

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA PENAL 2021

CHRONICLE OF CRIMINAL CASE LAW 2021

JUAN JOSÉ PERIAGO MORANT
*Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universitat Jaume I de Castellón*

Atendiendo a los datos que facilita la Memoria de la Fiscalía General del Estado (2022), en la que se recoge la actividad de la Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo, en el año 2021 se incoaron 92 diligencias de investigación por delitos sobre el patrimonio histórico, cifra sensiblemente superior a la ofrecida según los datos del año 2019, en el que se incoaron 86, y pero lejos de las correspondientes al año 2018 con 120 diligencias incoadas.

En el año 2021 se incoaron 269 procedimientos correspondientes a delitos contra el patrimonio histórico frente a los 252 del año anterior.

En lo concerniente a los escritos de acusación realizados por las Fiscalías en el año

2021 se presentaron 44 escritos (los mismos que el año anterior).

Los resultados de las investigaciones efectuadas por la Fiscalía, como señala la Memoria del año 2021, arrojan 32 sentencias condenatorias muy cercana a las 31 sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio histórico del año 2020, que superaba las 21 sentencias condenatorias del 2019, frente a las 42 del año 2018¹.

Se ha de precisar que los datos ofrecidos corresponden exclusivamente a los tipos recogidos en el Capítulo II del Título XVIII del Código Penal, lo que no significa que estas cifras correspondan a todos los atentados a los bienes culturales que forman parte de nuestro patrimonio histórico. Esto es debido al peculiar diseño de nuestro sistema de protección penal del patrimonio histórico, que se caracteriza por su dispersión, al existir un capítulo específico en el Código Penal (Capítulo II del

¹ Con respecto a estos datos hay que tener en cuenta, que en ocasiones las instrucciones de estos procedimientos penales son complejas, lo que dilata la marcha del procedimiento en orden a concluir con sentencias (condenatorias o absolutorias). Las sentencias absolutorias en el año 2021 fueron 24.

Título XVIII) junto a un conjunto de tipos delictivos, que a lo largo de los distintos títulos del Código Penal, castigan los atentados al patrimonio histórico y protegen también otros bienes jurídicos.

De las bases de datos jurisprudenciales consultadas, se presenta a continuación una selección de sentencias de interés dictadas en 2021: como en crónicas anteriores publicadas en esta revista, en ella unas haremos un análisis y comentario crítico de las mismas o nos limitaremos a transcribir los párrafos más sugerentes para su posterior análisis.

En esta edición examinaremos: la Sentencia número 830/2021 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2021 y la Sentencia número 528/2021 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de noviembre de 2021.

Los comentarios a estos dos casos se distancian de la línea tradicional de comentarios de ediciones anteriores, que estaban destinados a las conductas delictivas contenidas en el Capítulo II del Título XVI del Código Penal, pero pese a tratarse de un análisis de conductas delictivas distintas si que afectan a la tutela penal de los bienes culturales. Con estas dos sentencias se trata de poner de relieve como otras conductas delictivas que afectan a otros bienes jurídicos, principalmente el patrimonio, también afectan significativamente a nuestro patrimonio cultural.

En la primera sentencia se sustancia una conducta de apropiación indebida que recae sobre bienes pertenecientes a nuestro patrimonio histórico cultural. La segunda sentencia comentada tiene como objeto una falsificación de obra pictórica. Según el informe de INTERPOL² sobre los delitos que afectan a los bienes culturales del año 2020 se informaron en Europa de 414 delitos de falsificación de obras de arte, con 33 detenciones con la intervención de 432 delincuentes. El número de objetos fal-

² Ver INTERPOL. “Informe sobre los delitos que afectan a los bienes culturales (2020)”.

Recuperado de <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contra-el-patrimonio-cultural/Que-hacemos>

sificados detectados por INTERPOL en el año 2019 a nivel mundial fue de 3.855 (siendo los cuadros los objetos más falsificados -1160- seguido de las piezas numismáticas 1028).

1. Sentencia número 830/2021 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2021 (*Asunto apropiación de objetos con valor histórico pertenecientes a la Diócesis de Mondoñedo-Ferrol*)³.

Resumen:

Uno de los acusados, nombrado párroco de diversas parroquias en la Diócesis de Mondoñedo-Ferrol, en momentos no verificados durante el ejercicio de su actividad y hasta su cese como párroco, con ánimo de ilícito enriquecimiento, se apoderó e incorporó a su patrimonio decenas de objetos religiosos y de culto, imágenes religiosas, así como muebles y otros objetos pertenecientes a sus parroquias, a los que, en su condición de párroco, tenía acceso y era el encargado de su custodia y dispuso de los mismos como propios.

El segundo de los acusados recibió parte de los objetos siendo conocedor que dichos efectos procedían de las parroquias al frente de las cuales estaba el primero de los acusados, disponiendo de los mismos con operaciones comerciales.

Algunos de los bienes transaccionados estaban sujetos a régimen especial de protección por la normativa de patrimonio histórico.

El primero de los acusados entregó voluntariamente parte de los efectos sustraídos si bien otros no han sido recuperados finalmente.

1.1. Antecedentes

En el procedimiento penal abreviado número 3/2014 que instruye el Juzgado de Pri-

³ Roj: STS 3978/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3978. Ponente Excmo. Sr. Magistrado Andres Palomo del Arco.

mera Instancia e Instrucción de Mondoñedo se ventila la responsabilidad penal contra dos acusados por delitos contra el patrimonio histórico, apropiación indebida y receptación. Concluida la instrucción las actuaciones se remiten a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo.

De los hechos declarados como probados en la sentencia se constata que uno de los acusados párroco de la Diócesis de Mondoñedo-Ferrol fue nombrado por su obispado párroco de diversas parroquias de la citada diócesis. En el ejercicio de su oficio entre el año 2008 y hasta su cese el 5 de febrero de 2012, el acusado, con ánimo de ilícito enriquecimiento, se apoderó e incorporó a su patrimonio, disponiendo de los mismos como propios, decenas de objetos religiosos y de culto, imágenes religiosas, así como muebles y otros objetos pertenecientes a las mencionadas parroquias (unos recogidos en el Inventario Artístico de Lugo y su provincia y otros relacionados en la lista de bienes de la Iglesia católica y el Ministerio de cultura) a los que, en su condición de párroco, tenía acceso y era el encargado de su custodia.

El párroco entregó diversos objetos procedentes de algunas de las parroquias al segundo acusado. Este segundo acusado era conocedor que los objetos pertenecían a las parroquias y pese a ello realizó diversas operaciones comerciales. Muchos de los objetos de los cuales se apoderó y dispuso el segundo acusado están inventariados y como bienes de Instituciones Eclesiásticas, están sometidos a un régimen de especial naturaleza reconocida por las leyes estatales y autonómica de Patrimonio Histórico y Cultural, y se hallan protegidos por la Ley 8/1995 de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia.

El Obispado de Mondoñedo recuperó parte de los objetos distraídos que fueron entregados voluntariamente, por el acusado en fecha 14 de marzo de 2012, cuando ya no era párroco de ninguna de las parroquias.

No obstante no fueron recuperados una imagen de San José, recogida en el inventario artístico de Lugo y su provincia y una casulla

blanca de la parroquia de Sante; dos cómodas de la parroquia de Santa Olalla de la Devesa, una imagen de San Francisco, una imagen de la Virgen del Carmen, dos misales antiguos, dos candelabros de metal altos y una bandeja de plata de la parroquia de San Pedro de Rinlo; un manto de la Virgen de los Dolores bordado en oro, recogido en el inventario artístico de Lugo y su provincia, una cruz, una cómoda antigua y un banco de la parroquia de Santa María Magdalena de la parroquia de Cedofeita; dos pares de floreros de la parroquia de Santa María Magdalena de Balboa- Capilla de Vilaferando; tres misales antiguos, un cáliz de plata, un portaviáticos de plata, una cruz de latón, una mesa del siglo XVIII, y una cruz de altar de la parroquia de San Mateo de Vidal.

La Sentencia número 123/2019, de fecha 10 de junio de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo condenó al primer acusado (el párroco) como autor de un delito continuado de apropiación indebida del actual artículo 253 del Código Penal (en el momento de los hechos era el artículo 252) con la agravación específica de recaer sobre bienes que integran el patrimonio artístico, histórico o cultural, a la pena de tres años y seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y multa de nueve meses, con una cuota diaria de diez euros, con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Al segundo de los acusados se le condena como autor de un como autor de un delito de receptación del artículo 298.1 y 2 del Código Penal, a la pena de un año y tres meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

Asimismo, al párroco se le obliga a indemnizar al Obispado de Mondoñedo-Ferrol, por los efectos no recuperados, en la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia, con la aplicación a la misma de los artículos 576 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1108 del Código Civil.

1.2. Cuestiones planteadas

El recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por la representación procesal del párroco basándose en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por infracción de precepto constitucional, al amparo del apartado 4 del artículo 5 Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución, considerando que no existe prueba de cargo suficiente para tal condena. Entiende, además, que el recurso está motivado por infracción de ley en relación a los artículos referidos a la apropiación indebida, la aplicación del subtipo agravado por ser los bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico y la aplicación de continuidad delictiva conforme al artículo 74 del Código Penal. También se fundamenta como motivo para el recurso que la sentencia de instancia, dictada por la Audiencia Provincial de Lugo, no se pronuncia sobre la aplicación de la atenuante de proceder al reintegro de los objetos.

1.2.1. La vulneración del principio de presunción de inocencia.

La primera cuestión alegada por la defensa del acusado fue la vulneración del artículo 24.2 de la Constitución (derecho a la presunción de inocencia) por negar que exista prueba de cargo suficiente para la condena. Se reprocha que no se cite ninguna de las pruebas, ni directas ni indiciarias, en base a las cuales se atribuye dicha conducta, cuando nadie manifestó haber visto al recurrente apoderarse de objeto religioso alguno. Finalmente incide en este motivo añadiéndose que en cuanto a los bienes entregados eran unos bienes inservibles y muy deteriorados; donde la inclusión entre los mismos de la talla de San Francisco, se debió a un error excusable sufrido por el recurrente, precisamente, por su mal estado.

El control casacional sobre la observancia del principio de presunción de inocencia no consiste en una nueva valoración de las pruebas practicadas en la primera instancia. El Tribunal Supremo a través del recurso de casación solo puede determinar si la prueba de cargo fue suficiente y válida para desvirtuar dicho principio.

Como es sabido el principio de presunción de inocencia se proclama constitucionalmente en el artículo 24 de nuestra Carta Magna y está considerado como soporte de los demás derechos fundamentales y por ende garante de la mayoría de los principios penales⁴.

El principio de presunción de inocencia se proyecta en tres sentidos: de manera *pre-procesal* que proscribe que el legislador elabore tipos delictivos empleando fórmulas basadas en presunciones de hechos o sospechas de culpabilidad; de modo *extra-procesal* que impide declarar la culpabilidad de una persona antes de desarrollarse el proceso penal en los términos previstos en el artículo 24.2 de nuestra Constitución y en tercer lugar en el *plano procesal* que significa que toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria válida⁵, impidiendo la condena sin pruebas⁶, además requiere de pruebas lícitas y suficientes⁷.

La falta de claridad de los hechos probados, como motivo para interponer el recurso de casación que puede afectar al principio de presunción de inocencia (y por ende al de culpabilidad) en virtud del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se aprecia cuando en el relato fáctico existe una insuficiencia

4. Elena GÓRRIZ ROYO: “Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, *Teoría y Derecho*, núm. 14, 2013, pág. 199.

5. Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999, de 27 de abril, Fundamento Jurídico núm. 14; Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998, de 6 de mayo.

6. Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de julio, Fundamento Jurídico núm. 2.

7. Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2018, de 13 de diciembre.

descriptiva que impide su adecuada comprensión o lo haga difícilmente inteligible. Esta suerte de vicio impide la correcta subsunción de los hechos en la calificación jurídico penal.

En el caso examinado el Tribunal Supremo estima que la lectura del relato de hechos probados, que consta en la sentencia de la Audiencia Provincial, no adolece de esa falta de claridad que impida una correcta subsunción de los hechos. Pues se desprende, sin ningún género de dudas, qué tipo de conducta desarrolló el condenado, la condición de los bienes desaparecidos y cuáles de ellos han sido recuperados y los que no lo han sido.

Los límites del control de la presunción de inocencia en la instancia de la casación fueron expuestos en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 700/2015 de 17 de noviembre donde indica que el control casacional, no es la mera constatación de si ha habido actividad probatoria desarrollada por el tribunal, pues, por lo general, no hay juicio en el que no se hayan propuesto y practicado medios de prueba, sino que consiste en la constatación de si este ha operado con la racionalidad exigible en el desarrollo de la inducción probatoria, que es una asignación de valor a los datos de esta clase, de signo incriminatorio o exculpatario, que concurran. Es decir, para que, mediante un juicio sobre el juicio, se llegue a la conclusión razonada de si, en efecto, ha existido no solo actividad probatoria, sino efectiva prueba que pruebe.

El control casacional previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fundándose en la infracción de precepto constitucional, el artículo 24.2 de la Constitución relativo al derecho a la presunción de inocencia, no reside en este caso en una nueva valoración de las pruebas. Tal control se limita a constatar la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia. En tal sentido la prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y, por

otra parte, la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio.

En el caso quedan claros una serie de elementos fácticos de importancia que son útiles para desmontar la presunción de inocencia e igualmente de necesaria consideración para realizar la subsunción jurídica. En primer lugar, que el condenado era párroco de las iglesias donde desaparecieron los objetos tal y como corroboraron los vecinos de las localidades pertenecientes a las parroquias. También que dicha desaparición se debió a disposición de los objetos reconocida por el párroco en el plenario. Finalmente quedo suficientemente probada mediante la prueba de testigos la efectiva intención apropiatoria.

1.2.2. La calificación jurídica de las conductas.

Los condenados en la sentencia de la Audiencia Provincial lo fueron por los siguientes delitos:

- Delito continuado de apropiación indebida del entonces aplicable artículo 252 del Código Penal (hoy recogida dicha figura delictiva en el artículo 253⁸.) en relación con el artículo 250.1.3^o junto con la atenuante de dilaciones indebidas.
- Delito de receptación teniendo en cuenta la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas. La condena por el delito de receptación se impuso al otro condenado que no recurre en casación. Por este mo-

⁸ La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en su artículo único "Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal" en su apartado ciento veintisiete modifica la rúbrica de la Sección 2.^a del Capítulo VI del Título XIII del Libro II, que pasa a denominarse «De la administración desleal» y que comprenderá el artículo 252, por su parte el apartado ciento veintinueve añade una Sección 2.^a bis al Capítulo VI del Título XIII del Libro II, con la rúbrica «De la apropiación indebida», que comprenderá los artículos 253 y 254.

tivo no se entra a analizar su conducta en el presente comentario.

El recurso de casación por infracción de ley de acuerdo con el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se fundamenta en primer lugar por la inexistencia del ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo no entendiéndose dolosa su conducta. En segundo lugar porque consideran que los bienes no integran el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico y no se da la presencia del elemento normativo que permita la agravación penológica de la conducta. Finalmente invoca vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación de la pena en concreto con la regla penológica prevista en la continuación delictiva.

a) El delito de apropiación indebida

El delito de apropiación indebida se sustancia sobre la base del abuso de confianza⁹. Consiste en apoderarse de cualquier cosa mueble recibida en virtud de un título que obliga a devolverla con ánimo de lucro o de distracción, dando a la cosa un destino distinto y produciendo un perjuicio patrimonial¹⁰.

La jurisprudencia requiere para considerar cometido este delito tipificado en el artículo

⁹ José Luis GONZÁLEZ CUSSAC: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, en José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (coord.): *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 7ª ed., pág. 459.

¹⁰ El tipo objetivo del delito de apropiación indebida se asimila a una obra de teatro dividida en tres actos: en el primer o se pone un bien mueble en manos del autor; el segundo acto se da cuando el autor realiza un acto de disposición sobre el bien mueble; el tercer acto es el resultado consistente en la expropiación del bien. Adán NIETO MARTÍN, A. “Administración desleal y apropiación indebida” en Norberto J. de la MATA BARRANCO, Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER, Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ y Adán NIETO MARTÍN: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 242-243

253 del Código Penal (previo a la reforma del año 2015 recordemos que era el artículo 252) los siguientes elementos: a) una inicial posesión regular o legítima por el sujeto activo, del dinero, efecto o cualquier otra cosa mueble, incluyendo los «valores» o «activos patrimoniales»; b) que el título por el que se ha adquirido dicha posesión sea de los que producen obligación de entregar o devolver la cosa o el dinero (la misma cantidad); c) que el sujeto activo rompa la confianza o lealtad debida, mediante un acto ilícito de disposición dominical, que siendo dinero debe tratarse de un acto definitivo sin retorno; d) conciencia y voluntad del agente de disponer de la cosa como propia o darle un destino distinto al pactado, determinante de un perjuicio ajeno¹¹.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo número 280/2022, de 23 de marzo¹². “El núcleo de la tipicidad en el delito de apropiación indebida no reside en el incumplimiento de cualquier obligación de reintegro de una cosa recibida. El tipo protege solo frente al incumplimiento de aquellas obligaciones que vienen amparadas por un título contractual que excluye, precisamente, que mediante la previa entrega de la cosa el receptor devenga en titular o, deviniendo, oblique, sin embargo, a darles un determinado destino. La antijuricidad específicamente penal reside, en el aprovechamiento, para hacerse dueño, del contrato que permite solo el acceso a la posesión de la cosa -apropiación en sentido estricto-, o del que impone dar al bien un determinado destino – distracción”.

El delito de apropiación indebida tiene como bien jurídico protegido la propiedad. En este caso los bienes eran pertenecientes a las parroquias integrantes a la Diócesis de Mondoñedo-Ferrol y algunos estaban recogidos en el Inventario Artístico de Lugo y su provincia, otros se hallaban relacionados en la lista de bienes de la Iglesia católica y el

¹¹ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 346/2018, de 11 de julio de 2018. Roj: STS 3094/2018- ECLI:ES:TS:2018:3094

¹² Roj: STS 1104/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1104

Ministerio de Cultura. Esta circunstancia tendrá importancia en relación al carácter histórico o cultural de los mismos, cuestión a la que nos referiremos con posterioridad cuando se aborde el asunto penológico.

El delito de apropiación indebida es un delito de los llamados especiales al requerir de una serie de características especiales a su autor. Las características especiales están en relación, en primer lugar, con el título por el que se ha recibido la cosa mueble, *depósito, comisión o por otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla*, que implica una relación de confianza y en segundo lugar por el hecho de la recepción de la cosa. Razones que impiden que pueda ser sujeto activo de este delito el propietario de la cosa.

El delito de apropiación indebida, atendiendo a los elementos que antes han sido expresados, se produce por la mutación que el sujeto activo hace al convertir el título inicialmente legítimo y lícito en titularidad ilegítima, cuando intencionadamente rompe la confianza depositada en él que determinó la entrega inicial de la cosa.

Conforme al canon 523 del Código de derecho canónico la provisión del oficio de párroco compete al Obispo diocesano y conforme al canon 532 el párroco representa a la parroquia en todos los negocios jurídicos, conforme a la norma del derecho; debe cuidar de que los bienes de la parroquia se administren de acuerdo con la norma de los cánones 1281¹³ a 1288.

¹³. Canon 1281§ 1. Quedando firmes las prescripciones de los estatutos, los administradores realizan inválidamente los actos que sobrepasan los límites y el modo de la administración ordinaria, a no ser que hubieran obtenido previamente autorización escrita del Ordinario.

§ 2. Debe determinarse en los estatutos qué actos sobrepasan el límite y el modo de la administración ordinaria; y si los estatutos no prescriben nada sobre esta cuestión, compete al Obispo diocesano, oído el consejo de asuntos económicos, determinar cuáles son estos actos para las personas que le están sometidas.

De la normativa canónica se extrae por un lado que la condición de párroco del condeñado le confiere la posibilidad de ser sujeto activo del delito de apropiación indebida en este supuesto al habersele confiado la administración y custodia de los bienes pertenecientes a sus parroquias¹⁴.

En segundo lugar, no puede ni disponer de los citados bienes ni tampoco acordar restaurarlos¹⁵, en su caso simplemente puede promover la restauración. Por lo tanto, carecía de legitimidad para realizar los actos de disposición realizados. El título por el que se reciben los bienes se relaciona con la función propia de los párrocos consistente en la administración ordinaria de los bienes de sus parroquias en nombre de la Iglesia y conforme

§ 3. A no ser que le haya reportado un provecho, y en la medida del mismo, la persona jurídica no está obligada a responder de los actos realizados inválidamente por los administradores; pero de los actos que éstos realizan ilegítima pero válidamente, responderá la misma persona jurídica, sin perjuicio del derecho de acción o de recurso de la misma contra los administradores que le hubieran causado daños.

¹⁴. Ello sin perjuicio de la aplicación del Canon 1377 Quien enajena bienes eclesiásticos sin la licencia prescrita, debe ser castigado con una pena justa.

¹⁵. Canon 1189 Cuando hayan de ser reparadas imágenes expuestas a la veneración de los fieles en iglesias u oratorios, que son preciosas por su antigüedad, por su valor artístico o por el culto que se les tributa, nunca se procederá a su restauración sin licencia del Ordinario dada por escrito; y éste, antes de concederla, debe consultar a personas expertas.

Canon 562 Bajo la autoridad del Ordinario del lugar y respetando los estatutos legítimos y los derechos adquiridos, el rector de la iglesia tiene el deber de cuidar de que las funciones sagradas se celebren en la misma dignamente, de acuerdo con las normas litúrgicas y las prescripciones de los cánones, de que se cumplan fielmente las cargas, **se administren con diligencia los bienes**, se provea a la conservación y decoro de los objetos y edificios sagrados, y no se haga nada que de cualquier modo desdiga de la santidad del lugar y del respeto debido a la casa de Dios.

a derecho¹⁶. El título le transfiere la posesión de los bienes pero no su dominio. Hemos de recordar que la reforma del Código Penal del año 2015 ha suprimido en el delito de apropiación indebida la referencia a la “administración”¹⁷. Recordamos que los hechos fueron cometidos por el párroco antes de la entrada en vigor de la reforma del Código Penal del año 2015¹⁸, entre los años 2008 y 2012, por lo tanto el título relevante consiste en la administración y por lo tanto es de aplicación la apropiación indebida del anterior artículo 252.

Si el comportamiento delictivo se hubiera cometido en la actualidad podría discutirse si se trataría de una administración desleal del actual artículo 252¹⁹ o una apropiación indebida del vigente artículo 253 del Código Penal dándose la posible presencia de un concurso aparente de normas penales. La penalidad de las dos figuras delictivas es la misma. La di-

¹⁶. Canon 1283

¹⁷. La redacción anterior del artículo 252 referido a la apropiación indebida decía: “Serán castigados con las penas del artículo 249 o 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o **administración**, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable”.

¹⁸. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (*BOE*, núm. 77, 31 de marzo de 2015).

¹⁹. Artículo 252.

1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, **los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno**, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, **las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.**

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

ferencia entre ambas figuras delictivas se relaciona en que la actual administración desleal supone el incumplimiento de las obligaciones mediante el abuso y extralimitación²⁰ de las facultades de administración inicialmente atribuidas sobre el patrimonio ajeno. El administrador se caracteriza porque el titular del patrimonio le da poderes muy similares a los que tiene para realizar negocios jurídicos frente a terceros y lo gestione internamente. La figura delictiva de la administración desleal no contiene ninguna referencia expresa a algún elemento subjetivo típico como el “ánimo de lucro” o el actuar “en beneficio propio o de un tercero”. El dolo en este delito estima González Cussac²¹ que consiste en asumir que la acción infractora del deber crea un riesgo de perjuicio patrimonial. Sin embargo la apropiación indebida requiere que la conducta tenga por finalidad de incrementar el propio patrimonio lo que evidencia un ánimo de lucro.

Es precisamente el ánimo de lucro una de las cuestiones invocadas en el recurso de casación donde el recurrente niega la presencia de dicho elemento subjetivo. Ciertamente la sentencia de casación no profundiza sobre esta cuestión en su resolución. Con la justificación que el Tribunal Supremo debe guardar el máximo respeto a los hechos probados por la sentencia de instancia y atendiendo que en los hechos probados de la sentencia de instancia se indica “que el acusado, con ánimo de ilícito enriquecimiento, se apoderó e incorporó a su patrimonio, disponiendo de los mismos como propios” se da por zanjado la cuestión del ánimo de lucro y la presencia del dolo en el caso cuando queda acreditado que hubo objetos de los que se apropió el párroco.

El sujeto activo del delito de apropiación indebida ha de cometer su comportamiento

²⁰. José Luis GONZÁLEZ CUSSAC: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” cit., pág. 451.

²¹. José Luis GONZÁLEZ CUSSAC: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” cit., pág. 458.

conociendo que sobre la cosa mueble que se le ha entregado pesa la obligación de devolverla como componente del elemento intelectual del dolo junto al elemento subjetivo del tipo consistente en el ánimo de enriquecimiento que implica un *animus rem sibi habendi*, lo que hace que necesariamente este tipo de delito sea doloso.

En el *iter criminis* se distinguen dos momentos: el inicial, cuando se produce la recepción válida, y el subsiguiente, cuando se produce la apropiación con ánimo de lucro, de lo recibido, lo que constituye deslealtad o incumplimiento del encargo recibido. La posición mayoritaria en la doctrina sostiene que es necesario un resultado consistente en el perjuicio por lo tanto el delito no se consuma en el momento en que se recibe la cosa sino cuando la posesión legítima se convierte en ilegítima²².

Finalmente el perjuicio requerido consiste en la pérdida del valor económico experimentada en el patrimonio del propietario de la cosa mueble.

b) El subtipo agravado, los bienes de la iglesia y el valor cultural

Empleamos la terminología subtipo agravado porque en este delito existe la alternativa de castigar la apropiación indebida con la misma pena que la señalada para el tipo básico de estafa (recogido en el artículo 249 del Código Penal) o con la correspondiente al subtipo agravado del delito de estafa (artículo 250). En el caso estudiado la Audiencia Provincial en su sentencia optó por considerar que existía un subtipo agravado por la condición de los bienes que fueron objeto del delito al tratarse de bienes que integran el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

La Iglesia Católica es titular de un vasto patrimonio cultural ubicado en nuestro estado que se encuentra disperso y está expuesto a

²². Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 719/2022, de 14 de julio de 2022. Roj: STS 3098/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3098

riesgo de deterioro, pérdida y expoliación. Según el derecho canónico, son bienes eclesiásticos los que pertenecen a una persona jurídica pública; solo estos bienes (los eclesiásticos) están sometidos al régimen jurídico estatutario de la iglesia católica en cuanto a su régimen de adquisición, administración y enajenación²³. de conformidad con lo previsto en el Libro V del Código de Derecho Canónico. Los bienes culturales pertenecientes a la Iglesia católica son mencionados expresamente en el artículo 28.1, en la Disposición Transitoria 5^a²⁴. y en el artículo 49.3 de la Ley de Patrimonio Histórico Español. Recordemos que el artículo 28 de la Ley de Patrimonio Histórico Español señala que los bienes muebles declarados de interés cultural y los incluidos en el Inventario General que estén en posesión de instituciones eclesiásticas no podrán transmitirse a particulares ni a entidades mercantiles. Atendiendo a la Ley de Patrimonio Histórico Español tales bienes únicamente pueden adquirirse por otra entidad eclesiástica, por el Estado o por un ente público secular (administración estatal, autonómica, provincial o municipal). En principio los bienes culturales pertenecientes a la

²³. Canon 1257 § 1. Todos los bienes temporales que pertenecen a la Iglesia universal, a la Sede Apostólica o a otras personas jurídicas públicas en la Iglesia, son bienes eclesiásticos, y se rigen por los cánones que siguen, así como por los propios estatutos.

²⁴. De conformidad con lo expuesto en la Disposición adicional única "Modificación del plazo previsto en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, en relación con el Inventario de Bienes Muebles de la Iglesia" de la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 102, de 29 de abril de 2021) se amplía de nuevo por cinco años el plazo de 10 años siguientes a la entrada en vigor de la Ley Patrimonio Histórico Español, previsto en su Disposición Transitoria 5^a, en relación con el Inventario de Bienes Muebles de la Iglesia, donde lo dispuesto en el artículo 28.1 de la ley se entenderá referido a los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español en posesión de las instituciones eclesiásticas.

Iglesia Católica se someten al régimen jurídico de la Ley de Patrimonio Histórico Español²⁵.

Hay bienes pertenecientes a la iglesia que no están destinados al culto y otros que sí lo están. En estos últimos confluyen por una parte el derecho a la cultura de todos los ciudadanos y por otra parte el derecho a la libertad religiosa de los ciudadanos católicos cuando esos objetos están destinados al culto. Para compatibilizar el ejercicio de ambos derechos se ha hecho preciso una política de colaboración entre la Iglesia Católica por medio de sus respectivas Diócesis²⁶ y las administraciones competentes para la protección del patrimonio cultural para compatibilizar el interés cultural y religiosos de esos bienes. Así dicha cooperación se ha materializado por medio de convenios implementados por el Ministerio de Cultura, las Comunidades Autónomas y la Iglesia Católica para incluir en el Inventario General determinados bienes culturales que están en posesión de distintas Instituciones eclesiásticas. También por medio de convenios y/o con la creación de una Comisión Mixta (administración autonómica-diócesis correspondiente) se sustancia el deber de colaborar con las administraciones públicas autonómicas o locales para la protección, conservación y difusión de los bienes pertenecientes a la Iglesia Católica.

En este caso se discutía por el recurrente el valor cultural de los bienes apropiados sobre

²⁵. Lourdes LABACA ZABALA ,M.L., “El patrimonio cultural de la Iglesia Católica en España”, *RIIPAC*, núm. 3/2013, pág. 75.

²⁶. Ricardo GARCIA GARCÍA: “El desarrollo de órganos administrativos de cogestión para la defensa y promoción del Patrimonio histórico, artístico y cultural de titularidad de la Iglesia Católica en las Comunidades Autónomas”, en María ROCA FERNÁNDEZ y Maróa Olaya GODOY (coords.): *Patrimonio Histórico-Artístico de la Iglesia Católica Régimen Jurídico de su gestión y Tutela*, OLAYA Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 456; Véase Raquel TEJÓN SÁNCHEZ: “Los bienes culturales de interés religioso en la Ley de Patrimonio Cultural de Castilla y León”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 9, 2005, págs. 167-196.

la base que no se trataban de bienes catalogados como de interés cultural para evitar la aplicación de la agravación. Sobre esta cuestión se recuerda que la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 181/1987, de 17 de septiembre ha considerado que el patrimonio cultural, como objeto de tutela penal de acuerdo con lo expresado en el artículo 46 de la Constitución, no abarca exclusivamente a aquellos bienes que han sido objeto de una previa declaración administrativa reconociendo su valor como tal sino que tal tutela penal debe incluir a los bienes que intrínsecamente presentan dicho valor con independencia de la existencia de su previa catalogación²⁷. Solo con este entendimiento se posibilita la tutela penal a los bienes de valor histórico ocultos o no descubiertos; los que por la desidia de su titular no han podido ser objeto de tal declaración; los que a consecuencia de la ralentización de la burocracia no han obtenido su declaración de interés o han podido ser inventariados; los excluidos de dicha catalogación a consecuencia de una decisión de la administración errónea y finalmente los que por el falseamiento de datos en el procedimiento administrativo no han obtenido dicha catalogación o acceso al inventario.

No obstante, la alegación es rechazada por la conjunción del motivo antes comentado y la presencia de dos objetos entre los dispuestos, que, si quedaba acreditada su relevancia cultural, y que además estaban incorporados al patrimonio histórico de la provincia de Lugo.

²⁷. En igual sentido la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2019 núm. 641/2019 Roj: STS 4252/2019 - ECLI:ES:TS:2019:4252 comentada en la Revista Patrimonio Cultural y Derecho núm. 24 del año 2020 pp. 353-356. Esta cuestión se suscita también en otra sentencia de la Sala de lo Penal Tribunal Supremo del mismo año y que coincide también en el mismo tipo delictivo. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 827/2021, de 28 de octubre de 2021. Roj: STS 4047/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4047

a) El delito continuado: su regla penológica y otras cuestiones en la determinación de la pena en este caso.

En la dogmática penal se entiende por “delito continuado” la comisión por el mismo sujeto de una pluralidad de infracciones, que en virtud de la concurrencia de determinados requisitos que se recogen en nuestra legislación en el artículo 74 del Código Penal²⁸, se sustrae a las reglas del concurso de infracciones, y se considera unitariamente por el derecho, como un único delito.

En el delito continuado hay varios comportamientos típicos (que concuerdan con la descripción que del delito se hace en el artículo del Código Penal correspondiente) que corresponden a un delito y que se realizan bajo un mismo plan o en idéntica ocasión²⁹.

²⁸. Artículo 74 del Código Penal.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en **ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza**, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

²⁹. Según la Teoría de la Ficción estamos ante varias acciones /omisiones constitutivas de un concurso real de delitos pero que en virtud de una ficción se tratan como un único delito. Según la Teoría Realista estamos ante la presencia de único delito, no una ficción si hay unidad objetiva (que la lesión jurídica sea única y la misma) y subjetiva (hay un dolo único). La Teoría de la Realidad Jurídica entiende que estamos en presencia de una creación del derecho que se da cuando las diversas acciones/omisiones se realicen aprovechando idéntica

En principio no hay inconveniente que se pueda apreciar la continuidad delictiva en la apropiación indebida³⁰, pero dicha continuidad no cabe cuando se estime el subtipo agravado del artículo 250.1.4º referido al perjuicio total causado³¹.

La prescripción del delito continuado se computa desde la conclusión de la última unidad de acción típica realizada.

Fuera de toda duda queda que la continuidad delictiva es patente en el presente caso atendiendo a la dinámica de los hechos producida a lo largo del tiempo en la que existe la presencia de semejantes circunstancias, ocasiones y características en las disposiciones realizadas por el párroco sobre los bienes eclesiásticos y que perjudicaron al mismo sujeto pasivo representado por la Iglesia Católica. Se dan todos los elementos, la pluralidad de acciones están representadas por las distintas sustracciones, el aprovechamiento de idéntica ocasión se da porque el párroco sustrajo los bienes favoreciéndose de su condición de párroco para acceder a los bienes; se infringe el mismo precepto (el correspondiente a la apropiación indebida) todas esas infracciones son objeto de enjuiciamiento en el mismo procedimiento.

ocasión siendo improcedente hablar de unidad de dolo. Joisé Luis DIEZ RIPOLLES: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 598.

³⁰. Ver Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 505/2022, de 25 de mayo Roj: STS 1988/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1988.

³¹. Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007. Asunto Único: Conclusión del primer punto de la anterior Sala General, de fecha 18 de julio de 2007, relativo a la unificación de criterios en torno a la penalidad del delito continuado de estafa y apropiación indebida.

“*el delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración*”

En el caso examinado se apreció la aplicación de la circunstancia modificativa de dilaciones indebidas³². (en su modalidad simple) y ello, a la vista del tiempo que duró desde la iniciación del mismo (la incoación de las Diligencias Previas se realizó en el mes de enero del dos mil doce) y el transcurso de más de siete años hasta la celebración del acto de juicio oral.

Atendiendo a la pena establecida para la modalidad agravada del delito de apropiación indebida, por recaer sobre bienes de interés cultural, en su modalidad de delito continuado y aplicando la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas se individualizó la pena y acabo condenando al párroco con la pena de tres años y seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y multa de nueve meses con una cuota diaria de diez euros con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de un día de privación de libertad cada dos cuotas impagadas.

Siguiendo con cuestiones penológicas el recurrente añadió que no se tuvo en cuenta en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial la posibilidad de aplicar la atenuante del artículo 21.5 del Código Penal de reparación del daño. Para poder solicitar en casación la aplicación de la atenuante lo procedente es que la defensa hubiese interesado en su momento la aclaración de la sentencia tras haberse dictado conforme a los artículos 161.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 267.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No obstante, el Tribunal Supremo entró a valorar la oportunidad sobre su concesión partiendo del hecho

³². La aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas está siendo una constante en procesos que afectan a bienes pertenecientes al patrimonio histórico recordemos la Sentencia núm. 94/2019 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincia de Cádiz, de 5 de abril de 2019 ECLI:ES:APCA:2019:1495 que fue comentada en Juan José PERIAGO MORANT: “Crónica de jurisprudencia pen. Año 2019, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 24, 2020, págs.. 357-361.

que en el momento de las conclusiones en la vista oral la defensa solicitó su estimación.

El fundamento de la atenuante de la reparación del daño se basa en la existencia de un acto de reparación que compense el desvalor del resultado delictivo. La reparación del daño es una circunstancia que ocurre después de la consumación del delito por ello la mayoría de los autores niegan que la compensación pueda influir sobre el grado de antijuridicidad o culpabilidad situando su fundamento en el nuevo interés político criminal de fomentar que se de satisfacción al ofendido³³. Lo que llevaría a cuestionar si hay un menor merecimiento de pena en función de la aptitud de satisfacer los intereses vulnerados de la víctima y de la capacidad de reparación manifestada por el victimario, puesto que no siempre económicamente se pueda dar lugar a la completa satisfacción de la víctima por ejemplo cuando estamos ante bienes de valor incalculables³⁴.

En delitos patrimoniales, como el nos ocupa donde la restitución de las cosas sustraídas o cuando se satisface el importe económico, esta suerte de anticipación de la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito (a la que queda prácticamente equiparada) tiene efectos penológicos disminuyendo de forma significativa la pena a imponer al autor del delito. Así como señala GARRO CARRERA esta equiparación conduce a que un infractor solvente verá automáticamente su pena rebajada³⁵. En el caso examinado únicamente queda como responsabilidad civil, a satisfacer por el condenado, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por los efectos no

³³. Enara GARRO CARRERA y Adela ASUA BATARRITA: *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, Tirant lo Blanch, , Valencia, 2008, págs. 23-24.

³⁴. Ver Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 4 de septiembre de 2006 ECLI:ES:APSE:2006:1021

³⁵. Enara GARRO CARRERA y Adela ASUA BATARRITA: *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria* cit., pág. 46.

recuperados que aparecen en los hechos probados.

Ciertamente se produjo la entrega, por parte del condenado, de una significativa parte de los efectos sustraídos. La atenuante parte de un hecho objetivo, que no requiere elementos subjetivos tales como la contrición o la asunción del hecho, sino tan solo la efectiva reparación, que tampoco precisa que sea total, y dado que se produjo la restitución de una buena parte del número de los objetos sustraídos, incluso con anterioridad al inicio del procedimiento, condujo a que la aplicación de la atenuante de reparación sea estimada en este recurso.

En cuanto a la penalidad del caso hemos de tener presente que estamos ante un delito continuado de apropiación indebida, que al ser un delito contra el patrimonio dentro del régimen penológico del delito continuado contiene una regla específica en el artículo 74.2 (imponer la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado o la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas), si bien hay que decir, que la regla del artículo 74.2 no es incompatible con la prevista en el número uno (imponerla en su mitad superior) como aquí ocurre. Para haber estimado la posibilidad de imponer la pena superior en uno o dos grados si que es preciso que se den conjuntamente la notoria gravedad del hecho y el perjuicio de una generalidad de personas. En este caso se entendió que afectó a un perjudicado desde la perspectiva económica representada por la Iglesia Católica con la Diócesis de Mondoñedo-Ferrol y no a una generalidad de personas; entender que la Diócesis consista en una generalidad de personas supondría una interpretación extensiva en perjuicio del reo.

Veamos a continuación como se determina la pena en este caso. La pena básica es la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses (artículo 250 del Código Penal por recaer la apropiación indebida sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico). Por aplicación de la conti-

nuidad delictiva se debe aplicar la pena en su mitad superior lo que determinaría la horquilla de pena de prisión de tres años a seis años y multa de nueve a doce meses. Finalmente, al concurrir ahora dos atenuantes (al haberse apreciado en casación la atenuante de reparación del daño junto con la que se aplicó en instancia de dilaciones indebidas) y ninguna agravante es preciso realizar una nueva operación penológica, marcada en el artículo 66.1.2ª del Código Penal, que indica que los tribunales aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

En este caso solo se rebaja un grado por la naturaleza postdelictual de la atenuante y porque la restitución no ha sido íntegra decidiéndose finalmente que la pena sea de dos años y seis meses de prisión y una multa de seis meses con una cuota diaria de diez euros.

2. Sentencia número 528/2021 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de noviembre de 2021 (*Falsificación cuadro atribuido a Frida Kahlo*)³⁶.

Resumen:

El acusado, esposo de la propietaria de un cuadro atribuido a Frida Kahlo falsifica un informe elaborado por la Jefa de Colecciones del Museo Reina Sofía y el Informe del Ministerio Fiscal en los que se hace constar que hay una opinión generalizada que pone en duda la autenticidad de la obra con la finalidad de hacerla pasar por auténtica y lograr su enajenación.

2.1. Antecedentes.

Se interpone recurso de apelación a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nú-

³⁶. Roj: SAP M 13896/2021 - ECLI:ES:APM:2021:13896. Ponente Ilmo. Sr. Magistrado Jacobo Vigil Levi

mero dieciocho de Madrid en el Procedimiento Abreviado número 247/2020.

Los hechos consisten en que el acusado, esposo de la propietaria de un cuadro atribuido a la pintora Frida Kahlo titulado “*Piden Aeroplanos y les dan alas de petate*” modifica burdamente el informe de 27 de mayo de 2014 sobre la autoría de dicho cuadro realizado por la Jefa de Colecciones del Museo Reina Sofía en el que originariamente decía “...hay una opinión generalizada que pone en duda la autenticidad de la obra objeto de este informe, aunque tampoco nadie asegura por escrito su falsedad...” diciendo “...hay una opinión generalizada que la obra es verdadera...”. La falsificación se hizo con ánimo de hacer pasar la obra por auténtica para su exportación. La conclusión del informe falso reelaborado adolecía naturalmente de incongruencia con el cuerpo del resto del informe generando dudas en las personas que tuvieron acceso al mismo y alertando de ello a la Jefa de Colecciones del Museo Reina Sofía que al ver este documento se percató de su falsedad.

Este hecho supuso la apertura de un procedimiento penal que permitió al condenado acceder al informe que emitió en el mismo el Ministerio Fiscal y bien personalmente o por otra persona altero este último documento.

La manipulación de ambos documentos habría tenido por finalidad aparentar la efectiva autoría de la obra por Frida Kahlo para proceder a su venta en subasta, autoría que a partir de ambos documentos resultaba dudosa.

En el año 2019, el acusado se puso en contacto con una marchante de arte, con el propósito de poner la obra a la venta, poniendo a su disposición la documentación que levantó sospechas en la Sala de subastas Christie’s que, alertada de la posible falta de autenticidad de la obra, por un previo intento de venta en el año 2017 en el que no consta si se presentó la documentación original o la falsificada, rechazó la obra, tras detectar la existencia de incongruencias en el informe y confirmar con la Jefa de Colecciones del Museo Reina Sofía que el mismo había sido falsificado.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número dieciocho de Madrid en el Procedimiento Abreviado número 247/2020 condenó como autor de un delito de falsedad en documento oficial del artículo 392 del Código Penal en relación con el artículo 390.1.1º del mismo texto legal, en relación de concurso medial del artículo 77.3 del Código Penal con un delito de estafa en grado de tentativa de los artículos 248.1, 249, 16 y 62 del Código Penal, a las penas de ocho meses prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, sin que proceda pena inferior al no reconocer los hechos, y pena de multa de ocho meses con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas y al abono de las costas del procedimiento.

2.2. Cuestiones planteadas

El recurrente plantea recurso de apelación a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal invocando error en la apreciación de la prueba infracción, por su indebida aplicación del artículo 248 del Código Penal que define el tipo de estafa e infracción de los preceptos reguladores de la individualización de la pena.

Sin extendernos en la cuestión relativa a la práctica de prueba en la que la sentencia de apelación manifiesta que ciertamente no existe prueba directa de la autoría de la manipulación falsaria de los documentos, atribuida al acusado o a un tercero a su orden. Será preciso, que a falta de dicha prueba, se acuda a la valoración de los indicios concurrentes. Respecto del valor de la prueba de indicios ha sido reiteradamente considerada apta, como prueba de cargo bastante para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, tanto por nuestra jurisprudencia constitucional³⁷. como por la de nuestro Tribunal Supremo³⁸. En este caso, el motivo para

³⁷. Ver Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 128/2011, de 18 de julio; Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 175/1985 de 17 de noviembre

rechazar la pretensión del recurrente se basa en, que dos son los elementos a considerar: la disponibilidad por parte del acusado y sólo por el acusado de los referidos documentos y, en segundo lugar, el interés que a éste cabe atribuir en generar una apariencia de la atribución de la obra a una reputada autora.

No resulta creíble que el acusado desconociera el cambio producido en los documentos, que no leyera en fin lo que entregaba a la marchante precisamente para respaldar la autenticidad de la obra.

En cuanto al interés del acusado en aparentar lo contrario a lo que de los documentos originales parecía deducirse decir, que el acusado promueve en dos ocasiones la venta del cuadro como atribuido a Frida Kahlo, puesto que de ser cierta la atribución, su precio sería muy superior. Los documentos en cuestión fueron entregados precisamente porque respaldaban esta autoría de manera que, en caso contrario, no habrían sido aportados.

A partir de lo expuesto la Audiencia Provincial con buen criterio concluye que la apreciación de la prueba realizada en la sentencia de instancia no fue errónea incompleta o contradictoria y por tanto es válida y apta para desvirtuar la presunción de inocencia.

2.2.1. La falsificación de cuadros y el delito de estafa

En el relato de hechos probados se establece lo siguiente “En el año 2019, el acusado se puso en contacto con una marchante de arte, con el propósito de poner la obra a la venta, poniendo a su disposición la documentación que levantó sospechas en la Sala de subastas Christie’s que, alertada de la posible falta de autenticidad de la obra, por un previo intento de venta en el año 2017 en el que no consta si se presentó la documentación original o la fal-

³⁸. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 803/2022, de 6 de octubre. Roj: STS 3663/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3663; Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 598/2021, de 7 de julio Roj: STS 2860/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2860

sificada, rechazó la obra, tras detectar la existencia de incongruencias en el informe y confirmar con la Jefa de Colecciones del Museo Reina Sofía que el mismo había sido falsificado”.

El tratamiento de las falsificaciones de bienes culturales en nuestro sistema de justicia penal es reconducido a la aplicación del delito de estafa del tipo básico del artículo 248.1 del Código Penal.

El Código actual regula la estafa en la Sección 1ª del capítulo VI (De las defraudaciones) del Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) del Libro II; en un capítulo que se compone por una serie de secciones dedicadas la primera a las estafas, la segunda a la administración desleal, una sección segunda bis a la apropiación indebida y una tercera a las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, respectivamente.

El concepto de estafa no es simplemente una suma de elementos, sino que se requiere un nexo ideal o de motivación entre ellos, como señalan González Cussac y Cuerda Arnau³⁹, de tal manera que el engaño ha de motivar (producir) un error que induzca a realizar un acto de disposición que determine un perjuicio que tenga trascendencia en el patrimonio propio o en el de una tercera persona.

Los elementos que estructuran el tipo objetivo en el delito de estafa en la jurisprudencia⁴⁰ son los siguientes: engaño, error, acto de disposición, perjuicio y ánimo de lucro.

³⁹. José Luis GONZÁLEZ CUSSAC y María Luisa CUERDA ARNAU: “Estafas”, en Antonio CAMACHO VIZCAÍNO (dir): *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 634.

⁴⁰. Según se establece en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 465/2012, de 1 de junio Roj: STS 3813/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3813; Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 624/2022, de 23 de junio Roj: STS 2623/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2623; Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 592/2022, de 15 de junio Roj: STS 2320/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2320.

Es sabido que el engaño es el elemento más característico del delito de estafa⁴¹. puesto que sin engaño no hay estafa. El engaño típico en el delito de estafa es una conducta que tiene finalidad defraudatoria y que reúne la idoneidad suficiente para provocar un error en la víctima. Como características del engaño es que ha de ser precedente, bastante y causante del desplazamiento patrimonial. El engaño es penalmente típico cuando sea bastante. Por bastante se entiende el que es capaz de provocar el error en la víctima venciendo los mecanismos de autoprotección que le son exigibles.

El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción. El error debe ser el detonante del acto de disposición patrimonial. Por lo tanto, si tal disposición no tiene su origen en el error producto del engaño sino en otra razón como puede ser la falta de diligencia no existirá la estafa.

La causalidad ideal o relación consecuen- cial mencionada anteriormente que hace que la estafa no sea simplemente una mera suma de elementos implica que, en efecto, los elementos examinados anteriormente induzcan a un acto de disposición tal como exige el tipo.

El perjuicio es otro de los elementos de la estafa y sin este elemento no hay estafa consumada. Bajo Fernández⁴². pone el ejemplo de la inexistencia del delito de estafa por falta de perjuicio cuando se vende un cuadro de Zurbarán afirmando ser de Murillo cuando dicho cuadro se vende al justo precio de mercado.

La estafa queda consumada cuando se ha producido el desplazamiento patrimonial a causa del acto de disposición con el consi- guiente perjuicio⁴³. Cuando no se produce el

⁴¹. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 512/2022, de 26 de mayo Roj: STS 1975/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1975.

⁴². Miguel BAJO FERNÁNDEZ: *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 50.

⁴³. Ver Sentencia de la Sección Tercera de la

desplazamiento patrimonial por causas inde- pendientes de la voluntad del autor existirá tentativa⁴⁴.

En el presente caso el acusado no llegó a realizar los actos propios de la ejecución del delito. Pese a que generó maniobras engañosas tendentes para producir en la marchante y en la sala de subastas la errónea creencia de la autenticidad del cuadro, lo cierto es que ni la marchante ni la sala de subastas serían las posibles compradoras de la obra. Considera la sentencia de apelación que los actos realizados por el acusado son en realidad actos prepara- torios de una posterior defraudación, pero no pueden ser considerados un principio de la ejecución. En puridad el acusado solo llegó a tomar contacto con la marchante que no llegó a hacer ninguna gestión para venderlo, es decir no se puso a la venta, por lo tanto, esta es la razón para no considerar que haya ni siquiera delito de estafa en tentativa, porque no se ha realizado ningún acto de ejecución.

2.2.2. Concurso de delitos: especial refe- rencia a las falsedades

En materia de concursos el delito de estafa concurre en una gran cantidad de ocasiones con el delito de falsedades al emplearse el do- cumento falso como instrumento idóneo para perpetrar el engaño. Este tema es especial- mente sensible en lo que se refiere a la cues- tión de las expertizaciones.

El problema del concurso con otros delitos es especialmente difícil cuando estamos ante un concurso entre la estafa y las falsedades en documento privado que se realizan para procurarse un provecho patrimonial ilícito y

Audiencia Provincial de Valencia núm. 189/2014, de 24 de marzo (ECLI: ECLI:ES:APV:2014:1414) que aprecia la tentativa del delito de estafa porque no puede decirse que como consecuencia de la con- ducta realizada por los acusados se haya ocasionado un perjuicio económico constatable objetivamente.

⁴⁴. Ver Sentencia de la Sala de lo Penal del Tri- bunal Supremo núm. 441/2004, de 5 de abril Roj: STS 2330/2004 - ECLI:ES:TS:2004:2330.

que, en la realidad, son medios para la comisión de estafa.

El problema es de difícil solución, teniendo en cuenta la existencia en nuestro Código Penal de las falsedades lucrativas en documentos privados como delitos autónomos distintos de las estafas.

El Tribunal Supremo⁴⁵ estima que la relación medial entre la falsedad de documento privado del artículo 395 del Código Penal y el delito de estafa debe reconducirse al concurso de normas del artículo 8 del Código Penal. Por regla general, la estafa absorberá la falsedad en la medida en que el perjuicio efectivamente causado engloba el engaño y ánimo de perjudicar. Sin embargo, en algunos supuestos particulares se aplica el principio de alternatividad penándose la sanción más grave aplicándose la regla del artículo 8.4. (por ejemplo, cuando la estafa no hubiera sido perfeccionada se examinará si la falsedad tiene más pena). La cuestión no está del todo clara, no hay unanimidad en el criterio jurisprudencial, si bien generalmente se inclinan nuestros tribunales por la absorción de este tipo de falsedades en las estafas, salvo que la falsedad tenga igual o mayor pena, castigando entonces sólo por falsedad.

No existe inconveniente, en cambio, para apreciar el concurso de delitos medial existente entre la estafa y la falsedad en documentos públicos, oficiales o mercantiles por aplicación del artículo 77.3 del Código Penal⁴⁶. Este es el que en principio parecía darse en el caso examinado. Frecuentemente aparece la falsificación de documento público, oficial o mercantil, de acuerdo con un plan unitario del autor, como una antesala a la posterior estafa en la que el documento falsificado es el instrumento del engaño.

⁴⁵. Ver Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 632/2016, de 23 de febrero Roj: STS 632/2016 - ECLI:ES:TS:2016:632.

⁴⁶. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 39/2007, de 26 de enero Roj: STS 408/2007 - ECLI:ES:TS:2007:408.

Al no haberse apreciado el delito de estafa en la sentencia que resuelve el recurso considera que debe deshacerse la regla del concurso medial (empleo del documento falso-el informe del Ministerio Fiscal- como medio para cometer la estafa) que exacerba la pena correspondiente.

En cuanto a la penalidad, la pena prevista para el delito de falsedad en documento oficial abarca desde los seis meses hasta los tres años de prisión y la multa seis a doce meses. Dado que no existe la presencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, supuesto para el cual debe reservarse el mínimo legal, y teniendo en cuenta la objetiva gravedad del hecho que afecto a un documento judicial y la intención defraudadora perseguida por acusado, se consideró adecuado elevar levemente la sanción sobre el mínimo legal e imponer la de siete meses de prisión y siete meses multa con la cuota de diez euros.

2.3. Otras cuestiones de interés: el concepto de obra pictórica falsa y la protección penal del falso pictórico.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico un concepto de obra pictórica falsa a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas penales, aunque en cierta manera pueda ayudar las conductas de falsificación de documentos del artículo 390 del Código Penal⁴⁷.

⁴⁷. Artículo 390.

1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

Existen legislaciones como la italiana cuyo artículo 518-quaterdecies de su Codice Penale⁴⁸. relativo “*Contraffazione opere d’arte*” castiga las conductas “*chiunque, al fine di trarne profitto, contraffà, altera o riproduce un’opera di pittura, scultura o grafica ovvero un oggetto di antichità o di interesse storico o archeologico*”. Con el primer término se refiere a la actividad que desarrolla una obra de arte totalmente falsa. El delincuente realiza una imitación fiel de la obra de arte, haciéndola pasar por auténtica al ser capaz de hacer creer a la comunidad que la obra proviene de un artista que, en realidad, no es su autor y enajenándola. Además en relación a la obra falsa castiga otras conductas relacionadas con ella. Fundamentalmente, las destinadas a introducir la obra en el tráfico jurídico, como el caso que nos ocupa⁴⁹.

⁴⁸. Este artículo (de reciente implantación por la Legge. 9 marzo 2022) .tiene su antecedente en el artículo 178 co 1 lett. a) D.Lgs. 42/2004 Codice dei beni culturali e del paesaggio, de 22 de enero de 2004.

⁴⁹. Art. 518-quaterdecies (Contraffazione di opere d’arte).

E’ punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 3.000 a euro 10.000:

1) chiunque, al fine di trarne profitto, contraffà’, altera o riproduce un’opera di pittura, scultura o grafica ovvero un oggetto di antichità o di interesse storico o archeologico;

2) chiunque, anche senza aver concorso nella contraffazione, alterazione o riproduzione, pone in commercio, detiene per farne commercio, introduce a questo fine nel territorio dello Stato o comunque pone in circolazione, come autentici, esemplari contraffatti, alterati o riprodotti di opere di pittura, scultura o grafica, di oggetti di antichità o di oggetti di interesse storico o archeologico;

3) chiunque, conoscendone la falsità’, autentica opere od oggetti indicati ai numeri 1) e 2) contraffatti, alterati o riprodotti;

4) chiunque, mediante altre dichiarazioni, perizie, pubblicazioni, apposizione di timbri o etichette o con qualsiasi altro mezzo, accredita o contribuisce ad accreditare, conoscendone la falsità’, come autentici opere od oggetti indicati ai numeri 1) e 2) contraffatti, alterati o riprodotti.

En la doctrina es discutido el concepto de obra pictórica falsa y no hay un acuerdo común⁵⁰. Tal vez una buena manera de entender el concepto de obra pictórica falsa es conocer el modus operandi en la falsificación de obra pictórica desde la perspectiva del delito de estafa especialmente desde la perspectiva de uno de sus elementos como es el engaño al hacer pasar por auténticas obras pictóricas que no lo son.

Encontramos 3 modalidades a nuestro entender partiendo del modelo italiano:

- La confección y alteración de obra pictórica.
- Las réplicas no autorizadas.
- La obra mendaz a través de una expertización fraudulenta o apoyándose en documentos falsos. Esta última modalidad es la que se presencia en el caso que se estudia

El artículo 248 del Código Penal relativo al delito de estafa se ocupa del falso pictórico . Nos referimos al delito del tipo básico, que fue protagonista inicial del caso, porque la agravación existente en el artículo 250, que castiga la estafa con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses,

⁵⁰. Una propuesta de concepto de obra pictórica falsa lo proporciona Casabó Ortí entendiendo la misma como:

- Cuando se crea una obra falseada.
- Cuando la obra es mendaz en el sentido de ser atribuida falsamente al autor que no la hizo. La falsificación tiene su origen no en la ejecución material de la obra sino en el proceso de atribución de su autoría (María Ángeles CASABÓ ORTÍ: *La estafa en la obra de arte*, Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, Murcia, 2014.

También PEÑUELAS REIXACH atendiendo a dos elementos como son el físico y el mental entiende que la obra es falsa “cuando su historia de creación ha sido distorsionada para aparentar lo que no es con la intención de engañar a terceros”. PEÑUELAS I REIXACH, Ll. *Autoría, autentificación y falsificación de obras de arte*, Editorial Polígrafa, Barcelona, 2013, p. 103

cuando recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico, no es aplicable según nuestra jurisprudencia, que entiende que no hay afectación al patrimonio histórico o artístico porque el bien falsificado carece ontológicamente de la condición o de la naturaleza de ser un bien cultural y por lo tanto no puede integrarse en el ámbito objetivo de patrimonio cultural de nuestra Ley de Patrimonio Histórico.

Por todos es conocido la polémica fruto del sistema de tutela penal establecido para la protección de los bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural y que se caracteriza por su dispersión. La dispersión del sistema se manifiesta cuando se cuenta por un lado con el Título XVI del Código Penal, con el Capítulo II que refiere a los “delitos contra el patrimonio histórico”, y por otro lado aparecen un elenco de tipos penales que a lo largo del texto normativo también se ocupan de dicha protección, aunque de forma tangencial, ya que su función es normalmente la de circunstancia agravante de la pena cuando las conductas de los tipos básicos de esos otros preceptos recaen sobre bienes de valor artístico, histórico, cultural o científico⁵¹.

A excepción de los delitos expresamente recogidos en el Capítulo II del Título XVI del Código Penal cuando se produce la intervención del derecho penal en la protección de los bienes culturales la tutela de su función social queda en segundo plano y se desdibuja. El actual papel de las agravaciones en el sistema mixto fagocita la función social de la cultura y prima otros bienes o intereses como son

⁵¹. Como ocurre en los delitos de hurto (artículo 235.1 del Código Penal), robo con fuerza (artículo 241.4 del Código Penal), estafa (artículo 250.3 del Código Penal), en la apropiación indebida (artículo 254.1 del Código Penal), receptación (artículo 298 del Código Penal), la de realización de obras de urbanización en parajes declarados de interés histórico (artículo 319 del Código Penal) y las conductas constitutivas de delitos contra la comunidad internacional y destrucción de bienes culturales en conflictos armados (contempladas en los artículos 613 y 614 del Código Penal Español).

fundamentalmente los patrimoniales o económicos. Imaginemos el perjuicio si el cuadro protagonista de la sentencia accede al mercado o recalca en alguno de nuestros museos.

La veracidad de los bienes es necesaria para que la función social cultural de la obra artística cumpla adecuadamente su misión, que incide en el devenir del conocimiento científico cuando se aceptan como auténticas obras que son falsas; en la acción de los museos al servicio de la sociedad, que investiga, colecciona, conserva, interpreta y exhibe el patrimonio.

La certidumbre sobre los bienes culturales trasciende también a la regularidad de los intercambios e incide en el patrimonio privado o público, los derechos de los consumidores, la producción artística, y los derechos morales, en definitiva, un universo de intereses particulares y colectivos que se involucran.

No hay duda, que la protección de la veracidad de los bienes culturales forma parte la función social de la cultura. Así lo ha entendido el legislador italiano que no solo ha introducido este tipo específico de falsificación de obras de arte sino que también ha recogido en un mismo título del código penal⁵² todas las conductas delictivas con independencia de si se lesionan otros bienes jurídicos en aras de dar la merecida protección penal a un patrimonio cultural tan importante como es el que ostenta el pueblo italiano.

⁵². Titolo VIII-bis dei delitti contro il patrimonio culturale