

El expolio de bienes de patrimonio histórico o la descontextualización penal del entorno arqueológico

Antonio VERCHER NOGUERA

Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo

Diario La Ley, Nº 9151, Sección Doctrina, 5 de Marzo de 2018, Editorial **Wolters Kluwer**

Normativa comentada
Comentarios

El término expolio es de uso corriente en los círculos en los que se trata y habla de patrimonio histórico. Sin embargo el Código Penal carecía de regulación alguna sobre el mismo hasta la reforma de 2015. En el artículo se examinan los diferentes problemas que se suscitan como consecuencia de las distintas acepciones conceptuales del mismo, tanto en el ámbito jurídico como fuera de él. Se intenta, además, buscar una solución interpretativa unitaria, proponiendo además un cambio de denominación, precisamente con ese objetivo.

I. Introducción

La reciente incorporación del término «expolio» a la regulación penal sobre el patrimonio histórico (1) , y en la parte correspondiente a los delitos contra el medio ambiente (2) , fue saludada positivamente por la doctrina penal española. Esa positiva recepción era perfectamente explicable dado que tradicionalmente se ha venido hablando del expolio del patrimonio histórico de nuestro país, en diferentes medios y contextos, y además con razón (3) . Sin embargo el Código Penal no reflejaba en ningún lugar la citada conducta. Resultaba, por lo tanto, incomprensible, ante tal situación y sus numerosos precedentes, que la acción de expoliar no apareciera expresamente prevista en el Código Penal.

Con ocasión de la reforma del Código Penal de 2015 (4) , esa introducción se ha llevado a cabo, de manera que la acción de expoliar ya se encuentra incluida, de forma expresa, entre los supuestos delictivos contra el patrimonio histórico, concretamente en el párrafo primero del art. 323 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) (5) . Un paso relevante, sin duda.

Sin embargo, no está del todo claro cuál es el verdadero significado del expolio en la nueva redacción del Código Penal. Del término como tal, en cuestión, nada se desprende o deduce porque el texto adolece de explicación o dato complementario alguno. Se habla de expolio, sin más, lo cual nos lleva a la necesidad de efectuar algunas reflexiones al respecto con el lógico ánimo clarificador.

II. La problemática conceptual

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua el término «expoliar» (6) significa «Despojar algo o a alguien con violencia o con iniquidad». A su vez, si bien el concepto de violencia no necesita aclaración, sin embargo y en relación a la iniquidad, el Diccionario de la Real Academia señala que «iniquidad» (7) significa «maldad o injusticia grande».

Pues bien, sin entrar en el debate sobre si el término expolio es unívoco, equívoco o análogo (8) , es evidente que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua proporciona un concepto del mismo lo suficientemente general como para poder permitir diferentes formas de desarrollo, tanto en el ámbito legal como en el no legal.

Partiendo por lo tanto de ese presupuesto, el vocablo expolio aparece

El vocablo "expolio" tiene una definición muy general, dando lugar a diferentes acepciones en las distintas ramas del Derecho

definido, en términos generales, en el art. 4 de la Ley 16/1985 (LA LEY 1629/1985), del Patrimonio Histórico Español (9) , que es una norma de naturaleza administrativa. La citada disposición señala que el expolio es «Toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su labor social». Sigue siendo, tal como se observa de su lectura, una definición muy general hasta el punto de

que gracias a esa generalidad podemos hablar de las diferentes acepciones conceptuales que recibe el citado vocablo, tanto en el Derecho administrativo, como en el civil, penal, amén de otras ramas del Derecho.

Todo ello sin olvidar, por supuesto, las acepciones que no son estrictamente jurídicas y que sin duda existen también al respecto. Llama la atención, a tal efecto, la acepción, no jurídica, del expolio en el Diccionario María Moliner, como refiere Terreros Andréu, señalando que es el «botín arrebatado a los vencidos» (10) . La citada autora añade que, en estos casos, «...las piezas expoliadas pueden llegar a los canales legales de comercio de obras de arte al no ser contrastado el origen lícito de la pieza por parte del agente comercial en el momento de la transacción. Ello puede suponer que una obra expoliada (de origen ilícito), pueda llegar a ser tratada como lícita e introducirse en los circuitos comerciales convencionales y legales (galerías, anticuarios, casas de subastas...)» (11) . De hecho hay trabajos en los que se abunda sobre esa variedad de acepciones (12) .

Pues bien, desde hacía bastante tiempo se estaban buscando soluciones a diferentes dislates jurídicos que se venían observando por la falta de actualización del Código Penal en materia de Patrimonio histórico. Esa falta de actualización, según pone de manifiesto Guisasola (13) , acabó produciendo importantes discrepancias doctrinales habida cuenta la dificultad de subsunción de las diferentes conductas atentatorias contra el patrimonio histórico en la anterior regulación penal, lo que evidenciaba la necesidad de una reforma, que finalmente tuvo lugar en el 2015. Sin embargo, esa reforma no ha colmado las expectativas existentes, habiendo quedado en un intento frustrado, dado lo poco explícita y clarificadora que la misma ha resultado.

En ese contexto, tal como se ha adelantado en el primer apartado de este trabajo, había una necesidad, casi demanda, de que se incorporara el expolio en el Código Penal, incluso desde algunos ámbitos institucionales como es la Fiscalía (14) . La reforma ha tenido lugar, y el término se ha introducido, sin embargo, como también adelantábamos, el vocablo en cuestión no aporta dato o aspecto clarificador alguno en el propio contexto de la norma.

Pero es que, a mayor abundamiento, nada dice tampoco el Preámbulo de la reforma del Código Penal. De hecho, ninguna referencia, explícita o implícita, se incorpora sobre el expolio en la parte o documento preambular al respecto (15) . Es más, parece que últimamente se ha convertido en una costumbre el no aclarar nada, o casi nada, en los Preámbulos o Exposiciones de Motivos de los instrumentos legislativos penales, lo cual supone un posterior y arduo trabajo interpretativo por parte de la doctrina y de los operadores jurídicos a la hora de aplicar la norma. Probablemente no hubiera sido necesario redactar esas humildes notas de haber sido lo suficientemente explícita, al respecto, la Exposición de Motivos de la reforma del Código Penal de 2015. Lo mismo ha pasado, y a mero título de ejemplo, entre otros muchos supuestos, con el sistema de «compliance», para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas (16) .

III. Tratamiento del expolio en el ámbito penal

Volviendo de nuevo al expolio, y asumida esta poco clarificadora técnica en las Exposiciones de Motivos, subyace, además, y precisamente por ello, un problema importante sin resolver, que es la seguridad jurídica. Cuando en Derecho Penal hablamos de expolio exigimos, como no puede ser de otra forma, y como con cualquier otro término de relevancia existente en el Código, la más absoluta certeza, en aras a la seguridad, habida cuenta la naturaleza y características propias de la norma penal; algo en lo que no es necesario abundar.

Por lo tanto, dicho lo dicho, a tenor de esa seguridad jurídica y ante la inexistencia de perspectivas clarificadoras, quizás lo procedente sea buscar aquellos aspectos que de alguna forma aparezcan expresados, o sean inmanentes, a las diferentes acepciones del vocablo expolio, incluso fuera del ámbito jurídico propiamente dicho pero adaptables a lo poco que al respecto refiere el Código Penal sobre el término controvertido.

Remitiéndonos a la norma, recordemos que el párrafo primero del art. 323 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), tras

establecer la correspondiente pena, habla de los «...daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos.» Acto seguido señala que «Con la misma pena se castigarán los actos de expolio en estos últimos.»

Tal como se desprende de la lectura del texto, solo cabe el expolio de los yacimientos arqueológicos, que son, como del propio texto se colige, diferentes a los daños. De hecho, se habla del expolio como un «subtipo autónomo» dentro del art. 323 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) (17) , aunque no necesariamente en línea con lo que se expone en el presente trabajo (18) . De hecho se insiste, cuando se habla del expolio, en perspectivas de sustracción o apoderamiento de tales bienes, o supuestos similares (19) , aun existiendo previsiones normativas al respecto para estas opciones delictivas.

En el concepto de expolio no caben determinadas formas delictivas

Dentro del Código, como es sabido, y sobre todo entre de los delitos contra la propiedad, se habla de estafas, apropiaciones indebidas, hurtos, receptaciones, etc., agravados, por ser bienes de valor cultural o histórico, amén de los daños del art. 323. Pues bien, es evidente que en el concepto de expolio no caben esas formas delictivas, que ya tienen su propia regulación en la norma penal y no sería comprensible que el propio legislador

quisiera repetirlas o reproducirlas. Tema distinto serán las diferentes opciones que nos pueda deparar la técnica concursal penal a la hora de analizar la conjugación de las variadas posibilidades delictivas, las cuales sobrepasan, comprensiblemente, los límites del presente trabajo, así como las opciones delictivas de blanqueo que puedan suscitarse al respecto (20) .

Un inciso para señalar que el bien jurídico protegido de los delitos contra el patrimonio histórico es la función social que cumplen los bienes que lo integran, precisamente por el valor que tienen los mismos (21) . Se habla también del valor cultural del bien, como su bien jurídico protegido, pero como acto seguido se añade: «...en estos (patrimonio histórico) el bien tiene valor cultural, entre otros motivos, por la función social y cultural de los mismos» (22) , en el fondo no hay una gran diferencia entre uno u otro planteamiento, más bien podría decirse que incluso se complementan.

Tal como pone de manifiesto el Preámbulo de la Ley del Patrimonio Histórico Español (23) , «Todas las medidas de protección y fomento que la Ley establece sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo. Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos». Es evidente que a través de los daños, estafas, etc. de los bienes de patrimonio histórico se atenta contra la función social que los mismos cumplen.

Cosa distinta son aquellas actividades que al llevarse a cabo descontextualizan un entorno histórico y los correspondientes bienes que lo integran, privando también, de esa manera, al patrimonio histórico de su función social. ¿A que nos referimos cuando hablamos de descontextualizar un entorno histórico y los correspondientes bienes que lo integran? Por ejemplo, si se roba un cuadro de un museo, se atenta contra la función social que lleva a cabo el cuadro en cuestión, pero no se descontextualiza en museo. Lo mismo cabría decir de cualesquiera otros bienes privados, de esa misma naturaleza, pero que forman parte de una colección particular, por ejemplo, y son sustraídos. Es pues difícil ver, en ambos casos una descontextualización. Sí se descontextualiza, sin embargo, por ejemplo, un yacimiento arqueológico a partir del preciso instante en el que se procede sobre el mismo por manos inexpertas, o no cualificadas, por el simple hecho de tocar o mover las piezas que lo integran o su soporte geológico. De hecho, los perjuicios causados a la cultura en tal caso pueden ser incalificables por la pérdida de información que tales actos implican, tal como acto seguido veremos.

Según el arqueólogo Barrio Martín, al hablar de los activos constituyentes del Patrimonio Arqueológico, cualquier yacimiento o sitio arqueológico está integrado por dos activos principales, «el contexto» y «los elementos materiales». En relación al contexto, Barrio Martín pone de relieve su importancia habida cuenta que «...define el contenedor geológico modificado por la presencia humana, desde las sociedades más sencillas hasta las civilizaciones más complejas» (24) . Acto seguido añade el autor que «Esa modificación peculiar deja una huella ineludible en la nueva disposición de los estratos donde es posible ver la acción del hombre en un momento determinado de la Historia. Aunque este contexto siempre es material, está intrínsecamente unido a valores

intangibles, en cuanto que sólo la investigación ordenada y profesional del contexto hace posible la interpretación objetiva de un yacimiento arqueológico, esto es, la generación de conocimiento» (25) .

Por supuesto, no son de inferior importancia los elementos materiales del yacimiento. El autor citado los define señalando que son «...el resultado de la acción humana que se acumulan en este contenedor arqueológico susceptibles de ser recuperados mediante una investigación de campo», (26) a la vez que describe su importancia en ese contexto, indicando que «Estos elementos materiales son tanto las estructuras de carácter modesto o monumental (de habitación, de defensa, de enterramiento, de culto,...) como los objetos resultado de la producción de los hombres que han quedado en el sitio, y que nos remiten de manera clara a las culturas del pasado, permitiendo a partir de ellos establecer los detalles de su existencia. Estas piezas arqueológicas pueden ser todo tipo (cerámicas, metales, vidrios, ...) y de distinta rareza y excepcionalidad» (27) .

Finalmente, Barrio Martín insiste en la imposibilidad de disociar esos dos elementos, porque «...contexto y objetos, en perfecta integración, y manteniéndose intactos, hacen posible que la Arqueología pueda desempeñar el papel que tiene encomendado de estudiar nuestro pasado, registrarlo de manera ordenada, investigarlo con detalle, interpretarlo con precisión, y conservarlo para la sociedad en las mejores condiciones. Cualquier intromisión accidental o provocada (expolio p.e.) que lleve a disociar los objetos del contexto y a la inversa, generando daños, impide el desempeño de este papel social de la ciencia arqueológica, por otra parte, el papel que le tiene encomendado nuestra normativa legal a nuestro Patrimonio Arqueológico» (28) .

Pues bien, siguiendo de nuevo con Barrio Martín, el expolio de un yacimiento arqueológico por furtivos sin escrúpulos es uno de los hechos más graves contra nuestro patrimonio histórico (29) . Con esta acción se producen, señala claramente el citado autor, «dos tipos de perjuicios:

- La extracción y robo de los objetos que se hallan en su interior, habitualmente los que tienen más fácil salida y venta en el mercado negro y blanco de antigüedades. Algunos de estos objetos pueden ser dañados de manera muy seria cuando se hace una rapiña descuidada, puesto que casi siempre suelen encontrarse en un estado de fragilidad estructural al permanecer enterrados durante varios siglos o milenios.
- La destrucción parcial o total del contexto en que se encontraban los objetos. De manera habitual se realiza un agujero mediante pico o herramienta similar removiendo todos los estratos que forman el contenedor geológico con el único objetivo de buscar, encontrar y sustraer la moneda, arma, joya, cerámica, etc... En la mayoría de las ocasiones» (30) .

Pues bien, a nuestro modo de ver, solamente el segundo de los perjuicios señalados sería el expolio propiamente dicho, habida cuenta la descontextualización señalada, y que estaría exclusivamente circunscrito al yacimiento arqueológico. De hecho, se trata este de un aspecto que no acaba de resolver la doctrina (31) y que en última instancia sería la opción interpretativa más sensata, según veremos, especialmente a tenor del art. 3.1 del Código Civil (LA LEY 1/1889) (32) .

El primero de los supuestos, sin embargo, podría ser cualquier otra de las conductas previstas en el Código Penal para los delitos directa o indirectamente referidos al patrimonio histórico.

Precisamente debido a estas características va a ser difícil, cuando se lleven a cabo este tipo de conductas, la restauración prevista en el párrafo tercero del art. 323 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) (33) . De hecho, no es lo mismo restaurar una muralla medieval que un yacimiento arqueológico saqueado. La jurisprudencia viene destacando que en estos casos los yacimientos son «irrepetibles e irremplazables y los daños son irreparables e irrecuperables» (34) .

IV. Leyes penales en blanco, conceptos jurídicos indeterminados, expolio y artículo 4 de la Ley de Patrimonio Histórico Español

Como es sabido, los tipos abiertos, las leyes penales en blanco, los conceptos jurídicos indeterminados, etc. son, hoy en día, supuestos casi omnipresentes en sistema legal penal español. Como es también sabido, el uso de tales técnicas obliga al operador jurídico a salir de la propia norma penal para completar y dar significado a la misma. En realidad cualquier norma, lejos de ser un fenómeno aislado, integra un «todo», con matices, en el que prima la interrelación con las demás disposiciones legales en su conjunto (35) , siendo lo dicho una manera de facilitar esa

interrelación.

En esa línea, la razón de la existencia de tales técnicas es perfectamente comprensible. Como es sabido, y a tenor del principio de legalidad penal, la norma debe contener, con la máxima exactitud y rigor, los comportamientos que se pueden considerar delitos, así como las sanciones que proceda imponer a los mismos. Sin embargo, en la práctica, la deseable precisión de las normas respecto a los delitos, así como las correspondientes sanciones, no siempre es la procedente, lo que comporta que, en ocasiones, haya que salir de la norma en busca de la misma. Es, por lo tanto, ante esa tesitura cuando adquieren relevancia las denominadas normas penales en blanco y supuestos similares. Como es también sabido, las críticas doctrinales a esta técnica jurídica han sido numerosas históricamente hablando, si bien hoy ya están prácticamente asumidas, habida cuenta la amplia aceptación de las mismas por parte del Tribunal Constitucional (36) .

Admitiendo ese planteamiento, la pregunta que necesariamente se suscita es, ¿por qué no completar el término expolio del art. 323. 1.º del Código Penal (LA LEY 3996/1995) con la definición que al respecto viene recogida en el art. 4 de la Ley de Patrimonio Histórico (LA LEY 1629/1985)? Recordemos que, según la citada norma, «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».

En primer lugar, consideramos que no cabe tal posibilidad porque el art. 4 de la norma referida describe una doble conducta de peligro y de resultado, mientras que el párrafo primero del art. 323 está hablando exclusivamente de una conducta de resultado. Cierto que se podría intentar comprender, a tenor del art. 4, ambas perspectivas, la de peligro y la de resultado. Pero si tomamos en consideración la totalidad de la norma penal en la que se incardina el delito de expolio, es decir el art. 323, inmediatamente se observa que la opción del peligro para el expolio no aparece reflejada en ninguna parte y es importante respetar el contexto integro de la norma, especialmente si se trata de Derecho penal. La técnica de las normas penales en blanco, y sucedáneos, es de una enorme utilidad práctica pero tampoco en ningún bálsamo de fierabrás o piedra filosofal que todo lo resuelva y, lógicamente, tiene sus limitaciones. De hecho, se puede completar una conducta penal a través de la norma administrativa, pero lo que no permite la jurisprudencia es crear una conducta *ex novo*, en este caso de peligro, a través de la citada complementación administrativa, de la misma manera que no se puede completar tampoco una norma penal en blanco con otra meramente procedimental y no sustantiva (37) .

En segundo lugar el art. 4 (LA LEY 1629/1985) habla de los «valores» inmanentes a los citados bienes, cuando en realidad el concepto de expolio que aquí defendemos trasciende esos «valores» y comprende, por ejemplo, el terreno en el que se encuentran o la posición de los objetos históricos dentro de la excavación; supuestos que son unas extraordinarias fuentes de información e interesantísimos aportes documentales, más allá de su valor intrínseco, material e histórico, como vasijas fenicias o amuletos romanos, por ejemplo.

El desarrollo del concepto ha hecho que sean difícilmente conjugables la visión penal del expolio con la visión administrativa del mismo

Finalmente, el desarrollo que del concepto expolio se ha producido en el Derecho y en la jurisprudencia administrativa es de tal naturaleza que hacen difícilmente conjugables la visión penal del expolio con la visión administrativa del mismo. Por ejemplo, en la Orden de 29 de diciembre del Ministerio de Cultura, por la que se resuelve el procedimiento relativo al Conjunto Histórico del Cabanyal (38) , en Valencia, se equiparan las demoliciones de edificios históricos o culturales al expolio de bienes históricos. Así, se dice, en el último párrafo del Fundamento Jurídico Séptimo

de la misma, que «Finalmente, hay que incidir sobre la situación actual, que está suponiendo una auténtica expoliación del patrimonio histórico. La ejecución del PEPRI, en lo que se refiere a la demolición de los inmuebles que el Catálogo Municipal no ha considerado dignos de protección, ya está en marcha, lo que ha supuesto la expropiación de 96 inmuebles y su demolición, de ellos 9 inmuebles formaban parte del Conjunto Histórico» (39) . Es evidente que ese planteamiento no tendría ninguna cabida dentro de la perspectiva penal del expolio que refleja el párrafo primero del art. 323 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), y al que nos venimos refiriendo.

En una línea similar, cuando se trata de la visita de los bienes históricos reseñados por parte de la ciudadanía, y la función social que implica el derecho a visitarlos, la doctrina precisa que «...como quiera que el Tribunal Constitucional ha entendido que la visita pública que los bienes históricos o culturales...integra el concepto "defensa contra la expoliación" (STC 122/2014 (LA LEY 100504/2014), Fundamento Jurídico 14)» (40) , se concluye al respecto

que «...la exclusión sin causa justificada de esa visita pública puede eventualmente ser tipificada como un "acto de expolio" a los efectos del referido último inciso del art. 323.1 del Código Penal (LA LEY 3996/1995)» (41) . Es evidente, de nuevo, que semejantes interpretaciones, aún muy bien intencionadas y con ánimo invariablemente constructivo, extienden el tipo de una manera difícilmente aceptable desde los más elementales principios rectores del Derecho penal.

Todo ello sin olvidar que algún sector doctrinal, aun por distintas razones, ha rechazado también esa posibilidad remisoria al art. 4 de la Ley de Patrimonio Histórico (LA LEY 1629/1985) (42) .

Dicho lo dicho, lo manifestado tampoco supone que el término expolio se vaya a quedar sin contenido para el Derecho penal. Cuando el intérprete del derecho decide remitirse al art. 4 de la Ley de Patrimonio Histórico (LA LEY 1629/1985) con el fin que completar, en este caso, ese concepto jurídico indeterminado que es el expolio, la existencia de las complicaciones aludidas tampoco implica un callejón sin salida ni una anomalía sin solución. Piénsese, por ejemplo, que en ocasiones, -y al margen de la técnica de las leyes penales en blanco, conceptos jurídicos indeterminados, etc.- la propia disposición penal determina los límites interpretativos a los que tiene que ajustarse el estudioso. En tales casos el propio contenido de la norma establece, implícitamente, diferencias entre el concepto penal y otras acepciones conceptuales existentes en distintas ramas del Derecho, en este caso el Derecho administrativo, a los que el propio Código Penal no puede, ni le resulta conveniente, remitirse, como es el caso presente y a tenor de lo argumentado (43) .

Algo así pasó con los conceptos de funcionario y autoridad, que son elementos integrantes esenciales para concretar la comisión de un posible delito de prevaricación (44) . Pues bien, hay que señalar que los conceptos administrativos de autoridad y de funcionario no son necesariamente los mismos a los que se refiere la normativa penal (45) . Ello es comprensible, al decir de la doctrina, porque lo que importa al Derecho penal en relación a los mismos no es el afán de sujetarlos a una criminalización por el simple hecho de serlo, sino porque cometen delitos con ocasión de su condición como tales (46) : De manera, por lo tanto, que la prevaricación sólo cabe respecto a los funcionarios y autoridades del art. 24 (47) , y no de las posibilidades conceptuales respecto a las autoridades y funcionarios que ofrece el Derecho administrativo (48) . En este caso el jurista no debe sentirse obligado a realizar una difícil labor exegética en relación a los variados límites de los términos «autoridad y funcionario» tal como existen en el ámbito administrativo, sino circunscribirse exclusivamente al art. 24 del Código Penal (LA LEY 3996/1995).

V. Conclusiones

Lo cierto es, volviendo de nuevo al expolio, que aun dentro de la pobreza expositiva del actual texto del Código Penal tras la reforma, existen elementos suficientes como para evitar lo contrario a la exegesis, o sea la eiségesis (49) . Recordemos, en esa línea, que el término expolio se refiere sólo a excavaciones arqueológicas. Recordemos, también, que las otras conductas delictivas (hurtos, daños, etc.), que vienen incluyéndose en el concepto de expolio por determinados sectores de la doctrina, tiene ya un tratamiento penal específico agravado por el carácter histórico o cultural de tales bienes y al margen de la previsión específica de los daños del art. 323, (LA LEY 3996/1995) Recordemos, finalmente, que carecen, sin embargo, de regulación penal concreta aquellas actividades consistentes en manipulaciones o intervenciones indebidas en el yacimiento, que al llevarse a cabo descontextualizan un entorno histórico y los correspondientes bienes que lo integran, privando igualmente, de esa manera, al patrimonio histórico de su función social. En este último supuesto estaríamos tratando exclusivamente la perspectiva inmaterial de esas manipulaciones o intervenciones indebidas, que, por supuesto, se traducen en un valor económico que los expertos estarán en condiciones de determinar y que puede ser muy elevado (50) . Ese último debería de ser, por lo tanto y a nuestro parecer, el contenido que debería darse al vocablo expolio.

Partiendo pues de ese presupuesto y habida cuenta el problema conceptual expuesto, nos atrevemos a proponer la utilización de la expresión «descontextualización penal del entorno arqueológico», en lugar del término expolio como tal y como forma de superar las dificultades y trabas a las que se ha hecho alusión a lo largo del presente trabajo. La referencia al «entorno» se entiende si consideramos que cuando se inicia una excavación arqueológica es difícil determinar sus términos o límites, incluso haciéndose uso de tecnologías modernas. Consecuentemente, consideramos más lógico hablar de entorno arqueológico que de excavación arqueológica, especialmente considerando sus problemas de delimitación.

(1) Esa introducción tuvo lugar con ocasión de la reforma del Código Penal de 2015. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (LA LEY 4993/2015), por la que

se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (LA LEY 3996/1995).

(2) Título XVI, Libro II del Código Penal. (LA LEY 3996/1995)

(3) Son muchos los datos que se pueden aportar a lo largo de la historia. Más recientemente políticos, historiadores y funcionarios ayudaron al despojo de monumentos y colecciones, según la investigación dirigida por Inmaculada Socías, profesora de historia del arte de la Universidad de Barcelona. Tras la Desamortización y el 98 con una crisis económica galopante, los potentados americanos tenían decenas de ojos y oídos en España y dinero para inundar el mercado. Las autoridades no acertaron a evitar la diáspora de lo mejor del arte español, que hoy se encuentra en museos y colecciones de todo el mundo. *Vide* ABC Sevilla de 2 de octubre de 2012.

(4) Nota 1 *supra*.

(5) La nueva redacción del artículo 323 (LA LEY 3996/1995) es la siguiente:

«1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos. Con la misma pena se castigarán los actos de expolio en estos últimos.
2. Si se hubieran causado daños de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante, podrá imponerse la pena superior en grado a la señalada en el apartado anterior.
3. En todos estos casos, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.»

(6) Tb. *espoliar*, p. us. Del lat. *exspoliāre*. Conjug. c. *anunciar*.

(7) Del lat. *iniquitas*, *-ātis*.

(8) Según el Glosario de Filosofía, unívoco es la «Denominación que se aplica a los términos que utilizamos siempre con el mismo significado. A raíz de la afirmación aristotélica de que "el ser se dice de muchas maneras", los escolásticos desarrollaron dicha doctrina distinguiendo tres modos fundamentales de referirse a los nombres o términos, a los que denominaron: unívocos, equívocos y análogos.

De acuerdo con dicha doctrina, un término es considerado unívoco cuando se aplica, a todos los seres a los que conviene, de un modo absolutamente idéntico, adquiriendo pues, en todos los casos, el mismo significado». *Vide* <https://www.webdianoia.com/glosario/display.php?action=view&id=302...U>.

(9) Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LA LEY 1629/1985).

(10) TERREROS ANDRÉU, C.: «El expolio de Patrimonio Cultural: problemas de conceptualización jurídica». En: *Revista Electrónica de Patrimonio Histórico*. (e-rph) n.º 14, junio 2014, pág. 74.

(11) TERREROS ANDRÉU, C.: *op. cit.*, pág. 74.

(12) *Vide*, para una detallada perspectiva conceptual, TERREROS ANDRÉU, C.: *op. cit.*, págs. 60-97.

(13) GUIASOLA LERMA, C.: «Delitos contra bienes culturales: una aproximación al concepto de expolio en Derecho penal». En: *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27. 2017, pág. 15.

(14) En la Memoria de la Unidad de Medio Ambiente de la Fiscalía General del Estado de 2008 se ponía de manifiesto lo siguiente: «También la Fiscalía de Cádiz sugiere reformas legales en temas de patrimonio histórico. Según se dice...la tipificación de un específico "delito de expolio de yacimientos" aparece como conveniente a la vista de los problemas que se plantean en lo referente a la tipificación de conductas en este ámbito como constitutivas de hurto o apropiación indebida. Además, en ocasiones estos expolios, más que por el valor patrimonial intrínseco del bien atacado, que puede ser inmenso, provocan un daño mayor por el perjuicio que causan en el valor histórico-patrimonial del yacimiento y en el conocimiento científico, al impedir una correcta interpretación arqueológica. A su vez, la Fiscalía de La Coruña pide también una redacción del Código Penal en materia de patrimonio histórico que se ajuste a los compromisos internacionales contraídos por España, tal como se puso de manifiesto en la memoria de 2007, y a la realidad de la situación sociológica y administrativa actual, según se interesó en la memoria de 2005. Todo ello en un momento en el que se han iniciado los trámites para redactar una nueva Ley de Patrimonio Histórico». Este tipo de planteamientos eran bastante frecuentes en las diferentes memorias. *Vide* la página Fiscal.es

(15) Tal como destaca GUIASOLA LERMA, «...pese a que la Constitución española asigna a la tutela del patrimonio histórico, artístico y cultural un lugar destacado entre los principios rectores de la política social y económica, nuestro legislador de 2015 no ha dedicado ni una sola línea en el Preámbulo de la ley a fundamentar las modificaciones introducidas en el artículo 323 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), entre las que destaca la significativa tipificación de los actos de expolio en yacimientos arqueológicos». GUIASOLA LERMA, C.: *op. cit.*, págs. 2 y 3.

(16) *Vide* VERCHER NOGUERA, A.: «La persona jurídica y el sistema de compliance en el Código Penal. Su aplicación en el contexto ambiental». En: *LA LEY*, núm. 8833. 28 de septiembre de 2016.

(17) *Vide* OTERO GONZÁLEZ, P.: «Protección penal de los daños al patrimonio histórico (tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015)». En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, núm. 19. 2015, pág. 346.

(18) *Vide* OTERO GONZÁLEZ, P.: *op. cit.*, págs. 348-349. De hecho se propugna, «Por lo tanto, de *lege ferenda*, en todo caso, debe concretarse la indeterminación del tipo especificándose las intervenciones que producen o pueden producir los daños en los yacimientos arqueológicos, centradas, en mi opinión, en las excavaciones y remociones de tierras no autorizadas, para obtener los restos de los yacimientos arqueológicos (terrestres y subacuáticos). En consecuencia se construiría como un delito mutilado de dos actos en el que basta la excavación ilegal con ánimo de obtención de restos aunque luego no se obtengan, lo que supone adelantar la barrera punitiva (de acuerdo también con el artículo 4 LPHE) (LA LEY 1629/1985) a

momentos en que meramente se pone en peligro de daño al yacimiento».

- (19) «Es decir, para que exista un expolio es preciso que el sujeto activo haya obtenido la disponibilidad sobre la cosa mueble (concepto también idéntico al de los delitos patrimoniales de apoderamiento). En otras palabras: nos encontramos ante un auténtico delito de apoderamiento patrimonial en el que la singularidad del tipo viene constituida por el objeto sobre el que recae la acción (objetos que pertenecen a un yacimiento arqueológico)». Vide DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: «La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico. El delito de expolio». En: *Comentario a la reforma penal de 2015*. Director QUINTERO OLIVARES, G. Pamplona: Edit. Aranzadi. 2015, pág. 649.
- (20) Vide OTERO GONZÁLEZ, P.: *op. cit.*, págs. 349-350. También GARCÍA CALDERON, J.M.: «Expolio y blanqueo de capitales. El expolio invertido». En: *V Jornadas sobre prevención y represión del blanqueo de capitales*. 19-20 de octubre de 2017. Palma de Mallorca.
- (21) Según la Exposición de Motivos de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LA LEY 1629/1985), el mismo constituye «...una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos, porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando».
- (22) Vide OTERO GONZÁLEZ, P.: *op. cit.*, pág. 331.
- (23) Ley 16/1985, de 25 de junio (LA LEY 1629/1985), de Patrimonio Histórico Español.
- (24) BARRIO MARTÍN, J.: *La problemática del patrimonio arqueológico*. Manuscrito presentado por el autor en el Seminario de Fiscalías de Medio Ambiente. CENEAM. Segovia. 13 de junio de 2015, pág. 4.
- (25) BARRIO MARTÍN, J.: *op. cit.*, pág. 4.
- (26) BARRIO MARTÍN, J.: *op. cit.*, pág. 4.
- (27) BARRIO MARTÍN, J.: *op. cit.*, págs. 4 y 5.
- (28) BARRIO MARTÍN, J.: *op. cit.*, pág. 5.
- (29) BARRIO MARTÍN, J.: *op. cit.*, pág. 5.
- (30) BARRIO MARTÍN, J.: *op. cit.*, págs. 5 y 6.
- (31) Así, se dice, «Queda pendiente por resolver el tratamiento jurídico penal que, con la reforma merece el supuesto en el que no se produzca ni expoliación ni daño material al yacimiento pero se altere el lugar físico de los objetos, se desordenen, etc., y, con ello, se origine un perjuicio». DE LA CUESTA AGUADO, M.P.: *op. cit.*, pág. 649.
- (32) «1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».
- (33) «3. En todos estos casos, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado».
- (34) Sentencia del Juzgado de lo Penal, núm. 1 de Huesca 255/2016, de 9 de noviembre (LA LEY 156734/2016), confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 27 de diciembre de 2017 (LA LEY 212115/2017). Vide nota 50 *infra*.
- (35) BOBBIO, N.: *Teoría general del Derecho*, 6ª, ed. Madrid: Editorial Debate. 1999, pág. 153.
- (36) En la sentencia 127/90, de 5 de julio, el Tribunal Constitucional (LA LEY 1512-TC/1990) aceptó la constitucionalidad de las leyes penales en blanco en general, confirmando ese planteamiento en otras resoluciones judiciales posteriores (118/92, de 16 de septiembre (LA LEY 1959-TC/1992); 62/94, de 28 de febrero (LA LEY 2467-TC/1994), etc., etc.
- (37) Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2002.
- (38) CUL/3631/2009.
- (39) BOE n.º 7, de 8 de enero de 2010, págs. 2323 a 2333.
- (40) ALEGRE ÁVILA, J.M.: *Patrimonio histórico y expolio: variaciones y paradojas*. Manuscrito presentado al curso de verano sobre Protección de bienes culturales en la Universidad del País Vasco. San Sebastián. Director: LEZERTÚA RODRÍGUEZ, Manuel. 2017, págs. 30 y 31 del manuscrito.
- (41) ALEGRE ÁVILA, J.M.: *op. cit.*, pág. 31.
- (42) «Es evidente que el artículo 323 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), al incluir expresamente los actos de expolio en yacimientos arqueológicos dentro de ese 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, aunque algún autor considera que este concepto de algún modo se incorpora a la norma penal con la reforma de 2015». GARCÍA CALDERÓN, J.M.: *La defensa penal del patrimonio arqueológico*. Tesis Doctoral. Universidad de Granada. Facultad de Derecho. noviembre 2015, pág. 156.

(43) *Vide nota 32 supra.*

(44) Según el artículo 404 del Código Penal (LA LEY 3996/1995):

«A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.»

(45) «Para el Derecho administrativo lo que interesa es una formulación que represente un estatus, que fije con claridad quienes son funcionarios públicos, quienes forman parte de los órganos de la Administración Pública —de la plantilla, por emplear las mismas palabras que la regulación administrativa—; le interesa un concepto rígido de funcionario. No es ese el sentido que caracteriza al Derecho penal. A este no le interesan los conceptos por una mera pretensión de clasificación y sistematización sino sólo si a través de ellos se alcanza a delimitar sus contornos; esto es, el Derecho penal se mueve por su pretensión de especificar hasta dónde o en qué casos quedan los sujetos y sus conductas bajo el alcance de sus preceptos». MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: *Medio ambiente y funcionarios públicos*. Barcelona: Editorial Bosch. 2000, pág. 208.

(46) MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: *op. cit.*, pág. 208.

(47) Según el artículo 24 del Código Penal (LA LEY 3996/1995):

«1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.»

(48) Con conceptos tales como «servidor público» o «personero del Estado». *Vide MATELLANES RODRIGUEZ, N.: op. cit., pág.206.*

(49) La eiségesis (de εἰς griego «en» y terminando por la exégesis de ἐξηγεῖσθαι «para llevar a cabo») es el proceso de interpretar un texto de tal manera que el lector introduce sus ideas generalmente de manera subjetiva. Es decir, es un proceso que implica «insertar las interpretaciones estrictamente personales en un texto dado».

(50) La sentencia del Juzgado de lo Penal, núm. 1 de Huesca 255/2016, de 9 de noviembre (LA LEY 156734/2016) condena a dos años y seis meses de prisión al autor de los hechos y a una indemnización de 25.490.805 Euros por los daños a la cueva conocida como la Cueva de Chávez, referida con anterioridad, con restos del Neolítico de extraordinario valor histórico que fueron destruidos por el condenado. La sentencia señala, siguiendo a una de las periciales, que «...las piezas arqueológicas una vez descontextualizadas (lo que ocurre cuando un yacimiento arqueológico es tocado o manipulado por manos inexpertas) pierden prácticamente todo su valor porque ya no pueden proporcionar información...en el carácter irreversible e irreparable de los daños producidos y de la valiosa información que hubiera proporcionado el estudio de las piezas arqueológicas en su contenido y que nunca se recuperará». En la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 27 de diciembre de 2017 (LA LEY 212115/2017), se confirma la sentencia inicial, y se concluye que «...no es irrazonable o errónea la valoración que de todos estos informes periciales hace la sentencia que se recurre»,