



Las falsificaciones de objetos arqueológicos. Respuesta jurídico-penal¹

Forgery of archaeological objects. A judicial-criminal response

El presente trabajo pone de manifiesto la compleja realidad de la falsificación de objetos arqueológicos. Para aportar alguna luz al respecto, es necesario delimitar el objeto material sobre el que recaen las posibles conductas típicas, así como los modos y fases de esta falsificación, que, con frecuencia, excede de la propia conducta falsaria, causando daños en los yacimientos arqueológicos. En consecuencia, resulta imprescindible delimitar los actos de expolio, para, finalmente, analizar las posibilidades de protección que ofrece el derecho penal ante estos ataques al patrimonio cultural, habida cuenta de la magnitud de estas falsificaciones y el posterior tráfico ilícito de estos objetos, caracterizado por la transnacionalidad.

Palabras clave: falsificación, estafa, expolio, autenticación, certificado, objeto arqueológico.

This study highlights the complex reality of the forgery of archaeological objects. To shed light on this problem, it is necessary to define the types of materials serving most often for forgeries, as well as their types and phases. It must be noted that these phases frequently go beyond the act of forgery itself as they provoke damage to archaeological sites. It is therefore essential to define the acts of plunder so as to be able to analyze the possibilities of protection from these attacks on cultural heritage offered by the law taking into account its magnitude and its illicit transnational traffic.

Keywords: forgery, fraud, plunder, authentication, certificate, archaeological object.

1. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D DER2017-87943-R sobre *Protección penal de la naturaleza y los bienes culturales*; en el marco del Proyecto *La responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los Derechos Humanos y al medio ambiente* (DER2017-85144-C2-2); en el marco del New Trust-CM S2015/HUM-3466 *Programa interuniversitario en Cultura de la Legalidad* y en el Proyecto Generalitat Valenciana. Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital: *La reforma de los delitos del Título XVI del Código Penal: cuestiones problemáticas*, referencia: AICO/2019/177.

Estado de la cuestión: complejidad del *modus operandi* y magnitud del problema sobre cifras inexactas

Aunque parece que el arte pictórico es el que encierra la mayor proporción de falsificaciones (Arnau 1961: 360-397; Otero 2015a: 3; Otero 2015b: 201 y ss.; Otero, Verón 2017: 681), esto nunca puede afirmarse con rotundidad, pues la cuantificación de lo que permanece en la clandestinidad implica inevitablemente una inmensa cifra negra. En el ámbito que nos ocupa, se estima que más de la mitad de los objetos de las colecciones arqueológicas y de monedas, tanto privadas como públicas, son falsos (Otero, Verón 2017: 681). No obstante, en efecto, nos enfrentamos a datos no contrastados. Según cuál sea el tipo de objeto arqueológico falsificado, según cuál sea el material con el que se falsifica, según sea la imitación de la descomposición de los materiales con el tiempo, etc., el índice de falsificación, también inestimable, será mayor o menor. Por ejemplo, en unos casos resulta extraordinariamente difícil de encontrar el componente con que se falsifica; en otros, por el contrario, la réplica se hace con una mezcla de agua y arcilla, material muy dúctil, enterrando posteriormente la pieza para darle un toque de envejecimiento —tratando de imitar, por ejemplo, una pieza precolombina—, lo que dispara las falsificaciones (Verón 2015a: 18; Verón 2015b: 267). Por otro lado, a efectos de esta cuantificación, hay que tener en cuenta, asimismo, que cuanto más reducido es el mercado, más exigentes y entendidos son los coleccionistas, lo que disminuye el índice de falsificación.

A la complejidad propia de cualquier falsificación se añade la concreta realizada en el mundo del arte porque aquella puede aparecer en cualquiera de sus fases: la falsificación en la primera fase, que se articula sobre el objeto en sí; la falsificación en la segunda fase, que afecta al proceso de autenticación de la obra; y la tercera fase, que se refiere al uso de la obra falsa en el mercado.

Por lo que se refiere a la falsificación en la primera fase, nos podemos encontrar con obras de arte falsas, falsificadas o reproducciones. En la obra de arte falsa, habitual en las obras pictóricas, se trata de imitar una obra auténtica de otro autor de mayor prestigio atribuyéndose al autor original con la intención de engañar al público con fines, normalmente, lucrativos (Verón 2015b: 264) (es lo que se conoce como plagio inverso o usurpativo) (Otero 2015a: 6 y ss.). Normalmente conlleva la aplicación de un delito de estafa y en ocasiones una infracción contra la propiedad intelectual. Este tipo de falsificación, en sentido estricto, no afecta, por razones obvias, a las obras arqueológicas. En segundo lugar, en la obra de arte falsificada, se parte de una obra original que tras maquillarla o transformarla se atribuye a otro autor de mayor prestigio; en el caso de objetos arqueológicos, se atribuye a otra época más antigua o de mayor riqueza arqueológica o se “mejora” su apariencia para hacer ver que la pieza se encuentra en óptimo estado, resaltando, por ejemplo, sus relieves (Roma 2015a: 2) o policromándola, lo que puede dar lugar además de una estafa a un delito

de daños contra el patrimonio histórico. En tercer lugar, la reproducción sin el consentimiento del autor original, que, lógicamente, en el caso de objetos arqueológicos el consentimiento no puede otorgarse, ni, en consecuencia, constituye una infracción contra la propiedad intelectual, pues el art. 26 del Real Decreto Legislativo 1/96, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, establece que “los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento”. Por el contrario, la reproducción típica de los objetos arqueológicos es la que se realiza *sin autorización*. Es el modo más común de falsificación en el mundo arqueológico; consiste en hacer una réplica con el propósito de engañar y de hacer creer que la pieza es original;² estas falsificaciones se realizan incluso mediante la fundición de materiales procedentes de yacimientos arqueológicos, por lo que resulta fácil venderlos a los coleccionistas, pasando los “controles de calidad” que los compradores establezcan (Morales 2015: 45) o utilizando partes de piezas arqueológicas originales.³ En el caso de la numismática, es frecuente emplear moldes de cera por los que pasa el metal fundido —a veces antiguo— para acuñar monedas y patinarlas posteriormente para darles aspecto de envejecimiento (Roma 2015a: 2), vendiendo la reproducción como pieza auténtica. Este *modus operandi* constituirá, en la mayoría de los casos, un delito de estafa, que puede concurrir con uno de expolio o de daños al patrimonio histórico, lo que será desarrollado posteriormente.

No menos importantes son las falsificaciones realizadas en la segunda fase de este ciclo, la relacionada con la de la certificación. Todos los museos albergan obras arqueológicas falsas. La falsificación en esta fase está vinculada a los mecanismos para autenticar la obra de arte. No siempre los que autentican que una pieza es o no verdadera son expertos sino galeristas, marchantes, es decir, personas que tienen intereses económicos concretos en la obra. Por tanto, la falsa atribución tiene que ver, en primer lugar, con la falta de profesionalidad. Y, en segundo lugar, guarda relación con la demanda, el interés por comprar la pieza (Fuentes 1993: 28 y ss.). En efecto, la demanda de antigüedades por parte de los coleccionistas está íntimamente ligada a la falsificación. Independientemente de los motivos por los que se colecciona —un determinado sentido de la belleza, un deseo irrefrenable de posesión, un ansia irrefrenable de acumular capital (Arnau 1961: 19), la vanidad, una

2. Por el contrario, la réplica es una reproducción de un bien arqueológico fabricada con fines legales, como es la divulgación de valores culturales. Por ello, si se hace una copia, réplica o imitación de bienes arqueológicos que pretenda comercializarse debe quedar señalado en la pieza expresamente. Por ejemplo, conforme a la normativa colombiana, debe contener “un sello en bajorrelieve y en lugar visible hecho durante su proceso de producción o elaboración”, en el que se lea la palabra “réplica” (Decreto 833 de 2002). Ampliamente, Ministerio de Cultura. Dirección de Patrimonio (2015), “Guía para reconocer los objetos del patrimonio arqueológico”, Colombia, p. 18.

3. Ministerio de Cultura. Dirección de Patrimonio (2015), “Guía para reconocer los objetos del patrimonio arqueológico”, Colombia, p. 18.

forma de evadir impuestos lo que, por cierto, puede llegar a constituir delito fiscal (Muñoz Conde 1993: 418), etc.—, es evidente que la ley de la oferta y la demanda determina los precios, que aumentan de forma astronómica conforme se incrementa la afición al coleccionismo, y paralelamente propicia que se desarrollen las falsificaciones en la medida en que la oferta de obras de arte y antigüedades cada vez es más escasa (Arnau 1961: 20-27 y 36). Una pieza precolombina, por ejemplo, es difícil de autenticar, apenas hay expertos que puedan hacerlo, de forma que el proceso de autenticación fácilmente puede proceder de un extraño, con la connivencia de los propios adquirentes que fomentan este mercado falso cuando aceptan gustosamente pagar un precio que es muy inferior al que correspondería por la obra auténtica, y que, sin embargo, les permite presumir ante los demás, normalmente inexpertos, de poseer una pieza precolombina.

Las últimas décadas, pues, se están caracterizando por la codicia del arte; las inversiones en este ámbito han sido cuantiosísimas. Los millonarios coleccionistas se afanan en recolectar grandes piezas arqueológicas al precio y con los medios que fueran necesarios, lo que ha motivado, por un lado, el aumento del expolio y contrabando de los objetos saqueados y, por otro lado, el incremento de las falsificaciones. Así se comprende el negocio que rodea muchas transacciones encubiertas. Es decir, si estas piezas alcanzan cifras muy elevadas en las subastas —que en ocasiones actúan sin ningún género de escrúpulos—, estas sumas atraen a los falsificadores, pero, a pesar de que estos sean una maldición para el mundo del arte, no se toman excesivas molestias para desenmascarar su actividad. Las casas de subastas guardan silencio porque temen por su negocio. Los museos, porque tienen miedo a perder sus piezas más preciadas tras una prueba de autenticidad. Y los grandes expertos guardan también silencio, temerosos de la vergüenza de quedar desacreditados (Leon, Schulz 2014: 48-52). Por tanto, se trata de un problema generalizado que afecta a todos los países y a todos los mercados del arte.

No es de extrañar, en consecuencia, la recurrente preocupación internacional por el alarmante fenómeno. Interpol⁴ alerta como tercera fuente de criminalidad organizada (Lluent 2013: 47) después del tráfico de drogas y de armas, el tráfico ilícito de obras culturales, moviendo esta actividad aproximadamente quince mil millones de euros al año.

Finalmente, si hablamos de cifras inexactas, por lo que respecta a la respuesta jurídico-penal, no podemos olvidar que los propios datos que se recogen en la Memoria que elabora anualmente el Ministerio del Interior⁵ no reflejan la realidad de las falsificaciones

de obras de arte, en general, y de obras arqueológicas en particular; pues al no contar con este tipo delictivo concreto en el Código Penal, no desagregan el objeto material sobre el que recaen las falsedades comprendiéndose en esta estadística la falsificación de moneda y efectos timbrados, así como todas las falsedades documentales. Lo mismo ocurre con las estafas cuyos datos registrados abarcan todas las tipologías sin discriminar, por lo que resultan poco útiles. De otro lado, estas conductas tampoco constituyen siempre un delito contra el patrimonio histórico, por lo que estos datos tampoco son interesantes a estos efectos.

Aproximación a la delimitación del objeto material (*el objeto arqueológico*) de las posibles conductas típicas

El primer problema al que nos enfrentamos en el mercado del arte cuando abordamos el tema de las falsificaciones es la falta de consenso sobre los conceptos de *obra de arte*, de *originalidad*, de *creación* y de *autor* (Otero 2015a: 3-6). Esta falta de consenso viene provocada o agravada en muchas ocasiones por el interés crematístico de algunos agentes del mercado del arte que se esfuerzan en mantener la confusión para fomentar la venta de objetos mal atribuidos, de reproducciones que se hacen pasar por objetos auténticos, etc. Ello facilita la falsificación y el fraude, al mismo tiempo que dificulta la persecución por parte de los tribunales (Peñuelas 2013: 13-15).

En el caso de la *obra* arqueológica, el concepto de *originalidad* o *autenticidad* viene pautado por la Ley de Patrimonio Histórico (LPHE).⁶ Así, los objetos arqueológicos susceptibles de falsificación serían aquellos bienes muebles de carácter histórico, estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental. Forman parte, asimismo, de este patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes y ello independientemente de que hayan sido o no declarados bien de interés cultural. Todos estos objetos, pues, ya se encuentren aislados ya en una Zona Arqueológica,⁷ pueden ser objeto material de las conductas de falsificación. Aun así, en la medida en que los bienes integrantes del Patrimonio Histórico, en general, y Arqueológico, en particular, no se restringen a los bienes inventariados

el patrimonio histórico: investigados: 64+12 (p. 297) sin especificar estas dos cifras.

6. Art. 40.1. “Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de esta Ley, forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental. Forman parte, asimismo, de este Patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes”.

7. Art. 15.5. “Zona Arqueológica es el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas”.

4. <<http://www.interpol.int/es/Criminalidad/Obras-de-arte/Obras-de-arte>>; Bisquert Cebrián s.f.: 93-98.

5. El último Anuario publicado, el de 2017 (pp. 161 y ss.), recoge 20640 casos conocidos de posibles falsedades, de los cuales se esclarecieron 12764 y se investigaron 9555 (con un ligero incremento respecto de años anteriores), de las cuales hubo 9055 imputaciones. Con respecto a las estafas se registraron 214595 hechos conocidos; 33222 hechos esclarecidos; 11245 investigados. Con una ligera disminución en este último caso (investigados) respecto de años anteriores. Delitos contra

o de interés cultural⁸ (Otero 2011: 993-1030; Álvarez García; Otero 2012: 35-65; Fernández Albor 1982: 702) —pues como dice la Constitución Española, “cualquiera que sea su régimen jurídico o titularidad”—, lo que constituye o no objeto de falsificación debe resolverse caso por caso, lo que conlleva una amplia discrecionalidad por parte del juez y la correspondiente inseguridad jurídica.

La falsificación de objetos arqueológicos

Falsificación en la primera fase: falsificación del objeto

Copia o reproducción

Prescindiendo del plagio usurpativo que, como se ha adelantado, no afecta a la falsificación de objetos arqueológicos, nos centraremos en las otras dos modalidades de falsedad de obras de arte. La *copia o reproducción* de un objeto original y el objeto *falsificado*.

Con respecto a la primera, la copia o reproducción, aunque, como se ha señalado, en ocasiones sea difícil determinar cuál es la obra auténtica y cuál es la falsificación, es muy importante la delimitación por varias razones. Las copias provocan nuestro rechazo porque carecen de ese carácter único y valioso que define a

la pieza original. Además de que la copia carece de la originalidad y carácter único de la obra primigenia, por muy fiel que sea, no conserva el valor estético precisamente por el diferente precio que adquieren en el mercado ambas obras (la original y la copia) derivado de esa originalidad y de lo que acompaña a la misma. Todo ello indica que la experiencia del arte y, por tanto, de la falsificación es subjetiva y esa experiencia subjetiva está condicionada, entre otras cosas, por el interés pecuniario de la obra y las posibilidades de la misma en el mercado del arte (Peñuelas 2013: 24).

La falsificación, incluso aunque sea bella, como objeto considerado aisladamente interfiere en la función del arte —y del patrimonio arqueológico, en particular— como expresión sincera de la época que representa, introduciendo un elemento de fraude y de engaño (Mínguez 2009: 36). En consecuencia, una copia no tiene por qué ser una falsificación. Lo importante es la intención que acompaña a esa ejecución. De ahí que como dos caras de la misma moneda encontremos de nuevo los dos elementos esenciales de una obra falsa: el engaño, porque significa hacerla pasar por lo que no es, y el ánimo de lucro.

El ánimo de lucro se prueba cuando se vende la pieza al precio de lo que costaría la original, lo que determinará la concurrencia de un delito de estafa¹⁰ siempre que se acredite, además, el engaño bastante que haya producido error con el correspondiente acto de disposición en perjuicio propio o ajeno por parte del adquirente de la obra que la compra creyendo que es auténtica. El engaño bastante es el papel rector en la estafa, que, a su vez, guarda relación con el deber de diligencia del destinatario que adquiere la pieza; si el destinatario de la obra falsa es un galerista (u otra persona relacionada profesionalmente con el mundo del arte) se le exigirá un deber especial de autoprotección para evitar ser engañado, que se concretará normalmente en la exigencia por su parte de un certificado de expertización,¹¹ pues, de no hacerlo, disminuyen las posibilidades de que ocurra ese delito, en la medida en que en estos casos no sería *bastante* el engaño exigido en el tipo. Cuestión distinta es si la venta se realiza a un particular, al que se le exige, lógicamente, un menor deber de diligencia en la comprobación de la autenticidad de la pieza, en cuyo caso es más fácil acreditar el engaño bastante constitutivo de estafa.

El tipo que concurre en el fraude de una obra falsa¹² —copia— es el básico de estafa, esto es, en

8. En efecto, no es necesario que los tipos penales se integren con las categorías de protección previstas en la Ley de Patrimonio Histórico Español (LPHE). Esta discusión teórica fue zanjada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 181/1998, de 17 de septiembre, afirmando que el principio de legalidad penal no se veía afectado por el hecho de que los bienes de cuyo daño o alteración se tratara no hubieran sido objeto de una específica declaración protectora. Precisamente, y como consecuencia de la doctrina emanada en la mencionada sentencia, la existencia en las leyes autonómicas de otras categorías de protección distintas de las previstas en la legislación del Estado, pone de relieve la relevancia, desde el punto de vista penal, de la tipificación penal construida sobre la expresión “bienes de interés”, que permite la inclusión en los tipos penales de bienes históricos o culturales declarados de conformidad a las leyes autonómicas, que, en este sentido, otorgarían (con la ventaja añadida de la ganancia que supone el principio de seguridad jurídica) una protección penal a bienes no declarados según la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, pero que sí lo han sido según las leyes autonómicas. Los bienes objeto de protección se individualizan, en definitiva, por su valor social, bastando con que tengan signos externos que permitan reconocer su trascendencia o relevancia, desempeñando la LPHE, la normativa autonómica y la normativa internacional sobre la materia únicamente una función indiciaria.

9. En el caso del Patrimonio Arqueológico, son bienes de interés cultural los yacimientos que hayan sido declarados así (art. 9 LPHE) o sobre los que se haya incoado expediente de declaración de interés cultural (art. 11 LPHE). Tal declaración puede recaer sobre bienes inmuebles, entre ellos zonas arqueológicas (art. 14.2 y ss.); también tendrán la consideración de BIC los bienes muebles integrados en un inmueble objeto de declaración, cuando esta los reconozca como integrantes de su historia (art. 27 LPHE); finalmente, son “bienes de Interés Cultural por ministerio de esta Ley las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre” (art. 40.2 LPHE), además de los comprendidos en la legislación internacional y autonómica. Pero, insistimos, no solo lo son los que tienen esa previa declaración formal (Rufino 2012: 60).

10. Art. 248 del Código Penal: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

11. No hay que olvidar otra variable a tener en cuenta dentro de la evaluación de los deberes de autoprotección y es la aplicación de las nuevas tecnologías y especialmente de Internet para falsificar estos certificados.

12. SAP Valencia, 1ª, 221/2013, 2-5: pago de 12.000 euros como anticipo por la compra de un cuadro de Sorolla falso; no se consideró la estafa sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico en la medida en que el bien jurídico no sufre por la venta de un cuadro falso, y aun cuando se habló de la venta de uno auténtico, esta obra no corrió peligro.

estos casos no puede aplicarse la estafa agravada sobre bienes que integren el patrimonio histórico (art. 250.1. 3º),¹³ puesto que el objeto material, evidentemente, no puede integrarse en el concepto de patrimonio histórico (Roma 2008a: 103-104). Sin embargo, cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 € la conducta podrá subsumirse en el tipo agravado de estafa previsto en el art. 250.1.5º CP.¹⁴ No es descartable, sin embargo, la posible aplicación de la estafa agravada del art. 250.1 3ª cuando —y no es una cuestión infrecuente— ese bien cultural falsificado sea posteriormente inventariado, catalogado o declarado bien de interés cultural (García Calderón 2017: 27), siempre que esta declaración tenga lugar con anterioridad al acto de disposición.

Como se adelantaba anteriormente, estas falsificaciones se pueden realizar mediante la fundición de materiales procedentes de yacimientos arqueológicos o utilizando partes de piezas arqueológicas originales, constituyendo este *modus operandi* además del delito de estafa uno de expolio (art. 323. 1 *in fine* CP) o de daños al patrimonio histórico (art. 323. 1 *primer inciso* CP),¹⁵ que concurrirán en concurso medial (art. 77.3¹⁶ CP) con la estafa.

Por el contrario, cuando esa reproducción se vende al precio de “copia”, es decir, sin pretender engañar sobre la autenticidad del objeto, no procederá la condena por delito de estafa.

Obra falsificada

La segunda modalidad de falsificación de los objetos arqueológicos, más infrecuente que la reproducción, es la obra falsificada, que consiste en alterar una pieza auténtica dando un aspecto “mejorado” respecto de la original (Roma 2015a: 2-4) para intentar incrementar su precio fraudulentamente. Los elementos típicos de la estafa son los mismos ya señalados en el epígrafe anterior. Sin embargo, en este supuesto de obra falsificada, cabe aplicar el tipo agravado de estafa contenido en el art. 250.1. 3º CP por recaer sobre un bien integrante del patrimonio histórico o artístico, en la medida en que se trata de la estafa de una obra auténtica “mejorada” para incrementar fraudulenta y ficticiamente su valor.

Además de subsumirse en el delito de estafa agravada, puede constituir asimismo un delito doloso de daños al patrimonio histórico porque la manipulación de un objeto arqueológico implica un daño a un bien de valor histórico tal como prevé el art. 323¹⁷ CP,

tipo que se aplicará en concurso medial con la estafa agravada anteriormente mencionada (imponiéndose conforme al art. 77.3 CP una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave).

La Jurisprudencia no suele plantear ni en el caso de la copia ni el de la obra falsificada la posibilidad de aplicar los tipos de falsedades, en la medida en que la pieza arqueológica no constituye elemento típico de ninguna de las falsedades previstas en el Código Penal; no hay falsedad típica específica de bienes culturales (se aboga por esta inclusión: García Calderón 2017: 30; García Calderón 2016: 292 y ss.). Ni siquiera puede ser considerada como un *documento* para construir un delito de falsedad documental, dado que el concepto de documento a efectos penales, que proporciona el art. 26 CP, se refiere a “todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”, definición que no parece aplicable al objeto arqueológico, pues el documento penal requiere, entre otras características esenciales, una declaración de voluntad o conocimiento destinada a probar algo jurídicamente relevante y atribuible a una persona¹⁸ (Otero 2015a: 9-11; Queralt 2010: 502; Benítez 1994: 48-49; Echano 1997: 297 y ss.).

Igualmente, no hace falta insistir en que los objetos arqueológicos son obras que no se ven afectadas por la Ley de Propiedad Intelectual, en la medida en que carecen de autor, por lo que, a estos efectos, son de dominio público.

Los daños dolosos en los yacimientos arqueológicos. Especial referencia al expolio como posible conducta previa

Como se ha adelantado, puede resultar frecuente que para la obtención de una obra arqueológica falsa sea necesario poseer la original que sirva como modelo o puede realizarse mediante la fundición de materiales procedentes de yacimientos arqueológicos o utilizando partes de piezas arqueológicas originales. En el caso de la obra falsificada esta posesión es evidentemente imprescindible, habida cuenta de que se trata de manipular la pieza auténtica. Pues bien, en estos casos, puede ocurrir que para la obtención de esa pieza auténtica haya sido necesario un previo expolio arqueológico.

Resulta acertado a este respecto que la LO 1/2015 de modificación del Código Penal, haya tipificado expresamente la conducta del *expolio*, aunque se

13. Esta estafa agravada lleva aparejada pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

14. SAP Madrid, 15ª, 74/2006, 22-2.

15. De esta delimitación me ocuparé en el epígrafe “Los daños dolosos en los yacimientos arqueológicos. Especial referencia al expolio como posible conducta previa”.

16. Se aplicará, conforme a las reglas de este concurso, una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave.

17. Art. 323 CP: “1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos. Con la misma pena se castigarán los actos de expolio en estos últimos.

2. Si se hubieran causado daños de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante, podrá imponerse la pena superior en grado a la señalada en el apartado anterior.

3. En todos estos casos, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado”.

18. Por ello, para que el documento surta efectos en el tráfico jurídico deberá acompañarse irremediamente de la firma para que pueda inferirse la autoría. La firma del autor desde esta perspectiva otorga a la obra pictórica, por ejemplo, a diferencia del objeto arqueológico, un contenido declarativo necesario para surtir efectos en el tráfico jurídico.

haya efectuado con una defectuosa técnica legislativa y con una ubicación discutible. Defectuosa técnica porque al especificarse como objeto de protección de los daños los yacimientos arqueológicos, *terrestres y subacuáticos*, y a continuación referirse a “con la misma pena se castigarán los actos de expolio en estos últimos”, se presta a confusión si el expolio se refiere a los yacimientos, en general, o a los subacuáticos, en particular. Evidentemente, el expolio como conducta típica debe abarcar todo tipo de yacimientos arqueológicos. De hecho, la alusión genérica a los *yacimientos arqueológicos*, sin especificación antes de la reforma, permitía interpretar sin ningún género de dudas que estaban incluidos los subacuáticos, lo que debía ser así en cumplimiento de las previsiones de la Convención de la UNESCO para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático aprobada en París en el año 2001, ratificada por España el 6-6-2005 y que está en vigor desde el 2 de enero de 2009.

Con respecto a la ubicación discutible de este nuevo subtipo autónomo, debemos hacernos varias preguntas: primera, ¿qué es el expolio? Según el diccionario de la RAE¹⁹ es la *acción y efecto de expoliar*. Si acudimos al término *expoliar*, se define como *despojar con violencia o iniquidad*. Hasta este momento, y, por supuesto, salvando las exigencias del Principio de Tipicidad, no sería muy fácil diferenciarlo de un delito de robo. En consecuencia, esta definición debe completarse con el concepto administrativo de expolio²⁰ que deriva del artículo 4 LPHE, que reza: “A los efectos de esta 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 integren el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social”. “Destrucción” (más difícilmente “pérdida”) se identifica en el ámbito jurídico penal con los delitos de daños, que, en relación con el objeto material que nos ocupa, acertadamente la LPHE lo equipara a la *perturbación del cumplimiento de la función social de estos bienes* —aunque no se destruyan—.

Por tanto, parece que es una figura a caballo entre los delitos de daños y los de apoderamiento. La especialidad que añade el citado artículo 4 LPHE es que no se trata de una acción u omisión que *destruya* estos bienes sino de una acción u omisión que *los ponga en peligro* de pérdida o destrucción, lo que, trasladado al ámbito penal, supone el adelantamiento de la barrera punitiva a momentos en los que todavía no se ha dañado el bien cultural —no se ha lesionado el bien jurídico— tal como están descritos los daños previstos en el capítulo II del Título XVI del CP vigente.

En consecuencia, si los actos de expolio son *aquellas acciones u omisiones que ponen en peligro de pérdida o destrucción o perturban la función social de los yacimientos arqueológicos*, deben incluirse expresamente: en primer lugar, porque estas acciones u omisiones tienen dificultades de encaje en los delitos de apode-

ramiento²¹ o en los delitos de daños.²² En los delitos de daños, porque la *pérdida* no siempre implica *causar daño*, tal como se concibe el daño en Derecho penal como “destrucción del bien” independientemente de las posibilidades de reparación posterior del yacimiento. Por lo que respecta a los delitos de apoderamiento han existido no pocas controversias para subsumir las conductas de expolio en la regulación penal. En efecto (Roma 2008a: 68 y ss.; Roma 2008b: 15 y ss.; Núñez 2006: 198-203. <<https://es.calameo.com/read/00007533510bb0788ccf5>>; García Calderón 2003: 114-119; García Calderón 2017: 6 y ss.; Tasende 2004: 25-26; Salinero 1997: 225-226; Alegre 1994: 623 y ss.; Guisasola 2017: 11-14; Rufino 2012: 66), el expolio a veces se ha calificado como hurto agravado por el valor cultural del bien o como apropiación indebida básica o como apropiación indebida específica —en su modalidad de apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido—. Sin embargo, su calificación como hurto agravado planteaba dificultades porque no son *cosas ajenas*. Es decir, la Administración tiene el dominio, pero no la posesión y en la medida en que alguna corriente doctrinal (Muñoz Conde 2017: 334) considera que el Bien Jurídico protegido en el hurto es la posesión, impedía subsumir estas conductas en el hurto. También había dificultades para subsumirlo en el hurto de hallazgo puesto que no se trataba de cosa perdida ni de dueño desconocido (antiguo artículo 253 CP, hoy diluido en el genérico artículo 254 CP, construido como cajón de sastre). Asimismo, podía considerarse, antes de la reforma, que sí era hurto cuando había previa declaración administrativa y apropiación indebida del entonces artículo 253 CP —apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido—, cuando no la había. En otras palabras, en este último caso, se podía aplicar esta específica apropiación indebida pues cabía hablar de cosas perdidas en el sentido de no halladas, de modo que permitía la subsunción en este tipo penal de la sustracción de piezas arqueológicas que no contaran con la previa declaración administrativa. Finalmente, podía considerarse que la apropiación del tesoro arqueológico hallado daba lugar a un delito propio de apropiación indebida del antiguo artículo 252 —hoy 253 CP—, ya que el sujeto tiene una cosa por un título —el depósito— que obliga a devolver a su titular: el Estado. Conforme a esta opción, el hurto o la apropiación indebida podían entrar en concurso ideal o medial con el correspondiente delito de daños anteriormente expuesto en la medida en que los yacimientos tienen una dimensión inmueble vulnerándose también mediante el despojo el patrimonio histórico, es decir, el vestigio arqueológico como fuente de información científica (García Calderón 2003: 114-119; García Calderón 2006: 77).²³

21. Se califica, por ejemplo, como delito de hurto en la SAP, Córdoba, Sección 2.ª, 37/2003, 25-2.

22. Se califica como delito de daños del art. 323 CP, por ejemplo, en la SAP, Pontevedra, Sección 2.ª, 129/2005, 29-9.

23. Igualmente, SAP Zaragoza 6.ª 199/2018, 16-7, sobre hechos acaecidos bajo la vigencia del CP anterior, aplicando concurso medial entre el art. 323 —por el expolio de piezas celtíberas prerromanas, de excepcional valor científico, histórico y cultural pertenecientes al yacimiento arqueológico de la

19. Edición 23.ª, 2014.

20. Si se desea profundizar en el análisis de este concepto jurídico efectuado por el Tribunal Constitucional, vid. Guisasola 2017: 6-9.

Por todo ello, debe aplaudirse la configuración propia de un delito de expolio en el artículo 323 CP, por lo que la conducta de destrucción de yacimientos podrá ser subsumible, como veremos, en el 323.1 primer o segundo inciso, según los supuestos.

Corresponde ahora analizar la nueva regulación. A pesar de que la vinculación de este nuevo tipo con la definición del mismo en el art. 4 LPHE ayuda a entender y a ubicar sistemáticamente el delito, sin embargo, por exigencias del Principio de Taxatividad, ello no resulta suficiente; no cumple con los estándares mínimos del mandato de determinación de los tipos penales. En efecto, si volvemos al precepto de la LPHE: *acción u omisión que ponga en peligro... el valor de los bienes*, conforme a esta definición, todo lo que ponga en peligro estos bienes sería expolio. Por tanto, *de lege ferenda*, en todo caso, debe concretarse la indeterminación del tipo especificándose las intervenciones que producen o pueden producir expolio punible, centradas, en mi opinión, en las excavaciones y remociones de tierras no autorizadas (Roma 2002: 127 y ss.; Guisasola 2013: 889) para obtener los restos de los yacimientos arqueológicos (terrestres y subacuáticos). En consecuencia, se construiría como un delito mutilado de dos actos en el que basta la excavación ilegal con ánimo de obtención de restos, aunque luego no se obtengan, lo que supone un —adecuado— adelantamiento de la barrera punitiva (de acuerdo con el art. 4 LPHE), respecto del propio delito de daños a los yacimientos arqueológicos del art. 323.1 primer inciso, que debe, en efecto, ser castigado con la misma pena porque en el caso del expolio (323.1 *in fine*) —excavación y remoción de tierras— el daño es al inmueble como fuente de conocimiento científico.

Una vez destacado el acierto de la previsión de esta figura —con sus correspondientes defectos de técnica legislativa subsanables *de lege ferenda*—, sin embargo, la ubicación dentro de los delitos de daños aunque discutible, la creo adecuada, en primer lugar, porque en coherencia con la definición del art. 4 LPHE vinculada más propiamente a los daños que al apoderamiento, cualquier remoción o excavación de tierras aunque solo hubiera puesto en peligro el objeto arqueológico en cuestión pero no lo hubiera destruido o dañado, este acto ya supone o puede suponer muy probablemente un daño al entorno del yacimiento como bien inmueble, como fuente de co-

antigua necrópolis de Aratikosel, causando la destrucción del contexto arqueológico del yacimiento, e impidiendo que los especialistas conocieran datos fundamentales que podían haber modificado la información y el conocimiento de los pueblos prerromanos de la Península Ibérica— y delito continuado de hurto por realizar la extracción de un extraordinario e imponente conjunto de armas de hierro celtíberas, entre las que se encontraban dieciocho cascos celtíberos, diversos elementos de panoplia, defensiva, monedas de bronce con caracteres ibéricos, monedas romanas, así como puntas de flecha, fibulas, útiles de trabajo y multitud de efectos, todo ello, de incalculable valor arqueológico y gran valor económico y con intención de venderlo a terceras personas, con conocimiento de que las piezas más valiosas podrían salir de España pues las iba a vender a terceros, además del correspondiente delito de blanqueo de capitales por la venta de los efectos sustraídos de yacimiento arqueológico.

nocimiento científico, por lo que resultaba necesaria esta especificación del *expolio*; si, por el contrario, se daña el yacimiento arqueológico como bien de valor cultural, la conducta será subsumible en el 323.1 primer inciso (De la Cuesta Aguado 2015: 643-654); en segundo lugar, para no acrecentar la dispersión normativa; en tercer lugar, porque con esta ubicación se destaca que el bien jurídico es el valor cultural del bien independientemente del valor económico, aunque quizá debería haberse ubicado en un subtipo independiente del artículo 323 CP al ser calificado como delito *sui generis* de daños. Por el contrario, no calificar estas conductas como delitos contra el patrimonio imposibilita aplicar posteriormente un delito de receptación si el bien expoliado se ha adquirido, ocultado o recibido por un tercero.

Sin embargo, a mi modo de ver, esto tampoco supone un obstáculo, ya que el tipo de expolio del art. 323.1 *in fine*, no acoge el total desvalor que supone el expolio en sí, entendido como esa remoción de tierras que pone en peligro o daña el yacimiento arqueológico, junto con la posterior sustracción de alguna o algunas de sus piezas —para venderlas, por ejemplo—, por lo que no veo inconveniente en aplicar concurso medial entre el delito de daños 323.1 primer inciso, o bien el de expolio del 323.1 *in fine*, según los casos,²⁴ y el correspondiente delito de apoderamiento (hurto o apropiación indebida) agravado por afectar a un bien del patrimonio histórico, al menos en piezas de gran valor histórico y económico (García Calderón 2015: 741 y ss.; García Calderón 2017: 7-8²⁵).²⁶ Ello permitiría, de otro lado, imputar la correspondiente receptación al autor que se beneficiara de estas piezas robadas o hurtadas conforme al art. 298 CP, que prevé, además, una penalidad agravada cuando la cosa objeto de receptación sea de valor histórico, artístico, cultural o científico,²⁷ que podrá imponerse,

24. Ya se produzca un daño al bien mueble del yacimiento (art. 323.1 primer inciso), o un daño en el inmueble (323.1 *in fine*), expolio *stricto sensu*, en la medida en que los yacimientos tienen también esta dimensión como fuente de información científica.

25. En contra, Rufino 2017: 31, esto es, aplicando únicamente el subtipo agravado del art. 323.2.º cuando se sustraen piezas del yacimiento que tengan especial valor. Esta agravación se prevé tanto por razón del *valor relevante* del bien cultural, como por la *especial gravedad* (afortunadamente no cuantificada) del daño causado.

26. Esta línea del concurso de delitos se ha plasmado en la Memoria de la Fiscalía General del Estado (medio ambiente y urbanismo), p. 594, la Consulta de la Fiscalía de Lleida en relación con el delito continuado de daños del artículo 323.1 del Código Penal en un supuesto de expolio de yacimientos arqueológicos. Así, tal y como se trató en la VIII Reunión de la Red de Fiscales Especialistas: “los actos de apoderamiento o sustracción de piezas arqueológicas habrán de seguir siendo perseguidos, como hasta ahora, como delitos agravados de hurto o apropiación indebida (según el yacimiento esté previamente declarado administrativamente como tal o no) en concurso medial con el delito de daños del primer inciso del artículo 323.1 (si se trata de daños materiales de importancia) o de expolio del último inciso, según los casos. La tipificación de la conducta de expolio en el mismo precepto y apartado que los daños materiales avala, a nuestro juicio, esta solución de no incluir en aquélla los actos de apoderamiento”.

27. Art. 298 CP: 1. “El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio

a su vez, en su mitad superior²⁸ cuando se reciban, adquieran u oculten estos bienes con la intención de traficar con ellos. A pesar de ello y aun cuando no pudiera aplicarse el delito de receptación, siempre queda abierta la posibilidad de estimar el delito de blanqueo, como desarrollaré posteriormente.

Más aún, la propia adquisición de estas piezas falsificadas, aunque no fueran precedidas de un expolio, puede generar, a su vez, un daño al conocimiento científico, desautorizando teorías existentes sobre el yacimiento arqueológico auténtico y la época a la que pertenece, que debería tenerse en cuenta a la hora de valorar un delito doloso de daños al patrimonio histórico (García Calderón 2017: 28; 2017b: 13).

Finalmente, en relación con el expolio, *de lege ferenda*, debería, además, preverse el adelantamiento de la barrera punitiva castigándose como consumación (y equiparándose a la acción misma del expolio) conductas que constituyen actos preparatorios, como es el portar detectores de metales, necesarios para tal fin, que afecta especialmente al patrimonio numismático (Roma 2008a: 68 y ss.; por el contrario, abogando en estos casos por la sanción administrativa: Guisasaola 2017: 18; García Calderón 2015: 741 y ss.).²⁹

Por su parte, la LO 1/2015 de modificación del Código Penal añade asimismo una modalidad agravada del delito de daños dolosos al patrimonio histórico en el art. 323.2 CP, que se aplicará en la mayoría de los supuestos de excavaciones ilegales en los yacimientos arqueológicos (previas a la falsificación) por dos razones fundamentales. Primera, porque estos daños tienen una triple dimensión: daños a los objetos robados en sí, daños al entorno como bien inmueble, y son objetos que proporcionan además una información valiosa científica (con estos daños se producen pérdidas de referencia del contexto histórico);³⁰ y segunda, conforman una forma de riqueza natural (sin olvidar en este caso muy especialmente la riqueza de los yacimientos subacuáticos) a la que se atenta de forma muy variada por la especulación urbanística —que no respeta las zonas arqueológicas—, y por el mercado ilegal (que afecta a todo tipo de yacimientos).

o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Se impondrá una pena de uno a tres años de prisión en los siguientes supuestos:

a) Cuando se trate de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico”.

28. Pena de prisión de 2 a 3 años conforme al art. 298.2 CP. Esta modalidad de receptación puede a su vez ser objeto de comiso ampliado conforme al art. 127 bis 1. h) CP.

29. De forma análoga a lo previsto en relación con las estafas informáticas en el artículo 248.2 b) “Los que fabriquen, posean o faciliten instrumentos específicamente destinados a la comisión de las conductas previstas en el presente artículo”. Ello debe ser así, además, para ser coherentes con la definición del expolio contenida en el art. 4 LPHE: “acción u omisión que ponga en peligro...”.

30. Ya denunció, antes de la reforma de 2015, la necesidad de tipificación expresa dentro de los daños al patrimonio histórico, el daño a los yacimientos que supongan una pérdida de información irreparable, Rufino (2012: 58).

Los daños imprudentes a los bienes de valor cultural

Distinto es el caso en que se *mejore* una obra auténtica sin ningún ánimo de lucro, supuesto que podría constituir, si se dieran los requisitos típicos, un delito imprudente de daños relativos al patrimonio histórico, previsto en el artículo 324 CP.³¹ A este respecto, puede traerse a colación el caso del *Ecce Homo* pintado por el artista Elías García Martínez en uno de los muros de la iglesia del santuario de Misericordia (Borja), que quedó “totalmente destrozado” después de la intervención de una particular no profesional, la octogenaria Cecilia Giménez.

Respecto a la tipificación de estos daños imprudentes, debe criticarse que se haya mantenido en el precepto la exigencia de superar el límite de los 400 € para que sean punibles,³² pues no solo resulta contradictorio con la modalidad dolosa —que no lo prevé— sino que distorsiona el mantenimiento de estos criterios cuantitativos, lo que parece indicar o bien que el Legislador³³ quiere seguir protegiendo el valor económico del patrimonio individual y no el interés cultural del objeto dañado, o bien un nuevo defecto de técnica legislativa ocasionado por la precipitación.

Falsificación en la segunda fase. El peritaje. La certificación falsa

Sobre la compleja realidad de la autenticación

Autenticar es el —complejo— proceso para establecer si es correcta la atribución de una obra, que en el caso de objetos arqueológicos pasa por la correcta atribución de la época y la cultura concreta a la que pertenecen. En cualquier caso, hay que precisar que una atribución falsa no constituye necesariamente una falsificación. Las colecciones privadas y los museos están plagados de obras a las que no puede adjudicarse un origen definitivo.³⁴

31. Art. 324 CP: “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”.

32. No obstante, esta modalidad específica imprudente de daños reduce extraordinariamente la cuantía de los daños imprudentes en bienes de valor cultural a partir de la cual resulta punible la conducta, porque mientras la incriminación genérica de los daños patrimoniales por imprudencia grave requiere que se supere la cuantía de los 80.000 €, el límite de la incriminación en el artículo 324 CP, como se señala en el texto, son 400 €, lo que determina que prácticamente cualquier daño en los referidos bienes resulte punible como delito. De no sobrepasarse esta cuantía la conducta quedará impune.

33. De hecho, la Jurisprudencia antes de la reforma cifraba exactamente el valor económico de los daños. Así, SJP n.º 14, Madrid, de 27 de abril de 2004; SAP, Zamora, 56/2003, 17-5. Por el contrario, acertadamente, SAP, Murcia, Sección 5.ª, 46/2003, 22-5, absolvió del delito de daños imprudentes del art. 324 CP por la escasa consideración de los daños, sin especificar la cuantía.

34. Vid. <<http://www.criminalistica.com.mx/areas-forenses/documentoscopia/1106-las-falsificaciones-en-la-historia-del-arte>>.

Esta compleja detección indica, a su vez, la falta de profesionalidad de los que autentican, es decir, la dificultad de acudir a expertos con autoridad (Lequette-de Kervennoaël 2006: 165-259). A ello hay que adicionar que los procesos de autenticación son costosos, y la demanda masiva por parte de coleccionistas, no porque tengan conocimiento e interés en el arte sino por afán especulativo, determina cada vez en mayor medida la poca formación de los compradores, lo que propicia que se les venda obras de arte falsas. Los perjudicados no siempre tienen interés en denunciar para preservar su imagen en el mercado y ante la sociedad, y no pasar por ignorantes. A los galeristas, por su parte, tampoco les interesa destapar las falsificaciones para no perder prestigio y clientes (Peñuelas 2013: 111-113).

Junto a la profesionalización de los falsificadores³⁵ y la falta de profesionalidad de algunos “expertos” que autentican las obras, debe tenerse en cuenta otro dato y es el método científico de comprobación. Evidentemente, cuanto más riguroso sea el método más fácilmente puede comprobarse la falsificación, lo que disuade de intentar nuevos procedimientos de engaño o manipulación. Desde esta perspectiva, los avances en los métodos de análisis químicos ponen al descubierto el engaño más fácilmente que la vista humana; en arqueología se emplea, por ejemplo, el método de la datación por termoluminiscencia (TL) o el del Carbono 14 (C-14) —que, a su vez, es mejorado con la técnica AMS (Accelerator Mass Spectrometry o Acelerador de Espectrometría de Masas)—, el método ESR (*electron spin resonance* o barrido de resonancia electrónica), la datación radiométrica o la datación de huesos, entre otros muchos.³⁶ También aportan mucha información otros métodos complementarios, como es el registro de entrada en los anticuarios, el sello del control de aduanas, etc.,³⁷ para comprobar el viaje de la obra. A su vez, estos métodos de comprobación resultan más difíciles cuanto más próximo se halla el tiempo de la falsificación al tiempo en que se creó la obra original. Así, con respecto al polvo que introduce el falsificador en las grietas producidas artificialmente en un objeto, puede determinarse exactamente la edad de esas partículas con métodos químicos (es decir si es un polvo contaminado del siglo XXI o se trata de unas partículas de otro siglo, según la composición de esa suciedad). En otras palabras, es más fácil imitar una obra contemporánea que la falsificación de una de otra época distinta. Por tanto, el enemigo más poderoso del falsificador es el tiempo (Arnau 1961: 219). Desde esta perspectiva, en la detección de la falsedad de objetos arqueológicos se juega con ventaja.

35. Sobre el perfil de estos falsificadores, véase Rodríguez Temiño/Mora 2020: XX, acreditando que, en este caso, salvo supuestos aislados, suelen ser artesanos que pasan desapercibidos, no artistas más o menos prestigiosos o afamados, como en otros ámbitos proclives a la falsificación, como la pintura o la escultura.

36. <<https://es.slideshare.net/Bernalelmen/mtodos-que-utilizan-los-arquelogos-para-saber-la-antiguedad-de-las-cosas>>. Ampliamente, Sanz Nájera 1988: 65-71.

37. <<https://www.mitele.es/programas-tv/en-el-punto-de-mira/5cda92535910638d1b8b45bc/player>>.

Finalmente, por lo que respecta particularmente al mercado arqueológico, no es infrecuente que se falsifique no solo para dotar de apariencia de legalidad una pieza falsa sino también para “legalizar” piezas auténticas obtenidas ilícitamente mediante el expolio.³⁸ Por ejemplo, en el caso de objetos de numismática en ocasiones se ofrecen a propietarios de anticuarios dedicados a la venta de estos objetos, quienes a sabiendas de su procedencia ilícita los compran a bajo precio, para posteriormente venderlos en sus tiendas dándoles una aparente legalidad a través de facturas que los titulares de las numismáticas falsifican (Morales 2015: 44).

Relevancia penal de la falsa autenticación

En este proceso es preciso distinguir el peritaje subjetivo del objetivo. Quien falsifica a través de un peritaje subjetivo, emitiendo su opinión sobre la pertenencia de un objeto arqueológico a una época determinada, aplicando rigurosamente los conocimientos técnicos que se le suponen, aunque llegara a una conclusión equivocada, evidentemente no puede dar lugar a ningún tipo de responsabilidad penal (Muñoz Conde 1993: 415), salvo que pudiera probarse el dolo, en cuyo caso podría ser constitutivo de un delito de estafa o bien de uno de falsedad, lo que concretaré a continuación.

Por el contrario, el peritaje objetivo (que suele acompañar al subjetivo), esto es, el basado en métodos científicos de expertización, si los resultados de estos métodos o el método mismo han sido manipulados para apoyar la opinión del experto, esta manipulación ya puede constituir el engaño de la estafa (Roma 2011: 20; Muñoz Conde 1993: 415; Molins, González 2013: 305) si se cumplieran los requisitos de esta figura. Sin embargo, esta manipulación difícilmente constituye falsedad documental punible, salvo que el documento tenga la categoría de público u oficial, porque esta falsedad, en la medida en que consiste en una declaración mendaz, esto es, en la medida en que afecta a la veracidad del documento —declaración que no se ajusta a la realidad que debe reflejar— (Echano 1997: 305-307; Sánchez Tomás 2011: 1489; Armenteros 2011: 96 y ss.), debe calificarse como ideológica del art. 390.1.4.^a CP (“faltar a la verdad en la narración de los hechos”), que, cometida en documento privado, no adquiere relevancia penal.

Por otro lado, descarto que este proceso falso doloso de autenticación pueda constituir un delito de falsedad de certificados (arts. 397³⁹ y ss. CP) que

38. Cabe mencionar, a este respecto, la operación del año 2007 de la Guardia Civil denominada “Dionisio”, en la que fue desmantelado al grupo dedicado al contrabando internacional de importantes piezas arqueológicas. Este grupo falsificaba documentación conseguida en terceros países para amparar piezas obtenidas ilícitamente. Vid., ampliamente, Morales 2015: 36.

39. Artículo 397. “El facultativo que librare certificado falso será castigado con la pena de multa de tres a doce meses”. Artículo 398. “La autoridad o funcionario público que librare certificación falsa será castigado con la pena de suspensión de seis meses a dos años. Este precepto no será aplicable a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública”. Artículo 399. “1. El particular que falsificare una certificación de las designadas en los artículos anteriores será

gozan de una penalidad atenuada en relación con las falsedades documentales. En efecto, ante la ausencia de definición legal del término *certificado*, la RAE⁴⁰ lo define como el “documento en que se asegura la verdad de un hecho”.⁴¹

Sin embargo, la Jurisprudencia hace una interpretación restrictiva⁴² *in malam partem* de este concepto vinculándolo a la gravedad y trascendencia de la certificación debido al tratamiento punitivo privilegiado de la falsificación cuando afecta a este objeto material, lo que significa que cuando esta falsificación tiene gran trascendencia (sin especificarse el límite de la misma) la falsificación se subsumirá en la de documentos privados dado que aquellos son una subespecie de estos. Se trata esta de una delimitación apoyada en una burda argumentación. Por el contrario, como he adelantado, creo que un documento en que se “certifica” falsamente la atribución de una obra de arte por un experto, en realidad no es un certificado en el sentido de los arts. 397 y ss. CP, pues estos tipos penales exigen que se trate de certificados de los que libra un facultativo. La definición de facultativo está prevista en los arts. 303 *in fine* y 372 *in fine* CP —“a tal efecto se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes”—. Desde este punto de vista, el certificado que pueda emitir el experto de la obra de arte no es la certificación a la que hacen referencia los arts. 397 y ss., porque ha de identificarse únicamente con aquellos certificados que emiten los facultativos. Ni siquiera son certificaciones que puedan equipararse a la laxa definición que la Jurisprudencia⁴³ efectúa con respecto al facultativo. Es decir, la emisión de certificados por facultativos, conforme a la vaga definición de estos por la Jurisprudencia como la que expide aquella persona con titulación reconocida por el Estado, tampoco se equipararía a

castigado con la pena de multa de tres a seis meses. 2. La misma pena se impondrá al que hiciere uso, a sabiendas, de la certificación, así como al que, sin haber intervenido en su falsificación, traficare con ella de cualquier modo. 3. Esta disposición es aplicable aun cuando el certificado aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado en España”.

40. <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=0yVLvfuu6DXX2Be9T4Xl#0_2>.

41. La Jurisprudencia lo ha ido perfilando como “aquellos en los que se hace constar una verdad, que se conoce y aprecia por haber sucedido y existir efectivamente, o por su correspondencia con datos previamente registrados” (STS 279/2010, de 22 de marzo, caso YAK 42).

42. STS 2001/2000, 27 de diciembre; STS 1/2004, de 12 de enero; ahondando en esta distinción, el criterio diferenciador se encuentra en que en los tipos atenuados de certificación falsa lo librado solo cumple la función de advenir o acreditar hechos sin otras finalidades, y, en cambio, en la falsedad de documentos se da la trascendencia de la alteración del instrumento documental atendida la alteración de bienes jurídicos de particular relevancia, lo cual permite calificar de especial gravedad la falsificación.

43. Así, la Jurisprudencia ha considerado que *facultativo* es aquella persona con titulación reconocida por el Estado que le capacita para expedir certificados con relevancia jurídica (SAP 3.ª, 96/2001, 20-12: Por ejemplo, fuera del ámbito de la medicina los aparejadores).

la labor que hacen los expertos de autenticación de las obras arqueológicas.

A estos efectos, a mi modo de ver, para subsumir la conducta en la falsedad de certificados de los arts. 397 y ss., el sujeto activo en cuestión y en relación con el documento emitido debe tener legalmente atribuida esa función de certificación (o puesta en evidencia) bien sea en virtud de ser custodio de registros (que será la función más habitual) bien sea en virtud de la aplicación de simples procedimientos técnicos (por ejemplo, una certificación de eficiencia energética). En consecuencia, en el caso del experto, en realidad lo que emite no es un certificado en el sentido del art. 397 CP, sino el resultado de una mera labor pericial que según los casos tendrá la consideración de documento público o privado. Es decir, es una función anudada al propio documento que certifica. En estos casos, se trata, por tanto, de una falsedad de documento privado en sentido penal. Y ello fundamentalmente por dos razones: primera porque el “certificado” no es más que una especie de etiqueta “conclusiva” de un informe pericial, por lo que no puede desligarse de esa naturaleza de documento. Y segunda, con la restricción tan notable que está teniendo el concepto de certificado en la Jurisprudencia, encajaría mejor con esa línea de interpretación la idea de que son documentos.

Cuestión distinta es que, por ejemplo, un director de un museo o de una casa de subastas emita un documento en que certifique que, de acuerdo con un informe elaborado por terceros, la pieza arqueológica pertenece a tal época o cultura, siendo eso inveraz. En tal caso sí podría encajar en el concepto penal de certificado.

En conclusión: la falsa certificación, aunque no constituya delito de falsedad punible, ese documento inveraz es el apoyo para probar el engaño *bastante* característico del delito de estafa. En consecuencia, tanto el autor de la obra falsa como el del certificado serán coautores del correspondiente delito de estafa según los casos.

Tercera fase: uso del documento falso

Si, como se ha señalado, la falsificación ideológica de un documento que certifica la autenticidad de una pieza arqueológica no es punible, tampoco lo es el uso posterior de ese documento.⁴⁴

44. Por el contrario, tal como ocurre en el caso de las obras pictóricas en el que la falsificación puede ser punible a través, por ejemplo, de la firma plasmada en el cuadro, el uso posterior de ese documento falso por una misma persona, constituiría concurrencia normativa que se suele resolver por principio de subsidiariedad a favor de la primera, esto es, solo sería punible la falsificación quedando absorbido el uso posterior. Más propiamente, constituye un acto de agotamiento del delito de falsedad anteriormente consumado (SSTS 1015/2009, de 28 de octubre y 536/2009, de 19 de mayo, entre otras). Sin embargo, lo habitual en el tráfico de obras de arte, será el uso del documento falso cuando previamente no se ha falsificado y sin que sea precisa la connivencia con el falsificador. Estos casos serán subsumibles en la conducta de uso de documento privado del art. 396 CP (art. 396. “El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento

Excluidas igualmente las conductas de falsificación de objetos arqueológicos del concepto de falsedad de certificados, la relevancia penal del uso de estos certificados falsos no se subsumirá, en coherencia con lo mantenido, en el art. 399.2 CP.⁴⁵ El uso de ese documento a estos efectos constituirá normalmente una cooperación necesaria en el delito de estafa.

Evidentemente, si una incorrecta atribución imprudente de una pieza arqueológica no adquiere relevancia penal, tampoco constituye delito el uso imprudente de una certificación.

Actos preparatorios

Por último, es preciso destacar que, en principio, la fabricación y tenencia de útiles específicamente⁴⁶ destinados a falsificar (art. 400 CP⁴⁷) desplaza la tentativa de falsificación por criterio de especialidad (STS 279/2008, de 9 de mayo). Se trata de uno de los supuestos previstos expresamente en el Código Penal en los que se adelanta la barrera punitiva equiparando a efectos de penalidad los actos preparatorios a la categoría de consumación (Sánchez Tomás 2011: 1529). Sin embargo, este tipo penal tampoco es aplicable en el caso de falsificación de objetos arqueológicos, porque, como ya se ha señalado, la falsificación en sí no es punible, luego un acto preparatorio de la misma, tampoco lo es. La fabricación y tenencia de útiles destinados a falsificar los objetos arqueológicos, en realidad son actos preparatorios no punibles de estafa, que pueden constituir, al igual que la falsa certificación, la prueba del dolo en la estafa consumada o intentada.

falso de los comprendidos en el artículo anterior, incurrirá en la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores”) si se ha declarado punible la falsedad previa, siempre que a sabiendas de su falsedad se use para perjudicar a otro, lo que determinará, a su vez, en la mayoría de los casos, un concurso de leyes con la estafa a favor de esta última (STS 552/2012, de 2 de julio; STS 236/2009, de 17 de marzo; STS 640/2007, de 6 de julio, entre otras). No ocurrirá lo mismo cuando el documento falso se presente en juicio puesto que en este caso no se requiere un especial ánimo de perjuicio (STS 1461/2004, de 9 de diciembre) por lo que puede aplicarse un concurso de delitos entre el uso del documento falso y la estafa. Vid. Otero 2015a: 9-14.

45. Precepto que exige, por cierto, que se conozca la falsedad y, de otro lado, no se requiere ánimo de perjudicar. En cuanto al conocimiento de la falsedad, parece una exigencia innecesaria si tenemos en cuenta que los demás casos de uso de documentos falsos requieren realizarlo “en perjuicio de” lo que es inherente al conocimiento de la falsedad. De ello se deduce que también en el caso de uso de certificados, aunque no se imponga expresamente, debe exigirse ánimo de perjudicar, en la medida en que además tiene la misma pena la falsificación y el uso. En definitiva, *traficar* ya es inherente al *perjuicio*. Vid. Sánchez Tomás 2011: 1515.

46. Si no tiene este fin específico —que no exclusivo— la conducta no puede ser constitutiva de delito: SAP Málaga (2.^a) 153/2000, de 4 de mayo. Este fin no excluye otros fines. Debe probarse la aptitud y cualidad del objeto para servir específicamente a ese fin: STS 576/2006, 9 de mayo de 2006; STS 507/2007, de 8 de junio; STS 1229/1999, de 26 de julio.

47. Art. 400 CP: “La fabricación, recepción, obtención o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad, u otros medios específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los Capítulos anteriores, se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores”.

Todo ello pone de manifiesto que de *lege ferenda* pueda proponerse la introducción de un tipo específico de falsedad de obras de arte, para cubrir ciertas lagunas de punibilidad detectadas, que afectan fundamentalmente a la falsificación de objetos arqueológicos,⁴⁸ aunque, al igual que ocurre en la falsedad de documentos privados, frecuentemente pudieran quedar absorbidas por las estafas. En este sentido, el bien jurídico protegido en los delitos de falsedades en general, la fe pública, como confianza de la colectividad en la veracidad y autenticidad de determinados valores, símbolos, documentos o cualidades relevantes para la vida social, se lesiona tanto cuando esta falsificación afecta a un documento, a un certificado, a una tarjeta de crédito como a una obra de arte y más aún, teniendo en cuenta que la obra arqueológica, como se ha pretendido demostrar, está más desprotegida que otras obras de arte en cuanto objeto material de la falsificación.

Excurso: breve referencia a la transnacionalidad de estas conductas

Como es sabido y así se ha adelantado, la falsificación de piezas arqueológicas guarda una íntima relación con la demanda de estos objetos, lo que conlleva inevitablemente que esas falsificaciones se realicen para traficar con ellas. Ello determina una dimensión transfronteriza de estas conductas, que requiere una cadena de intermediarios (Fuentes 1993: 33-38), personas de reconocido prestigio, entre otras razones, por la importante clientela con la que cuentan que, a su vez, supone el movimiento de ingentes cantidades de dinero. Suelen operar a través de bandas organizadas a nivel internacional. Esta globalización del fenómeno implica una clara relación de estas conductas con el crimen organizado,⁴⁹

48. Por el contrario, en el caso de falsificación de objetos arqueológicos, algunos expertos cuestionan la procedencia del recurso al Derecho penal. Vid., al respecto, Rodríguez Temiño 2019, sobre los hallazgos epigráficos supuestamente extraídos en las excavaciones realizadas en el yacimiento arqueológico de Iruña-Veleia, considerando que la satisfacción del daño moral y del quebranto económico causado por la presunta falsificación puede obtenerse por la vía administrativa, menos lesiva y más eficaz que la penal. <<https://www.elsaltodiario.com/arqueologia/iruna-veleia-juicio-falsedad-yacimiento-grafitos>>. Desarrollan esta misma idea de falta de necesidad y eficacia de acudir al recurso penal, admitiendo que el reproche académico que recae sobre los falsificadores resulta más gravoso, en muchas ocasiones, que cualquier eventual punición penal en estos casos, Rodríguez Temiño/Mora 2020. No veo incompatible el reproche académico con el penal. Por el contrario, por los motivos expuestos, creo que el recurso al Derecho penal constituye un valioso efecto preventivo de disuasión que, si se aplica, irá acompañado, sin duda, del reproche social del falsificador. Ello no resulta incompatible —y en ello estoy de acuerdo con los autores señalados— con la idea de que la mejor forma de combatir las falsificaciones arqueológicas es la adopción de medidas preventivas, fundamentalmente la no adquisición de obras sin procedencia legal. Sobre el caso Iruña-Veleia, vid., ampliamente, Rodríguez Temiño 2017: 197-217. También, Rodríguez Temiño/Mora 2020: XX.

49. Criminalidad de “encargo” organizada y especializada, como la denomina Rufino 2012: 55. El mismo 2017: 5. En efecto, en los últimos años se ha dado un salto cualitativo en este tipo de delincuencia pasando de ser de tipo convencional,

constatándose que estos cuantiosos beneficios que derivan del mismo sirven en último término para financiar el terrorismo,⁵⁰ por lo que ha intentado ser frenado en las últimas décadas centrando su estrategia en que el delito “no sea rentable”. Y, puesto que la peligrosidad del crimen organizado es definida a partir de su capacidad de acumular beneficios, los instrumentos orientados a rastrear las finanzas del delito y a debilitar el poder económico de estas organizaciones son la lucha contra el blanqueo (para evitar que ese dinero infiltre la economía lícita)⁵¹ y el comiso⁵² de bienes (privando al delincuente de la ganancia del delito para evitar que esos fondos ilícitos financien otras actividades ilícitas). Estos dos delitos deben complementarse con otros dos instrumentos. En primer lugar, el delito fiscal⁵³ al considerarse que las ganancias procedentes del delito son objeto de tributación, si bien en estos casos existe la posibilidad de concurso (de leyes o de delitos)⁵⁴ con el delito de blanqueo. En segundo lugar, la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos para gestionar de la forma más eficaz económicamente la conservación o utilización de los bienes intervenidos vinculados a organizaciones criminales (art. 367 septies LECrim), obligándose a las instituciones financieras a un estricto control de clientes, fondos, divulgación de la información financiera, cooperación entre Estados...).

Además de los delitos anteriormente señalados, aplicables a las falsificaciones de objetos arqueológicos, vinculadas a organizaciones criminales, en el caso —no infrecuente— de que esta falsificación haya ido precedida del expolio de piezas arqueológicas sobre las que posteriormente se hayan hecho réplicas ilegales, y pretendan venderse tanto las auténticas como las falsas, en relación con las auténticas debe tenerse en

más o menos especializada, a ser una delincuencia profesionalizada y organizada (Fernández Gallego: 90). Las propias organizaciones y grupos criminales se castigan desde la LO 5/2010 como delito autónomo en los arts. 570 bis y ss. CP, si bien habrá que analizar caso por caso para aplicar este delito de pertenencia a la organización con el correspondiente concurso con el delito concreto que se cometa.

50. <<https://www.mitele.es/programas-tv/en-el-punto-de-mira/5cda92535910638d1b8b45bc/player>>.

51. El tipo de blanqueo de capitales (arts. 301 a 304 CP) ha acomodado su regulación a las Directivas europeas, la última de ellas es la Directiva 2018/843/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo (“Quinta Directiva”), 30 de mayo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

52. La Directiva Europea 2014/42/UE, de 3 de abril *sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea* ha sido transpuesta al Código Penal en la reforma por LO 1/2015, en los actuales arts. 127 y ss., con la posibilidad de aplicar el decomiso ampliado (referido a otras actividades ilícitas del condenado que, si bien no han sido probadas plenamente, si puede entender el juzgador que vienen avaladas por indicios, siempre que sean “fundados y objetivos”) a los delitos de blanqueo o los cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

53. Arts. 305 y ss. CP.

54. La jurisprudencia más reciente considera que el delito de defraudación tributaria debe quedar absorbido cuando el dinero objeto de defraudación proceda de modo directo del blanqueo, siempre que este sea objeto de condena y que esta condena haya incluido el comiso de las ganancias. Por el contrario, si no se condenó por el blanqueo previo o no ha habido comiso, sí podría castigarse por delito fiscal.

cuenta lo anteriormente señalado sobre el delito de receptación que comete el que las adquiere sabiendo que proceden de un delito contra el patrimonio, con la posibilidad de la agravación prevista en el art. 298.2 en relación con el 298.1 a) CP. Del mismo modo, si las piezas auténticas se exportan ilegalmente puede resultar aplicable el delito de contrabando del artículo 2.2.a)⁵⁵ de la LO 6/2011, de 30 de junio —que modifica la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando—.

En este sentido, resulta interesante traer a colación la reciente operación, denominada “Sárdica”, de la Guardia Civil que desarticuló una red búlgara dedicada al expolio y falsificación de material arqueológico con ramificaciones en varias provincias españolas.⁵⁶ En la operación fueron detenidas 13 personas⁵⁷ e intervenidas 30.000 piezas, provenientes del expolio de yacimientos arqueológicos terrestres, principalmente en Bulgaria, que se ponían a la venta a través de Internet, para lo que utilizaban perfiles de usuarios que concertaban entre ellos elevar los precios de las subastas de los objetos para obtener mayores beneficios económicos. Entre ellos destacan más de 20.000 monedas auténticas y falsificadas, además de 36 cuños para confeccionar falsificaciones de moneda antigua, cerámica griega y romana, tallas romanas en piedra, cascós, urnas funerarias, fibulas, lucernas, anillos, hebillas, amuletos, puntas de flecha y lanzas. Además, los agentes han intervenido 180.000 euros en metálico.

Finalmente, no debe olvidarse —por referirme solo a cuestiones de derecho sustantivo—⁵⁸ que cuando nos encontramos ante conductas transnacionales, para que la tipificación nacional sea eficaz, debe hacerse un esfuerzo por armonizar la legislación existente en la materia, al menos, a nivel de la Unión Europea (Roma 2015b: 393-419), compatibilizando la normativa comunitaria sobre libre circulación de bienes con la normativa protectora de este tipo de bienes en favor de esta última. En cambio, es constatable la falta de uniformidad en la tipificación europea y más aún fuera de este marco geográfico.

55. “Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos:

Exporten o expidan bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito”.

56. <https://www.abc.es/espana/aragon/abci-detenido-zaragoza-miembros-bulgara-expolio-arqueologico-201811051117_noticia.html>. <https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/cae-una-red-criminal-dedicada-al-expolio-y-falsificacion-de-material-arqueologico-video_201811055be081d80cf2f96f5c1e863a.html>.

57. Se les imputa, efectivamente, los delitos de los que hemos dado cuenta, esto es, de pertenencia a organización criminal, sobre el patrimonio histórico, contrabando, estafa, receptación y blanqueo de capitales, falsedad documental y alteración de precios de concursos y subastas.

58. Por lo que respecta al Derecho procesal es necesario que se generalice la figura del agente encubierto para investigar este tipo de actividades, teniéndose en cuenta asimismo el agente encubierto informático que se ha introducido, a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, en los apartados 6 y 7 al art. 282 bis LECRIM.

Conclusiones

Primera. Teniendo en cuenta que nos enfrentamos a datos no contrastados por la cifra negra que envuelve todo lo clandestino, se estima que más de la mitad de los objetos de las colecciones arqueológicas y de monedas, tanto privadas como públicas, son falsos. Asimismo, si hablamos de cifras inexactas, por lo que respecta a la respuesta jurídico-penal, no podemos olvidar que los propios datos que se recogen en la Memoria que elabora anualmente el Ministerio del Interior no reflejan la realidad de las falsificaciones de obras de arte en general, y de obras arqueológicas en particular; pues al no contar con este tipo delictivo concreto en el Código Penal, no desagregan el objeto material sobre el que recaen los delitos de falsedades.

Segunda. Se ha delimitado el objeto material de las posibles conductas típicas, el objeto arqueológico, cuyo contenido de *originalidad* o *autenticidad* viene pautado por la Ley de Patrimonio Histórico (LPHE), lo que constituye únicamente un indicio, pues, en la medida en que los bienes integrantes del Patrimonio Arqueológico no se restringen a los bienes inventariados o de interés cultural, lo que sea objeto de falsificación debe resolverse caso por caso por parte del juez partiendo de ese indicio.

Tercera. La reproducción típica de los objetos arqueológicos es la que se realiza *sin autorización*. Consiste en hacer una réplica con el propósito de engañar y de hacer creer que la pieza es original, lo que constituirá en la mayoría de los casos un delito básico de estafa puesto que la copia no es un bien integrado en el patrimonio histórico. Para que concurra estafa es necesario que exista ánimo de lucro, que se prueba cuando se vende la pieza al precio de lo que costaría la original, siempre que se acredite, además, el engaño bastante que haya producido error con el correspondiente acto de disposición en perjuicio propio o ajeno por parte del adquirente de la obra que la compra creyendo que es auténtica. El engaño *bastante* guarda relación con el deber de diligencia del destinatario que adquiere la pieza; si está relacionado profesionalmente con el mundo del arte se le exigirá un deber especial de autoprotección para evitar ser engañado, que se concretará normalmente en la exigencia por su parte de un certificado de expertización. Si la falsificación se realiza con materiales o piezas procedentes de yacimientos arqueológicos puede constituir además un delito de expolio o uno de daños al patrimonio histórico.

Cuarta. La obra falsificada consiste en alterar una pieza auténtica dando un aspecto “mejorado” respecto de la original, con el objetivo de aumentar su valor ficticia y fraudulentamente. Cabe aplicar a esta conducta el tipo agravado de estafa por recaer sobre un bien integrante del patrimonio histórico, en concurso medial con un delito doloso de daños al patrimonio histórico.

Quinta. La Jurisprudencia no suele plantear la aplicación de los tipos de falsedades, en la medida en que la pieza arqueológica no constituye elemento típico de ninguna de las falsedades previstas en el Código Penal. A diferencia de las obras pictóricas, por ejemplo, la obra arqueológica tampoco puede ser

considerada como un *documento* para construir un delito de falsedad documental, dado que el concepto penal de documento requiere, entre otras características esenciales, una declaración de voluntad o conocimiento destinada a probar algo jurídicamente relevante y atribuible a una persona.

Sexta. Es frecuente que la falsificación de un objeto arqueológico haya ido precedida de un expolio, entendiéndose como tal, las excavaciones y remociones de tierras no autorizadas para obtener restos de los yacimientos arqueológicos que ponen en peligro de pérdida o destrucción o perturban la función social de los yacimientos arqueológicos, lo que supone un adelantamiento de la barrera punitiva (de acuerdo con el art. 4 LPHE), respecto del propio delito de daños a los yacimientos arqueológicos del art. 323.1 primer inciso, que debe, en efecto, ser castigado con la misma pena porque en el caso del expolio (323.1 *in fine*) el daño es al inmueble como fuente de conocimiento científico. Si se produce además un apoderamiento de piezas arqueológicas puede apreciarse un concurso medial entre el expolio y los correspondientes delitos de apoderamiento agravados por afectar a bienes integrantes del patrimonio histórico.

Séptima. La falsa autenticación de una obra a través de un peritaje objetivo es difícil que constituya falsedad a efectos penales, en la medida en que al consistir en una declaración mendaz debe calificarse como ideológica, que, realizada sobre documento privado, no es falsedad punible. No obstante, si los resultados de estos métodos o el método mismo han sido manipulados para apoyar la opinión del experto, ese documento inveraz ya puede conformar la prueba del engaño *bastante* característico del delito de estafa. En estos casos, tanto el autor de la obra falsa como el del certificado serán coautores del correspondiente delito de estafa. Por consiguiente, el uso posterior de ese documento —no punible a efectos de falsedad— constituirá normalmente una cooperación necesaria en el delito de estafa.

Octava. Lo habitual es que las piezas arqueológicas se falsifiquen para traficar posteriormente con ellas. Ello determina una dimensión transfronteriza de estas conductas, que debe abordarse a través de los delitos de organizaciones y grupos criminales, blanqueo y comiso. Si esta falsificación ha ido precedida del expolio de piezas arqueológicas sobre las que posteriormente se hayan hecho réplicas ilegales, y pretendan exportarse ilegalmente tanto las auténticas como las falsas, en relación con las auténticas puede ser aplicable el delito de contrabando.

Novena. El estudio realizado demuestra que la falsificación de objetos arqueológicos está más desprotegida penalmente que la de otras obras de arte, como las pictóricas, puesto que en estos casos ni es posible —por razones obvias— aplicar los delitos contra la propiedad intelectual ni tampoco cabe destinar el concepto penal de documento sobre el que poder construir un delito de falsedad documental. Tampoco es punible la falsificación ideológica de certificados. Por ello, se propone de *lege ferenda* la introducción de un tipo específico de falsedad de obras de arte, para cubrir ciertas lagunas de punibilidad detectadas, que afectan fundamentalmente a la falsificación de

objetos arqueológicos, aunque, al igual que ocurre con la falsedad de documentos privados, estas falsificaciones puedan quedar absorbidas por las estafas en las que se subsumen estas conductas.

Data de recepció: 5/07/2019
Data d'acceptació: 09/10/2019

Pilar Otero González
Universidad Carlos III Madrid
pilar.otero@uc3m.es

Bibliografía

- ALEGRE ÁVILA, J. M. (1994). *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*. Madrid.
- ARMENTEROS LEÓN, M. (2011). *Los delitos de falsedad documental. Comentarios y Jurisprudencia. Adaptado a la reforma operada en el Código penal por LO 5/2010*. Granada.
- ARNAU, F. (1961). *El arte de falsificar el arte. Tres mil años de fraudes en el comercio de las antigüedades*. Barcelona-México.
- BENÉYTEZ MERINO, L. (1994). *Las falsedades documentales*. Granada.
- BISQUERT CEBRIÁN, C. (s. f.). Interpol y su trabajo en relación con la protección del patrimonio. <http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/dms/mecd/cultura-mecd/areas-cultura/patrimonio/mc/lcti/capitulos/LCTI_8_Interpol.pdf>.
- DE LA CUESTA AGUADO, P. (2015). La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico. En: G. QUINTERO OLIVARES (dir.). *Comentario a la reforma penal de 2015*. Navarra: 643-654.
- ECHANO BALDASÚA, J. I. (1997). Falsedades documentales. En: *Delitos contra la Administración Pública* (edición al cuidado de Adela Asúa Batarrita). Bilbao.
- FERNÁNDEZ ALBOR, A. (1982). El patrimonio artístico y su protección penal. En: *Homenaje al Prof. Antón Oneca*. Salamanca: 701-716.
- FERNÁNDEZ GALLEGU, R. (2006). Falsificaciones y robos de obras de arte. En: *La situación general de la protección del patrimonio en España: 86-90* <<https://es.calameo.com/read/00007533510bb0788ccf5>>.
- FUENTES CAMACHO, V. (1993). *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*. Madrid.
- GARCÍA CALDERÓN, J. M. (2003). Protección Penal del Patrimonio Arqueológico. *Patrimonio Cultural y Derecho*, 7: 99-123.
- GARCÍA CALDERÓN, J. M. (2006). La relación del patrimonio histórico con el Derecho penal. En: *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*. Ministerio de Cultura: 67-86. <<https://es.calameo.com/read/00007533510bb0788ccf5>>. <www.mecd.gob.es/.../patrimonio/mc/.../LCTI_6_Relacion_Patrimonio_Derecho.pdf>.
- GARCÍA CALDERÓN, J. M. (2015). Los delitos sobre el Patrimonio histórico español. Los daños dolosos a los bienes culturales (art. 323). En: L. MORILLAS CUEVAS (dir.). *Estudios sobre el CP reformado*. Madrid: 741-766.
- GARCÍA CALDERÓN, J. M. (2016). *La defensa penal del Patrimonio arqueológico*. Madrid.
- GARCÍA CALDERÓN, J. M. (2017a). Expolio y blanqueo de capitales. El expolio "invertido". En: *V Jornadas sobre prevención y represión del blanqueo de capitales*, Palma de Mallorca, 19 y 20 octubre: 1-30.
- GARCÍA CALDERÓN, J. M. (2017b). La falsificación de bienes culturales y su tratamiento penal en España. En: Curso: *Delitos contra el patrimonio histórico. Especial referencia al patrimonio arqueológico*. 29 y 30 de junio. Madrid: 1-24.
- GUISASOLA LERMA, C. (2013). Los delitos sobre el patrimonio histórico. En: F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.). *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia: 886-891.
- GUISASOLA LERMA, C. (2017). Delitos contra bienes culturales: una aproximación al concepto de expolio en derecho penal. *Revista General de Derecho Penal*, 27: 1-28.
- LEON, Ch., SCHULZ, M. (2014). El timo de las esculturas clásicas. *XL Semanal*, 29 de junio.

- LEQUETTE-DE KERVENOËL, S. (2006). *L'Authenticité des oeuvres d'art*, París.
- LLUENT, J. M. (2013). *Expolio y fraude en el arte*. 2.^a ed. Asturias.
- Memoria del Ministerio del Interior (2017).
- Memoria de la Fiscalía General del Estado medio ambiente y urbanismo (2017).
- MÍNGUEZ, J. (2009). Arte, ostentación y fraude. *Revista de Libros*, 155: 35-36.
- MINISTERIO DE CULTURA. DIRECCIÓN DE PATRIMONIO (2015). *Guía para reconocer los objetos del patrimonio arqueológico*. Colombia: 1-37.
- MOLINS RAICH, M., GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2013). Medidas penales contra las falsificaciones de obras de arte y las atribuciones erróneas de la autoría. En: PEÑUELAS Y REIXACH, Ll. (ed.). *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte*. Barcelona: 305-309.
- MORALES BRAVO DE LAGUNA, J. (2015). La Guardia Civil y la lucha contra el expolio arqueológico. *Cuadernos de Prehistoria y Arqueología de la Universidad de Granada*, 25: 31-48.
- MUÑOZ CONDE, F. (1993). El tráfico ilegal de obras de arte. *Estudios penales y criminológicos*, XVI: 395-421.
- MUÑOZ CONDE, F. (2017). *Derecho penal. Parte especial*. 21.^a ed. Valencia.
- NÚÑEZ SÁNCHEZ, A. M. (2006). El expolio de yacimientos arqueológicos. En: *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: 175-203. <<https://es.calameo.com/read/00007533510bb0788ccf5>>.
- OTERO GONZÁLEZ, P. (2011). De los delitos sobre el patrimonio histórico. En: F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.). *Derecho Penal español. Parte especial II*. Valencia: 993-1030.
- OTERO GONZÁLEZ, P. (2012). La protección penal del patrimonio cultural en la Constitución española (presupuestos constitucionales a la protección penal del patrimonio histórico (coautor Francisco Javier Álvarez García). *Revista de Derecho Penal*, 35, 1: 35-65.
- OTERO GONZÁLEZ, P. (2015a). Respuesta jurídico-penal a la falsificación de obras de arte. *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, 116: 1-32.
- OTERO GONZÁLEZ, P. (2015b). La punición de la falsificación de obras de arte. *Patrimonio Cultural y Derecho*, 19: 201-248.
- OTERO GONZÁLEZ, P., VERÓN BUSTILLO, E. J. (2017). La falsificación de obras de arte: casuística criminal, investigación y punición. *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano 2017*. Madrid/Navarra: 677-766.
- PEÑUELAS Y REIXACH, Ll. (2013). Autoría y originalidad de las obras de arte a efectos de su venta, exposición y divulgación, en la obra común anterior. En: PEÑUELAS Y REIXACH, Ll. (ed.). *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte*. Barcelona: 12-57.
- PEÑUELAS Y REIXACH, Ll. (2013). Casos problemáticos de autoría y originalidad de obras de arte. En: PEÑUELAS Y REIXACH, Ll. (ed.). *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte*. Barcelona: 60-69.
- PEÑUELAS Y REIXACH, Ll. (2013). Las obras de arte falsas. En: PEÑUELAS Y REIXACH, Ll. (ed.). *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte*. Barcelona: 101-131.
- PEÑUELAS Y REIXACH, Ll. (2013). La autenticación de obras de arte. En: PEÑUELAS Y REIXACH, Ll. (ed.). *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte*. Barcelona: 133-161.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. (2010). *Derecho Penal Español, Parte especial*. 6.^a ed. Barcelona.
- RODRÍGUEZ TEMIÑO, I. (2017). "The 'exceptional finds' of Iruña-Veleia (Álava): syntax of an archaeological forgery". *Zephyrus*, LXXIX, enero-junio: 197-217. <<https://www.elsaltodiario.com/arqueologia/iruna-veleia-juicio-falsedad-yacimiento-grafitos>>.
- RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., MORA, G. (2020). Discursos sobre falsificaciones arqueológicas. *Revista d'Arqueologia de Ponent*, 30: 403-424.
- ROMA VALDÉS, A. (2002). El expolio del patrimonio arqueológico español. *Patrimonio cultural y Derecho*, 6: 127-148.
- ROMA VALDÉS, A. (2008a). *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*. Granada.
- ROMA VALDÉS, A. (2008b). La recuperación de bienes de valor cultural por la jurisdicción penal. *Patrimonio Cultural y Derecho*, 12: 11-24.
- ROMA VALDÉS, A. (2011). *Comercio y circulación de bienes culturales. Guía jurídica para profesionales y coleccionistas de arte y antigüedades*. Madrid: 19-20.
- ROMA VALDÉS, A. (2015a). La estafa agravada por el valor cultural del objeto y la falsificación de obras de arte y antigüedades. *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, 116.
- ROMA VALDÉS, A. (2015b). La cooperación judicial frente al tráfico ilícito de bienes culturales. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 19: 393-419.
- RUFINO RUS, J. (2012). La protección del patrimonio arqueológico en el Código penal. Deficiencias y propuestas para una reforma de las leyes sustantivas y procesales. *Revista PH. Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, 82 Monográfico, mayo: 54-70.
- RUFINO RUS, J. (2017). Respuesta penal a los delitos sobre el patrimonio histórico: novedades tras la

- reforma en materia de expolio arqueológico. En: *Curso: Delitos contra el patrimonio Histórico. Especial referencia al patrimonio arqueológico*. Madrid, 29 y 30 de junio.
- SALINERO ALONSO, C. (1997). *La protección del patrimonio histórico en el Código penal de 1995*. Barcelona.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (2011). Los delitos de falsedad documental. En: F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.). *Derecho Penal español. Parte especial II*. Valencia: 1483-1533.
- SANZ NÁJERA, M. (1988). La conservación en Arqueología. *MUNIBE (Antropología y Arqueología)*, Suplemento 6: 65-71.
- TASENDE CALVO, J. J. (2004). Los hurtos cualificados. *Cuadernos de Derecho Judicial: Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*. Madrid: 11-54.
- VERÓN BUSTILLO, E. J. (2014). Protección del Patrimonio Histórico en la Unión Europea. *Documento de Investigación sobre Seguridad Interior Doc-ISIe*, 21/2014, <www.iuisi.es>.
- VERÓN BUSTILLO, E. J. (2015a). Análisis de la delincuencia relacionada con las falsificaciones de obras de arte. *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, 116: 1-32.
- VERÓN BUSTILLO, E. J. (2015b). La criminalidad relacionada con el Patrimonio cultural: especial mención a las falsificaciones de obras de arte. *Patrimonio Cultural y Derecho*, 19: 249-285.
- <<http://www.criminalistica.com.mx/areas-forenses/documentoscopia/1106-las-falsificaciones-en-la-historia-del-arte>>.
- <<http://www.interpol.int/es/Criminalidad/Obras-de-arte/Obras-de-arte>>.
- <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=0yVLvfuu6DXX2Be9T4Xl#0_2>.