas que, en cualquier caso, hubieran debido ser no depositadas en poder del Estado.

Cabe 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, puede ser calificado como un delito agravado de hurto cuando el yacimiento del que son extraídas las piezas cuenta con una previa declaración administrativa que lo protege, conforme a todas las previsiones y garantías que establece la legislación administrativa española.

En cuanto a la figura de la apropiación indebida del artículo 254 del Código Penal también cuenta, en mi opinión, con una aplicación residual y referida igualmente al apoderamiento de otros bienes arqueológicos extraídos de lugares que no cuentan con una previa declaración administrativa que los declare bienes culturales.

En mi opinión, los objetos y vestigios arqueológicos pueden 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 demanial que realiza el artículo 44.1 de la Ley 16/85 otorga a la administración una forma de posesión diferida que no comienza 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 el cual aparece genéricamente depositado en manos de las autoridades culturales competentes.

En cualquier caso, como ha puesto de manifiesto muy expresivamente el profesor Juan Manuel Alegria Ávila, al referirse extensamente al problema de la justificación del dominio arqueológico como dominio público, en palabras de Alegre: “no podemos vincular la intervención administrativa a la previa existencia de una titularidad dominical, cuando es más 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), dimanar

---

4. 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.

de la posición institucional de supremacía de la Administración, que no precisa fundarse en otro título habilitante sino en una previa norma jurídica” (Alegre, 1994:368).

Conforme a lo anterior, los apoderamientos de piezas arqueológicas en lugares que no cuenten con una previa declaración administrativa, podrían tipificarse como formas de apropiación indebida del artículo 253 del Código Penal, siempre y cuando pudiera acreditarse, de un lado, el ánimo de apoderamiento definitivo del sujeto y, de otro, el que tenga una conciencia, cuando menos aproximada, de la relevancia histórica de los bienes sustraídos.

Pero la posibilidad de tipificación del apoderamiento de piezas como modalidades agravadas del hurto o de la apropiación indebida no agota la persecución penal de estas conductas. Las figuras anteriores se configuran como delitos contra la propiedad en las que se aprecia un bien jurídico añadido o difuso que protege la función social que, conforme a nuestra Constitución, cumplen los bienes culturales. Hablamos de bienes tutelados superpuestos o complementarios que otorgan una dimensión puramente material y otra social o de propiedad colectiva a los vestigios arqueológicos que cuenten, objetivamente, con un interés innegable.

Pero al margen de lo anterior, decíamos en otro epígrafe del presente trabajo, que el Patrimonio Arqueológico guarda una dimensión inmueble, ligada a la protección medioambiental, dimensión en la que se protege, a través de la persecución como delitos de algunas agresiones al mismo, la importancia del vestigio arqueológico como fuente de información científica. Desde este punto de vista, al margen del apoderamiento de piezas arqueológicas en yacimientos, ya estén declarados o no como tales, puede consumarse un delito daños sobre el Patrimonio Histórico Español en situación de concurso ideal.

El yacimiento o la excavación arqueológica puede sufrir un daño apreciable que impida o altere las posibilidades de llevar a cabo un estudio sistemático y relacionado de los objetos extraídos, de tal forma que la acción del sujeto consuma un delito agravado contra la propiedad, ya sea como hurto o ya sea como un delito de apropiación indebida al llevar a cabo el apoderamiento material de las piezas y, al mismo tiempo, en situación de concurso ideal, genera un delito de daños sobre el Patrimonio Histórico Español del artículo 323 del Código Penal, al romper la capacidad de llevar a cabo una actuación metodológica y ocultar la existencia del yacimiento a la administración competente. Esta idea se relaciona por la doctrina con el deterioro de la función social que debe cumplir el yacimiento como bien cultural. Ya he tenido oportunidad de señalar con anterioridad que el daño sufrido por algunos bienes culturales no tiene porqué ser, en todo caso, necesariamente material o físico; en ocasiones basta con que se produzca un daño social que impida el disfrute del mismo por la colectividad. El simple apoderamiento de piezas podría generar un daño de esta naturaleza y abonar la tesis del concurso ideal que acabamos de exponer con toda normalidad.

Recordemos que el artículo 323 del Código Penal castiga entre los Delitos sobre el Patrimonio Histórico, con una pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses al “que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos”. Se trataría de un delito específico de daños contra los intereses colectivos con aplicación preferente sobre el tipo genérico contenido en el artículo 263 del Código Penal.

Los supuestos analizados por la jurisprudencia de daños o agresiones en yacimientos arqueológicos, a los que hemos aludido someramente con anterioridad, han sido los que han permitido realmente establecer los dos perfiles esenciales del concepto jurídico penal de los bienes culturales: El que no sea necesaria una previa catalogación administrativa para su protección y la escasa intensidad del dolo exigible a los autores de la infracción para que sean considerados autores de un hecho con trascendencia delictiva.

Al margen de toda la discusión teórica anterior, parece evidente que lo más razonable podría ser llevar a cabo una tipificación explícita sobre el expolio arqueológico que abordara de una manera suficiente las distintas posibilidades comisivas. Entre las propuestas aportadas por la doctrina, resulta interesante la realizada por el Fiscal Antonio Roma Valdés (2011:153-155); al interesar la redacción de un nuevo delito de daños en el artículo 324 bis en los siguientes términos: “Se castigará con la pena de prisión de uno a tres años a quien, sin la debida autorización, realizare cualquier clase de excavación o remoción de tierras con la intención de obtener los restos arqueológicos que contuvieren los terrenos, así como a quien portare equipamiento adecuado con el mismo fin. Si se hubiesen encontrado materiales arqueológicos, se pondrán inmediatamente en conocimiento de la administración competente”.

En realidad, la propuesta se desenvuelve entre la figura de la apropiación indebida, el hurto y los daños específicos al Patrimonio Histórico, habida cuenta su ubicación sistemática, sin requerir que tenga lugar el apoderamiento efectivo del objeto y con una última alusión a la tenencia de útiles para el expolio que recupera la formula, siempre dudosa, del delito de sospecha.

A pesar de mis dudas iniciales sobre el particular, la realidad criminal española ha terminado por darle la razón al autor citado ante una insuficiente respuesta normativa para perseguir los frecuentes expolios de yacimientos arqueológicos sufridos en toda España, aunque esta nueva modalidad delictiva podría configurarse más correctamente, a mi juicio, abandonando al ámbito administrativo sancionador la persecución por el uso de equipamiento adecuado para el expolio.

En este sentido se pronuncia, con indudable acierto, la Ley 14/2007 de Patrimonio Histórico de Andalucía ya que en su artículo 60 establece un nuevo régimen de autorización para el uso de aparatos detectores de metales u otras herramientas o técnicas que permitan localizar restos arqueológicos, regulación que supone, de hecho, la práctica prohibición de esta actividad con una finalidad arqueológica.

La trascendencia práctica de esta medida parece evidente. Según la norma citada, el uso tiene que ser autorizado por la Consejería competente en materia de Patrimonio Histórico de manera personal e intransferible, siempre después de presentar solicitud en la que se identifique la zona de búsqueda, así como la fecha y plazo para su uso. En cuanto a los hallazgos arqueológicos tienen que ser ineludiblemente comunicados en el plazo de veinticuatro horas, sin que pueda realizarse remoción alguna del terreno cualquier clase de intervención y sin que tenga lugar derecho a indemnización o premio alguno. Al margen de lo anterior, el último apartado del precepto exige que las asociaciones y demás entidades con personalidad jurídica dedicadas a estas actividades deban recoger de forma expresa en sus Estatutos un recordatorio de la obligatoriedad de obtener la autorización pertinente para la localización de restos arqueológicos.



En la persecución del expolio arqueológico se dan frecuentes situaciones de colaboración con las autoridades policiales, una vez iniciadas las investigaciones. La dificultad probatoria en la persecución penal de estos delitos y la posible recuperación de bienes culturales de gran valor, determina que hasta la fecha sean escasas las imputaciones por delito de aquellas personas que colaboran con la Administración de Justicia de una manera efectiva en el esclarecimiento de los hechos. En los últimos años se vienen desarrollando investigaciones en las que el desmantelamiento de redes organizadas ha sido consecuencia, en buena medida, de la actitud colaboradora de personas imputadas. Es probable, por tanto, que aparezcan en el futuro sentencias que apliquen el artículo 340 del Código Penal que se encuentra incluido entre las Disposiciones Comunes aplicables a todos los delitos medioambientales y que señala distintas penalidades en orden a la reparación voluntaria del daño por el autor al establecer que “si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas”.

El precepto no establece ningún límite temporal por lo que habrá que estimar que la degradación punitiva puede operar aún cuando se hayan iniciado las Diligencias Previaes en sede judicial. El escaso rigor de la mayor parte de las penas privativas de libertad que el Código Penal establece para los delitos vinculados al Patrimonio Histórico convierte esta medida en un eficaz instrumento de política criminal por cuanto permite, para todos los delincuentes primarios, la aplicación de la suspensión condicional de la pena que evite el ingreso carcelario. La previsión, por tanto, en estrecha relación con la figura del desistimiento previsto en el art. 16 del Código Penal, ha de reputarse como afortunada, por cuanto constituye una forma añadida de protección del Patrimonio Histórico a la contenida en todas las tipologías comentadas.

Otra cuestión controvertida es la del acceso generalizado a las fuentes documentales de información pública en materia de yacimientos arqueológicos. La investigación policial ha podido determinar en ocasiones la importancia adquirida por esta actividad profesional de marcado carácter científico. Frente a situaciones que han tenido lugar en el pasado y que eran mucho más permisivas, especialmente perniciosas para el patrimonio sumergido, en la actualidad y conforme a la legislación sectorial promulgada en las Comunidades Autónomas, la localización de estos bienes tiene un acceso restringido y requiere un régimen especial debiendo los solicitantes aclarar la finalidad de su solicitud y guardar las cautelas precisas.

## **BREVE ALUSIÓN AL DOLO DE CONSECUENCIAS NECESARIAS**

Como complemento de las anteriores precisiones, conviene recordar someramente el dolo exigible en las infracciones contra bienes culturales, en especial en aquellos casos en los que resultan destruidos yacimientos o piezas arqueológicas y no queda plenamente acreditada una intención del agente de llevar a cabo un apoderamiento provisional o definitivo.

La protección de yacimientos arqueológicos que resultaban dañadas a consecuencia de obras de construcción, hace unos veinte años, sirvió para que el Tribunal Supremo

perfilara el dolo exigible en todas las agresiones al Patrimonio Histórico Español con relevancia penal.

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1995 vino a establecer 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 encontraba íntimamente vinculado con la condición relevante de los bienes sometidos a protección, entendiéndose que no era precisa 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 o esa condición de relevancia. Conforme a la anterior idea, la acción delictiva debe ser relacionada con una previa convicción acerca de la historicidad o de la relevancia histórica de los bienes dañados. Posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Enero de 1997 reiteró la exigencia del dolo de consecuencias necesarias en relación con la condición relevante o historicidad en un supuesto referido a los daños ocasionados en un yacimiento arqueológico en Palencia por unos constructores, estimándose que la prohibición administrativa de realizar la excavación y el riesgo probable de causar algunos daños en el yacimiento, son base suficiente para configurar el dolo, cuando menos, de consecuencias necesarias en relación con la innegable historicidad de los restos que resultaron finalmente dañados.

La cuestión se encuentra directamente relacionada con otra de las grandes controversias que afectan a la protección penal de la Arqueología y que es la frecuente y abusiva argumentación de quienes son perseguidos como autores de estos delitos de encontrarse en una situación de error vencible o invencible que les conduce, conforme a las normas que contiene nuestro Código Penal en su artículo 14, a la práctica impunidad de su reprochable conducta o a la desafortunada consideración de los hechos como una simple falta. La única manera de resolver esta cuestión es sostener una continua labor de información a la opinión pública, labor en la que debe desempeñar una labor esencial el Ministerio Fiscal en actuación coordinada con las autoridades culturales.

## **LAS SITUACIONES DE ERROR COMO FACTOR CRIMINOLÓGICO**

Los procedimientos penales incoados en España tras la promulgación del Código Penal de 1995, en lo que respecta a la destrucción de bienes arqueológicos, han tenido en muchas ocasiones la dificultad añadida para su eficaz persecución y castigo de encontrar la alegación sistemática de una situación de error padecida por el agente para degradar su conducta hasta límites muchas veces ridículos. La alegada ignorancia acerca de la importancia de los bienes destruidos se ha visto favorecida, por la falta de señalización de los yacimientos, por su desconocimiento público, por la falta de implicación de la administración cultural y por otros muchos factores entre los que no puede olvidarse el amplio desconocimiento de la legislación internacional, estatal y autonómica sobre la materia.

No cabe duda que a todo ello habría que sumar, de una parte, la falta de sensibilidad de un gran número de tribunales provinciales que seguían considerando más

apropiada la persecución de estas conductas como formas de mera infracción administrativa ante el habitual solapamiento de estas infracciones con las tipologías penales 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 necesaria labor nomofiláctica para la unificación doctrinal.

Durante mucho tiempo y en definitiva, 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— algo desmesurada. Esta situación ha sido relativamente frecuente en la producción de daños a yacimientos arqueológicos y en las parcelaciones ilegales y construcciones no autorizadas en terrenos protegidos por su valor cultural. Una situación parecida a la anterior ha podido tener lugar por la aplicación residual del tipo de daños por imprudencia respecto a situaciones reales de daños dolosos al Patrimonio Histórico en general y, en especial, a los bienes arqueológicos. La interposición de numerosos Recursos de Apelación ante las Audiencias Provinciales y la difusión de estos procedimientos ante la opinión pública por el Ministerio Fiscal, siempre dentro de los límites establecidos en el artículo 4 apartado 5 de su Estatuto Orgánico<sup>5</sup>, ha sido frecuente y ha generado una atención persistente en los medios de comunicación social de manera que el margen de alegación de estas situaciones de error resulta cada día más escaso, contribuyendo a que tenga lugar en la actualidad un apreciado punto de inflexión en la persecución penal de estas conductas.

## UN CONCEPTO JURÍDICO PROPIO PARA LA ARQUEOLOGÍA

Incluso, para llevar a cabo una correcta interpretación de los escasos preceptos penales que son actualmente aplicables para la defensa de nuestro Patrimonio Arqueológico, conviene realizar algunas puntualizaciones que escapan del ámbito estrictamente jurídico pero que guardan una directa relación con el cumplimiento de la ley penal y administrativa y que, de algún modo y como veremos posteriormente, se encontraban ya presentes en el debate académico.

Como una incuestionable premisa inicial, es preciso recordar que la arqueología no puede concebirse desde el derecho como si se tratara de una realidad muerta o de una ciencia auxiliar de la Historia examinada a la debida distancia. Cuando hablamos de vestigio no sólo debemos referirnos a la primaria de sus acepciones gramaticales que está referida a la huella del pie del hombre sobre la tierra. Vestigio significa ruina pero también es indicio, también rastro inmaterial que nos permite inferir un pasado con el que hemos perdido una relación informada y sobre el que debemos establecer una serie de conjeturas. La importancia de los vestigios arqueológicos viene configurada,

---

5. Sobre la interpretación del precepto, puede consultarse la Instrucción 3/2005 de la Fiscalía General del Estado *sobre la relación del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación* dictada por el Fiscal General Cándido Conde-Pumpido Tourn.

al margen de su valor material, por su importancia como fuente de conocimiento científico y, lo que resulta mucho más importante desde el punto de vista jurídico, por su capacidad real para provocar la modificación imperativa del entorno. Esta extraordinaria capacidad puede extenderse a los distintos valores jurídicos que son protegidos con las tipologías que persiguen la delincuencia medioambiental pero es preciso recordar que solo en el caso de la arqueología, salvo hallazgos especialmente excepcionales, podemos establecer la protección de una realidad oculta que es amparada por el derecho desde el momento mismo de su descubrimiento ya que, por regla general, otros valores o recursos naturales y la propia traza urbana o cualesquiera —en definitiva— manifestaciones de un principio de autoridad ambiental son conocidas con anterioridad a su protección y no provocan esta modificación imperativa del entorno, tan intensa en el caso de la arqueología.

Se trata, por tanto, de una ciencia autónoma que aparece recientemente iluminada por el derecho y que se desarrolla tanto en el espacio como en el tiempo, de una disciplina tanto espacial como diacrónica ya que alumbra no solo nuestro pasado sino también nuestro futuro y que debe tener, si respetamos los valores legales que se conjugan con ella, una capacidad real para modificar valores esenciales de nuestro presente. Efectivamente, los habituales hallazgos arqueológicos, conforme al compromiso reflejado en el artículo 46 de la Constitución Española de 1978, una vez acreditada su importancia y valor, deben ser conservados y protegidos y este compromiso se configura como uno de los principios rectores de nuestra convivencia. Deberían contar, por tanto, con una capacidad suficiente para modificar, si fuera preciso, nuestra ordenación territorial o hasta el trazado de las grandes comunicaciones. Es evidente, por todo ello, que esta nueva dimensión jurídica de la Arqueología tiene un extraordinario valor social y es de gran importancia para el desarrollo y respeto de algunos derechos fundamentales. No olvidemos que el significado fundamental del derecho penal es el de ser un ordenamiento pacificador y protector de las relaciones sociales (Jescheck y Weigend, 2002:2) y que una de las relaciones sociales primarias es la que se abre entre el ciudadano y su entorno histórico con el que debe sostener, tanto desde una perspectiva individual como colectiva, una forma de diálogo permanente que debe ser protegido eficazmente por el derecho.

La arqueología, por tanto, como veremos posteriormente, debe contemplarse también desde el derecho penal con una percepción de conjunto que sea lo suficientemente extensa y que permita vislumbrar todo su valor de futuro y la necesidad de protección ante la extrema fragilidad de los bienes arqueológicos, el enorme valor que poseen, tanto material como inmaterial, y la frecuente imposibilidad, una vez que son destruidos, sustraídos o dañados, de llevar a cabo su completa recuperación. Pocas manifestaciones del hombre, como es obvio, guardan tan claramente esta dimensión de lo irreparable.

La enorme utilidad social que tienen los bienes culturales y, en especial, los bienes arqueológicos debería estar fuera de toda duda y abandonarse por ello la vieja y trasnochada idea que sigue relacionando el cuidado y la preservación del Patrimonio Cultural como una forma de *lastre* económico para la administración pública que solo resulta compensada por el cumplimiento de un compromiso ético y social sostenido por razones melancólicas asociadas con el respeto a nuestro pasado. La utilidad material de la arqueología supera con creces el esfuerzo que comporta la aplicación estricta de la

ley penal y administrativa. Ciertamente, el derecho penal tiene la misión de proteger, en determinadas situaciones de suficiente gravedad, esta riqueza o utilidad social pero lo hace porque con ello sirve al desarrollo socio económico y actualiza distintos derechos fundamentales que están relacionados y no reñidos con nuestra vida cotidiana.

Esta nueva percepción en el estudio y la protección de los bienes arqueológicos viene plasmándose en la idea de una arqueología social que tiene necesariamente que relacionarse y ser completada con el ordenamiento jurídico de una manera mucho más amplia, generando una serie de nuevos conceptos que nos permitirán comprender con mayor rigor las necesidades que debe cubrir la ciencia penal.

Un país como España tiene la necesidad y el reto de procurar, mediante el desarrollo de la llamada economía de la cultura, algunas alternativas a las fórmulas más tradicionales de turismo, incluido el turismo cultural masivo, algunas de las cuales se encuentran francamente agotadas y resultan difícilmente conciliables con la legalidad. Hablamos, además, de la protección de una utilidad tan heterogénea como necesaria que puede extenderse sobre aspectos inmateriales y que viene aportando distintas ideas para la superación de algunos graves conflictos sociales. Es evidente que el concepto jurídico de la Arqueología puede rendir un valioso servicio a la sociedad española. Pensemos en la recientemente llamada arqueología de las víctimas, singularmente desarrollada tras la reunificación alemana para estudiar las leyes eugenésicas impuestas en su día por el estado nacional socialista, como una muestra más de la continua expansión del concepto de patrimonio cultural y que podría servirnos para afrontar con garantías —sin caer en utilizaciones partidistas y en la complejidad que siempre comportan otros procedimientos penales de una dudosa virtualidad— la llamada recuperación de la memoria histórica de España y respetar el derechos de numerosos ciudadanos que reclaman conocer la suerte de familiares desaparecidos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE ÁVILA, J. M. (1994): *Evolución y Régimen Jurídico del Patrimonio Histórico* (dos tomos), Colección *Análisis y Documentos*, Ministerio de Cultura, Madrid.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L. (1975): *La transmisión de obras de arte*, Madrid.
- BARRAGÁN MALLOFRET, D. y CASTRO FERNÁNDEZ, J. L. (2005): Arqueología de la Justicia: Arqueología de las víctimas de la Guerra Civil española y de la represión franquista, en *Revista Atlántica Mediterránea de Prehistoria y Arqueología social* 7, pp. 149-174.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (1990): *La Ordenación Jurídica del Patrimonio Histórico*, Editorial Civitas, Madrid.
- FEAL LAGO, C. (1971): *La ordenación del territorio en Europa*, Madrid, 1970, Ministerio de la Vivienda.
- GUISASOLA LERMA, C. (2001): *Delitos contra el Patrimonio Cultural: Artículos 321 al 324 del Código Penal*, Editorial Tirant lo Blanc. Tratados. Valencia, pp. 638-646.
- JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T. (2002): *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Comares, Granada.
- LÓPEZ RAMÓN, F. N. (1995): *Estudios Jurídicos sobre Ordenación del Territorio*, Aranzadi,
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. (1997): *Los delitos sobre la ordenación del territorio*, Estudios del Ministerio Fiscal publicada por el Centro de Estudios Jurídicos para la Administración de Justicia, Madrid.
- RENART GARCIA, F. (2001): Aspectos sustantivos del delito de contrabando de bienes culturales, Diario *La Ley* 5.427, Madrid.

- RENART GARCIA, F. (2002): *El delito de daños al Patrimonio Histórico Español: Análisis del artículo 323 del Código Penal*, Editorial Comares, Granada.
- ROMA VALDÉS, A. (2008): *Los delitos contra el Patrimonio Histórico. Problemas para su aplicación*, ponencia inédita presentada en el *Curso sobre Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático* desarrollado en Cádiz en mayo de 2008 en el Centro de Arqueología Subacuática. Inédito.
- ROMA VALDÉS, A. (2008): *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural: Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Editorial Comares, Granada.
- TIRADO ESTRADA, J. (1998): *Delitos contra la Ordenación del Territorio: Aspectos generales. Problemática práctica derivada de la relación Administración-Jurisdicción. Derecho Penal Derecho administrativo*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Estudios del Ministerio Fiscal, Madrid.
- VERDUGO SANTOS, J. (2005): El territorio como fundamento de una nueva retórica de los bienes culturales, *PH Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico* 53, pp. 94-105.
- ZOIDO NARANJO, F. (2004): El paisaje, patrimonio público y recurso para la mejora de la democracia, *PH Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico* 50, pp. 66-73.