

APROXIMACIÓN A LA TUTELA PENAL DE LOS “SITIOS HISTÓRICOS”

Felipe Renart García
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Alicante.

Actualidad Penal, nº 3, semana 14 al 20 de enero de 2002, p. 45-62

(p. 46) I CONSIDERACIONES PREVIAS

La tutela administrativa del Patrimonio Histórico español se ha caracterizado durante largo tiempo por la promulgación de una serie heterogénea de normas que han coexistido sin integrarse en un todo coherente por haber sido dictadas a tenor de impulsos coyunturales. Esta situación se agrava en el ámbito del Derecho penal ya que la protección del elemento cultural se ha acometido tradicionalmente desde la desidia, el desinterés y la precipitación.

Históricamente, desde el Código penal de 1822, la salvaguarda de nuestro Patrimonio Cultural ha sido objeto de un sistema indirecto en el que la protección de los bienes de interés histórico-artístico se articulaba en atención a bienes jurídicos que le eran absolutamente ajenos y en los que prevalecía el interés individual sobre el colectivo en la medida en que se fundamentaba en un régimen privatístico de los mismos. Las conductas tipificadas no suponían sino una lesión o una mera puesta en peligro de la seguridad interior del Estado, del orden público y, fundamentalmente, del patrimonio individual.

Sólo con la aprobación del vigente Código penal de 1995 se instaura un sistema de tutela directa al protegerse el Patrimonio Histórico en sí mismo considerado como bien jurídico autónomo, aunque eso sí, en coexistencia con tipos penales que contemplan residualmente determinados aspectos del Patrimonio Cultural y que protegen bienes jurídicos de distinta naturaleza. Así, a diferencia del Código penal cubano de 1987 - reformado recientemente mediante Ley nº 87, de 26 de febrero de 1999 -, paradigma de la protección directa, el legislador español implanta un sistema híbrido o ecléctico de tutela en la línea marcada por el texto punitivo peruano de 1991.

Centrándonos en la materia que nos ocupa, se constata que dentro del amplio abanico de bienes que configuran el objeto material de los diversos tipos penales en los que se tutela el valor cultural no existe ninguna mención específica a los Sitios Históricos. Así es, pese a la introducción en la vigente Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985 (en adelante, LPHE) de esta categoría de bienes inmuebles susceptibles de declaración como Bienes de Interés Cultural (en lo sucesivo, BIC) y, por ende, de ser acreedores del máximo nivel de protección previsto en la norma administrativa, lo cierto es que su tutela penal sólo puede derivarse de la labor exegética que realice el intérprete. Esto es, la ausencia de referencia expresa a los Sitios Históricos en el texto penal determina la necesidad de valorar su posible encaje dentro de las diversas y heterogéneas descripciones del objeto material con las que el legislador protege el Patrimonio Cultural; así, si exceptuamos aquellos tipos penales en los que se castigan conductas de desapoderamiento (hurto, robo), de defraudación (estafa, apropiación indebida) y de sustracción (malversación) - por la evidente imposibilidad de que la conducta típica pueda recaer sobre los Sitios Históricos -, la atención del intérprete debe dirigirse necesariamente hacia los delitos contra la ordenación del territorio - en particular, el art. 319.1 -, los delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el Capítulo II del Título XVI - fundamentalmente, los arts. 321 y 323 - y, por último, hacia los delitos contra los recursos naturales y el (p. 47) medio ambiente - esencialmente, el art. 330, por el que se castigan los atentados contra los espacios naturales protegidos -.

En todo caso, el punto de partida de la referida labor interpretativa viene constituido por la definición que de Sitio Histórico proporciona el art. 15. 4 de la LPHE, como “el lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones de la cultura o de la naturaleza y a obras del hombre que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico”.

En una primera aproximación, podría pensarse que, a la vista del contenido de esta definición, la pretensión del legislador no es otra que la de proteger los valores naturales en sí mismo considerados; sin embargo, como señala acertadamente BARRERO RODRÍGUEZ, si tales valores

son merecedores de tutela en una Ley de Patrimonio Histórico “es precisamente porque en algún sentido se encuentran vinculados a la historia de la civilización” ⁽¹⁾. En este sentido, resulta incuestionable que la norma administrativa está tutelando bienes de indudable valor cultural.

Sin embargo, la redacción de este precepto enfrenta al intérprete penal a diversos aspectos problemáticos. En primer lugar, la amplitud y vaguedad de contenido de la citada definición genera en el ámbito punitivo cierta inseguridad jurídica y, con ello, una posible conculcación del principio de taxatividad al no delimitarse con nitidez los bienes que engloba. En segundo lugar, la existencia de una profusa normativa cultural de ámbito territorial, cuyas definiciones de Sitio Histórico vienen en ocasiones marcadas por la heterogeneidad, plantea la existencia de una posible quiebra de los principios de igualdad e uniformidad de la ley penal, principio éste claramente deducible de la atribución al Estado de competencia exclusiva sobre la materia penal (art. 149.1.6. CE) y del que se deriva la voluntad de que el ordenamiento jurídico-penal sea el mismo para todo el territorio nacional, vedando a las comunidades autónomas la posibilidad de establecer normas penales propias ⁽²⁾.

Respecto del primero de los problemas enunciados no cabe duda que la referencia que el art. 15.4 efectúa a las “creaciones culturales o de la naturaleza” presenta un perfil en exceso difuso. Aun cuando los Sitios Históricos constituyan una categoría formal - lo que redundaría en beneficio de la seguridad jurídica al venir éstos perfectamente individualizados e identificados - no es menos cierto que la protección de los bienes culturales instaurada a través del art. 323 del Código penal no está supeditada a declaraciones administrativas. Esto es, el art. 323 protege los bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental sin exigir que los mismos hayan sido previamente incluidos en alguna de las categorías formales que la norma administrativa establece. Siendo esto así, nada impide que una obra del hombre que posea valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico y que no haya sido objeto de reconocimiento formal integre el objeto material del citado precepto.

(p. 48) Sobre la base de esta particularidad, conviene destacar desde este mismo instante dos aspectos particularmente relevantes. Por una parte, ha de insistirse en señalar que si los arts. 319 y 321 del Código penal requieren del bien tutelado su previa declaración administrativa, no ocurre otro tanto con el art. 323 en el que debe entenderse que la apreciación del valor histórico está sometida al criterio judicial; lo mismo cabe decir respecto del art. 330 por cuanto que de su redacción no puede concluirse que el elemento que haya servido para calificar al espacio natural de protegido deba ser necesariamente objeto de reconocimiento formal. Por otra, del tenor literal del art. 14. 2 de la LPHE se desprende que no todos los lugares, parajes y bienes que tengan un valor cultural deban, necesariamente, ser declarados bienes de interés cultural pues no cabe otra interpretación de la expresión “pueden ser declarados” contenida en el citado precepto.

A mayor abundamiento, de la categoría de Sitios Históricos prevista en el catálogo de bienes de interés cultural existente en el Ministerio de Cultura se desprende la existencia de bienes inscritos de naturaleza ciertamente variopinta; así, entre otros, se ha calificado como Sitio Histórico ⁽³⁾, una ermita, una cueva, un valle, unos molinos, un camino, un lago, la cima de una montaña, un paraje, una sierra, unos pozos de nieve, una playa, un barranco, un yacimiento paleontológico, una fiesta, y un conjunto de arbolado y alamedas, lo que determina, en última instancia, que sean varios los tipos penales en los que puedan subsumirse los atentados contra los mismos.

Desde una segunda perspectiva, la existencia de un ordenamiento plenamente descentralizado, fruto del carácter plurilegislativo de nuestro Estado, en el que los entes regionales, sea cual sea el nivel jurídico de sus competencias, se han situado en una posición muy sólida, puede, en materia de Patrimonio Histórico, llegar a crear situaciones de grave inseguridad jurídica. Como apunta GARCÍA

¹ BARRERO RODRÍGUEZ, C.: La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico, 1ª ed., Madrid, 1990, pág. 221.

² MESTRE DELGADO, E.: “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1998, pág. 518.

³ En concreto y respectivamente, la Ermita de Santa Águeda en San Bartolomé de Tirajana (Las Palmas); la Cueva del Hermano Pedro en Granadilla de Abona (Santa Cruz de Tenerife); el Valle de Boi y de la Noguera de Tor en el Alta Ribargorza (Lérida); el Valle de Boi y de la Noguera de Tor en el Alta Ribargorza (Lérida); los Molinos de Llinars en Pollensa (Baleares); el Camino del Socorro en Guimar (Santa Cruz de Tenerife); el Lago de Sanabria en San Martín de Castañeda, en Galende (Zamora); la cima de la montaña de Randa, en Algaida (Baleares); el Paraje que rodea al Monasterio de San Salvador de Lerez, en Pontevedra; la Sierra de Ancares, en Candín (León); los Pozos de la Nieve en la Sierra de Espuña (Murcia); la Playa de Pals, en Pals (Gerona); el Barranco de Acentejo, en La Matanza (Santa Cruz de Tenerife); el Yacimiento Paleontológico de Coll den Rabassa-Palma (Baleares); la Fiesta del Corpus Christi en Ponteareas (Pontevedra); el conjunto de arbolado y alamedas de Segovia.

FERNÁNDEZ, "el peligro emana porque una Administración cultural autonómica puede realizar una política muy intensa de calificación de tales bienes conforme a sus propias categorías relegando las categorías de la legislación estatal" (4).

No es esta la única problemática que se deriva de la descentralización legislativa en esta materia; la existencia de diversas leyes autonómicas de patrimonio (p. 49) cultural no sólo viene a establecer desigualdades categoriales sino incluso definiciones no siempre coincidentes respecto de una misma categoría de bienes; así, mientras los Sitios Históricos son definidos en el art. 12 de la Ley de patrimonio cultural de Aragón de 1999 como "el lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, creaciones humanas o de la naturaleza, que posean valores históricos o de singularidad natural o cultural", en el art. 6 de la Ley de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura del mismo año son descritos como "el lugar o paraje natural donde se produce una agrupación de bienes inmuebles que forman parte de una unidad coherente por razones históricas, culturales o de la naturaleza vinculadas a acontecimientos, recuerdos del pasado o manifestaciones populares de las raíces culturales de una comunidad que posean valores históricos o técnicos", demostrándose con aún mayor nitidez las divergencias apuntadas en la definición existente en la Ley de Patrimonio Cultural de Cantabria de 1998 al conceptuar los Sitios Históricos como el "Paisaje definido, evocador de un acontecimiento memorable". Basándose en estas circunstancias, cabría pensar en la posibilidad de que los atentados a un Sitio Histórico en la Comunidad Aragonesa resultaran criminalizados y el sujeto activo del delito condenado conforme al art. 323, no siéndolo, sin embargo, en la Comunidad Cántabra, lo que supone a priori una inaceptable quiebra del principio de igualdad. De la reiterada interpretación que del art. 14 de la C.E. realiza el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias se desprende que el principio de igualdad no prohíbe las diferencias de trato, sino sólo las diferencias de trato injustificadas, esto es, la arbitrariedad, el tratar desigualmente a los iguales (5).

II. DERECHO PENAL Y SITIOS HISTÓRICOS.

1. Delitos contra la ordenación del territorio. El art. 319.1 en particular.

Según dispone el art. 319.1 del Código penal, "se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección".

En el seno de nuestra doctrina la determinación del bien jurídico que se pretende tutelar en los delitos contra la ordenación del territorio, en general, y en el art. 319. 1, en particular, no es en absoluto pacífica, lo que demuestra, en última instancia, no sólo la complejidad de estas figuras delictivas sino, fundamentalmente, la (p. 50) deficiente técnica legislativa y la precipitación con la que el legislador de 1995 ha alumbrado los preceptos que conforman el actual Capítulo I del Título XVI.

Fruto del importante esfuerzo interpretativo realizado por nuestra doctrina en la determinación del objeto formal es que hay un amplio abanico de posiciones que denotan, eso sí, la falta de unanimidad sobre el particular. Pese a la heterogeneidad en la concreción del bien jurídico - lo que nos podría llevar a afirmar que existen casi tantos bienes jurídicos como autores que se hayan pronunciado sobre este extremo -, destacan tres posturas fundamentales que expondremos a continuación.

Prescindiendo de aquellas apresuradas afirmaciones que identifican con cierto automatismo y simplismo el bien jurídico protegido con el rótulo del Capítulo I (6), o de quienes afirman sin más que

⁴ GARCÍA FERNÁNDEZ, J.: "La protección jurídica del Patrimonio Cultural. Nuevas cuestiones y nuevos sujetos a los diez años de la Ley del patrimonio histórico español", en Patrimonio Cultural y Derecho, núm. 1, Madrid, 1997, pág. 70. También publicado en el Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núms. 8 y 9, Madrid, 1995.

⁵ Sobre el particular, las SSTC de 5 de abril de 1990 (RTC 1990/68), 20 de septiembre de 1990 (RTC 1990/142), 14 de septiembre de 1992 (RTC 1992/114), 20 de enero de 1994 (RTC 1994/16), 2 de abril de 2001 (RTC 2001/88) y Autos de 27 de abril de 1983 (RTC 1983/190) y 25 de marzo de 1996 (RTC 1996/68).

⁶ Así, CATALÁN SENDER, J.: "El delito urbanístico ante las grandes líneas de la jurisprudencia urbanística, los principios generales del Derecho y las cuestiones previas. Hacia una interpretación sistemática del mismo", en Cuadernos de Política Criminal, núm. 66, Madrid, 1998, pág. 562.

el objeto de protección es “el urbanismo” ⁷), un destacado sector de la doctrina sostiene que el objeto formal lo constituye el cumplimiento de la ordenación territorial legal o reglamentariamente establecida o, en palabras de MUÑOZ CONDE, “el reforzamiento de los mecanismos jurídico-administrativos” ⁸), idea muy cercana a la defensa de la legalidad urbanística propugnada (p. 51) por LÓPEZ RAMÓN ⁹). Si se parte de la premisa de que lo afectado en este delito es sólo la ordenación del territorio, esto es, las limitaciones de su uso establecidas legal o administrativamente ¹⁰) resulta obvio que nos encontramos ante un delito con un elevado contenido formal al constituir el núcleo del injusto el carácter no autorizado de la construcción y, con ello, reputarse únicamente típica la violación de las órdenes emanadas de la Administración competente. Una nota común a las distintas interpretaciones realizadas por este importante sector doctrinal acerca del objeto formal de este delito es la idea central de que las conductas proscritas por el Derecho penal de la ordenación del territorio

⁷ En ese sentido, SALINERO ALONSO, C.: “Delitos contra la ordenación del territorio”, en La Ley, tomo IV, Madrid, 1997, pág. 1335; BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, Madrid, 2001, pág. 34.

⁸ MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, Decimotercera edición, con Apéndice de puesta al día, Valencia, 2001, pág. 535. BOIX REIG y JUANATEY DORADO (“Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en VIVES ANTÓN, T. S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: Derecho Penal. Parte Especial, 3ª ed. revisada y actualizada, Valencia, 1999, pág. 626) mantienen que el bien jurídico protegido es “la normativa reguladora de la ordenación del territorio”; asimismo, en “Arts. 319-320”, en VIVES ANTÓN (Coord.): Comentarios al Código Penal de 1995, vol. II, Valencia, 1996, pág. 1574. En idéntico sentido, CARMONA SALGADO, C.: “Delitos..., ob. cit., pág. 586; MARTÍNEZ ARRIETA, A.: “Delito..., ob. cit., pág. 179. Para ROMÁN GARCÍA (“Los delitos sobre la ordenación del territorio”, en LESMES SERRANO, C.; MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URÍES, S. y ORTEGA MARTÍN, E.: Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente), Granada, 1997, pág. 33) en el párrafo primero del art. 319 se protege la potestad administrativa de control de la legalidad de las construcciones. En opinión de TIRADO ESTRADA (“Delitos contra la ordenación del territorio: aspectos generales. Problemática práctica derivada de la relación Administración-Jurisdicción. Derecho Penal y Derecho Administrativo”, en Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, núm. VIII, Madrid, 1998, pág. 67) el bien jurídico protegido es el cumplimiento de las normas administrativas sobre la utilización racional del suelo. Comparte este criterio, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: “Los delitos sobre ordenación del territorio: la responsabilidad de la Administración urbanística”, en Actualidad Penal, núm. 16, Madrid, 1997, pág. 357; asimismo, en “Los delitos sobre la ordenación del territorio”, en Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, núm. IV, Madrid, 1997, pág. 347; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F.: “Delitos sobre la ordenación del territorio: el delito urbanístico en el nuevo Código Penal”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 63, Madrid, 1997, págs. 672 y ss; VERCHER NOGUERA, A.: “Los delitos sobre la ordenación del territorio”, en Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial, vol. V, Madrid, 1999, pág. 427; asimismo en “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.): Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia), Granada, 1998, pág. 1467; SAPENA GRAU, F.: El arquitecto técnico y el aparejador frente al nuevo Código penal, Barcelona, 1997, pág. 107. En contra, CONDE-PUMPIDO TOURÓN (“Art. 319”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.): Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, tomo II, Madrid, 1997, pág. 3197) mantiene que el bien que se trata de tutelar no es el Derecho de Ordenación de Territorio, es decir, la normativa, sino el “valor” Ordenación del Territorio en el sentido material de utilización racional del suelo orientada a los intereses generales; asimismo, en “Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio”, en Empresa y Derecho Penal, vol. II, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, pág. 158. Particularmente crítico con estas delimitaciones del objeto formal, SILVA SÁNCHEZ (“¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español”, en Actualidad Penal, núm. 23, Madrid, 1998, págs. 437 y ss.) entiende que si el bien jurídico protegido es el sistema administrativo de asignación de diversas finalidades al suelo, ello revelaría un modelo estrictamente secundario y sancionatorio del Derecho Penal que no entraría en la determinación del objeto concreto de protección, limitándose a reforzar, en sus aspectos mas relevantes, el modelo de protección preexistente en el Derecho Administrativo. Compartiendo la opinión de SILVA, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995”, en Actualidad Penal, núm. 15, Madrid, 1998, pág. 310.

⁹ LÓPEZ RAMÓN, F.: “Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos”, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 151, Madrid, 1997, pág. 60, quien considera además que el bien jurídico protegido en los artículos 319 y 320 resulta de escasa entidad, al limitarse a una parte, y no la más importante, de la actividad urbanística. En la línea expuesta por este autor, BETRÁN ABADÍA; CORVINOS BASECA y FRANCO HERNÁNDEZ (“Los nuevos delitos sobre ordenación del territorio y la disciplina urbanística”, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 151, Madrid, 1997) entienden que el bien jurídico a proteger mediante este tipo delictivo es la autorización. Asimismo, DOMÍNGUEZ LUIS, J. A.: “Delitos sobre la ordenación del territorio”, en FARRÉ DÍAZ; SOSPEDRA NAVAS; HERNÁNDEZ GARCÍA y otros: Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva, 1ª ed., Barcelona, 1999, pág. 31. Para BARRIENTOS PACHO (“Delitos relativos a la ordenación del territorio”, en La Ley, tomo VI, Madrid, 1996, pág. 1557) lo que se trata de preservar es “la normativa reguladora de la ordenación del territorio”.

¹⁰ Así, LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador, Madrid, 1996, pág. 158.

sirven de apuntalamiento de las normas administrativas que regulan las clases de suelo y el uso que se puede hacer de él ⁽¹¹⁾.

Un segundo enfoque, relacionando estrechamente la ordenación del territorio con el elemento ecológico, parte de la idea de que con estas infracciones se ampara penalmente la calidad de vida y del hábitat por lo que, aunque inicialmente el bien jurídico protegido sea el cumplimiento de las normas administrativas sobre utilización racional del suelo, en última instancia se está tratando de amparar todo lo que la ecología representa en relación al suelo urbanístico ⁽¹²⁾. Esta utilización de **(p. 52)** macro-conceptos de contornos excesivamente difusos debe ser, en nuestra opinión, rechazada por carecer de la concreción que todo bien jurídico requiere para desempeñar las funciones garantistas que tiene encomendadas.

Desde otra perspectiva, se entiende que el bien jurídico protegido en el art. 319. 1 es el adecuado destino de los bienes públicos, colectivos y/o singulares por los valores que contienen ⁽¹³⁾. Esto es, desde esta posición ya no cabe hablar de un único objeto formal sino de un bien jurídico plural en atención a cada uno de los valores taxativamente señaladas en el precepto objeto de estudio y que no son otros que los culturales, urbanísticos y naturales. Como apunta ACALE SÁNCHEZ, “si ese carácter no autorizado se relaciona con la cualidad de los suelos o lugares sobre los que se construye, las consecuencias en materia de bien jurídico son diametralmente opuestas” ⁽¹⁴⁾ a las mantenidas por el primer grupo de autores citado. Coincidimos con esta autora en que la construcción de una carretera en un espacio natural protegido y la decisión prevaricadora de un alcalde sobre la concesión de una licencia de obras, lo único que tienen en común es el contenido (urbanístico) de ambas actuaciones: el bien jurídico lesionado es, no obstante, distinto. En el primer supuesto, bien jurídico protegido es el equilibrio de un sistema natural, mientras que en el segundo lo es el correcto desarrollo de la función pública en materia de ordenación de territorio ⁽¹⁵⁾.

En efecto, en nuestra opinión, aún reconociendo la importancia de la ausencia de autorización como elemento normativo vertebrador del tipo, lo trascendente, a efectos de determinación del bien jurídico, es la concreción legislativa de la pluralidad de suelos típicos objeto de protección; esto es, el injusto típico no viene constituido por la realización de una construcción no autorizada en cualquier tipo de suelo sino en aquellos suelos que, por los valores que encierran, el legislador entiende necesitados de tutela, debiendo, por ello, constatarse la existencia de una pluralidad de bienes jurídicos protegidos en el art. 319. 1., a saber, ordenación del territorio, medio ambiente y patrimonio histórico. Nos adherimos, así, a la postura doctrinalmente minoritaria que defiende que la protección de la ordenación del territorio se consagraría a través de la construcción no autorizada sobre viales o zonas verdes; el medio ambiente como bien jurídico se reflejaría en los lugares que tienen legal o administrativamente reconocido su valor ecológico o paisajístico y, por último, la tutela del patrimonio histórico a través de los lugares formalmente **(p. 53)** reconocidos como de valor cultural, histórico o

¹¹ Aspecto éste puesto de manifiesto por MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: “Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio”, en Revista Penal-La Ley, núm. 8, Madrid, 2001, pág. 65. Sin embargo, como afirma DE LA MATA BARRANCO (Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa, Barcelona, 1996, pág. 59), de esta forma se corre el riesgo de estar castigando una pura desobediencia civil.

¹² DE VEGA RUÍZ, J. A.: Delitos contra el Medio Ambiente, Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico, Flora y Fauna en el Código Penal de 1995, Madrid, 1996, pág. 117. Con ligeros matices que lo diferencian de la postura de Vega Ruíz, URRAZA ABAD (“Delitos relativos a la ordenación del territorio: principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales”, en Actualidad Penal, núm. 27, Madrid, 2001, pág. 596) mantiene que el objeto formal es la utilización racional del suelo y, en un sentido más amplio, la calidad de vida y hábitat humano así como la conservación de los recursos naturales. Aunque sin referirse expresamente al elemento ecológico, GARCÍAS PLANAS (El delito urbanístico. Delitos relativos a la ordenación del territorio, Valencia, 1997, pág. 61) afirma que “el uso del suelo que integra el hombre en su ámbito espacial, con respecto al medio físico” es el bien jurídico-penal protegido.

¹³ En ese sentido, VERDÚ MIRA, A. T.: “Los nuevos delitos contra la ordenación territorial”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 266, Elcano, 1996, pág. 3.

¹⁴ ACALE SÁNCHEZ, M^a: “De los delitos sobre la ordenación del territorio: el artículo 319 del Código Penal”, en TERRADILLOS BASOCO (Coord.): Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio, Sevilla, 1998, pág. 123.

¹⁵ Así lo considera ACALE SÁNCHEZ, M^a: Delitos urbanísticos, Barcelona, 1997, pág. 20.

artístico ¹⁶). Ha de insistirse pues en que la legislación penal urbanística configurada en el vigente Código penal no ha pretendido considerar como infracción penal toda infracción administrativa urbanística, sino que lo que pretende es castigar las violaciones o ataques más graves al suelo, espacios comunes o bienes colectivos sometidos al interés social, que es lo que le otorga el carácter de bien jurídico digno de protección a esos lugares mencionados, en los que en ningún caso sería posible la libre actuación urbanística ¹⁷).

En apoyo de la tesis que sostenemos, la Sentencia núm. 117/1999, de 18 de marzo (ARP 1999/1619), de la Audiencia Provincial de Almería, absuelve al acusado que había construido dos paredes de obra y puesto techo a una terraza, haciéndolo en terreno de su propiedad, sito en el paraje de los Escullos del Término municipal de Níjar, calificado administrativamente como área de protección al tratarse de un ecosistema excepcional según Decreto 418/1994 por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar. En su Fundamento de Derecho Primero, el Ponente señala, acertadamente, que cuando el legislador utiliza, en el art. 319. 1, el término “construcción” se está refiriendo a una obra o construcción de nueva planta o de entidad suficiente para atentar contra aquella protección especial del territorio en que se asienta; es decir, que pudiese lesionar el bien jurídico medio ambiente por revestir el lugar en que se ejecuta la conducta típica un valor de tal naturaleza.

El precepto exige que la construcción se lleve a cabo en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor artístico, histórico o cultural. El fundamento legal de la protección de estos lugares debe encontrarse en la declaración contenida en el art. 46 de la Constitución de 1978, en virtud de la cual se confiere a los poderes públicos la responsabilidad de garantizar la conservación, promoción y enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de España, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. Siendo esto así, no debe sorprender que, junto a la tutela específica dispensada en el Capítulo II del Título XVI de nuestro Código penal, el legislador extienda su política de salvaguarda de los valores culturales al ámbito urbanístico en consideración a las profundas imbricaciones existentes entre ambas parcelas jurídicas.

Un amplio sector de la doctrina identifica estos lugares con los bienes inmuebles recogidos en el art. 14. 2 de la LPHE, es decir, con los Monumentos, Jardines, (p. 54) Conjuntos y Sitios Históricos, así como con las Zonas Arqueológicas ¹⁸). Sin embargo, este criterio interpretativo requiere ciertas puntualizaciones; en primer lugar, si el tipo exige de los lugares que menciona que tengan reconocidos, legal o administrativamente, determinados valores de naturaleza cultural, debe señalarse que los bienes que el mencionado art. 14. 2 enumera no tienen, necesariamente, que haber sido declarados de interés cultural. En otras palabras, de una atenta lectura del precepto administrativo se colige únicamente la posibilidad - que no la obligatoriedad, como pretende un importante sector de la doctrina - de que estos bienes sean formalmente declarados BIC. No resulta, por lo tanto, conveniente, operar con automatismos que identifiquen, en todo caso, los citados bienes con el máximo nivel de protección que prevé la normativa administrativa; en otras palabras, existen monumentos de indudable valor cultural que no han sido objeto de un reconocimiento formal. Sentada la anterior premisa, puede afirmarse que integran el tipo del art. 319. 1 sólo aquellos bienes que hayan sido objeto de una previa declaración formal como BIC o cuyo expediente para la declaración de Interés Cultural se haya incoado (art. 11. 1 LPHE) ¹⁹), aquellos que se encuentren incluidos en los

¹⁶ ACALE SÁNCHEZ, M^a.: “Delitos sobre...”, ob. cit., págs. 23 y ss. De la misma opinión, BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 3, Madrid, 1999, págs. 28 y ss.

¹⁷ En ese sentido, la Sentencia 15/2000, de 14 de marzo (ARP 2000/91), de la Audiencia Provincial de Palencia. En parecidos términos, ROMÁN GARCÍA (“Los delitos...”, ob. cit., pág. 106) apunta que “es importante destacar una realidad que se desprende de la simple enunciación legal contemplada en el apartado primero del artículo 319: el legislador penal trata de otorgar la máxima protección posible a una serie de espacios que son objeto - bien por su propia naturaleza o por sus cualidades intrínsecas, o bien por el fin al que están destinados - de un marcado interés público en su conservación, interés que se considera claramente preeminente sobre el interés particular del sujeto que pretende edificar”.

¹⁸ Así, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: “Los delitos...”, ob. cit., pág. 374; ACALE SÁNCHEZ, M^a.: “Delitos sobre la ordenación del territorio”, en TERRADILLOS BASOCO, J. (ed.): Derecho Penal del medio ambiente, Madrid, 1997, pág. 22.

¹⁹ En ese sentido, CASTRO BOBILLO, J. C.: “Los delitos...”, ob. cit., pág. 409. Nótese, por lo demás, que el art. 16 de la LPHE establece que la incoación de expediente de declaración de interés cultural respecto de un bien inmueble determinará la suspensión de las correspondientes licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en

Catálogos de protección previstos en el art. 86 del RPU, sin olvidar los que son objeto de especial protección formalizada de acuerdo con las numerosas leyes autonómicas de patrimonio cultural.

2. Los delitos contra el patrimonio histórico strictu sensu. Análisis de los arts. 321 y 323.

A tenor del art. 321 del CP, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, multa de 12 a 24 meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de 1 a 5 años, los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental.

En la materia que nos ocupa, la correcta delimitación del término edificio cobra una importancia relevante ya que si determinados Sitios Históricos vienen constituidos por este tipo de obras arquitectónicas no debe existir inconveniente en subsumir los atentados de que puedan ser objeto en este tipo penal.

(p. 55) Etimológicamente, edificio procede del latín *aedificium*, palabra derivada de *aedificare*, edificar, y significa obra o fábrica de casa, palacio, templo, etc., empleándose como nombre genérico de toda obra arquitectónica o de albañilería que sirve para morada del hombre, para reuniones, espectáculos o cualquiera de las necesidades inherentes a la sociedad ⁽²⁰⁾.

La doctrina mayoritaria que se ha aproximado a esta materia parte de la necesidad de realizar, en todo caso, una interpretación restrictiva de las normas penales, considerando, en consecuencia, que la referencia a “edificios” como objeto de protección y no a construcciones o bienes inmuebles responde a la voluntad legislativa de limitar el ámbito de aplicación del precepto; “en consecuencia - afirma TASENDE CALVO - quedan fuera del tipo bienes o monumentos singularmente protegidos (por ejemplo, unas cuevas de arte rupestre), y hasta construcciones (por ejemplo, un acueducto, un arco triunfal o unas ruinas) que no cabe calificar de edificios en sentido estricto”, cuya demolición o alteración grave sería punible con arreglo al tipo residual o genérico del art. 323 ⁽²¹⁾. En nuestra

las zonas afectadas, así como de los efectos de las ya otorgadas. En contra, LASO MARTÍNEZ (Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal, Madrid, 1997, pág. 64) al considerar que la protección penal requiere el acto definitivo de declaración de Bienes de Interés Cultural. De la misma opinión, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “Art. 319”, ob. cit, pág. 3202. Para DE LA CUESTA ARZAMENDI (“Delitos...”, ob. cit., pág. 322), los bienes sobre los que se hubiese incoado expediente de declaración tendrían cabida en el tipo a través de la expresión “o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”, recogida en el último inciso del art. 319. 1.

²⁰ Así, DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.: Diccionario de Derecho urbanístico, Granada, 1998, pág. 145; más escuetamente, MOLINER (Diccionario..., ob. cit., pág. 1054) lo define como “construcción hecha de obra de albañilería, apta para albergar personas, animales, etc.”.

²¹ TASENDE CALVO, J. J.: “La protección penal del Patrimonio histórico-cultural”, en La Ley, núm. 5011, Madrid, 13 de marzo de 2000, pág. 2. En parecidos términos, CATALÁN SENDER, J.: Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (Doctrina y Jurisprudencia), Barcelona, 1999, pág. 522; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: Derecho Penal. Parte Especial, tomo III, Madrid, 1999, pág. 187; SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal. Parte Especial, 5ª ed., con la colaboración de Alfonso Serrano Maíllo, Madrid, 2000, pág. 578; ALMELA VICH, C.: “Delitos sobre el Patrimonio Histórico”, en Actualidad Penal, núm. 41, Madrid, 2000, pág. 878; TAMARIT SUMALLA, J. Mª.: “De los delitos sobre el Patrimonio Histórico”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 2ª ed., Pamplona, 1999, pág. 857; CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico”, en COBO DEL ROSAL, M (Dir.): Curso de Derechp Penal español. Parte Especial, vol. II, Madrid, 1997, pág. 40; MILANS DEL BOSCH y JORDÁN DE URÍES, S.: “Delitos sobre el Patrimonio Histórico”, en LESMES SERRANO, C.; ROMÁN GARCÍA, F. y ORTEGA MARTÍN, E.: Derecho Penal Administrativo (Ordenación del territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente), Granada, 1997, pág. 202; FARRÉ DÍAZ, E.: “Delitos relativos a la protección del Patrimonio Histórico-Artístico”, en GANZENMÜLLER ROIG, ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA (Dir.): Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del Patrimonio Histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva, Barcelona, 1999, pág. 115; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): Comentarios al Código Penal, 1ª ed., Madrid, 1997, pág. 919; PÉREZ ALONSO, E. J.: “Los delitos contra el Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995”, en Actualidad Penal, núm. 33, Madrid, 1998, pág. 630; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “La protección del Patrimonio Cultural en el Código Penal de 1995”, en Patrimonio Cultural y Derecho, núm. 2, Madrid, 1998, pág. 154; GUIASOLA LERMA, C.: “Los delitos sobre el Patrimonio Histórico en el nuevo Código Penal de 1995”, en Poder Judicial, núm. 43-44, Madrid, 1996 (II), pág. 177; en el caso particular de BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C.: “Delitos sobre el patrimonio histórico”, en VIVES ANTÓN, T. S.; ORTS BERENQUER, E.; CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: Derecho Penal. Parte Especial, 3ª ed. revisada y actualizada, Valencia, 1999, pág. 635, estos autores mantienen sus dudas acerca de si algunos bienes singularmente protegidos tales como “cuevas” o “abrigos” que contengan manifestaciones de arte

opinión, el objeto material del art. 321 (p. 56) lo constituye el edificio en su sentido tradicional, es decir, arquitectónico. En base a ello, nada impide que la destrucción o grave alteración de la Ermita de Santa Águeda, sita en la localidad de San Bartolomé de Tirajana de las Palmas de Gran Canaria, o el Santuario de Nuestra Señora del Rocío, edificado en la localidad onubense de Almonte, calificados administrativamente como Sitios Históricos, sean punibles a través de este precepto.

El art. 323 castiga a quien cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos.

De la simple lectura de este precepto se desprende inmediatamente la no exigencia de declaración formal de los bienes que tutela, lo que no implica, evidentemente, que los bienes declarados BIC o incluidos en el Inventario General queden fuera de su órbita.

Por centrarnos en la materia que nos ocupa, no existe duda alguna de que la norma ampara los Sitios Históricos que no constituyen propiamente un edificio por venir éstos protegidos a través del art. 321. Así, nada impide que el denominado Molino de Arriba de la localidad murciana de Bullas; el Yacimiento Paleontológico de Icnofósiles Inespal de Alicante; el Pozo de la Nieve de Villar del Rey, en Badajoz, o La Cueva de la Mora en Villanueva de los Infantes (Ciudad Real) integren el objeto material de este delito a través de la expresión "bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental".

3. Sitios Históricos y Espacios Naturales Protegidos: el art. 330 del C.P.

La falta de protección penal de los espacios naturales protegidos constituyó una crítica ampliamente compartida por nuestra doctrina lo que determinó que el legislador de 1995 atendiera esta reivindicación para introducir en el vigente texto punitivo el art. 330 y castigar con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a "quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo" (22).

Junto a este precepto, el vigente Código Penal contiene entre las disposiciones comunes del Título XVI un tipo supercualificado aplicable, en principio, a los delitos (p. 57) contra la ordenación del territorio, patrimonio histórico (23), medio ambiente, espacios naturales y a los delitos relativos a la protección de la fauna y de la flora. Nos referimos, con ello, al art. 338 por el que se imponen las penas superiores en grado a las respectivamente previstas cuando las conductas definidas en el Título XVI afecten a algún espacio natural protegido.

La necesidad de las anteriores precisiones se fundamenta en la existencia de valores de naturaleza cultural directamente tutelados por el art. 330 y en la prolija normativa administrativa de carácter estatal y autonómico con referentes culturales que integra el tipo del mencionado precepto. Si como apunta MARTÍN MATEO, "asociados a muchos espacios tutelados en razón de sus predominantes valores bióticos, se encuentran frecuentemente elementos etnográficos y arqueológicos altamente significativos y que ameritan un particular cuidado" (24) la posibilidad de que se planteen problemas concursales entre los arts. 323 y 330 parece incuestionable.

rupestre o, incluso, construcciones como el Acueducto de Segovia caen o no bajo el ámbito de protección del art. 321. No deja de resultar sorprendente la postura mantenida por TERRADILLOS BASOCO ("La protección penal de los bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Histórico", en TERRADILLOS BASOCO (Coord.): Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio, Sevilla, 1998, pág. 56); en opinión de este autor los daños causados en las cuevas que albergan arte rupestre y en el acueducto de Segovia integran el delito previsto en art. 323, lo que entendemos supone una correcta interpretación del objeto material del art. 321. Ahora bien, se equivoca en su argumentación por cuanto que sostiene que la mayor pena prevista en el art. 323 responde a que los bienes tutelados en el precepto presentan un valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental de tal entidad que no requieren de declaraciones administrativas previas; con ello quedaría - erróneamente - justificada la menor pena prevista en el art. 321 aun cuando el objeto material lo sean edificios singularmente protegidos, es decir, bienes que se han hecho merecedores del máximo nivel de protección previsto por la Ley.

²² Aunque matizadamente, podría afirmarse que el antecedente de este precepto lo constituye el § 329 III del StGB alemán.

²³ Si bien SILVA SÁNCHEZ (Delitos contra el medio ambiente, Valencia, 1999, pág. 133) considera que la aplicación del art. 338 "resulta poco verosímil" respecto de los atentados al patrimonio histórico.

²⁴ MARTÍN MATEO, R.: Tratado de Derecho Ambiental, vol. III, 1ª ed., Madrid, 1997, pág. 319. Esta perspectiva se observa, asimismo, en determinados instrumentos internacionales, destacando la Convención de París de 21 de noviembre de 1972 para la protección del patrimonio natural y cultural, por los que se reconoce un valor cultural a determinados aspectos estéticos del ambiente. Más recientemente, el Principio núm. 10 de la Conferencia de Río,

En efecto, en los espacios naturales protegidos puede afirmarse la existencia de una yuxtaposición de políticas proteccionistas sobre el patrimonio cultural y el medio ambiente pues como apunta acertadamente POLAINO NAVARRETE en su comentario del art. 330, "la motivación de configuración del tipo legal tiene un sentido ecológico, pero la incidencia típica sobre los factores integrantes del espacio natural se aparta de esta dimensión ambiental al requerir la descripción legal exclusivamente la causación de grave daño en alguno de los componentes del espacio" ⁽²⁵⁾.

La Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres - en adelante LCENP - establece la posibilidad de que los espacios naturales protegidos, definidos como aquellos espacios del territorio nacional, incluidas las aguas continentales, y los espacios marítimos (p. 58) sujetos a la jurisdicción nacional, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental, que contengan elementos y sistemas naturales de especial interés o valores naturales sobresalientes, sean objeto de una declaración de protección de acuerdo con lo regulado en la misma.

Esta proclamación carecería de interés para el objeto de nuestro estudio si no fuera porque en su art. 10. 2. b) prevé que la tutela de estos espacios puede obedecer, entre otras finalidades, a la protección de aquellas áreas y elementos naturales que ofrezcan "un interés singular desde el punto de vista científico, cultural, educativo, estético, paisajístico y recreativo" ⁽²⁶⁾.

En efecto, la presencia del valor cultural como elemento no sólo susceptible de protección sino fundamentalmente como componente determinante para la calificación de un espacio natural protegido como tal adquiere su máxima virtualidad en la refundición de los regímenes de protección creados por la derogada Ley de 2 de mayo de 1975 ⁽²⁷⁾ y en la novedosa configuración de tres de sus principales categorías: los Monumentos Naturales, los Paisajes Protegidos y los Parques Nacionales. Esto es, mientras el art. 16. 2 engloba dentro de los primeros, entre otros, a las "formaciones geológicas, los yacimientos paleontológicos y demás elementos de la gea que reúnan un interés especial por la singularidad o importancia de sus valores científicos, culturales o paisajísticos", el art. 17 define los Paisajes Protegidos como "aquellos lugares concretos del medio natural que, por sus valores estéticos y culturales sean merecedores de una protección especial" ⁽²⁸⁾, haciéndose, así, referencia a espacios producto de las interacciones del ser humano con la naturaleza con la finalidad

auspiciada por la ONU en junio de 1992, ha abogado por un "desarrollo sostenible" que suponga una garantía de la preservación del medio ambiente entendido éste como "todo aquello que rodea al hombre, sea natural, antropológico o cultural". Otro ejemplo significativo de las últimas corrientes lo constituye el Instrumento de 23 de diciembre de 1998, por el que se ratifica el Protocolo de Barcelona de 10 de junio de 1995, y sus Anexos adoptados en Montecarlo el 24 de noviembre de 1996, sobre las zonas especialmente protegidas y la diversidad biológica del Mediterráneo, dispone la creación por los Estados parte de Zonas Especialmente Protegidas de Interés para el Mediterráneo (ZEPIM) cuyo objetivo fundamental no viene únicamente constituido por la conservación del patrimonio natural sino que engloba otros aspectos entre los que se encuentra la conservación del patrimonio cultural de las zonas costeras (art. 8. 2). Asimismo, la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza define los espacios naturales protegidos como aquella "zona de la tierra y/o mar especialmente dedicada a la protección de la diversidad biológica y de los recursos naturales y culturales asociados". Más ampliamente, MOLINA GIMÉNEZ, A.: "La protección del Patrimonio Cultural en su dimensión ambiental", en Revista andaluza de Administración Pública, núm. 40, Sevilla, 2000, págs. 327 y ss.

²⁵ POLAINO NAVARRETE, M.: "Delitos contra el medio ambiente en el Código penal de 1995", en Estudios Jurídicos en Memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz, vol. II, Valencia, 1997, pág. 621. Prueba de ello lo constituye el contenido de la STS de 23 de enero de 1995 (RJ 1995/64).

²⁶ En la misma línea, sin pretender ser exhaustivos, se observa como en la Lei brasileña nº 9. 605, de 12 de febrero de 1998, de crimes ambientais se protegen, en sus arts. 62 a 65, elementos de irrefutable valor cultural; asimismo, dentro del Capítulo dedicado a las Áreas Naturales Protegidas, el art. 45 de la Ley general mexicana del equilibrio ecológico y la protección al ambiente de 1996 tutela "los entornos naturales de zonas, monumentos y vestigios arqueológicos, históricos y artísticos, así como zonas turísticas, y otras áreas de importancia para la recreación, la cultura e identidad nacionales y de los pueblos indígenas".

²⁷ En la anterior Ley 15/1975, de 2 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos, el "destacado interés cultural" constituía un elemento que podía únicamente calificar la categoría de Parques Nacionales, no previéndose ni en los Parajes Naturales de Interés Nacional ni en los Parques Naturales.

²⁸ Con ello, el legislador de 1989 parece asumir la postura de la célebre Comisión Franceschini cuando en su Declaración XXXIX considera bienes culturales ambientales las zonas geográficas que constituyan paisajes, naturales o transformados por la mano del hombre y las zonas delimitadas que constituyen estructuras de asentamiento, urbanas y no urbanas que, presentando particular interés por sus valores de civilización, deben ser conservadas para el goce de la colectividad.

de salvaguardar la integridad de esta interacción tradicional ⁽²⁹⁾. Por **(p. 59)** último, el art. 22 - en su nueva redacción dada por la Ley 41/1997, de 5 de noviembre - califica de Parques Nacionales "aquellos espacios naturales de alto valor ecológico y cultural".

Ahora bien, con independencia de las cuatro categorías de espacios naturales protegidos señaladas en la Ley - y de las que hemos destacado únicamente aquellas que presentan un interés en nuestra materia - ha de destacarse la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en la declaración de los mismos, al tiempo que puede establecer otras figuras diferentes regulando sus correspondientes medidas de protección (art. 21. 2 LCENP) ⁽³⁰⁾. Pretendemos con ello resaltar que a efectos de la integración del tipo penal del art. 330 no sólo tendrán la consideración de espacios naturales protegidos aquellos espacios territoriales que, ajustándose a lo previsto en esta Ley, hayan sido declarados como tales por las Comunidades Autónomas, sino también aquellos otros que según las propias normas autonómicas puedan calificarse como tales y gocen de protección especial ⁽³¹⁾, sin que proceda aquí tampoco entender que la integración de la normativa autonómica en la legislación penal suponga una vulneración del principio de igualdad que, como ya tuvimos ocasión de señalar, no es más que tratar de forma desigual aquello que es desigual ⁽³²⁾.

El escaso interés que en la doctrina administrativista y penal ha suscitado la normativa autonómica protectora de los espacios naturales no puede empañar la creciente presencia que la protección del valor cultural registra en la misma ⁽³³⁾, **(p. 60)** generándose, así, posibles problemas concursales entre

²⁹ Así lo entiende LÓPEZ RAMÓN, F.: "Introducción al régimen jurídico de los espacios naturales protegidos", en LÓPEZ RAMÓN, F. (Dir.): Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos, 1ª ed., Zaragoza, 1995, pág. 26. En esa línea, el art. 1 de la Ley italiana de Espacios Naturales Protegidos de 6 de diciembre de 1991 declara, refiriéndose a los objetivos y finalidad de la misma, que "el territorio en el que están presentes valores a los que se refiere el apartado segundo - valores naturalísticos y ambientales - , de especial vulnerabilidad, será sujeto a un régimen especial de tutela y gestión, que deberá perseguir, en particular, las siguientes finalidades... aplicación de un método de gestión o restauración ambiental que permita la adecuada integración del hombre en el ambiente natural, mediante la salvaguardia de los valores antropológicos, arqueológicos, históricos y arquitectónicos, de la actividad agrícola, silvícola, pastoril y tradicional".

³⁰ Así, y a título de ejemplo, el art. 25 de la Ley 8/1998, de 26 de junio, de Espacios Naturales Protegidos de Extremadura, introduce la categoría de los Árboles Singulares, recibiendo esta declaración "los ejemplares o agrupaciones concretas de árboles, autóctonos o no, en atención a sus características singulares o destacables que los hacen especialmente representativos, atendiendo a su edad, tamaño, historia o valor cultural, belleza, ubicación u otras características análogas". Como señala MOLINA GIMÉNEZ ("La protección...", ob. cit., pág. 40), debe tenerse en cuenta que la protección del árbol llega en algunos casos y culturas a tener un contenido prácticamente religioso. Es el caso, por ejemplo, de la veneración de la Sheiba en Cuba, algo que motivó, sin ir más lejos, que la firma de la independencia de la colonia española se realizara bajo la sombra de este árbol en la ciudad de Santiago de Cuba en 1898. De particular interés, la Ley 8/1998, de 15 de junio, de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid, proclamándose, en su Preámbulo, que "el conjunto formado por las cañadas reales y demás vías pecuarias españolas constituyen un patrimonio histórico único en Europa y en el mundo".

³¹ En este sentido, LESMES SERRANOS, C.: "Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S.; ROMÁN GARCÍA, F. y ORTEGA MARTÍN, E.: Derecho Penal Administrativo..., ob. cit., pág. 375.

³² De la misma opinión en su comentario del art. 330 del Código penal, PRATS CANUT, J. M.: "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): Comentarios al Nuevo Código Penal, Pamplona, 1996, pág. 1537.

³³ Así, el art. 21 de la Ley 12/1985, de 13 de junio, de Espacios Naturales Protegidos de Cataluña reconoce la existencia de un interés cultural en determinados espacios naturales de protección especial; asimismo, el art. 48 de la Ley 4/1992, de 30 de julio, de Ordenación del Territorio de la Región de Murcia. En la misma línea, el art. 14. b) de la Ley 5/1991, de 5 de abril, de Espacios Naturales Protegidos del Principado de Asturias establece que los espacios que sean declarados protegidos constituirán una red regional de espacios naturales protegidos cuya finalidad será proteger aquellas áreas y elementos naturales que ofrezcan un interés singular desde el punto de vista científico, cultural, educativo, estético, paisajístico y recreativo. Por su parte, el art. 3 de la Ley Foral 9/1996, de 17 de junio, de Espacios Naturales del Gobierno de Navarra considera como Monumentos Naturales los árboles naturales, las formaciones geológicas, los yacimientos paleontológicos y demás elementos minerales, geológicos y edafológicos que reúnan un interés especial por la singularidad o importancia de sus valores científicos, culturales o paisajísticos, definiendo los Paisajes Protegidos como aquellos lugares concretos del medio natural que, por sus valores estéticos y culturales, son merecedores de una protección especial; asimismo, los arts. 12 y 13 de la Ley 6/1998, de 19 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos de Aragón, los arts. 45 y 46 de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza de Castilla - La Mancha y los arts. 11 y 13 de la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana.

los arts. 323 y 330. Sin embargo, la constatación de esta realidad - no sólo normativa sino empírica - exige un análisis minucioso de la incidencia del elemento cultural como factor determinante o no de la declaración de un espacio como naturalmente protegido, por cuanto que de esta circunstancia de carácter decisivo pueden derivarse consecuencias penales de diversa naturaleza.

Esto es, en la declaración del Parque Natural del Carrascal de la Font Roja como espacio natural protegido de la Comunidad Valenciana ⁽³⁴⁾ la existencia en su perímetro de los célebres y autóctonos Pozos de Nieve, declarados BIC por la Ley de Patrimonio Cultural de la Comunidad Valenciana, constituye un elemento no determinante para la declaración y protección singular de la que el Parque es objeto ⁽³⁵⁾; en consecuencia, los daños que se pudieran causar en los mismos sin afectación del entorno natural constituirían, en nuestra opinión, un delito del art. 323 del Código penal que se vería, en un principio, notablemente agravado por lo dispuesto en el art. 338 ⁽³⁶⁾. Sin embargo, no puede desconocerse que esta última circunstancia nos lleva indefectiblemente a consecuencias desproporcionadas e injustas en el ejemplo propuesto por cuanto que el considerable aumento de pena que supone la aplicación de este último precepto no puede justificarse en atención a que la lesión se ha producido estrictamente en un elemento cultural sin que por ello se vieran afectados los valores protegidos en el espacio natural.

Cuestión muy distinta es la posibilidad prevista en la legislación de determinadas Comunidades Autónomas de que el espacio natural protegido haya sido calificado (p. 61) como tal en base a valores de contenido exclusivamente cultural ⁽³⁷⁾. En efecto, el art. 11. 8 de la Ley 8/1991, de 10 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos de Castilla y León establece que se podrán declarar como tales aquellos territorios de la Comunidad que cumplan como requisito "que los valores culturales, históricos, arqueológicos o paleontológicos del área natural sean una muestra expresiva y valiosa de la herencia cultural" ⁽³⁸⁾, lo que determina la aplicación del art. 330 - si lo que se sostiene es un concepto amplio de medio ambiente ⁽³⁹⁾ - o que nos hallemos ante un conflicto de leyes penales, caso de defenderse un concepto estricto del mismo, entendido como conjunto de elementos físico - naturales de carácter biótico o abiótico: el aire, agua, suelo, flora, fauna y gea ⁽⁴⁰⁾.

³⁴ Véase la Disposición Adicional Primera de la Ley Valenciana de Espacios Naturales Protegidos citada en la nota anterior y el Decreto 49/1987, de 13 de abril, del Consell de la Generalitat Valenciana, de declaración del Parque Natural del "Carrascal de la Font Roja" (DOGV núm. 591, de 21 de mayo, págs. 2459 y ss). De su Exposición de Motivos y de su art. 1 se desprende que el elemento que ha servido para calificarlo como espacio natural protegido viene constituido por su "vegetación climácica, compuesta por quejicos, arces, fresnos, tejos, serbales, mostajos, encinas y muchas otras especies vegetales (algunas de ellas endemismos alicantinos o iberolevanticos) de un interés muy elevado dada la práctica inexistencia de la misma en la magnitud en que aquí se desarrolla a lo largo de la Comunidad Valenciana".

³⁵ Lo mismo cabría decir de las torres de vigilancia y cuarteles que se encuentran en el territorio del Parque Nacional de Doñana o de las construcciones del siglo XIX que forman parte de su paisaje.

³⁶ De distinta opinión, ARIAS EIBE (El patrimonio cultural. La nueva protección en los arts. 321 a 324 del Código Penal de 1995, Granada, 2001, pág. 214) sostiene que la agravación del art. 338 sólo podría estimarse pertinente cuando la conducta constitutiva de alguno de los tipos del capítulo II del Título XVI se proyectara sobre bienes que indiscutiblemente formarían parte fundamental del espacio natural protegido tratándose de elementos insustituibles del mismo, de suerte que tal conducta supusiera, simultáneamente la lesión del patrimonio cultural y del espacio natural protegido.

³⁷ Siendo esto así, no podemos compartir la opinión de autores como MILANS DEL BOSCH y JORDÁN DE URÍES ("Delitos...", ob. cit., pág. 271) cuando confunde, aplicando idénticas consecuencias jurídicas, el que el bien cultural se halle dentro del perímetro del espacio natural protegido con el que esté íntimamente ligado a los valores tenidos en cuenta en dichos espacios para darles el reconocimiento administrativo de su protección.

³⁸ En parecidos términos, el art. 10 j) de la Ley 16/1994, de 30 de junio, de Conservación de la Naturaleza del País Vasco y el art. 7 g) de la Ley 6/1998, de 19 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos de Aragón.

³⁹ Manteniendo un concepto amplio de medio ambiente, por todos, JORDANO FRAGA, J.: La protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado, Barcelona, 1995, págs. 90 y ss.

⁴⁰ A favor de un concepto estricto, entre otros, GARCÍA MATOS, I.: "El concepto medio ambiente en el ordenamiento jurídico español", en La Ley, tomo IV, Madrid, 1993, pág. 1113. Para una amplia ilustración sobre las diferentes posturas existentes sobre el particular, ALONSO IBÁÑEZ, M^a. R.: "La identificación de los espacios culturales en el ordenamiento español y la necesidad de integrar su tratamiento en el marco de la ordenación territorial", en Patrimonio Cultural y Derecho, núm. 1, Madrid, 1997, págs. 108 y ss. En la doctrina penal esta es la postura dominante; por todos, DE LA GÁNDARA VALLEJO, B.: "Delitos contra el medio ambiente", en BACIGALUPO, E. (Dir.): Curso de Derecho penal económico, Madrid, 1998, págs. 324 y ss.

A nuestro parecer, el bien jurídico protegido en el art. 330 es más amplio que el presente en el art. 325 del Código penal, pues incorpora también valores culturales asociados al espacio, representando, así, los espacios naturales una zona de intersección entre el componente natural y el cultural del medio ambiente, pues determinados bienes del patrimonio cultural, histórico son al mismo tiempo bienes ambientales ⁽⁴¹⁾; no es menos cierto, a su vez, que los objetos formales de los arts. 323 y 330 difieren ostensiblemente: valor cultural y función socio - cultural en el caso del primero y equilibrio de los sistemas naturales en el último de los preceptos mencionados.

Siendo esto así, si el elemento cultural ha sido determinante para la calificación del espacio natural como protegido ⁽⁴²⁾, la solución correcta pasa, en nuestra **(p. 62)** opinión, por entender que se produce un concurso aparente de normas penales entre los arts. 323 y 330, a resolver a favor del primero de ellos al serle de aplicación la agravante del art. 338, circunstancia ésta de imposible apreciación respecto del art. 330 en base a las reglas propias de la inherencia del art. 67 del vigente texto penal ⁽⁴³⁾.

Por último, cabe plantearse la posibilidad de un concurso ideal de delitos en aquellos supuestos en los cuales el sujeto activo daña gravemente con un mismo hecho un bien de valor cultural y un elemento natural que haya servido para calificar al espacio natural como protegido.

⁴¹ En ese sentido, BARRERO RODRÍGUEZ, C.: La ordenación..., ob. cit., págs. 188 y ss.; CARRASCO ANDRINO, M^a del Mar: "El daño a los elementos de un espacio natural protegido: un nuevo ilícito penal", en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (Coords.): El nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Elcano, 2001, pág. 1089.

⁴² Para VERCHER NOGUERA ("De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.): Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia, Granada, 1998, pág. 1491) la determinación de cuales son los "elementos" que, en cada caso, han de servir para calificar un espacio natural protegido exige acudir a los instrumentos normativos por los que se constituyen dichos espacios, especialmente a sus Exposiciones de Motivos, o a los debates parlamentarios, proyectos o propuestas legislativas, sin olvidar los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) ni los Planes Rectores de Uso y Gestión previstos en el art. 19 de la LCENP. De la misma opinión, LÓPEZ-CERÓN HOYOS, C.; RAMILO RODRÍGUEZ DE ROBLES, I y RIAÑO POMBO, M.: "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en Delitos y cuestiones en el ámbito empresarial, Vol. V, edición especial del Diario "Expansión", Madrid, 1999, pág. 491; PRATS CANUT, J. M.: "De los delitos...", ob. cit., pág. 1538.

⁴³ En opinión de SOSPEDRA NAVAS ("De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en GANZENMÜLLER ROIG, ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA (Dirs.): Delitos relativos a la ordenación del territorio..., ob. cit., pág. 219) en aquellas conductas que, rellenando los requisitos recogidos en el art. 330 sean también punibles conforme a un precepto distinto del Título XVI con la agravación prevenida en el art. 338, debe castigarse la infracción más gravemente penada, descartándose la existencia de relación de especialidad entre los preceptos penales.