

PATRIMONIO CULTURAL y DERECHO

27



2023

Aplicación y aplicabilidad de la Convención sobre la Proyección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.

Buenas prácticas de gestión del Patrimonio Cultural en tres ciudades simbólicas de Oriente Medio.

Invención y gestión del patrimonio cultural en España (1835 - 1845).

Competencias locales y Camino de Santiago

La protección jurídica del patrimonio cultural de Navarra.

Un reto del pasado para el futuro. El patrimonio cultural inmaterial.

El Patrimonio agrario. Razones para su reconocimiento en las leyes de patrimonio cultural.

Crónica de jurisprudencia penal 2022

Chronicle of criminal case law 2022

JUAN JOSÉ PERIAGO MORANT*

Atendiendo a los datos que facilita la Memoria de la Fiscalía General del Estado (2023), en la que se recoge la actividad de la Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo, en el año 2022 se incoaron 80 diligencias de investigación por delitos sobre el patrimonio histórico, cifra sensiblemente inferior a la ofrecida según los datos del año 2021, en el que se incoaron 92, y de las correspondientes al año 2019 con 86 diligencias incoadas.

En el año 2022 se archivaron 64 diligencias y se incoaron 270 procedimientos judiciales correspondientes a delitos contra el patrimonio histórico frente a los 269 del año anterior.

En lo concerniente a los escritos de acusación realizados por las Fiscalías en el año 2022 se presentaron 30 escritos frente a los 44 escritos del año anterior.

Los resultados de las investigaciones efectuadas por la Fiscalía, como señala la Memoria del año 2022, arrojan 37 sentencias condenatorias con un incremento sensible respecto de las 32 sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio histórico del año 2021 que era cercana a las 31 sentencias condenatorias del 2019, pero lejos de las 42 sentencias condenatorias del año 2018¹.

* El autor es miembro del equipo de trabajo del Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación I+D +I 'ValTArq' titulado "Valoración y tasación de los bienes pertenecientes al patrimonio arqueológico".

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 2022 fueron 9 frente a las 24 del año 2021.

Profesor
permanente
laboral de
Derecho
Penal
Universitat
Jaume I de
Castellón

Como venimos precisando ya en comentarios anteriores 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 se debe 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 Título XVIII) junto a un conjunto de tipos delictivos que, a lo largo de los distintos títulos del Código Penal, castigan los atentados a los bienes que forman parte del patrimonio histórico y protegen simultáneamente otros bienes jurídicos (fundamentalmente el patrimonio y el orden socioeconómico).

De las bases de datos jurisprudenciales consultadas, se presenta a continuación una selección de sentencias de interés dictadas en 2022 como en crónicas anteriores publicadas en esta revista, en ella 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 273/2022 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2022 y la Sentencia número 78/2022 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 9 de junio de 2022.

En la primera sentencia se sustancia una conducta de daños que recae sobre un bien perteneciente a nuestro patrimonio cultural. El debate es si un grafiti puede calificarse como “daño” con entidad suficiente para ser perseguido penalmente. Esta sentencia reviste interés, porque el Tribunal Supremo asienta un criterio definitivo ante la discusión, que se produce entre la aplicación del delito de daños del artículo 323 del Código penal y la infracción administrativa prevista en el artículo 37.13 de la Ley de Seguridad Ciudadana, cuando se realizan pinturas o grafitis sobre los bienes culturales. En esta resolución se importa el criterio ya sostenido en otras sentencias del Tribunal Supremo sobre la aplicación del delito del tipo básico o del delito leves de daños sobre bienes muebles e inmuebles del artículo 263 del Código Penal o la eventual estimación de la mencionada infracción administrativa.

La segunda sentencia comentada debate sobre la conducta de expolio en diferentes yacimientos ubicados en la Comunidad de Castilla-La Mancha en la que interesa especialmente las cuestiones penológicas derivadas de las conductas de los autores al apreciarse la continuidad delictiva y donde se plantea alguna sugerencia *de lege ferenda*.

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 2022 fueron 9 frente a las 24 del año 2021.

1. Sentencia número 273/2022 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 22 de marzo (Asunto daños en la estatua de Eduardo Chillida “Lugar de Encuentros II”)²

RESUMEN:

El acusado realiza dos pintadas con rotulador especial de color blanco, de unos 24 cms de altura y 71 cms de longitud, y de unos 25 cms de altura y 42 cms de longitud, respectivamente, sobre la obra de Eduardo Chillida conocida como “Lugar de Encuentros II”, escultura realizada en 1971 en acero corten de medidas aproximadas de 2,25 metros x 2,90 metros x 2,30 metros, de entre 6.000 y 8.000 kilogramos de peso, de propiedad del Estado e inventariada por el Ayuntamiento de Madrid desde el año 2015 como mueble de carácter artístico e histórico.

1.1. Antecedentes

En el procedimiento penal abreviado número 236/2018 del Juzgado de lo Penal número 29 Madrid, dimanante de las Diligencias Previas número 962/2017 del Juzgado de Instrucción número 53 de Madrid, se dictó la sentencia número 236/2018 que condena al acusado por un delito de daños contra el patrimonio histórico del artículo 323 del Código penal a la pena de cinco meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y condena en costas, además en concepto de responsabilidad civil a indemnizar al Ayuntamiento de Madrid en la cantidad de 1.376,40 Euros.

El condenado en primera instancia decide recurrir en apelación la sentencia del mencionado Juzgado de lo Penal ante la Audiencia Provincial de Madrid. La sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid en el Rollo de Apelación número 169/2021 estima el recurso y absuelve al condenado en primera instancia declarando las costas de oficio. El motivo principal del recurso es que se incurre en la valoración de la prueba porque estima la Sala que no ha quedado probada la causación de un menoscabo o deterioro más allá del deslucimiento de la escultura en atención a lo que figura en el atestado policial y que por lo tanto la conducta es atípica desde el punto de vista penal y debe ser sancionada administrativamente a través de la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana.

Contra la sentencia absolutoria cabía acudir al recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo según lo dispuesto en el artículo 847 b)

² Roj: STS 1086/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1086. Ponente Excm. Sra. Magistrada Carmen Lamela Díaz.

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y fue el Ministerio Fiscal quien decidió recurrir la sentencia de segunda instancia dictada por la Audiencia Provincial.

De los hechos declarados como probados en la sentencia dictada en primera instancia, cuyos hechos también fueron aceptados como probados en la sentencia de apelación, se constata que *“sobre las 01:15 horas del día 31 de marzo de 2017, el acusado, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, acudió a la Plaza del Rey número 1 de Madrid, donde hizo dos pintadas con rotulador especial de color blanco, de unos 24 cms de altura y 71 cms de longitud, y de unos 25 cms de altura y 42 cms de longitud, respectivamente, sobre la obra de Eduardo Chillida conocida como “Lugar de Encuentros II”, escultura realizada en 1971 en acero corten de medidas aproximadas de 2,25 metros por 2,90 metros por 2,30 metros, de entre 6.000 y 8.000 kilogramos de peso, de propiedad del Estado e inventariada por el Ayuntamiento de Madrid desde el año 2015 como mueble de carácter artístico e histórico con número de registro 926000004508.*

La plena restauración de dicha escultura supuso operaciones específicas necesarias para eliminar los restos de pintura que habrían quedado en la misma tras una simple limpieza, que incluyeron el empleo de máquina hidrolimpiadora de agua nebulizada, la colocación y posterior retirada de papeletas específicas para la absorción de tintas, así como la posterior limpieza de todo el conjunto y retirada de implantaciones de máquina auxiliar, con coste total para el Ayuntamiento de Madrid por importe de 1.376,40 euros.

El procedimiento estuvo paralizado por causa no imputable al acusado, desde que llega al Juzgado de lo Penal el 13 de junio de 2018, hasta la celebración del juicio el 21 de octubre de 2020”.

1.2. Cuestiones planteadas

El recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo es planteado por el Ministerio Fiscal por infracción de ley de conformidad con el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal porque entiende que ha habido una aplicación indebida del artículo 323 del Código penal.

1.2.1. La aplicación del artículo 323 del Código penal en este supuesto.

En primer lugar para examinar la tipicidad de la conducta, es decir si lo cometido por el acusado se ajusta a la descripción proporcionada por el legislador respecto del delito de daños, será necesario tener presente lo que dice el mencionado artículo 323 del Código penal:

“Artículo 323.

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”.

En el caso examinado la cuestión a dilucidar es si la conducta del acusado *causó o no causó un daño*. En la historia del caso descubrimos diferentes y contradictorias interpretaciones respecto de la conducta del acusado. En la primera instancia el Juzgado de lo Penal afirma la producción del daño fruto de la acción de las dos pintadas, sin embargo la solución proporcionada por la Audiencia Provincial difiere y entiende que la conducta del acusado dio como resultado un mero *deslucimiento* que no dañó la escultura.

Pero aún en el caso de tratarse de un deslucimiento se tratará de examinar si el hecho está tipificado penalmente. Aquí es de interés realizar un recorrido histórico sobre el tratamiento normativo, que desde el punto de vista penal, se ofrecía a las acciones de deslucimiento de los bienes. Este recorrido histórico sirve de base a la magistrada ponente para dilucidar el recurso.

La conducta de deslucimiento antes de la reforma del Código penal de 2015, que eliminó las faltas de este cuerpo normativo, era considerada como una falta y no como delito. El preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo³, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, explicaba que las faltas consistentes en el deslucimiento de bienes muebles e inmuebles del artículo 626⁴ y la causación de daños de escasa entidad en bienes de valor cultural del artículo 625 de ese código, podrían reconducirse al delito de daños u otras figuras delictivas cuando revistan cierta entidad, o acudir a un resarcimiento civil; en el caso de bienes de dominio público, como también puede acudir a la sanción administrativa.

³ BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁴ Artículo 626.

Los que *deslucieren* bienes muebles o inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios, serán castigados con la pena de localización permanente de dos a seis días o tres a nueve días de trabajos en beneficio de la comunidad.

De esta forma el legislador abre las siguientes puertas al tratamiento del deslucimiento: estimar que estamos ante un delito de daños, optar por el resarcimiento civil en materia de daños y perjuicios y si se trata de bienes públicos acudir al procedimiento administrativo sancionador en cuestión.

Por razones de extensión y de objeto de comentario nos limitamos al examen de la posibilidad abierta respecto a la aplicación del delito de daños.

La regulación del delito de daños en los bienes muebles aparece con carácter genérico en el artículo 263 del Código penal que recoge a su vez una figura considerada como delito leve de daños porque la cuantía del mismo es inferior a 400 euros o de un modo más específico en el artículo 323 cuando los daños se causan en los bienes culturales. En principio tenemos dos normas aplicables al mismo supuesto “la producción de daños en una cosa mueble”. El Código penal ante un supuesto de concurso de normas penales, como es este, nos indica la regla de solución para determinar por cuál de las dos normas debemos de optar para solucionar el caso. Dicha regla es la de la especialidad que aparece en el artículo 8.1 del Código penal “El precepto especial se aplicará con preferencia al general”.

El tipo penal del 323 del Código Penal requiere que la acción destructiva o perjudicial afecte a bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural, monumental o a yacimientos arqueológicos como aparece en el caso examinado.

Desde luego no hay ninguna duda respecto de la calificación como bien cultural del objeto sobre el que recae la conducta, porque está inventariado y catalogado, entonces la norma que en principio debe aplicarse es el artículo 323 del Código penal, que será la norma especial ya que contempla los daños sobre los bienes culturales, frente a la norma genérica del artículo 263 que castiga los daños sobre los bienes que no reúnen esa cualidad.

No obstante recordemos que la sentencia del Tribunal Supremo 641/2019, de 20 de diciembre⁶, indicó en su momento que: “El artículo 323 del Código Penal, cuando establece como elemento típico que el daño recaiga sobre bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental (o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos), remite a un elemento normativo cultural, para cuya valoración el juzgador debe atender a elementos o valores que configuran la normativa administrativa en esta materia; sin necesidad de que ese bien previamente haya sido administrativamente declarado, registrado y/o inventariado formalmente con ese carácter, pues no es exigencia prevista en la norma y no satisfaría adecuadamente el mandato del artículo 46 de la Constitución”.

Es más, insistimos, la calificación administrativa o registro no es un requisito normativo exigido en el tipo del 323, a diferencia de lo que ocurre con

⁶ ECLI:ES:TS:2019:4252

lo previsto en el artículo 321 con el derribo o alteración de edificios singularmente protegidos donde esa singular protección se identifica con la declaración administrativa de interés histórico, artístico, cultural o monumental del bien inmueble.

Visto uno de los elementos normativos que requiere el tipo de daños sobre los bienes culturales del artículo 323 como es la cualidad del objeto del delito, las demás cuestiones pendientes que suscita ese tipo son las siguientes:

Respecto de la autoría, al tratarse de un delito común, porque no se requiere ninguna cualidad específica en la persona del autor, cabe considerar como autor a la persona que realizó las pintadas.

El tipo delictivo recogido en el artículo 323 exige una conducta dolosa bien por dolo directo o por dolo eventual. La causación de daños de manera imprudente aparece castigada en el artículo 324, pero solo cuando dichos daños son cuantificables en un valor superior a 400 euros y la imprudencia es grave. Por lo tanto la conducta cometida con imprudencia grave que produzca daños en cuantía inferior a 400 euros no es relevante penalmente.

En este caso la conducta es dolosa, basta como decíamos con la presencia del dolo genérico, esto es, que el autor conozca que su acción va a ocasionar daños en la estatua y pese a ello actúe. Queda constatado que su actuación fue voluntaria, consciente y determinada a dañar o deteriorar la escultura, a sabiendas de la especial protección que merece y desentendiéndose de ello, llegó a realizar las diferentes pintadas.

En ocasiones se ha discutido si en la comisión del delito del artículo 323 del Código Penal se requiere un dolo específico de “dañar”. La realidad es que basta un dolo genérico constituido por la realización de una conducta querida aún a sabiendas de que estaba prohibida por los perjuicios histórico-artísticos que podrían originarse en su caso, supuesto conocido como *dolo de consecuencias necesarias*, siendo un criterio que ha sido asumido por nuestra jurisprudencia⁷.

Otra de las cuestiones que se derivan de la comisión dolosa, que supone una importante diferencia de la conducta imprudente, es que no se precisa que el valor de los daños supere un determinado umbral económico cuantificado. Eso sí, cuando los daños causados *revisten especial gravedad o hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante*, podrá imponerse la pena superior en grado. Para apreciar esta agravación el legislador vuelve a recurrir en la

⁷ Ver Sentencia Sala Segunda Tribunal Supremo de 3 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:3182); Sentencia Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 86/1997, de 29 de enero (ECLI:ES:TS:1997:507); Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo núm. 84/2007, de 4 de diciembre de 2007 (ECLI:ES:APTO:2007:1170)

descripción normativa, como hace en incontables ocasiones, a conceptos indeterminados no sustentados con criterios objetivos.

Consideramos que el criterio económico debe ser descartado del concepto “especial gravedad” y no atender a que la reparación del daño supere determinada cuantía⁸, porque se puede inferir que hay un deseo expreso del legislador de aplicar dicho criterio únicamente para las conductas imprudentes. Por lo tanto, para valorar la “especial gravedad” estimamos que debe tomarse en cuenta, entre otros elementos, al estado de conservación o deterioro en que ha quedado el bien, su destrucción total o parcial, las dificultades o complejidades técnicas empleadas para su reposición al estado original, el periodo de tiempo transcurrido para su total recuperación, el colectivo de usuarios privados del uso y disfrute cultural del bien, la pérdida del conocimiento científico afectado por el daño causado, el impacto económico de su restauración o reparación, pero sin que este último sea el criterio preponderante como decimos.

El otro aspecto que puede determinar la agravación de la pena es “la relevancia del valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental del bien”. Aquí el criterio de referencia tiene como protagonista al bien y su valor, siendo de especial utilidad los criterios técnicos aportados por los especialistas que informaran sobre la singularidad del objeto desde la perspectiva del conocimiento científico que pueda aportar, si se trata de una pieza única o se disponen de copias, dimensiones y características de la obra dañada, si se trata de una obra realizada por el artista o bajo su dirección. En cuanto a la valoración, reiteramos de nuevo que debe ser más decisivo la función social que cumple el bien conforme al artículo 46 de la Constitución que el valor económico de mercado que el bien ostenta.

En el caso examinado, de la información proporcionada por las distintas resoluciones manejadas, como son la sentencia de la Sección decimoséptima de la Audiencia Provincial de 17 de febrero de 2021 y la sentencia del Tribunal Supremo, no hay datos que conduzcan a que el Fiscal calificase los hechos en su escrito de acusación solicitando la aplicación del tipo cualificado del párrafo segundo del artículo 323 del Código Penal por entender que no hay daño de especial gravedad, pero sí que se ha causado un daño (en su recurso contra la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial acertadamente argumenta que no ha habido un mero deslucimiento sino una auténtica restauración, la reparación del daño supuso un plus y no una mera limpieza con agua ya que

⁸ GARCÍA CALDERÓN entiende por el contrario que los daños producidos deben superar los 400 euros [GARCÍA CALDERÓN, Jesús María. “Los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español. Los daños dolorosos a los bienes culturales (artículo 323 del Código Penal)”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 760-761].

se debieron emplear técnicas específicas para el borrado). Como deducimos, no apreciamos una mención específica al singular valor del bien más allá de su reconocimiento como bien cultural.

Dado que no existen los elementos que cualifiquen el delito, que, de existir delito, este sería el tipificado en el artículo 323 del Código Penal, el siguiente paso consiste en determinar si verdaderamente estamos ante la presencia de un delito o si la conducta carece de relevancia penal y debe ser considerada una infracción administrativa.

Aquí el lector puede pensar que lo lógico sería haber dilucidado esta cuestión antes, pero la explicación tiene su razón de ser, porque el elemento objetivo de este tipo delictivo es propiamente la causación del daño, lo que nos conduce al análisis de la conducta.

1.2.2. La diferencia entre dañar y deslucir: la delgada línea roja entre el delito y la infracción administrativa

En las relaciones entre el derecho penal con otras ramas del ordenamiento jurídico su carácter de ultima ratio, como manifestación del principio de intervención mínima, es de suma importancia.

En particular, la relación existente entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador siempre han suscitado gran interés en la academia⁹ dado que la administración ejerce una potestad sancionadora y por medio de ella tutela sus propios intereses o los de la comunidad. Uno de los problemas que plantea dicha relación es el de precisar si el ilícito administrativo y el penal son cualitativamente distintos o si tienen idéntica naturaleza, diferenciándose solo desde el punto de vista cuantitativo (por la mayor gravedad de los ilícitos penales), evidentemente se concluye mayoritariamente que la diferencia es cuantitativa dado que la administración no puede imponer sanciones que impliquen la privación de libertad conforme al artículo 25.3 de la Constitución¹⁰.

En el orden sectorial administrativo avanzamos que en el Título IX de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español¹¹ relativo a las

⁹ Se pueden consultar entre otros los trabajos de SALAT PAISAL, Marc: *La relación entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; NAVARRO CARDOSO, Fernando: “El clásico problema de la relación entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal”, *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 1037-1050; RANDO CASEMEIRO, Pablo: *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador: Un análisis de política jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

¹⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomas S: *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1984, págs. 47-52.

¹¹ BOE, núm. 155, 29 de junio de 1985.

infracciones administrativas no se contempla la tipificación de la conducta de deslucimiento, pero donde si se recoge como infracción leve es en el artículo 37.13 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana¹².

“Artículo 37. Infracciones leves.

Son infracciones leves:

13. Los daños o el deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público, así como de bienes muebles o inmuebles privados en la vía pública, cuando no constituyan infracción penal”.

Conforme al artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2015 las infracciones leves se sancionarán con multa de 100 a 600 euros¹³.

Detectada la norma sectorial, que prevé la infracción administrativa a la que aludía el legislador en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, que desterró la falta de deslucimiento del Código Penal, es fácil comprobar que la misma no aclara si el deslucimiento ha de ser una mera infracción administrativa y el daño ha de ser considerado como delito como podía suponerse en el planteamiento hecho inicialmente. La inexistencia de un criterio nítido de distinción en la práctica podría plantear problemas de duplicidad de sanciones (*ne bis in idem*).

Conviene esclarecer que la diferencia entre dañar y deslucir estriba en que deslucir significa simplemente afear, desmejorar un bien sin que se produzca su destrucción o inutilización. Nuestra jurisprudencia¹⁴ entiende que la destrucción equivale a la pérdida total de su valor; la inutilización supone la desaparición de sus cualidades y utilidades; el deterioro, por su parte, la pérdida de su funcionalidad; el menoscabo de la cosa misma consiste en su destrucción parcial, un cercenamiento de la integridad, o una pérdida de valor.

Por lo tanto, la cuestión nuclear en este caso radica en la posible calificación penal de los hechos cometidos. Se trata qué ha de entenderse por “daños” y si los grafitis, garabatos o manchas que se realizaron pueden calificarse como daños materiales propiamente dichos, o si simplemente se tratan de un mero deslucimiento del bien. Ya adelantamos que se emplea mayoritariamente una interpretación del concepto de “daños” más funcional y teleológica que tampoco traiciona su significado gramatical frente a la interpretación literal

¹² *BOE*, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

¹³ En las infracciones leves la multa no se divide en tres tramos correspondientes a los grados mínimo, medio y máximo a diferencia de los que sí ocurre en las infracciones muy graves y graves.

¹⁴ Ver Sentencias Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 628/2023, de 19 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3485); Sentencia de la Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 333/2021, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1647).

sin que ello suponga una interpretación extensiva que plantearía problemas de legalidad penal.

Para la aplicación del artículo 323 del Código penal se requiere que como consecuencia de las pintadas se hubiera ocasionado un daño en la escultura afectada, que se mantuviera tras los meros trabajos de limpieza, ya fuere en cuanto a la funcionalidad de la escultura, la propia superficie afectada por la pintada o cualquier otro daño de la naturaleza que fuere pero que estuviere objetivado suficientemente, y esta última circunstancia, la comisión de un daño, es lo que debe ser considerado acreditado.

De modo que si no existe cierta entidad en los desperfectos que con la pintadas se causaron por el acusado, porque baste con un sencillo proceso de limpieza para ser retiradas (no requerir de una intervención especializada al respecto), no deberíamos apreciar la existencia de delito y acudir al derecho administrativo sancionador en su caso.

La jurisprudencia distinguió el delito de daños del tipo de la falta de deslucimiento del artículo 626 del Código Penal, cuando dicho precepto estaba vigente, entendiendo que el criterio diferenciador entre la falta de deslucimiento y el delito de daños era el de las posibilidades de limpieza de la pintura. Cuando la pintura sale sin más, con un simple lavado superficial y sin grandes trabajos, la conducta se calificaba como una falta de deslucimiento, con independencia del coste del trabajo. Pero si ello no era posible, porque para reponer el bien a su estado anterior no bastaba con un simple enjuague, sino que era preciso retirar la pintura anterior y de nuevo pintarlo, o paralizar temporalmente el servicio que presta, o su limpieza no podía ser total, se calificaba el hecho como delito o la falta de daños, o en su caso como delito o la falta contra el patrimonio histórico si afectaba a un bien cultural.

Despenalizada la conducta del artículo 626 del Código Penal con la reforma del 2015, algunas sentencias de determinadas Audiencias Provinciales sostienen que cuando la restauración del estado de los bienes sobre los que se realizaron los dibujos o grafitis no sobrepasara la mera limpieza, estaríamos ante un mero deslucimiento atípico, tras la despenalización de la falta¹⁵. Por el contrario, cuando la retirada de las pinturas supone un menoscabo o deterioro real del objeto que exija su reposición, se aplica el artículo 263 del Código Penal, como delito o delito leve, en función del importe del menoscabo o del 323 del Código Penal (si se trata de bienes culturales). Desde esta perspectiva

¹⁵ Entre ellas la Sentencia de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 77/2021, de 17 de febrero (ECLI:ES:APM:2021:1770) protagonista del recurso analizado; Sentencia de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 321/2021, de 18 de mayo (ECLI:ES:APB:2021:8581); Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 7/2020, de 7 de enero (Ecli: ES:APBU:2020:2)

el tipo penal del delito de daños vemos que exige un resultado dañoso que se concreta en la destrucción o inutilización del bien sobre el que se actúa.

Otras Audiencias Provinciales, por el contrario, afirman la tipicidad en el delito de daños de la conducta considerando que dañar significa causar un perjuicio y que quien deslucе, provoca un perjuicio, más aún en casos en los que la modificación del aspecto exterior a través de una pintada diferencia el objeto de los restantes idénticos, dificultando o impidiendo que el objeto mantenga el aspecto propio de los restantes utilizados para una determinada función.

En este debate lo que propone el Tribunal Supremo en la sentencia analizada para la discusión que se produce entre el delito y la infracción administrativa del artículo 37.13 de la Ley de Seguridad Ciudadana, es que ha de solucionarse de acuerdo a los criterios clásicos de diferenciación de las infracciones penales y administrativas en función de la gravedad de la conducta y del resultado, siendo preciso actuar, en cada caso, con criterios de proporcionalidad.

En el presente caso entiende el Tribunal Supremo que sí existe una causación de daño que sobrepasa el mero deslucimiento inocuo, pues la plena restauración de dicha escultura supuso operaciones específicas necesarias para eliminar los restos de pintura que habrían quedado en la misma tras una simple limpieza, que incluyeron el empleo de máquina hidrolimpiadora de agua nebulizada, la colocación y posterior retirada de papetas específicas para la absorción de tintas, así como la posterior limpieza de todo el conjunto y retirada de implantaciones de máquina auxiliar, con coste total para el Ayuntamiento de Madrid por importe de 1.376,40 euros.

Por lo tanto, el criterio es que, cuando el bien cultural que sea objeto de pintadas o grafitis sufra desperfectos para cuya subsanación no sirva algo más que un simple lavado y se requieran trabajos especializados, estaremos ante la presencia de un delito de daños del artículo 323 del Código Penal con independencia del coste de la reparación puesto que este artículo no cifra una cantidad económica a diferencia del artículo 324.

Ello implica que en el acto de la vista oral debe probarse que efectivamente se aplicaron técnicas especializadas para la reparación del bien a su estado inicial. Es importante a efectos probatorios que conste en la causa el documento o informe pericial del que se desprenda la realidad de tales daños y la descripción de las operaciones realizadas¹⁶. No olvidemos que la adopción de una sentencia condenatoria en vía de recurso para personas absueltas en primera instancia debe sustentarse en hechos que quedaron probados en la misma sin que estos se puedan variar. Lo que nos introduce a otras cuestio-

¹⁶ Ver Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 198/2022, de 30 de mayo (Ecli: ES:APBU:2022:411).

nes interesantes que no fueron objeto de controversia en el recurso, pero que conviene aclarar.

1.2.3. Otras cuestiones no debatidas

En este punto nos referimos brevemente a dos aspectos de interés en la sentencia, pero que carecieron de impugnación y no fueron objeto de debate en el recurso de casación. Nos referimos, en primer lugar, a la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas y en segundo lugar, a la posibilidad de revocar un pronunciamiento absolutorio adoptado en la sentencia de instancia por uno de condena en la instancia superior.

Naturalmente son criterios sistemáticos los que obligan a tratar en primer lugar este tema. La circunstancia atenuante conocida como de dilaciones indebidas se recoge en el artículo 21.6 del Código Penal refiriéndose a que es circunstancia atenuante *la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.*

La justificación de la atenuante de las dilaciones indebidas se debe a que la existencia de un retraso procedimental es desacorde con las garantías del derecho de toda persona a que su causa sea oída ante los Tribunales en un plazo razonable (derecho reconocido en los artículos 6.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y 24.2 de la Constitución, entre otros).

De acuerdo con las reglas para la determinación de la pena fijadas en el Código penal, la concurrencia de una sola circunstancia atenuante de carácter genérico implica penológicamente con carácter general que los jueces aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito, pero cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, 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 el caso examinado como solo existe esta circunstancia modificativa de la responsabilidad y no se da la presencia ni de circunstancias agravantes ni otras circunstancias atenuantes la disyuntiva es darle un carácter ordinario que implique imponer la pena en su mitad inferior o darle un carácter cualificado que provoca una mayor atenuación de la pena (inferior en uno o dos grados).

Vimos que el artículo 323 del Código Penal castiga los daños en bienes culturales con una pena alternativa consistente bien con la pena de prisión de seis meses a tres años o con la pena de multa de doce a veinticuatro meses.

Si imponemos la pena en su mitad inferior resultaría la siguiente pena: prisión de seis meses a un año y 6 meses o multa de doce a dieciocho meses.

Si consideramos la circunstancia atenuante con un carácter muy cualificado y bajamos la pena en un grado nos resultaría la siguiente pena: prisión de tres meses a seis meses o multa de seis a doce meses.

Nuestra jurisprudencia ha apreciado la atenuante con el carácter de muy cualificada en supuestos en los que se habían producido paralizaciones de notable consideración como cuando resulta una duración entre ocho y doce años entre la incoación y la sentencia de instancia¹⁷.

El Tribunal Supremo considera que, si para apreciar la atenuante simple se requiere una dilación indebida “extraordinaria” en su extensión temporal, ello debe comportar que los elementos que configuran la razón atenuadora se den de forma intensa y relevante.

En concreto, en relación a la aplicación como muy cualificada se exige que supere el concepto de “extraordinaria”, que sea manifiestamente “desmesurada”, esto es que esté fuera de toda normalidad y acompañada de un *plus de perjuicio* para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad por la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales¹⁸.

En el caso examinado consta que fue aplicada con un carácter de atenuante muy cualificada, pero no obran los motivos por los que se apreció tal carácter en el recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo dado que este tema no fue objeto de controversia desde que se aplicó en la atenuante en la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Penal. Deducimos que la complejidad de la causa no justificaba un retraso como el ocasionado al acusado, no obstante su tramitación fue inferior al estándar fijado en ocho años para conceder la atenuación cualificada, por lo tanto, deducimos que además del tiempo debió de existir ese *plus de perjuicio* al que antes se aludía.

A resultas de la aplicación de la atenuante considerándola como muy cualificada finalmente al condenado se le impuso una pena de prisión de 5 meses. La duración de la pena impuesta, como se podrá observar, permite acudir a la suspensión de la ejecución de la pena prevista en el artículo 80 y siguientes

¹⁷ Ver Sentencia Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 631/2023, de 20 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3552) que fija ejemplos de duración temporal; Sentencia Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 579/2023, de 13 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3365); Sentencia Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 631/2023, de 20 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3076).

¹⁸ Sentencia Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 549/2023, de 5 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3297).

del Código Penal, pero no permite que sea sustituida por multa porque no se trata de una pena de prisión inferior a tres meses de conformidad con el artículo 71.2 del Código Penal.

La segunda de las cuestiones se relaciona con la posibilidad de condenar por vía de recurso a quien había sido absuelto en la instancia inferior. Cuando el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional¹⁹ se pronuncian sobre la posibilidad de reemplazar una sentencia absolutoria por otra de condena señalando que queda limitada exclusivamente a los supuestos en los que el hecho probado declarado en la instancia permanezca invariable y que el debate se limite exclusivamente al juicio de subsunción (decidir si una determinada conducta es delictiva o no o qué tipo de delito se trata) y sin apreciar elementos subjetivos del delito.

Ante la necesidad de guardar un escrupuloso respeto con los hechos declarados probados se insiste en la necesidad de que conste como acreditado el daño cometido en el bien cultural objetivamente y el empleo de técnicas especializadas de restauración que superen la mera limpieza del bien con indicación de su coste económico.

1.3. Otras cuestiones: los actos vandálicos y los actos de protesta que afectan a los bienes culturales

Desde que existe el arte siempre ha sucedido que alguien ha tratado de destruirlo esgrimiendo para ello, además, las razones más extravagantes. En los últimos tiempos hemos asistido a determinados fenómenos sociales urbanos que llaman nuestra atención por su carácter irracional²⁰. Estos comportamientos, que generan la natural indignación y repulsa de todas las personas e instituciones comprometidas con la protección de nuestro patrimonio cul-

¹⁹ Ver Sentencia Tribunal Constitucional núm. 37/2018, de 23 de abril. *BOE* núm. 130, de 29 de mayo de 2018; Sentencia Tribunal Constitucional núm. 88/2013, de 11 de abril. *BOE* núm. 112, de 10 de mayo de 2013.

SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010.

²⁰ Ver PÉREZ-GARCÍA, Antonia; CAAMAÑO FRANCO, Iria, y GONZÁLEZ LEZCANO, María Elvira: "Intervenciones perniciosas contra el patrimonio cultural y su repercusión en el turismo", *PASOS Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, vol. 21, núm. 2, abril-junio 2023, págs. 271-288.

tural, consisten generalmente en pintadas en los bienes, grafitos con objetos punzantes en edificios o bienes emblemáticos o el empleo de sustancias.

Con la sentencia comentada se ha podido comprobar el tipo de la reacción penal que se dispensa desde nuestro ordenamiento jurídico a una modalidad concreta de actos vandálicos.

La oleada de acciones vandálicas contra obras de arte en nombre del ecologismo grabadas en vídeo y difundidas por internet reflejan un aspecto particularmente interesante desde una perspectiva distorsionada cognitivamente que supone violar la ley para defender su causa. Es posible que traten de causar el menor daño posible, sin embargo por la forma de actuar se asume la posibilidad de que las obras puedan dañarse.

Dicen no pretender destruir la obra de arte, sino ser vistos atacándola y consecuentemente obtener como recompensa el *clickbait* en las redes sociales, pues hay una conciencia clara que con esas acciones no se logra la adhesión popular a sus reivindicaciones. Ciertamente gracias a una indignación generalizada se viralizó en internet su mensaje mediante imágenes que reprodujeron una modalidad de atentado que sin víctimas humanas orillaba la legalidad en un escenario perfectamente orquestado acompañado de cobertura mediática.

No es cierto que no se causaran daños, por ejemplo, en el atentado a los cuadros *La maja desnuda* y de *La maja vestida* de Francisco de Goya expuestos en el Museo Nacional del Prado las pinturas no sufrieron daños, pero en los marcos se apreciaron ligeros desperfectos como se informó en el comunicado del museo emitido inmediatamente.

Esa falta absoluta de respeto a nuestro patrimonio cultural puede pretender buscar amparo o justificación, desde la perspectiva penal, en el artículo 20.7 de nuestro Código penal que exime de responsabilidad penal al que obre en el ejercicio legítimo de un derecho. Difícilmente en este caso cabe calificar de legítimo el ejercicio de la libertad de expresión realizado mediante hechos que fueron calificados del delito de daños del artículo 323 del Código Penal, pues el marco es un bien cultural²¹ al igual que los lienzos y la antijuridicidad de la conducta es manifiesta como se verá a continuación.

Nuestro Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias²² viene sosteniendo que *“las libertades del artículo 20 no son sólo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y*

²¹ Se trata de marcos datados en 1910, de la serie de marcos fernandinos que se instalaron durante la dirección del pintor José Villegas (es decir, entre 1902-1912).

²² Sentencia Tribunal Constitucional núm. 20/1990, de 15 de febrero. *BOE* núm. 52, de 1 de marzo de 1990.

un requisito del funcionamiento del Estado democrático”, del mismo modo, también debe recordarse que según doctrina del mismo Tribunal Constitucional²³ los derechos fundamentales y libertades públicas del artículo 20 de la Constitución no son derechos absolutos e ilimitados, porque su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos como es la conservación de nuestro patrimonio cultural ex artículo 46 de la Constitución que permite recurrir al derecho penal ante los atentados al mismo.

Respecto de la posibilidad de la existencia de un concurso de delitos con el delito de desórdenes públicos previsto en el artículo 558 del Código Penal que castiga *“a los que perturben gravemente el orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, en colegio electoral, oficina o establecimiento público, centro docente o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales”*. La perturbación del orden consiste en la transgresión de las reglas o normas que rigen el funcionamiento de los órganos o lugares señalados²⁴. Para poder entender que la conducta sea delictiva, de nuevo, se ha de examinar la gravedad de la perturbación de dichos disturbios²⁵ y en función de su entidad, entonces acudir al derecho penal o a las infracciones previstas en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

En todo caso desde la perspectiva penal no cabe acogerse a ninguna causa de exención dado que la conducta perpetrada no puede ser considerada un ejercicio legítimo de un derecho. El artículo 20.7 del Código Penal exime de responsabilidad criminal cuando se obra en el ejercicio legítimo de un derecho y la libertad de expresar públicamente aquellos pensamientos o ideas que hicieron los activistas lo es, pero la existencia de la exención no supone una patente de corso para que bajo su amparo puedan encontrar cobertura legal todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que necesitan estar dentro de un marco de debida expresión, uso o alcance, de no ser así, estamos en presencia de un abuso de derecho que tiene como consecuencia el desvalor de la excusa y donde entra en juego la responsabilidad penal al no tratarse de un ejercicio “legítimo” de un derecho.

²³ Sentencia Tribunal Constitucional núm. 120/1990, de 27 de junio. *BOE* núm. 181, de 30 de julio de 1990.

²⁴ FARALDO CABANA, Patricia. “Comentario al artículo 558”, en CUERDA ARNAU M. Luisa (dir.): *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 3180.

²⁵ Según noticia de prensa fue preciso cerrar no solo la sala sino todo el ala del Museo del Prado comprendiendo de la sala 34 a la sala 38 durante unas horas. Ver PULIDO, Natividad: “Atentan en el Prado contra ‘Las Majas’ de Goya, que no tienen cristal de protección”, *ABC*, 7 de noviembre de 2022.

Desde luego ante la emergencia climática tampoco cabe alegar que existe un estado de necesidad en el que el pretendido ejercicio de libertad de expresión, que entra en conflicto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho al acceso a la cultura, se presente en un escenario de inminente y grave peligro para una persona en concreto que le permita conculcar y sacrificar los bienes jurídicos mencionados y que también aparecen reconocidos constitucionalmente.

2. Sentencia número 78/2022 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 9 de junio (*Asunto piteros en yacimientos Castilla La Mancha*)²⁶

RESUMEN

Entre los días 31 de marzo de 2014 y 24 de septiembre de 2014 los acusados, Jesús Ángel, Oscar y Nazario, actuando de común acuerdo, realizaron desplazamientos a lugares incluidos en Ámbitos de Prevención y Protección identificados en las cartas arqueológicas de diversos municipios de la provincia de Ciudad Real, portando detectores de metales y utensilios para localizar, extraer e incautarse de los objetos de valor arqueológico que encontrasen.

2.1. Antecedentes

En el procedimiento penal abreviado número 181/2020 del Juzgado de lo Penal número Uno de Ciudad Real se dictó sentencia en fecha 21 de octubre de 2021 que condenó a Nicolas y a Oscar²⁷ como autores responsables de un delito continuado de daños contra el patrimonio histórico, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal con la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de prisión de dos años, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena.

También condenó a Nazario como autor responsable de un delito continuado de daños contra el patrimonio histórico, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de prisión de un año, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena.

²⁶ Roj: SAP CR 954/2022 - ECLI:ES:APCR:2022:954. Ponente Ilmo. Sr. Magistrado Gonzalo de Diego Sierra.

²⁷ Los nombres reales están anonimizados por la base de datos que nos proporciona los nombres que aparecen en el presente comentario.

Se impone expresamente a los condenados el pago de las costas procesales causadas por terceras partes.

En concepto de responsabilidad civil, los acusados Nicolas, Oscar y Nazario se les condena a indemnizar, de forma conjunta y solidaria, a la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha en la cantidad de doce mil setenta euros con ochenta y cinco céntimos de euro por los daños causados en el yacimiento “Casa del Calvo”.

En concepto de responsabilidad civil, los acusados Nicolas y Oscar son también condenados, de forma conjunta y solidaria, a la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha en la cantidad de treinta y cuatro mil quinientos cincuenta y siete euros por los daños causados en el yacimiento “La Mina”.

Los condenados deciden recurrir en apelación ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real.

De los hechos declarados como probados en la sentencia dictada en primera instancia, se constata que *“el día 31 de marzo de 2014. Nicolas, portando detector de metal y azada, estuvo alrededor de una hora en un yacimiento protegido del término municipal de Almedina. La patrulla del SEPRONA que efectuó la vigilancia en el lugar encontró veinticuatro puntos en los que se había excavado.*

El día 7 de abril de 2014 Nicolas estuvo una hora en el yacimiento protegido denominado San Joaquín, adscrito a la Edad del Hierro y Romano. El acusado portaba un detector de metales y una azada. Tras la inspección posterior del terreno se localizaron varios puntos de excavación.

El día 10 de abril de 2014 Nicolas y Oscar permanecieron más de tres horas en los parajes del término municipal de Calzada de Calatrava en el que existen varios yacimientos arqueológicos protegidos: Puente Arroyo de las Peñuelas, El Tesorillo, Prados Bajos, Cuarto Viejo y Urdillas.

El día 16 de abril de 2014 Nicolas y Oscar permanecieron alrededor de una hora en Aldea del Rey donde se encuentran los yacimientos protegidos de Camino del Judío, Vega los Morales, Lomas Los Morales, Los Secanos 1, Los Secanos 2, Cañada Prieta, Los Secanos 3, Huerta Cañada, Fuente La Higuera, Pangios 1, Pangios 2; todos ellos adscritos a las épocas del Paleolítico, Neolítico, Calcolítico, Edad del Bronce, Ibérico y Romano y se desplazaron a Torrenueva, en la que estuvieron aproximadamente una hora inspeccionando el terreno con detectores de metales. En la zona de Torrenueva se encuentran los yacimientos arqueológicos Torrejón I, Vega de Arriba II, Molino de Camilo, Los Villareales, Vega de Arriba I, Carril Casa Pacheco II, Los Canalizos, Carril Casa Pacheco I, Torrejón, Molino de Rosales, Molino del Fresno, Molino de Camilo o de Nuño y Diques de Contención.

El día 24 de abril de 2014 Nicolas y Oscar se desplazaron a Villanueva de los Infantes, que se encuentra dentro del yacimiento Quiebracántaros,

adscrito a la época romana, donde permanecieron alrededor de una hora y treinta minutos. Posteriormente se dirigieron al municipal de Alcubillas, que se encuentra dentro del yacimiento Casa Camero, adscrito a la edad media donde estuvieron alrededor de otra hora y treinta minutos.

El día 20 de mayo de 2014 Nicolas y Oscar acudieron a Valdepeñas y durante dos horas estuvieron inspeccionando los yacimientos Casa Cachiporro, adscrito a la época del Bronce/Hierro; Quintería Ibérica Ladera Cerro Carneros, adscrito a la época del Hierro, Cerro de las Cabezas, adscrito a la época del Bronce/Hierro y Puente San Miguel, adscrito a la época del Hierro, Romana y Medieval. Al darles el alto agentes del Seprona comprobaron que llevaban en el interior del vehículo dos detectores de metales y dos azadas.

El día 25 de junio de 2014 Nicolas , Oscar y Nazario se dirigieron al término municipal de La Carolina, donde estuvieron una hora y veinticinco minutos, utilizando los detectores de metales y excavando con azadas.

El día 2 de julio de 2014 Nicolas y Oscar estuvieron en Villanueva de los Infantes donde pasaron una hora y cuarenta y cinco minutos utilizando detectores de metales y excavando con azadas en el área de protección arqueológica “Quebracántaros”. Posteriormente se desplazaron al área de prevención arqueológica Almonacid II, donde continuaron con la misma actividad durante una hora.

El día 10 de julio de 2014 Nicolas y Oscar se desplazaron a Alcaraz, en el yacimiento Pozo Charquillo donde permanecieron tres horas y veinte minutos utilizando los detectores de metales y las azadas.

El día 14 de septiembre de 2014 Nicolas, Oscar y Nazario se dirigieron al yacimiento protegido “Casa del Calvo”, en el término municipal de Cózar, donde estuvieron utilizando tres detectores de metales durante una hora y cuarenta y cinco minutos. Los agentes de la patrulla del Seprona de Villanueva de los Infantes los identificaron después de que corrieran al verlos, hasta una zona provista de abundante vegetación con la intención de esconder los objetos que portaban. A Nicolas se le incautó un detector de metales marca Teknetics, modelo T-2 Plus; a Oscar un detector de metales marca Fisher y a Nazario un detector de metales marca Fisher Labs. En la inspección realizada se encontraron varios puntos de excavación y los daños causados en el yacimiento “Casa del Calvo” fueron tasados pericialmente en la cantidad de 12.070,85 euros.

El día 24 de septiembre de 2014 Nicolas y Oscar se desplazaron al término municipal de Valenzuela de Calatrava y utilizaron los detectores de metales y azadas que portaban en el yacimiento protegido “La Mina” de la época ibérica hasta la época altomedieval. Cuando se disponían a marcharse en su vehículo, fueron interceptados por agentes de la Guardia Civil que incautaron un detector de metales marca Fish Labs, una azada

marca bellota y un teléfono móvil marca Nokia; un detector de metales marca Teknetics, una piqueta y un teléfono móvil marca Alcatel. Además, incautaron el siguiente material arqueológico: una moneda ibérica de Castulo, tasada pericialmente en la cantidad de 350 euros; una moneda ibérica de Kontrebia Karbica, tasada pericialmente en 200 euros; una moneda bilingüe ibérico-latina, tasada pericialmente en 2.000 euros; un fragmento de hebilla visigoda, tasada pericialmente en 40 euros; un broche de cinturón visigodo, tasado pericialmente en 100 euros; una pesa de telar de plomo, probablemente romana, tasada pericialmente en 15 euros y un troquel de bronce, tasado pericialmente en 15 euros. Todo este material es compatible cronológica y culturalmente con el yacimiento La Mina. En la correspondiente inspección del terreno, fueron hallados treinta y cinco agujeros en una extensión aproximada de dos hectáreas y media. Los daños causados en el yacimiento arqueológico La Mina fueron tasados pericialmente en 34.557 euros.

Los acusados no comunicaron a la Administración competente el hallazgo de objetos pertenecientes al patrimonio histórico y, con el fin de obtener un beneficio patrimonial ilícito, los vendieron en las plataformas eBay y PayPal.

El uso no autorizado de detectores de metales, así como de instrumentos para la extracción de objetos como azadas y piquetas, en lugares con restos arqueológicos, produce un impacto físico sobre el yacimiento y provoca modificaciones en los niveles arqueológicos, con alteración de depósitos y rotura o desplazamiento de estructuras, así como un impacto sobre la investigación arqueológica al generarse pérdida de información, impidiendo el correcto registro de datos y una lógica interpretación del yacimiento en su unidad.

Desde la comisión de los hechos hasta su enjuiciamiento han transcurrido siete años, sin que tal tardanza, sea atribuible en su integridad a la complejidad de la causa o a la actitud de los acusados”.

En Castilla-La Mancha existen 400 yacimientos arqueológicos que, a pesar de estar protegidos por la ley, sufren la continua presencia de expoliadores.

2.2. Cuestiones planteadas

El recurso plantea cuestiones como son la relativa a la valoración de la prueba al considerar que los acusados no cometieron los delitos por los que se les condena, el carácter de la atenuante de dilaciones como muy cualificada y finalmente la proporcionalidad de la pena impuesta.

2.2.1. La valoración de la prueba en este caso

La presunción de inocencia requiere para poder ser enervada en el proceso penal que se desarrolle una actividad probatoria con todas las garantías (inmediación, contradicción, publicidad y oralidad)²⁸.

Como regla general, sólo pueden considerarse pruebas, que vinculen a los órganos de la justicia penal, las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente mediante un debate contradictorio que en forma oral se realice ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance mediante un contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes²⁹.

Someramente señalamos que la contradicción supone que el acusado esté presente y participe en la actividad probatoria con la intervención técnica de su abogado teniendo la oportunidad de debatirse sobre las pruebas. La oralidad implica que las pruebas en el proceso penal se desplieguen y se manifiesten oralmente, sin perjuicio de su documentación o perpetuación escrita. Por inmediación se debe entender la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga.

Para declarar culpable a una persona de unos hechos el juez debe estar completamente convencido más allá de toda duda razonable sobre la base de una actividad probatoria obtenida legalmente y sin violaciones de los derechos fundamentales de la persona investigada. Conviene aclarar que en nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de inmediación que no afectarán a la validez de la actuación procesal correspondiente y que aparecen recogidos expresamente en nuestra legislación.

La prueba practicada con oralidad, inmediación y contradicción lógicamente solo está a disposición del juzgador de instancia, situación de la que carece el órgano jurisdiccional encargado de la revisión de la sentencia. Así por ejemplo que el tribunal revisor valore la credibilidad de los testigos se hace complicada pues no contempló las reacciones que sus afirmaciones provocaron en otras personas o la seguridad con que transmitió su declaración.

El Tribunal Constitucional³⁰ sobre este aspecto señala que la proyección de las garantías de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad en la segunda instancia caben modularse en los mismos términos en los que pueda serlo en la primera instancia admitiendo la posibilidad de que las declaraciones prestadas en el juicio de primera instancia puedan ser valoradas por

²⁸ Ver BARONA VILAR, Silvia: “La prueba”, en *Derecho Jurisdiccional III* (VV.AA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 26 ed., pág. 383.

²⁹ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 53/2013, de 28 de febrero. *BOE* núm. 73, de 26 de marzo de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:53); Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 155/2002, de 22 de julio. *BOE* núm. 188, de 07 de agosto de 2002 (ECLI:ES:TC:2002:155).

³⁰ Sentencia Tribunal Constitucional núm. 120/2009, de 18 de mayo. *BOE* núm. 149, de 20 de junio de 2009 (ECLI:ES:TC:2009:120).

el órgano revisor cuando su contenido pueda ser introducido oralmente en la segunda instancia a través de la lectura del acta correspondiente u otros medios como el visionado de los videos pertenecientes a la grabación del juicio oral.

Cuando se invoca la vulneración de la presunción de inocencia la actividad del órgano revisor consiste en supervisar externamente que el discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante sea razonable. Su actividad revisora en esta materia no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado por el órgano de instancia sino el control externo del razonamiento lógico que se ha seguido para llegar a él de tal forma que pueda calificarse como incongruente o arbitrario.

La vulneración del derecho a la presunción de inocencia se produce cuando no exista pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado³¹.

Dicho todo esto, el recurso parte que se considera infringido el derecho a la presunción de inocencia sobre la base discursiva que los acusados desconocían que los terrenos en los que llevaban a cabo su afición fuesen yacimientos arqueológicos, ya que no había ninguna advertencia, vallado, cartel o publicación oficial.

La Sala con un buen criterio entiende que se ha desarrollado un análisis correcto de la prueba en la que tuvo en cuenta como elementos determinantes para inferir que los acusados sí que tenían conocimiento de la condición de yacimientos protegidos, por un lado, los distintos lugares en que perpetraron sus acciones no eran parajes escogidos al azar sino sobre los que se había hecho una previa selección, además se dispusieron inmediatamente los objetos encontrados allí a la venta en plataformas de subastas on line, según la deposición que hicieron los agentes de la Guardia Civil quienes afirmaron además que durante las intervenciones policiales los acusados portaban instrumentos necesarios para causar daños en los yacimientos y que les constaba que en el año 2009 advirtieron a los acusados en el año 2009 que esa actividad era ilícita. Los magistrados consideraron igualmente que las versiones exculpatorias por el contrario son poco creíbles debido a que incurrieron en numerosas contradicciones.

El porqué se cree a un testigo o porqué se descarta su testimonio no puede convertirse en un ejercicio de decisionismo judicial no controlable y menos aún puede hacerse sin identificar el cuadro probatorio completo o seccionan-

³¹ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 183/2003, de 27 de octubre. *BOE* núm. 283, de 26 de noviembre de 2003 (ECLI:ES:TC:2003:187).

do de forma selectiva una parte del mismo, omitiendo toda información y valoración crítica del resto de los elementos que lo componen³². Por ello, en cuanto a las declaraciones de los agentes de la autoridad nuestra jurisprudencia³³ distingue cuando están en la posición de víctima o como sujeto activo, donde no resultará aceptable, como principio, que las manifestaciones policiales en esos casos tengan que constituir prueba plena y objetiva de cargo, destructora de la presunción de inocencia por sí misma por tratarse de un agente de la autoridad. Pero cuando se refiere a hechos en que intervengan por razón de un cargo en el curso de investigaciones policiales donde ha existido la percepción directa de su comisión por aquellos si goza del valor de declaración testifical y es una prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia, sin que exista razón alguna para dudar de su veracidad cuando realizan sus cometidos profesionales.

2.2.2. La aplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas

En el recurso se cuestiona que la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas no se haya apreciado como muy cualificada del artículo 21.6 del Código Penal.

Como se indicó en el anterior comentario el artículo 24 de nuestra Constitución reconoce el derecho a todas las personas a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales sin dilaciones. El contenido de este derecho implica que todo ciudadano debe ser juzgado dentro de un plazo razonable³⁴.

En este caso se aprecia la atenuante sin atribuirle la condición de muy cualificada porque pese a que haya habido un transcurso de tiempo importante (alrededor de 7 años), dicho retraso se justificó por la existencia de cierta complejidad derivada de la necesaria elaboración de una cantidad importante de informes durante la instrucción de la causa. Entendiendo que el mero transcurso del tiempo no es motivo suficiente para en su caso apreciar la circunstancia atenuante de responsabilidad penal de dilaciones indebidas, sino que lo sea por una paralización injustificada de la causa y además que no sea imputable al acusado.

Como se examinó en la primera sentencia nos volvemos a encontrar con la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas que viene a ser bastante

³² Ver Sentencia Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 364/2015, de 23 de junio (ECLI:ES:TS:2015:2754).

³³ Ver Sentencia Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 920/2013, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5868).

³⁴ Como señalan ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC con la legalización de esta circunstancia atenuante parece consagrarse la lentitud de los procedimientos (GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y ORTS BERENGUER, Enrique: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 528).

común en los procedimientos penales donde se examina el delito de daños del artículo 323 del Código Penal basta recordar, por ejemplo, la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 94/2019³⁵ en la denominada Operación Bahía o la sentencia número 44/2020 del Juzgado de Lo Penal Número Uno de Vitoria de 8 de junio de 2020 (Asunto Yacimiento Iruña Veleia) que fueron objeto de comentarios en esta publicación³⁶.

2.2.3. La penalidad impuesta

Recordamos que la pena de prisión de los Srs. Nicolás y Oscar es de dos años y la del Sr. Nazario de un año. En el recurso de parte se indica que se interesa que la pena sea 6 meses de prisión. En vía de recurso es susceptible de cuestionarse la extensión de la pena impuesta por el juzgador de instancia. El Tribunal Supremo ha señalado que la imposición del mínimo no requiere de especial motivación si se deriva de la calificación jurídica de los hechos. Ante la ausencia de motivación se puede examinar la proporcionalidad de la pena en función de los hechos declarados probados, la alegación de elementos de hecho relevantes, favorables al acusado y cuya valoración haya sido indebidamente omitida en la sentencia, y en caso de que no exista justificación implícita de la pena impuesta, proceder a imponer la pertinente, o la mínima legalmente procedente en caso de ausencia total de datos que justifiquen la exasperación punitiva³⁷.

Recordemos que el artículo 323 del Código Penal prevé una pena de prisión de seis meses a tres años de prisión, o multa de doce a veinticuatro meses.

No olvidemos un dato importante y es que los acusados fueron condenados por un delito *continuado* porque se dieron las circunstancias para ello partiendo de la existencia de una pluralidad de acciones que aisladamente consideradas podrían ser entendidas como delitos autónomos pero que acaban siendo apreciadas como una infracción que abarca dicha globalidad al darse los requisitos contemplados en el artículo 74 del Código Penal.

Los requisitos³⁸ para poder aplicar la categoría de delito continuado son:

– Que se haya actuado en ejercicio de un plan preconcebido o aprovechando

³⁵ Sentencia Número 94/2019 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincia de Cádiz de 5 de abril de 2019 (ECLI:ES:APCA:2019:1495).

³⁶ PERIAGO MORANT, Juan José: “Crónica de jurisprudencia penal. Año 2019”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, 24, 2020, págs. 353-368; e IDEM: “Crónica de jurisprudencia penal. Año 2020”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, 25, 2021, págs. 539-556.

³⁷ Sentencia Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 393/2022, de 21 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1499).

³⁸ Sentencia Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 710/2022, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2022:2867); Sentencia Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 760/2003, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2003:3502).

- do idéntica ocasión. Elemento que se cumple dado los hechos probados.
- Pluralidad de acciones y omisiones. Se tratará de hechos, ontológicamente diferenciables, que no hayan sido sometidos al enjuiciamiento y sanción por parte del órgano judicial y que estarán pendientes de resolver en el mismo proceso. En este caso se observan desplazamientos a distintos yacimientos en diferentes días donde se realizaron excavaciones.
 - Que se infrinja el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza. Se da cumplimiento a este requisito al vulnerarse el tipo previsto en el artículo 323 del Código Penal.
 - Homogeneidad de la técnica comisiva. Aquí la modalidad comisiva en los daños es siempre coincidente al emplear detectores de metales y azadas en yacimientos previamente seleccionados y procediendo a la venta de los objetos hallados en plataformas de subastas on line.
 - Identidad de sujeto activo.
 - Conexidad temporal de los hechos en el sentido que las distintas acciones deben haberse practicado en un plazo de tiempo acotado y reducido como el que se nos presenta en el caso.

La regla penológica ante la presencia de un delito continuado consiste en imponer la pena en la mitad superior pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

El cálculo de la pena de prisión en su mitad superior prevista en el artículo 323 del Código penal abarca el tramo de 1 año y 9 meses hasta 3 años de prisión. Aplicando posteriormente la regla de determinación de la pena prevista en el artículo 66.1. 1ª del Código Penal³⁹ se puede constatar que las penas de prisión impuestas son ajustadas a derecho.

2.3. Otras cuestiones de interés:

Un aspecto sobre el que queremos llamar la atención consiste en dirigir una propuesta de *lege ferenda* que contemple la posibilidad de imposición de una modalidad de pena accesoria ante la comisión de conductas de expolio en los yacimientos arqueológicos.

El artículo 57 de nuestro Código penal permite a los jueces en un *numerus clausus* de delitos acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de

³⁹ “Artículo 66.

1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.ª Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito”.

las prohibiciones contempladas en el artículo 48 de dicho código por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.

El mencionado artículo 48 recoge la pena privativa de derechos consistente en la privación del derecho de acudir a determinados lugares. En nuestro caso, evidentemente, estamos pensando en que los condenados por expolio no puedan acudir a los yacimientos arqueológicos.

El criterio para su imposición al igual que con el resto de las figuras delictivas recogidas en el artículo 57 será la gravedad de los hechos cometidos y la peligrosidad del delincuente, peligrosidad que no tendrá que ver con cuestiones de inimputabilidad.

La previsión de esta pena responde principalmente a razones de prevención especial negativa, de tal forma que al condenado se le dificulte la comisión futura de delitos de semejante naturaleza como mecanismo para desconectar su peligrosidad.

Por otra parte, se busca llenar un hueco cuando dada las condiciones personales del sujeto no es factible imponer la pena accesoria de inhabilitación profesional para el ejercicio de la arqueología como si se hizo en la condena del famoso caso del yacimiento Iruña-Veleia con uno de los condenados que se le impidió el ejercicio temporalmente de la profesión de arqueólogo.