

Propuestas para la protección penal de los bienes integrantes del patrimonio histórico y responsabilidad penal del funcionario público

Primera

El Patrimonio Histórico es un bien jurídico de carácter colectivo cuya protección penal impone el artículo 46 de la Constitución. La dimensión social de dicho bien jurídico viene recalcada por los artículos 44 (acceso a la cultura), 9.2 (participación en la vida cultural) y 33.2 (función social de la propiedad) de la Constitución española, que reflejan un amplio consenso doctrinal previo, que se plasma, prioritaria aunque no exclusivamente, en los artículos 321 a 324 Código Penal.

Segunda

El artículo 321, al castigar a quienes derriben o alteren edificios singularmente protegidos, recoge un delito común. Las tesis que pretendían limitar el ámbito de los sujetos activos a los profesionales de la construcción han quedado definitivamente desechadas por la Sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección sexta de 7 de marzo de 2000 y del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal de 26 de junio de 2001.

Tercera

El objeto material en el artículo 321 es el edificio singularmente protegido, en los términos requeridos por el artículo 9.1 de la Ley del Patrimonio Histórico español, al que se remite el artículo 93 de la Ley del Suelo y que declara: "gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del patrimonio histórico español declarado de interés cultural por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada". La protección penal de los edificios que no gocen de singular protección compete al artículo 323.

Cuarta

La conducta de la autoridad o funcionario descrita en el artículo 322 no puede ser calificada como prevaricación específica agravada. Ni el informe ni el voto que constituyen la conducta típica de los párrafos primero y segundo pueden identificarse con la resolución prevaricadora del artículo 404. Así lo reconoce la definitiva Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1994 que sienta doctrina ratificada por la del mismo Tribunal de 3 de febrero de 1998. Aunque estas sentencias versan sobre el artículo 319, la doctrina que recogen es aplicable, *mutatis mutandis*, al artículo 322.

Quinta

El artículo 322 no tipifica, pues, formas específicas del delito del artículo 321, pues en este caso la pena debería ser superior a la prevista en éste, que recoge un delito común. Ni formas agravadas de prevaricación, pues los elementos básicos de ambos delitos tienen naturaleza diferente por más que las diferencias dogmáticas no oculten, tampoco, una evidente similitud entre ambos delitos desde una perspectiva criminológica, a falta de un tronco común, el uno no puede ser una modalidad específica del otro.

Sexta

Las dos acciones inculcadas, votación y resolución, se sitúan, cuando realizadas por un órgano colegiado, en fases distintas, de suerte que cuando se castiga al funcionario que vota a favor se está adelantando la inculcación a un momento anterior a aquél en que, por el juego de las mayorías, la licencia es efectivamente concedida. De modo que, siendo la votación y la adopción de la resolución momentos distintos, hay que concluir que la resolución no es necesaria en todos los casos. Y, a falta de resolución, no puede mantenerse, tal como se adelantó, que estemos ante prevaricaciones específicas *ratione materiae*.

La resolución consiguiente a la votación es un acto posterior impune. De otro modo, el votante debería responder por el delito del artículo 322 y, además, como coautor de un delito de prevaricación. Lo que resulta contradictorio con la pena prevista en este artículo, que es de prisión o multa, además de la pena establecida en el artículo 404.

Los votantes no son, pues, coejecutores de un delito único de prevaricación: su responsabilidad se individualiza en razón de la voluntad que expresan.

Séptima

Como ocurre en el artículo 329, en la práctica, el funcionario o autoridad a que alude el artículo 322 actuará de acuerdo con el responsable del derribo o de la alteración, con lo que la concurrencia de los demás elementos del artículo 28.b) debe determinar la aplicación de la pena correspondiente a los autores del derribo o la alteración ilegales (artículo 321).

Así, el artículo 322 sólo es aplicable al funcionario cuando su intervención no llega a tener la entidad propia de la coautoría o de la cooperación necesaria. De tenerla, es de aplicación, en relación con el artículo 28.b), el artículo 321, que además entraría en concurso con el 404.

Octava

Los bienes a que se alude en el artículo 323 no requieren la previa declaración de interés histórico. La jurisprudencia maneja correctamente una interpretación material y no formalista del citado precepto, otorgando protección penal a los bienes a causa de su valor intrínseco y no de previas valoraciones administrativas. Así lo declara la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección segunda de 11 de febrero de 1999.

Novena

La referencia en los artículos 321 y 323 a la responsabilidad civil del "autor" debe entenderse hecha también a todos los criminalmente responsables del delito.

Juan M. Terradillos Basoco
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Cádiz

Propuestas presentadas durante las V Jornadas burgalesas de Derecho Penal, dedicadas a la relación entre Urbanismo, Patrimonio Histórico y Derecho Penal, que se celebraron entre el 24 y el 26 de abril de 2002.

Más información:

Susana Huerta Tocildo
Directora de las Jornadas
Área de Derecho Penal
Facultad de Derecho
Universidad de Burgos
Huerta del Rey, s/n
09001 Burgos
Tel.: 947 25 87 77