

PATRIMONIO HISTÓRICO Y EXPOLIO: VARIACIONES Y PARADOJAS

Juan Manuel Alegre Ávila

Catedrático de Derecho
Administrativo de la
Universidad de Cantabria.
Exletrado del Tribunal
Constitucional

Uno.- El artículo 4 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español [en adelante, LPHE] dice así:

“A los efectos de la presente Ley se entiende por expoliación toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social. En tales casos la Administración del Estado, con independencia de las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas, en cualquier momento podrá interesar del Departamento competente del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente la adopción con urgencia de las medidas conducentes a evitar la expoliación. Si se desatendiere el requerimiento, la Administración del Estado dispondrá lo necesario para la recuperación y protección, tanto legal como técnica, del bien expoliado”.

El artículo 57 bis del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la LPHE, introducido por el artículo 3.10 del Real Decreto 64/1994, de 21 de enero [precepto que conforma el Capítulo III - “De la expoliación del Patrimonio Histórico Español” del Título III - “De la

transmisión y exportación de Bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español”] ofrece este texto:

“1. Toda denuncia o información que el Ministerio de Cultura reciba acerca de un bien que reúna las circunstancias señaladas en el artículo 4 de la Ley 16/1985 puede ser trasladada urgentemente a cualesquiera de las instituciones consultivas de la Administración General del Estado sobre Patrimonio Histórico Español.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo, obtenida información suficiente para entender que un bien está siendo expoliado o se encuentra en peligro de serlo, el Ministerio de Cultura, de oficio o a propuesta de cualquier persona física o jurídica, y oída la Comunidad Autónoma, puede declarar por Orden Ministerial la situación en la que se encuentra el bien citado y las medidas conducentes a evitar la expoliación.

3 a) La ejecución de las medidas ordenadas en la Orden Ministerial corresponde al titular del bien o, subsidiariamente, a la Administración competente, a la que se requerirá a tales efectos.

b) Cuando las medidas debieran ser adoptadas por el titular, en caso de incumplimiento de éste serán puestas en práctica por la Administración competente a costa de aquél.

c) Cuando la Administración competente desatendiera el requerimiento a que se refiere el apartado 3 a) de este artículo, la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Cultura y con la colaboración de los demás departamentos que sea precisa, puede ejecutar por sí misma las medidas declaradas, incluso cautelarmente.

4 a) Si la expoliación no pudiera presumiblemente evitarse en tanto se dicta la Orden Ministerial, el Ministro de Cultura podrá interesar del órgano competente de la Comunidad Autónoma la adopción con urgencia de las medidas conducentes a evitar la expoliación, expresando plazo concreto.

b) Desatendido el requerimiento, el Ministro de Cultura podrá ejecutar las medidas urgentes con la colaboración de los entes públicos competentes. De todo ello se dará cuenta a la Comisión de la Comunidad Europea.

5 a) El procedimiento anteriormente expuesto está sometido a los principios administrativos de celeridad y eficacia, debiendo analizarse en cada caso concreto si de la intervención de la Administración General del Estado se deducen o pueden deducirse consecuencias positivas inmediatas y efectivas para la real protección del bien.

b) La intervención de la Administración General del Estado no se producirá cuando la Comunidad Autónoma haya adoptado o esté adoptando las medidas de protección previstas en la Ley 16/1985 o en su propia legislación, y el Ministerio de Cultura estime que son adecuadas y suficientes para la recuperación del bien”.

Dos.- Entre las dos fechas a que los textos transcritos se contraen, esto es, 1985 y 1994, se intercala la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra diferentes preceptos de la LPHE. Una ley dictada al amparo de los títulos competenciales que enumera su artículo 2.1, en particular, el consignado en la materia 28ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, a cuyo tenor es competencia exclusiva del Estado [Estado-aparato] la “defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación” [el último

inciso del artículo 2.1 LPHE califica esa exportación como “ilícita”]. A propósito de la caracterización de la *expoliación* que luce en el artículo 4 LPHE, impugnada por algunos de los recurrentes, dirá el fundamento jurídico 7 de la referida Sentencia:

“El recurso planteado por la Generalidad de Cataluña y el del Gobierno Vasco cuestionan la constitucionalidad del concepto de expoliación utilizado por el art. 4 de la Ley, precepto que, sin duda, trata de intensificar la protección de estos bienes enunciando una definición amplia del término.

Dos son los argumentos utilizados a aquel fin. En primer lugar, el de que el concepto de expoliación, tal y como aparece definido en la Ley excede del significado propio de la palabra <despojar con violencia o iniquidad> y se alega también que la extensión del concepto puramente gramatical a los supuestos en que se <perturbe el cumplimiento de la función social> del bien supone sobrepasar el título competencial específico que el Estado tiene constitucionalmente atribuido, o sea, la defensa contra la expoliación. El Abogado del Estado defiende la constitucionalidad del mismo partiendo precisamente de que las funciones de defensa contra la expoliación incluyen competencias de protección general y no sólo aquellas relacionadas con la pérdida o destrucción violenta.

Resulta de especial aplicación al caso el criterio que este Tribunal ha tenido ocasión de señalar en anteriores resoluciones (STC 76/1983) según el cual el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas configurado por la Constitución vincula a todos los poderes públicos de acuerdo con el art. 9.1 de la C.E., y, en consecuencia, constituye un límite para la potestad legislativa de las Cortes Generales; por ello, el legislador no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación de competencias sin una previsión constitucional o estatutaria, en este caso inexistente. De ahí que la cuestión se centre en determinar si el

concepto de expoliación definido en el artículo cuarto de la Ley 16/1985, de 25 de junio, supone *per se* la invasión estatal en las competencias autonómicas cuando define que <a los efectos de la presente Ley se entiende por expoliación toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social>. El reproche de inconstitucionalidad se dirige, como antes decimos, contra el último inciso <perturbe el cumplimiento de su función social>.

Tal como hace el Abogado del Estado, hay que afirmar que la acepción constitucional del concepto expoliación no debe quedar limitada al estricto significado gramatical del término, como ocurre en general con los conceptos indeterminados, que rebasan su acepción literal para alcanzar el sentido que la experiencia les ha ido atribuyendo. Lo contrario supondría aquí restringir la competencia del Estado a las meras funciones de vigilancia, protección y represión contra los ataques físicos que dañen o destruyan el patrimonio o priven ilegalmente del mismo, competencia que en general ya le viene atribuida por el art. 149.1.6 de la C.E. como comprendida en las medidas de orden público, penales o civiles, en cuanto el despojo o destrucción violentos ya tengan transcendencia de infracción penal (art. 46 C.E.) o simplemente la de privación ilícita. Pero algún mayor alcance habrá que atribuir al término que delimita, en el artículo 149.1.28, la competencia para la defensa contra la expoliación, cuya mención en otro caso sería innecesaria. La utilización del concepto de defensa contra la expoliación ha de entenderse como definatoria de un plus de protección respecto de unos bienes dotados de características especiales. Por ello mismo abarca un conjunto de medidas de defensa que a más de referirse a su deterioro o destrucción tratan de extenderse a la privación arbitraria o irracional del cumplimiento normal de aquello que constituye el propio fin del bien según su naturaleza, en cuanto portador de valores de interés general necesitados, estos valores también, de ser preservados. Así, pues, la Ley llama perturbación del cumplimiento de su función social a la privación del destino y utilidad general que

es propio de cada uno de los bienes, aunque materialmente el bien mismo permanezca.

Cuestión distinta es la posible utilización de este concepto para dar cobertura a medidas concretas que excedan de lo que racionalmente debe integrar la protección de esos bienes en un significado finalista: su función social es determinada por el destino y utilidad que directamente deriva del carácter histórico-artístico propio y no por otro arbitrariamente asignado, aunque sea análogo. Una hipotética invasión competencial no vendría así dada por la utilización en el precepto legal de la expresión <perturbe el cumplimiento de su función social>, sino por una aplicación extensiva en cada caso, y es allí donde cabría remediarla. El precepto no resulta, pues, contrario a la Constitución según el sentido que se indica, y tanto menos cuanto que, en la parte no impugnada, respeta la acción protectora de las Comunidades Autónomas, a las que en primer lugar estimula, para autorizar la actuación de la Administración sólo en defecto de la de aquéllas”.

En síntesis, pues:

-“[...] la acepción constitucional del concepto expoliación no debe quedar limitada al estricto significado gramatical del término” en la medida en que “lo contrario supondría aquí restringir la competencia del Estado a las meras funciones de vigilancia, protección y represión contra los ataques físicos que dañen o destruyan el patrimonio o priven ilegalmente del mismo, competencia que en general ya le viene atribuida por el art. 149.1.6 de la C.E. [...]”.

-En consecuencia: “[...] algún mayor alcance habrá que atribuir al término que delimita, en el artículo 149.1.28, la competencia para la defensa contra la expoliación, cuya mención en otro caso sería innecesaria”.

-De ahí que “la utilización del concepto de defensa contra la expoliación ha de entenderse como definitoria de un plus de protección respecto de unos bienes dotados de características especiales”.

-Más explícitamente: “[el concepto “defensa contra la expoliación”] abarca un conjunto de medidas de defensa que a más de referirse a su deterioro o destrucción tratan de extenderse a la privación arbitraria o irracional del cumplimiento normal de aquello que constituye el propio fin del bien según su naturaleza, en cuanto portador de valores necesitados, estos valores también, de ser preservados”.

-En suma: “[...] la Ley llama perturbación del cumplimiento de su función social a la privación del destino y utilidad general que es propio de cada uno de los bienes, aunque materialmente el bien mismo permanezca”.

-Delimitación, desde el punto de vista competencial, negativo del concepto “defensa contra la expoliación”: En el mismo no quedan comprendidas “medidas concretas que excedan de lo que racionalmente debe integrar la protección de esos bienes un significado finalista: su función social es determinada por el destino y utilidad que directamente deriva del carácter histórico-artístico propio y no por otro arbitrariamente, aunque sea análogo”.

-Corolario: “El precepto no resulta, pues, contrario a la Constitución según el sentido que se indica, y tanto menos cuanto que, en la parte no impugnada, respeta la acción protectora de las Comunidades Autónomas, a las que en primer lugar estimula, para autorizar la actuación de la Administración del Estado sólo en defecto de la de aquéllas”.

Tres.- Veintitrés años más tarde el Tribunal Constitucional acude de nuevo al concepto “defensa contra la expoliación” a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de la Ley de la Asamblea de Madrid 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid. En concreto, en el fundamento jurídico decimocuarta de la Sentencia 122/2014, de 17 de julio se aborda la adecuación al texto constitucional del artículo 27 de la citada ley, que contemplaba el régimen de “visita pública” de los bienes declarados de interés cultural. Este es el texto:

“[...] los recurrentes impugnan el art. 27 de la Ley de patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid por cuanto, a su juicio, produce la plena derogación del principio de difusión de los bienes de interés cultural de titularidad privada. Tras analizar de nuevo las leyes autonómicas que regulan la materia, concluyen que dicho precepto modifica el instituto de la visita pública de los bienes inmuebles declarados de interés cultural, pues solo la permite en los de titularidad pública, pero sin decir nada respecto de los bienes inmuebles de titularidad privada ni de los bienes muebles. De esta manera, al impedirse el acceso de los ciudadanos al disfrute de dichos bienes, se viene a afectar a la función social de los mismos, lo que determina la vulneración del art. 46 C.E. -en cuanto a la conservación y enriquecimiento del patrimonio histórico- así como de la competencia estatal de defensa de tales bienes contra la expoliación prevista en el art. 149.1.28 C.E., ejercitada por el Estado en el art. 13.2 LPHE, que dispone que <los propietarios y, en su caso, los titulares de derechos reales sobre tales bienes, o quienes los posean por cualquier título, están obligados a permitir y facilitar su inspección por parte de los Organismos competentes, su estudio a los investigadores, previa solicitud razonada de éstos, y su visita pública, en las condiciones de gratuidad que se determinen reglamentariamente, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados. El cumplimiento de esta última obligación podrá ser dispensado total o parcialmente por la Administración cuando medie causa justificada. En el caso de bienes muebles se podrá igualmente acordar como obligación sustitutoria el depósito

del bien en un lugar que reúna las adecuadas condiciones de seguridad y exhibición durante un período máximo de cinco meses cada dos años>.

Según el art. 27 de la Ley autonómica, referente al <régimen de visitas>, <los titulares o poseedores de bienes inmuebles de titularidad pública declarados de interés cultural deberán permitir la visita pública al menos una vez al mes. La Consejería competente en materia de patrimonio histórico podrá dispensar de dicha obligación cuando concurra causa justificada>.

El análisis de este motivo impugnatorio debe partir de que el <concepto de defensa contra la expoliación...abarca un conjunto de medidas de defensa que...tratan de extenderse a la privación arbitraria o irracional del cumplimiento normal de aquello que constituye el propio fin del bien según su naturaleza, en cuanto portador de valores de interés general necesitados, estos valores también, de ser preservados. Así, pues, la Ley llama perturbación del cumplimiento de su función social a la privación del destino y utilidad general que es propio de cada uno de los bienes, aunque materialmente el bien mismo permanezca> (SSTC 17/1991, de 31 de enero, FJ 7, y 20/2013, de 31 de enero, FJ 3).

De acuerdo con este criterio doctrinal, la función social última de los bienes que son portadores de valores singulares de carácter histórico, artístico o cultural, y en especial de los que por ser los más relevantes de entre ellos son declarados formalmente bienes de interés cultural, es asegurar que dichos valores puedan ser conocidos y disfrutados por todas las personas, en particular por las que integran ese grupo social cuyo esfuerzo colectivo está reflejado en tales bienes, siendo este fin último el que por otra parte justifica las medidas que se adopten para impedir su destrucción o deterioro. Por ello, configurar como vinculante un sistema de visita pública de mínimos, que impida que los bienes que hayan sido calificados formalmente de

interés cultural queden completamente sustraídos al goce de todos aquellos que no sean sus titulares, es un medio necesario para garantizar esta función social y, por tanto, debemos entender que la sujeción de los bienes muebles y de los inmuebles de titularidad privada a un sistema de visitas de mínimos que dispone el art. 13.2 LPHE, sin prejuzgar el concreto régimen por no requerirlo la presente impugnación, se ajusta plenamente a la extensión limitada que tiene la competencia exclusiva estatal *ex art. 149.1.28 C.E.*

Ahora bien, la regulación de la visita pública de los bienes declarados de interés cultural, más allá del régimen mínimo orientado a garantizar su función social, defendiéndolos así de esta clase de expoliación, puede sin duda servir a otras finalidades de entre las que son propias del patrimonio histórico, por lo que las Comunidades Autónomas con competencia en la materia están habilitadas para proceder a tal regulación, siempre claro está que con ésta no se menoscabe la competencia estatal *ex art. 149.1.28 C.E.* que se materializa en el régimen de mínimos aludido.

Antes de proseguir con el análisis de esta impugnación del art. 27 de la Ley de patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid procede destacar que los recurrentes la ciñen a la falta de toda referencia a los bienes muebles y a los inmuebles de titularidad privada, sin desarrollar argumentación alguna respecto al régimen establecido para los inmuebles de titularidad pública, ni cuestionando en particular que tal régimen sea un sistema de mínimos suficiente, debiendo el Tribunal ajustarse a este planteamiento con arreglo a la doctrina constitucional citada que resalta la carga de alegar que incumbe a los recurrentes [SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 1; 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 2 b); y 22/2012, de 16 de febrero, FJ 2 b)], lo que supone que no podemos extender nuestro análisis a si la divergencia en cuanto al mínimo temporal de visita pública a los inmuebles de titularidad pública vulnera el art. 149.1.28 C.E.

Según hemos interpretado el alcance recíproco de los títulos competenciales implicados y centrada la impugnación en lo que omite el art. 27 de la Ley autonómica, lo que procede es comprobar si la regulación de la visita pública de los bienes declarados de interés cultural realizada por la Comunidad de Madrid es un correcto ejercicio de la competencia que efectivamente le asiste o, por el contrario, por menoscabar la competencia que sobre el mismo objeto incumbe al Estado, se excede de ella.

Pues bien, la competencia que hemos dicho que tiene la Comunidad de Madrid para regular la visita pública en conexión con otras finalidades del patrimonio histórico distintas de la defensa frente a la expoliación le permitiría establecer un régimen de visita pública adicional al mínimo que fija el Estado para defender tales bienes de la expoliación, pero nunca desconocer ese mínimo y es claro, como ya razonamos antes, que, independientemente de cuál sea éste, los bienes muebles y de [sic] los inmuebles de titularidad privada no pueden sustraerse por completo al goce de todos aquellos que no sean sus titulares.

En este contexto, sobre todo teniendo también presente que al referirse a los bienes inmuebles prevé un régimen de visita pública inferior a la norma estatal, la falta de toda referencia a los bienes muebles y a los inmuebles de titularidad privada determina que esta omisión, como ya hemos declarado en otras oportunidades, equivalga a una verdadera contradicción (por todas, las SSTC 172/1996, de 31 de octubre, FJ 2 y 73/1997, de 11 de abril, FJ 4), por lo que debemos concluir que el art. 27 de la Ley de patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid se excede de la competencia autonómica, invadiendo la que el art. 149.1.28 C.E. atribuye al Estado”.

En síntesis, por tanto:

-“[...] la competencia [...] que tiene la Comunidad de Madrid para regular la visita pública en conexión con otras finalidades del patrimonio histórico distintas de la defensa frente a la expoliación le permitiría establecer un régimen de visita pública adicional al mínimo que fija el Estado para defender tales bienes de la expoliación [...]”.

-Empero, “[la referida competencia] nunca [puede] desconocer ese mínimo y es claro [...] que, independientemente de cuál sea éste, los bienes muebles y de [*sic*] los inmuebles de titularidad privada no pueden sustraerse por completo al goce de todos aquellos que no sean sus titulares”.

-Conclusión: “[...] teniendo también presente que [la ley autonómica impugnada] al referirse a los bienes inmuebles prevé un régimen de visita pública inferior a la norma estatal, la falta de toda referencia a los bienes muebles y a los inmuebles de titularidad privada determina que esta omisión [...] equivalga a una verdadera contradicción [...], por lo que debemos concluir que el art. 27 de la Ley de patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid se excede de la competencia autonómica, invadiendo la que el art. 149.1.28 C.E. atribuye al Estado”.

Cuatro.- Poco más de un año antes de la STC 122/2014, el Tribunal Constitucional, con ocasión de la impugnación por la Junta de Castilla y León de diversos preceptos de la Ley 21/2005, de 17 de noviembre, de restitución a la Generalitat de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la Guerra Civil custodiados en el Archivo General de la Guerra Civil Española y de creación del Centro Documental de la Memoria Histórica, acude de nuevo al concepto “defensa contra la expoliación” en el fundamento jurídico 3 de la Sentencia 20/2013, de 31 de enero, que dice así:

“De acuerdo con la primera parte del artículo 149.1.28 C.E., el Estado tiene competencia exclusiva sobre la <defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación>.

Según el escrito del representante legal de la Junta de Castilla y León, los preceptos impugnados permitirían la salida del Archivo General de la Guerra Civil Española de una cantidad tal de documentos -todos aquellos incautados en Cataluña (arts. 1 y 2.2 de la Ley 21/2005), así como los incautados en el resto de Comunidades Autónomas que lo soliciten (disposición adicional primera de la Ley 21/2005)- que se priva al archivo del destino y utilidad que le corresponde y se perturba el cumplimiento de su función social, constituyendo ello un supuesto de expoliación de acuerdo con la definición del mismo que se hace en el artículo 4 de la Ley de patrimonio histórico que se consideró constitucional por este Tribunal en la STC 17/1991, de 31 de enero.

El Abogado del Estado, por el contrario, rechaza que los preceptos impugnados supongan una expoliación y argumenta que, sin perjuicio de que la Ley del patrimonio histórico no se pueda constituir en canon para juzgar la labor del propio legislador, la función social del archivo, consistente en permitir la consulta e investigación de sus fondos, va a mantenerse al conservarse copia digitalizada, con el carácter de auténtica, de todos los documentos que se restituyan.

La primera cuestión que se nos plantea es si la decisión del legislador de restituir los efectos y documentos en su día incautados con fines represivos y que forman hoy parte de un archivo estatal es una expoliación prohibida por la Constitución.

Y la respuesta a tal cuestión debe ser negativa, pues no nos encontramos ante un supuesto de <privación arbitraria o irracional del cumplimiento normal de aquello que constituye el propio fin del bien según su naturaleza, en cuanto portador de valores de interés general necesitados, estos valores también, de ser preservados>, que es como definimos la expoliación en la STC 17/1991, de 31 de enero, F. 7.

En efecto, la adopción, por parte del legislador democráticamente elegido, de la decisión de contribuir a dar satisfacción a instituciones o ciudadanos que sufrieron, directamente o en la persona de sus familiares, las consecuencias de la guerra civil no puede constituir, en ningún caso, una decisión arbitraria o irracional. La protección del interés de los propietarios originarios o de sus sucesores de recuperar lo que en su día les fue incautado, que se promueve con la restitución legalmente prevista, constituye un interés constitucionalmente legítimo, y, por tanto, se puede considerar por el legislador que resulta preeminente, en su caso, frente a otros intereses concurrentes de acuerdo con el margen de apreciación que le corresponde.

Se debe, por lo tanto, descartar que nos encontremos ante una privación arbitraria o irracional de la finalidad que cumple el archivo, pero no sólo por no poderse hablar de arbitrariedad o irracionalidad de la decisión de restitución, sino, además, por no haberse acreditado por la recurrente que se produzca una privación de la finalidad que aquél cumple.

Es la propia recurrente la que en su escrito de demanda acepta la legitimidad de la devolución de la documentación generada por la Generalitat entre 1932 y 1939, poniendo en cuestión, sin embargo, la devolución del resto de documentos a las demás personas físicas o jurídicas. Parece considerar que es la cantidad de documentos devueltos lo que constituye una expoliación al privar al archivo del destino y utilidad que le corresponde. Sin embargo, la recurrente no

acredita, como le correspondería, que deje de cumplirse la función social del archivo con la devolución de los originales y la conservación de una copia de los mismos. Debemos, por tanto, rechazar que la restitución de los documentos y efectos incautados no respete, en sí misma, la función social fundamental que cumple el Archivo General de la Guerra Civil, pues no ha quedado acreditado que tal función, en el caso de un archivo tan peculiar como éste, que integra entre sus fondos aquella documentación incautada a personas naturales y jurídicas con una finalidad represiva, -y que no es otra que la función enunciada en el artículo 2 del Real Decreto 426/1999, de 12 de marzo, de creación del Archivo General de la Guerra Civil Española, cuando afirmaba que <el Archivo General de la Guerra Civil Española tendrá como fines y funciones las de reunir, conservar y disponer sus fondos documentales para investigación, cultura e información>- no se garantice suficientemente a través de la posibilidad de consultar el contenido material de la documentación. Esta posibilidad de salvaguarda con la obligación de que se realicen copias digitalizadas de los documentos restituidos prevista, para el caso de la documentación que debe ser restituida a través de la Generalitat, en el artículo 3.2 de la Ley 21/2005 aquí impugnada. En efecto, en el caso de un archivo sobre la guerra civil, que reúne entre sus fondos documentos incautados a personas naturales y jurídicas, es el contenido de tales documentos lo trascendental y no el soporte del documento mismo, con lo que la finalidad y función fundamental del archivo -la de reunir, conservar y disponer sus fondos documentales para investigación, cultura e información- parece salvaguardarse, salvo prueba en contrario, tanto con la conservación del contenido documental mediante la realización de copias como con el establecimiento de obligaciones de protección y accesibilidad que se establecen para los documentos que se restituyan a sus propietarios originarios. A tal preservación de la función fundamental del archivo se refiere la exposición de motivos de la norma aquí impugnada cuando afirma la necesidad de salvaguardar, al mismo tiempo que se restituyen los documentos, la integridad funcional del archivo y de los documentos y fondos documentales en él custodiados, en razón de su interés histórico y cultural. Esta integridad funcional no significa necesariamente el mantenimiento

de los documentos originales en el archivo, pues, en este concreto caso, el legislador, en uso del margen de apreciación que constitucionalmente le corresponde, ha considerado que el mantenimiento de los documentos originales debe decaer frente al legítimo interés en reparar algunas de las consecuencias del conflicto civil.

La función del archivo -la de reunir, conservar y disponer sus fondos documentales para investigación, cultura e información- queda igualmente salvaguardada -además de por la obligación de que se realicen copias digitalizadas de los documentos restituidos prevista en la propia Ley 21/2005- por el régimen de protección y accesibilidad que se establece para los documentos que se restituyan a sus propietarios originarios en las normas del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre patrimonio histórico.

Este régimen está integrado básicamente por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español; pero también por las normas autonómicas de protección del patrimonio histórico y, más concretamente, puesto que la restitución se produce *ope legis* en el caso de Cataluña, por la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del patrimonio cultural catalán, y por la Ley 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos.

Asimismo, el régimen de protección de los documentos restituidos será el previsto por aquellas disposiciones posteriores a la Ley 21/2005 que regulan el propio procedimiento de restitución a sus propietarios originarios o sus descendientes. Entre estas disposiciones está el Decreto 183/2008, de 9 de septiembre, del Gobierno de la Generalitat de Cataluña por el que se establece el procedimiento para la restitución a las personas físicas o jurídicas de carácter privado de los documentos incautados con motivo de la guerra civil -Decreto que no es sino la plasmación de la remisión realizada por el artículo 5.2 de la Ley 21/2005-, y cuyo artículo 13.2

establece que <así mismo, en caso de estimación de solicitudes de restitución de patrimonio documental, en la resolución deben figurar las obligaciones que corresponden a las personas receptoras como titulares de bienes integrantes del patrimonio cultural catalán, de acuerdo con la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán, y la Ley 10/2001, de 13 de julio, de Archivos y Documentos>. Estas normas establecen un detallado régimen de protección aplicable a todos los bienes integrantes del patrimonio cultural catalán -entre los que están, como afirma el artículo 13.2 del Decreto 183/2008, de 9 de septiembre del Gobierno de la Generalitat de Cataluña los documentos restituidos provenientes del Archivo General de la Guerra Civil- y que establecen, por ejemplo, en el artículo 13 de la Ley 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos, las responsabilidades y obligaciones de los titulares de documentos privados integrantes del patrimonio documental entre las que destacan la de <conservarlos íntegramente y no desmembrar los fondos sin autorización previa del Departamento de Cultura> o la de <permitir el acceso a los mismos a las personas que acrediten documentalmente la condición de investigadoras>. De esta manera tanto la obligación de conservación del contenido documental mediante la realización de copias como las obligaciones de protección y accesibilidad a los documentos restituidos previstas en las normas del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre patrimonio histórico y documental parecen salvaguardar la función de reunir, conservar y disponer los fondos documentales para investigación, cultura e información.

Reconocida la legitimidad de la decisión del legislador de tratar de reparar algunas de las consecuencias de la guerra civil mediante la restitución de los documentos en su día incautados y comprobado que no ha quedado acreditado por la parte recurrente que la restitución de la documentación pueda poner en cuestión la función social fundamental del Archivo General de la Guerra Civil Española, debemos afirmar que no nos encontramos ante un supuesto de expoliación y debemos señalar que no le corresponde a este Tribunal decidir acerca de la oportunidad del mantenimiento de los

documentos originales en el archivo frente a la restitución de los fondos documentales incautados a sus propietarios originales. Tal decisión le corresponde adoptarla al legislador sin que se pueda considerar que la adopción de una decisión en un sentido u otro suponga una contravención de la Constitución. Corresponde al legislador ponderar los intereses en conflicto, pudiendo, como en este caso, privilegiar la reparación de las consecuencias de la guerra civil y la protección del interés de los propietarios originarios o de sus sucesores de recuperar lo que en su día les fue incautado, frente a una defensa a ultranza de la permanencia de los documentos originales en este concreto archivo. No resulta ocioso reiterar que toda opción legislativa, por discutible que para algunos pueda ser, resulta admisible desde el punto de vista constitucional siempre que respete las reglas que la Constitución establece. De acuerdo con nuestra doctrina <en tales condiciones no corresponde a este Tribunal ‘fiscalizar la oportunidad de esa concreta opción del legislador, plasmación de una legítima opción política’ (por todas, STC 162/2009, de 29 de junio, F. 4), tanto más cuando el reparo que se le opone no deja de ser otra cosa que una objeción de oportunidad, sin relevancia, por tanto, desde el punto de vista constitucional> (STC 136/2011, de 13 de septiembre, F. 12).

Una vez rechazado que los artículos 1 y 2.2, así como la disposición adicional primera de la Ley 21/2005 supongan una expoliación se debe, igualmente, rechazar la petición de que se declare inconstitucional por conexión o consecuencia la disposición adicional segunda por la que se prevé la creación del Centro Documental de la Memoria Histórica, pues dicha petición tenía como presupuesto que estuviésemos ante un supuesto de expoliación”.

En síntesis, pues:

-Es inconcusa “la legitimidad de la decisión del legislador de tratar de reparar algunas de las consecuencias de la guerra civil mediante la restitución de los documentos en su día incautados”.

-Asimismo, “no ha quedado acreditado por la parte recurrente que la restitución de la documentación pueda poner en cuestión la función social fundamental del Archivo General de la Guerra Civil Española”.

-En consecuencia, “no nos encontramos ante un supuesto de expoliación”.

-En este sentido, “no le corresponde a este Tribunal decidir acerca de la oportunidad del mantenimiento de los documentos originales en el archivo frente a la restitución de los fondos documentales incautados a sus propietarios originales”.

-Antes bien, “corresponde al legislador ponderar los intereses en conflicto, pudiendo, como en este caso, privilegiar la reparación de las consecuencias de la guerra civil y la protección del interés de los propietarios originarios o de sus sucesores de recuperar lo que en su día les fue incautado, frente a una defensa a ultranza de la permanencia de los documentos originales en este concreto archivo”.

Cinco.- Los textos, normativos y jurisprudenciales, transcritos sobre el concepto “defensa contra la expoliación” *ex* artículo 149.1.28ª de la Constitución requieren del complemento aportado por la perspectiva penal. El último inciso del artículo 46 de la Constitución prescribe: “La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”. El Código Penal de 1985 aborda esta encomienda en sus artículos 321 a 324 [Capítulo II -“De los delitos sobre patrimonio histórico”- del Título XVI -“De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo. La protección del patrimonio histórico y el medio ambiente”- del Libro Segundo]. La

redacción vigente de los dos primeros proviene de su redacción originaria, en tanto que la de los artículos 323 y 324 trae causa, respectivamente, de las Leyes orgánicas 1/2015, de 30 de marzo y 15/2003, de 25 de noviembre.

El artículo 321 dice así:

“Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.

En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

El texto del artículo 322 es el que sigue:

“1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”.

Por su parte, el artículo 323 ofrece esta redacción:

“1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses al que 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 de 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”.

[La versión anterior a la introducida por la Ley Orgánica 1/2015 de este artículo 323 decía así:

“Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos.

En este caso, los Jueces o Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del delito, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado”].

El artículo 324 consigna esta dicción:

“El que por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a 400 euros, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, atendiendo a la importancia de los mismos”.

Seis.- De la noción “defensa contra la expoliación” *ex* artículo 4 LPHE y de su interpretación jurisprudencial se desprende una serie de consecuencias de pertinente desglose y análisis.

Así, en primer lugar, el referido concepto se desdobra en dos planos o acepciones, a saber, uno, la puesta “en peligro de pérdida o destrucción [de] todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español”; dos, la perturbación del “cumplimiento de [la] función social” que cumplen aquellos bienes. La noción legal de *expoliación*, así pues, registra una semántica más amplia que la recogida en el Diccionario de la Real. Si la acepción gramatical del término *expoliar* [el sustantivo *expoliación* significa “acción y efecto de expoliar”] se constriñe a “despojar con violencia o con iniquidad”, por el contrario, con las palabras del fundamento jurídico 7 de la STC 17/1991, “la acepción constitucional del concepto expoliación no debe quedar limitada al estricto significado gramatical del término, como ocurre en general con los conceptos indeterminados, que rebasan su acepción literal para alcanzar el sentido que la experiencia les ha ido atribuyendo”. De ahí que, siempre en la caracterización del referido pronunciamiento constitucional, “la utilización del concepto de defensa contra la expoliación ha de entenderse como definitoria de un plus de protección respecto de unos bienes dotados de características especiales”. Más precisamente: “Por ello mismo abarca un conjunto de medidas de defensa que a más de referirse a su deterioro o destrucción tratan de extenderse a la privación arbitraria o irracional del

cumplimiento normal de aquello que constituye el propio fin del bien según su naturaleza, en cuanto portador de valores de interés general necesitados, estos valores también, de ser preservados”. En consecuencia, y por lo que atañe a la segunda dimensión del concepto, “la Ley llama perturbación del cumplimiento de su función social a la privación del destino y utilidad general que es propio de cada uno de los bienes, aunque materialmente el bien mismo permanezca”.

En segundo lugar, y desde la perspectiva de la articulación de las funciones que en materia de “defensa contra la expoliación” competen al Estado-aparato y a las Comunidades Autónomas, la competencia estatal *ex* artículo 149.1.28 de la Constitución habilita a aquél para intervenir, sobre el esquema del reparto de atribuciones ejecutivas que diseña el artículo 6 LPHE, con carácter subsidiario, esto es, para el caso de desatención del requerimiento a que se refiere el artículo 4 LPHE, y cuyo objeto es la adopción por la Comunidad Autónoma correspondiente de “las medidas conducentes a evitar la expoliación”, a fin de disponer “lo necesario para la recuperación y protección, tanto legal como técnica, del bien expoliado”. Una intervención que, en la praxis habida bajo la vigencia de la LPHE, se ha traducido, por poner un par de ejemplos, en la subrogación por el Estado-apartado en la competencia autonómica para incoar los procedimientos de declaración de Bien de Interés Cultural [supuesto del Mercado del Este, en Santander] o en la enervación del cumplimiento y ejecución del Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Conjunto Histórico “El Cabanyal”, en Valencia.

Siete.- Más, en la referida noción, “defensa contra la expoliación”, se engloba el régimen de visita pública de los bienes históricos o culturales, en particular los declarados de interés cultural. Como se desprende del transcrito fundamento jurídico 14 de la STC 122/2014, y a la vista de la concreta configuración con que aquél aparecía recogido en la ley madrileña de patrimonio histórico de 2013, el Tribunal Constitucional sentará la siguiente premisa: “[...] la competencia [...] que tiene la Comunidad de Madrid para regular la visita pública en conexión con otras finalidades del patrimonio histórico distintas de la defensa frente a la expoliación le

permitiría establecer un régimen de visita pública adicional al mínimo que fija el Estado para defender tales bienes de la expoliación, pero nunca desconocer ese mínimo y es claro [...] que, independientemente de cuál sea éste, los bienes muebles y de [*sic*] los inmuebles de titularidad privada no pueden sustraerse por completo al goce de todos aquellos que no sean sus titulares”. Premisa de la que se desprende la siguiente conclusión: “[...] teniendo también presente que al referirse a los bienes inmuebles prevé un régimen de visita pública inferior a la norma estatal, la falta de toda referencia a los bienes muebles y a los inmuebles de titularidad privada determina que esta omisión [...] equivalga a una verdadera contradicción [...], por lo que debemos concluir que el art. 27 de la Ley de patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid se excede de la competencia autonómica, invadiendo la que el art. 149.1.28 C.E. atribuye al Estado”.

Premisa y conclusión necesitadas de las oportunas puntualizaciones, a saber:

-Amén de “la defensa frente a la expoliación”, “la competencia [...] que tiene la Comunidad de Madrid para regular la visita pública en conexión con otras finalidades del patrimonio histórico distintas” de aquella “le permitiría establecer un régimen de visita pública adicional al mínimo que fija el Estado para defender tales bienes de la expoliación”.

-Empero tal competencia “nunca [le permitiría a la Comunidad de Madrid] desconocer ese mínimo”.

-Por tanto, “independientemente de cuál sea éste, los bienes muebles y de [*sic*] los inmuebles de titularidad privada no pueden sustraerse por completo al goce de todos aquellos que no sean sus titulares”.

-En consecuencia, “la falta de toda referencia a los bienes muebles y a los inmuebles de titularidad privada determina que esta omisión [...]

equivalga a una verdadera contradicción [...], por lo que debemos concluir que el art. 27 de la Ley de patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid se excede de la competencia autonómica, invadiendo la que el art. 149.1.28 C.E. atribuye al Estado”.

-La contradicción con la norma estatal determinante de la inconstitucionalidad de la norma impugnada por excederse de “la competencia autonómica” e invadir, por ende, “la que el art. 149.1.28 C.E. atribuye al Estado” lo es, estrictamente, por la omisión, en la regulación por aquélla de la visita pública, de “toda referencia a los bienes muebles y a los inmuebles de titularidad privada”.

-Esta concreción, referida, pues, al ámbito de los bienes a que se contrae la visita pública trae causa de un principio de congruencia procesal: “[...] los recurrentes la ciñen [la impugnación del artículo 27 de la ley autonómica] a la falta de toda referencia a los bienes muebles y a los inmuebles de titularidad privada, sin desarrollar argumentación alguna respecto al régimen establecido para los inmuebles de titularidad pública, ni cuestionando en particular que tal régimen sea un sistema de mínimos suficiente”. La razón de esta limitación del enjuiciamiento debido se ancla en el que el artículo 13.2 LPHE cifra la visita pública, “en las condiciones de gratuidad que se determinen reglamentariamente”, en “al menos cuatro días al mes”, precisión numérica de la que se desprende que de haberse desarrollado por los recurrentes la oportuna alegación al respecto, el Tribunal Constitucional habría sido emplazado a pronunciarse acerca de si “el régimen establecido para los inmuebles de titularidad pública” [los únicos, se insiste, respecto de lo que se consagra en la ley autonómica la visita pública] es “un sistema de mínimos suficiente” [al consagrar meramente un día al mes para la citada visita pública].

-Un pronunciamiento que, por el motivo dicho, no se aborda y que, en todo caso, de haber tenido lugar tendría que discurrir por cauces diferentes de los que con carácter general postulaba el recurso de inconstitucionalidad, a saber, que la LPHE se erige en parámetro o canon

de la constitucionalidad de la ley impugnada. Un planteamiento [fundamentos jurídicos 1 a 4 de la STC 122/2014] que el Tribunal Constitucional descarta por no tener la ley estatal la condición de “norma básica” con la que confrontar los preceptos de la ley autonómica recurrida, de suerte que, de acuerdo a esta lógica, la determinación de si esta última consagraba “un sistema de mínimos suficiente” [y referido, dado el ámbito objetivo del precepto autonómico, sólo a los bienes inmuebles de titularidad pública] sólo podía derivar del alcance que a este propósito atribuyera el Tribunal Constitucional al artículo 149.1.28 de la Constitución, sin tomar pie, sea dicho una vez más, en el texto del precepto correspondiente de la LPHE.

Ocho.- En síntesis, pues, la competencia *ex* artículo 149.1.28^a de la Constitución faculta al Estado-aparato para diseñar las categorías de protección que articulan la “defensa contra la expoliación”, tal y como refrendó la STC 17/1991, con carácter general [fundamento jurídico 4] y, en particular, en relación a la más importante de las previstas en la LPHE, la de Bien de Interés Cultural [fundamento jurídico 10], doctrina en la que, respecto de esta concreta categoría, insiste la STC 122/2014 [fundamento jurídico 5]. Un sistema de categorías de protección, que comportan otros tantos regímenes jurídicos, esto es, esos sendos conjuntos, en lo que aquí interesa, de deberes que pesan sobre los poseedores de bienes históricos o culturales, que enmarca el conjunto de medidas que la LPHE y las leyes autonómicas despliegan en aras de la consecución de los fines u objetivos constitucional y legalmente consagrados. El último capítulo [*recte*: el reverso de la panoplia de deberes que integran el estatuto definitorio de cada una de las categorías de protección establecidas] de este entramado de medidas viene dado por el cuadro de infracciones y sanciones administrativas tipificadas y previstas en dicha legislación. Un cuadro que halla su complemento, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 46 de la Constitución, en los tipos penales arriba transcritos, respecto de los que pueden apuntarse algunas observaciones.

Así, respecto a los términos con que aparecen tipificados los delitos hoy recogidos en el Capítulo II del Título XVI del Libro Segundo del

Código Penal, se advierte la omisión de toda referencia nominal a las categorías de protección establecidas en la LPHE y en las leyes autonómicas en materia de patrimonio histórico o cultural. Tipos penales que, por el contrario, se construyen sobre nociones como “interés”, “valor”, “edificios [o bienes] singularmente protegidos” o “yacimientos arqueológicos”. Técnica que, inserta en el *modus operandi* tradicional en el ámbito penal, no merece, desde la perspectiva del principio de legalidad penal *ex* artículo 25.1 de la Constitución, ninguna censura a la vista de la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/1998, de 17 de septiembre [fundamento jurídico 8].

En segundo lugar, de los cuatro artículos que integran el referido Capítulo II del Título XVI del Libro Segundo del Código Penal, tres tipifican delitos de daños, en tanto que el artículo 322 alberga una modulación del de prevaricación *ex* artículo 404 del Código Penal. Una óptica, la de los daños, que es reflejo de esa estricta dimensión de la “expoliación” como fuente generadora de quebranto o deterioro de la integridad física de los bienes concernidos, y que registra dos modalidades dolosas, las de los artículos 321 y 323, y una modalidad imprudente, la del artículo 324.

Precisamente, el artículo 323.1, objeto de modificación en 2015, ofrece en su actual versión una curiosa particularidad, atinente a la pena asignada a los “daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental o en yacimientos arqueológicos terrestres o subacuáticos”. Una pena que es la de “prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses”. La conjunción “o” contrasta con la conjunción “y” que recogía la redacción anterior, de suerte que [sin perjuicio de la entrada en juego del tipo agravado contemplado en el apartado 2 de este artículo 323, que no recogía la versión anterior, a cuyo tenor “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”] la alternativa que consagra la primera de las conjunciones conduce, por lo que se refiere a

este tipo básico, a la imposición de una pena inferior a la prevista en el anterior artículo 323.

Por otro lado, con independencia de lo consignado, la actual redacción del tipo básico *ex* artículo 323.1 ofrece una significativa adición respecto de la antes recogida en el artículo 323. Una adición que dice relación con las acciones tipificadas como delito, que si en la versión anterior a la de 2015 se constreñían a las constitutivas de “daños” [“en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental o en yacimientos arqueológicos terrestres o subacuáticos”], ahora albergan también las que supongan “actos de expolio” de los yacimientos arqueológicos terrestres o subacuáticos. Una distinción que, en buena lógica, obliga a discriminar entre las respectivas acciones, las generadoras de “daños” [“en yacimientos arqueológicos terrestres o subacuáticos”] y aquéllas de las que dimanen “actos de expolio” [de los aludidos yacimientos]. En este sentido, si el primero de los términos, “daños”, debe canalizar, estrictamente, los actos que se traduzcan en un detrimento, deterioro o menoscabo de la integridad física de los yacimientos arqueológicos terrestres o subacuáticos, en el segundo, “expolio”, parece que deben albergarse, por exclusión, todos aquellos que comporten un “peligro de pérdida [de] todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o [que] perturbe[n] el cumplimiento de su función social”...no constitutivos de detrimento, deterioro o menoscabo de la integridad física de los yacimientos arqueológicos terrestres o subacuáticos”.

En este sentido, y habida cuenta de que los que integran el Patrimonio Histórico son bienes de “dominio público” *ex* artículo 44.1 LPHE, esta segunda modalidad del tipo básico del artículo 323.1 acogería las acciones constitutivas de sustracción o mero apartamiento de los objetos y restos pertenecientes o comprendidos en un yacimiento arqueológico terrestre o subacuático. “Sustracción”, naturalmente, en el sentido de apropiación física de una cosa, vale decir, desde la perspectiva penal, una acción constitutiva de un delito de hurto [*id est*, tomar “con ánimo de lucro las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño” *ex* artículo 234.1 del

Código Penal] o, en su caso, de robo [a saber, apoderarse “de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas [...] o violencia o intimidación en las personas [...]” *ex* artículo 237 del Código Penal], supuesto este segundo, el robo, en el que de ordinario encajarán las acciones que se traduzcan en el apoderamiento [con ánimo de lucro] de los objetos y restos [siempre, naturalmente, que deban ser calificados como “cosas muebles” *ex* artículo 335 del Código Civil] pertenecientes o comprendidos en un yacimiento arqueológico terrestre o subacuático.

Esta circunstancia, esto es, la calificación de los “actos de expolio” de los yacimientos arqueológicos que no comporten, tal como se desprende del deslinde apuntado, detrimento, deterioro o menoscabo de la integridad física de los yacimientos arqueológicos terrestres o subacuáticos sino apoderamiento con ánimo de lucro [...empleando fuerza en las cosas o, en su caso, violencia o intimidación en las personas] de los objetos o restos pertenecientes o comprendidos en los mismos, como un delito de robo *ex* artículo 237 del Código Penal, amén de un “acto de expolio” *ex* último inciso del artículo 323.1 del Código Penal, supone la entrada en juego, a efectos de fijar la oportuna consecuencia sancionadora, de la figura del concurso de normas, esto es, la aplicación de aquélla que prevea un mayor pena. Pauta aplicativa que, en definitiva, se concreta en la atribución a estos “actos de expolio” de los yacimientos arqueológicos terrestres o subacuáticos de las penas previstas en el artículo 240 del Código Penal, sea la de su apartado primero [prisión de uno a tres años], sea, en su caso, la de su apartado segundo [prisión de dos a cinco años], de concurrir “alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235, una de las cuales es, precisamente, la sustracción de “cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico” [número 1º del apartado 1 del artículo 235], siempre y cuando, naturalmente, las referidas penas sean superiores a la contemplada para el tipo agravado en el apartado 2 del artículo 323, pues en caso contrario, y en virtud del referido concurso de normas, sería la prevista en este último la norma de pertinente aplicación.

Nueve.- En síntesis, de acuerdo a la interpretación propuesta en el apartado anterior:

-Las acciones u omisiones constitutivas de “daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental o en yacimientos arqueológicos terrestres o subacuáticos” se castigan de conformidad al artículo 323.1 del Código Penal. Acciones u omisiones que, como se ha dicho, se traducen en un detrimento, deterioro o menoscabo de la integridad física de los referidos bienes y yacimientos.

-Los “actos de expolio” de los yacimientos arqueológicos terrestres y subacuáticos que se concreten en apoderamiento con ánimo de lucro [...empleando fuerza en las cosas o, en su caso, violencia o intimidación en las personas] de los objetos y restos [bienes muebles *ex* artículo 335 del Código Civil] pertenecientes o comprendidos en un yacimiento arqueológico terrestre o subacuáticos serán castigados como delitos de robo *ex* artículos 237, 240 y 235.1.1º del Código Penal, salvo que, con mantenimiento de la calificación como “acto de expolio”, sea de aplicación, por prever una pena superior a la contemplada en los últimamente citados, el apartado 2 del artículo 323 del Código Penal.

-En el caso de los yacimientos arqueológicos, una misma acción puede ser constitutiva de “daño” y de sustracción, apoderamiento o “robo” [“acto de expolio”, en su caso, *ex* artículo 323.2 del Código Penal, en los términos ya reseñados], supuesto en el que la correspondiente pena será el resultado de la aplicación de las normas sobre concursos de delitos, en concreto, del concurso real [artículo 73 del Código Penal].

-El, arriba nombrado genéricamente, apartamiento de los objetos y restos de los yacimientos arqueológicos terrestres y subacuáticos [esto es, por exclusión, las acciones u omisiones que no sean constitutivas de daños o de robo], vale decir, con las palabras del artículo 4 LPHE, la perturbación del “cumplimiento de su función social” puede ser tipificado como “acto de expolio” en el sentido del último inciso del artículo 323.1 del Código Penal. A este propósito, y comoquiera que el Tribunal Constitucional ha entendido que la visita pública de los bienes históricos o culturales [*recte*:

los declarados, precisamente, bienes de interés cultural] integra el concepto “defensa contra la expoliación” [STC 122/2014, fundamento jurídico 14], la exclusión sin causa justificada de esta visita pública puede eventualmente ser tipificada como “acto de expolio” a los efectos del referido último inciso del artículo 323.1 del Código Penal.

Nota bibliográfica.- En relación a la STC 17/1991, Juan Manuel Alegre Ávila, *Los bienes históricos y el Tribunal Constitucional*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, 32, 1991, 187-221 [así como Juan Manuel Alegre Ávila, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico. La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español*, prólogo de Luis Martín Rebollo, tomo II, Ministerio de Cultura, 1994, 754-784]. A propósito de las SSTC 20/2013 y 122/2014, Juan Manuel Alegre Ávila, *Archivos estatales: integración en sistemas archivísticos autonómicos y restitución de documentos (A propósito de las SSTC 14/2013, 20/2013, 38/2013, 66/2013, 67/2013, 68/2013 y 136/2013)*, “Patrimonio Cultural y Derecho”, 17, 2013, 169-213; y Juan Manuel Alegre Ávila, *La Sentencia del Tribunal Constitucional 122/2014, de 17 de julio y la Ley de la Asamblea de Madrid 2/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid*, “Patrimonio Cultural y Derecho”, 18, 2014, 469-501.

Por lo que respecta a la STC 181/1998, Ana Yáñez, *Los bienes integrantes del <Patrimonio Histórico Español>. A propósito de la Sentencia 181/1998 del Tribunal Constitucional*, “Revista Española de Derecho Administrativo”, 103, 1999, 459-472.