

ALGUNOS ASPECTOS DEL TRATAMIENTO JURÍDICO GENERAL DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

SOME ASPECTS OF THE JURIDICAL GENERAL TREATMENT OF ARCHAEOLOGICAL HERITAGE IN SPANISH LAWS

JAVIER BARCELONA LLOP
UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

✉: barceloj@unican.es

Fecha de recepción: 11 / 05 / 2010 / Fecha de aceptación: 31 / 05 / 2010

ANÁLES
DE ARQUEOLOGÍA
CORDOBESA
NÚM. 21-22 (2010-2011)

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre algunos de los tratamientos generales del patrimonio arqueológico en el Derecho español vigente. En particular, la aplicación a los bienes arqueológicos del concepto y régimen jurídico del dominio público; el modo en que el Derecho concreta qué es el patrimonio arqueológico a efectos legales; y, en tercer lugar, ciertas cuestiones relacionadas con el régimen jurídico de las intervenciones arqueológicas. Al final, se hace una alusión a la arqueología submarina, objeto de tratamiento específico en el Derecho internacional.

Palabras clave: Derecho de los bienes culturales, patrimonio arqueológico, dominio público, intervenciones arqueológicas, arqueología submarina.

RÉSUMÉ

Le but de ce travail c'est l'approximation à des questions les plus importantes et plus générales sur le patrimoine archéologique prévues dans la législation espagnole. L'auteur fait attention à l'application du concept et du régime juridique du domaine public aux biens archéologiques; à la définition du concept juridique du patrimoine archéologique prévu dans le droit espagnol; et à quelques questions sur le régime juridique des interventions archéologiques. À la fin de leur travail, l'auteur fait une mention à l'archéologie sous-marine, une matière très importante pour le Droit International, où elle trouve traitement juridique spécifique.

Mots clefs: Droit du patrimoine culturel, patrimoine archéologique, domaine public, interventions archéologiques, archéologie sous-marine

I. INTRODUCCIÓN

En España conviven la Ley estatal de Patrimonio Histórico (Ley 16/1985, de 25 de junio, en lo sucesivo LPHE) y 17 leyes autonómicas de patrimonio histórico o cultural (las denominaciones oficiales difieren), aprobadas y modificadas entre 1990 y 2010. En todas ellas se encuentran referencias, más o menos extensas, al tratamiento jurídico del patrimonio arqueológico, usualmente considerado un *patrimonio especial* acreedor de ciertas reglas específicas y distintas a las comunes (lo mismo sucede con el documental y bibliográfico, o con el etnográfico).

Que 18 leyes diferentes aprobadas por otros tantos cuerpos legislativos se ocupen del tratamiento jurídico del patrimonio arqueológico puede inducir a creer no sólo que éste está disperso en una pluralidad de normas, sino también que es sustantivamente heterogéneo, que cada una de esas leyes contempla la temática a su modo y manera, sin que exista un hilo conductor o, si se quiere, vertebrador de los criterios de los legisladores.

Sin embargo, no es exactamente así, pues las decisiones jurídicas fundamentales en la materia figuran en la LPHE. A nuestros efectos, baste recordar que la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991 ha afirmado que a esa Ley le corresponde, entre otras cosas, la función de señalar los tratamientos generales del régimen jurídico de los bienes culturales, los principios institucionales que reclaman una definición unitaria. No es seguro que la Sentencia pensara precisamente en la ordenación jurídica del patrimonio arqueológico cuando emitió dicha afirmación, pero lo cierto es que también en relación con

éste el criterio se ha impuesto y se respeta sistemáticamente. El legislador estatal ha adoptado al respecto una serie de decisiones fundamentales que conforman el *núcleo duro* de la ordenación jurídica del patrimonio arqueológico, núcleo del que invariablemente parten las leyes autonómicas al abordar por su cuenta la regulación de la materia.

Por lo tanto, si por fuerza hay que reconocer que la proliferación legislativa es un dato meramente objetivo, no dejan de existir reglas, criterios y principios que confieren al régimen jurídico del patrimonio arqueológico una unidad material sustancial. Desde luego, las leyes autonómicas precisan o matizan algunos extremos de la regulación estatal, colman las lagunas apreciables en ella, completan sus disposiciones, dedican más preceptos a la materia, deparan incluso tratamientos singulares y endemismos reguladores, pero no modifican el esqueleto ni la estructura conceptual, no alteran de forma importante nada esencial.

Es a esto, a lo esencial, a lo que quisiera referirme a lo largo de las páginas siguientes. Consciente de que la Revista que con tanta generosidad acoge la presente contribución se dirige a un público en principio ajeno al mundo del Derecho, intentaré plantear las cuestiones abordadas con espíritu didáctico y no polémico; se trata de exponer a vuela pluma determinados aspectos del régimen jurídico general del patrimonio arqueológico, con pretensiones meramente introductorias antes que analíticas. Tales aspectos son los siguientes: la aplicación a los bienes arqueológicos del concepto de dominio público y las consecuencias jurídicas que se siguen de ello (II), la determinación de los bienes que forman parte del patrimonio arqueológico a

efectos legales (III), algunas cuestiones relacionadas con el régimen de las intervenciones arqueológicas (IV) y, por último, los singulares perfiles jurídicos que ofrece arqueología la submarina (V). Hay otros extremos de importancia que podrían tratarse –ahí están, por ejemplo, la utilización de aparatos de detección, el régimen de las infracciones y sanciones administrativas, la protección penal del patrimonio arqueológico, cómo se relaciona éste con la ordenación urbanística, etc.–, pero su tratamiento provocaría que este trabajo excediera de los sencillos propósitos que le animan, además de, con toda seguridad, adquirir unas dimensiones impropias en el contexto de una publicación periódica.

No quisiera concluir estas líneas introductorias sin mencionar que la actual ordenación jurídica del patrimonio arqueológico, así como la del patrimonio cultural en general, trae causa en un mandato constitucional. El artículo 46 de la Constitución, en efecto, emplaza a los poderes públicos a garantizar la conservación y a promover el enriquecimiento “*del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad*”. Esta disposición constitucional –que debe relacionarse con el derecho a la cultura, sancionado en el artículo 44, y con los postulados culturales de la idea de Estado social– ha activado un profundo proceso de renovación legislativa del que son fruto las normas vigentes, todas ellas preocupadas, en efecto, por la protección y el enriquecimiento del patrimonio cultural. En el caso de arqueológico, el mandato constitucional se ha traducido, como vamos a comprobar de inmediato, en un régimen ciertamente particular, pero todo el del patrimonio cultural está impregnado

de la filosofía que subyace al artículo 46 de la Constitución, que podríamos resumir del modo siguiente: los bienes culturales están al servicio de la sociedad, cuyos miembros tienen el derecho a disfrutar de ellos y el deber de conservarlos en beneficio de las generaciones futuras, correspondiendo a los poderes públicos velar por que sea así. En este contexto conceptual, el régimen dominical de los bienes queda relegado a un segundo plano en beneficio del valor que aquellos representan, que es sin duda de dimensión colectiva.

II. EL DOMINIO PÚBLICO ARQUEOLÓGICO

Una de las decisiones más importantes de la LPHE ha sido crear el *dominio público arqueológico*; es decir, aplicar a los restos arqueológicos que se localicen a partir de su entrada en vigor el concepto y régimen jurídico del dominio público. El artículo 44.1 se refiere a ello del modo siguiente:

“Son bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar”.

El precepto no menciona formalmente a los bienes arqueológicos, pero parece seguro que sus destinatarios son éstos. Si el artículo 44 es el único de la Ley que apela a la categoría del dominio público al hilo del tratamiento jurídico de los bienes culturales y el precepto forma parte del título específicamente referido al patrimonio arqueológico,

una interpretación sistemática conduce derechamente a aquella conclusión, que no puede quedar maltrecha por una dicción legal quizá no demasiado afortunada. Además, la alusión al descubrimiento merced a excavaciones, remociones de tierra, obras de cualquier índole o por azar remite de inmediato a algunas de las vías (que no a todas) gracias a las que se puede tener conocimiento de la existencia de restos materiales de interés arqueológico. Por lo tanto, podemos dar por establecido que el dominio público se predica legalmente sólo de los bienes arqueológicos y no de otros bienes de valor cultural. Esto no quiere decir que no haya otros bienes culturales de dominio público, pero sí que sólo los de carácter arqueológico lo son en bloque y por ministerio de la Ley, sin necesidad de ningún requisito adicional.

En el epígrafe siguiente expondremos qué bienes forman parte, a efectos legales, del patrimonio arqueológico; ahora señalemos sintéticamente qué consecuencias jurídicas tiene la aplicación a los mismos de la categoría del dominio público, una de las más añejas y representativas del Derecho Administrativo.

A) Por lo pronto, que pertenecen a una Administración pública. Los de dominio público son bienes cuya titularidad corresponde siempre a una Administración determinada, nunca a los particulares. En nuestro ordenamiento, y en nuestra tradición jurídica, la titularidad pública es inherente al concepto de dominio público; hablamos, pues, de bienes públicos en sentido propio y estricto.

Como además el dominio público se predica de *todos los bienes arqueológicos*, no es legalmente posible la existencia de restos materiales de propiedad privada, a diferen-

cia de lo que ha sido tradicional en nuestro Derecho en el que diversas normas la han reconocido a favor del dueño de los predios en que los bienes fueran hallados, e incluso de los excavadores autorizados. Todas esas posibilidades han quedado canceladas. El tema se plantearía de forma distinta si el legislador hubiera optado por afirmar el dominio público sólo de ciertos bienes arqueológicos (los de una clase determinada, los pertenecientes a esta época o aquella...), pero al aplicar el concepto en bloque y sin fisuras al patrimonio arqueológico en su conjunto (sobre esto volveremos más adelante, pues requiere alguna precisión), excluye la apropiación privada de los restos materiales que pertenecen a él.

Pero cuidado, la LPHE no altera las situaciones dominicales preexistentes, por lo que en este punto surte efectos únicamente en relación con los bienes arqueológicos descubiertos a partir de su entrada en vigor. La demanialización en bloque del patrimonio arqueológico no tiene ninguna eficacia retroactiva, por lo que pueden existir bienes arqueológicos en manos privadas cuya propiedad se adquirió a través de las diversas modalidades previstas en el ordenamiento anterior.

Lo que la LPHE no dice es a qué Administración pública pertenecen, en concepto de dominio público, los bienes arqueológicos; de una forma u otra, las leyes de las comunidades autónomas han resuelto la cuestión atribuyendo su titularidad a las administraciones autonómicas. Esta regla tiene, no obstante, una excepción. La legislación autonómica parte invariablemente de que los bienes han debido descubrirse en el territorio de la Comunidad Autónoma para que se pueda afirmar que forman parte del dominio

público de la misma. El territorio autonómico está formado por la suma de los términos municipales (en este punto los estatutos de autonomía son constantes, a pesar de que utilicen fórmulas gramaticales diferentes) y, según el Tribunal Supremo, el término municipal no alcanza a los espacios marítimos; eso significa que el mar territorial no forma parte del término municipal y, *par ricochet*, tampoco del autonómico. Por lo tanto, las comunidades autónomas no son titulares de los bienes que se encuentren allí, que pertenecerán al dominio público del Estado. Como veremos más adelante, no es esta la única particularidad digna de mención que deriva de la ubicación de los bienes arqueológicos en los espacios marítimos.

B) Lo característico del dominio público es que los bienes que pertenecen a él están sujetos a un régimen de protección jurídica verdaderamente excepcional, si lo comparamos con el régimen aplicable a los demás bienes, ya sean públicos o privados¹. En el léxico del Derecho Administrativo dicho régimen se resume tradicionalmente en tres palabras, que hoy figuran en el artículo 132.1 de la Constitución: inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Esto es, los bienes de dominio público (por supuesto que en tanto en cuanto lo sean) no se pueden vender, nadie puede ganar su propiedad aunque los posea durante períodos largos de tiempo y no pueden ser embargados para satisfacer las deudas contraídas por la Administración titular de los mismos frente a terceros. Los bienes de dominio público, suele decirse, están fuera del comercio, están fuera del tráfico jurídico. Esta es su característica esencial, que se aplica ahora a los objetos y restos arqueológicos.

Añadamos que el legislador atribuye a la Administración titular de los bienes demaniales ciertas potestades en orden a su protección y defensa. La más destacada a nuestros efectos es la llamada recuperación de oficio, en cuya virtud aquella puede recuperar *por sí misma* la posesión indebidamente perdida de sus bienes y derechos, estando habilitada para dirigirse contra quienes poseen ilegalmente bienes públicos, exigirles su restitución y emplear la fuerza en caso de resistencia. Si se trata de bienes de dominio público, puede hacerlo sea cual fuere el tiempo transcurrido desde el comienzo de la posesión ilegal. Ello tiene que ver con el principio de imprescriptibilidad, ya mencionado: si es inviable ganar por usucapión la propiedad de un bien de dominio público, su titular puede ejercer en cualquier momento las acciones tendentes a su recuperación. En este caso, además, sin solicitar la intervención del juez, pues el ordenamiento habilita a la Administración para actuar por ella misma, para autotutelarse².

¹ No todos los bienes públicos son de dominio público; los hay también patrimoniales que, aun siendo igualmente públicos, están sometidos a un régimen jurídico distinto, menos protector. Todo esto figura, hoy, en la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones públicas, que en gran medida es fiel a criterios prácticamente seculares y por ello presentes desde hace mucho tiempo en el régimen jurídico de los bienes públicos. Nótese que el legislador del patrimonio cultural, una vez decidido que los bienes arqueológicos sólo podían ser públicos, pudo elegir entre asignarles la etiqueta demanial o la patrimonial y optó por la primera.

² Si los bienes arqueológicos fueran patrimoniales, la situación sería completamente distinta pues la legislación sólo permite la autotutela si no ha transcurrido un año desde el comienzo de la posesión ilegal, debiendo acudir la Administración a los tribunales en otro caso. Aquí se aprecia una diferencia importante entre el régimen jurídico de los bienes de dominio público o demaniales y el de los patrimoniales, que puede tener particular importancia en orden a la protección administrativa de los objetos arqueológicos poseídos ilegalmente por particulares.

Este será el remedio a utilizar en caso de que alguien pretenda apropiarse de un bien arqueológico de dominio público; podrá ser, en términos fácticos, su poseedor (más precisamente, su detentador) pero no su propietario ni llegará nunca a serlo al tratarse de un bien excluido de la usucapión, y la Administración podrá reclamarle en cualquier momento su restitución y obligarle a ella mediante el empleo de la coacción si fuere necesario. Merece la pena reiterar la idea principal: la atribución legal a la Administración de potestades para la protección y defensa de los bienes de dominio público es una de las consecuencias esenciales de la aplicación de esta categoría jurídica; la LPHE nada dice al respecto, pero no es necesario que lo haga pues entra en juego la legislación general sobre bienes públicos (hoy, la Ley del Patrimonio de las Administraciones públicas del año 2003), que regula estas cuestiones con el debido pormenor.

C) Nuestro ordenamiento jurídico considera de dominio público a numerosos bienes y recursos, muy distintos entre sí: las aguas públicas, las playas y zona marítimo-terrestre, el mar territorial, los espacios portuarios, las calles, plazas y parques públicos, las carreteras en todas sus modalidades (autopistas, autovías, carreteras convencionales, etc.), las obras públicas, los caminos locales, los edificios públicos en que se alojan servicios, oficinas o dependencias administrativas, las vías pecuarias, muchos bienes muebles afectados a la prestación de un servicio público, los recursos minerales, gran parte de los montes públicos... La lista es larga y, como se aprecia de un simple vistazo, bajo el paraguas del dominio público conviven bienes y recursos de muy diversa condición. Todos ellos, no obstante, comparten el dato

esencial de estar afectados al uso o al servicio público o, si se quiere, a una cualificada finalidad de interés general.

El recién señalado es un elemento de primer orden. El concepto y régimen del dominio público se aplica porque los bienes precisan una protección jurídica especial en atención a las finalidades a las que sirven, que no son el mero interés de la Administración. Como en alguna ocasión ha dicho el Tribunal Constitucional, la categoría del dominio público no puede utilizarse para situar sin más fuera del tráfico jurídico a una clase o conjunto de bienes, sino para servir a finalidades lícitas que no pueden ser atendidas eficazmente con otras medidas. Hablamos, pues, de una categoría esencialmente finalista; eso es lo que en definitiva se expresa con la clásica idea de la afectación de un bien al uso o al servicio público. Afectación cuya garantía es también causa de que se atribuyan a la Administración las potestades antes mencionadas, que pueden utilizarse para proteger el destino público de los bienes frente a las conductas que lo perturban o dificultan.

Y si es así, ¿a qué están afectados los bienes arqueológicos?, ¿qué finalidades de interés general justifican que el legislador les haya aplicado el concepto de dominio público con todo lo que ello implica en términos de régimen jurídico?

En principio, no parece que los bienes arqueológicos satisfagan una función cultural diferente, por más cualificada, a la de los demás bienes que forman parte del patrimonio cultural, ni que los valores que representan sean más sublimes que los de otros bienes culturales. Todos los muebles e inmuebles que pertenecen a dicho patrimonio cumplen,

cada uno a su manera, la misma función estructural y son portadores de un valor cultural parangonable. Pero el legislador sólo aplica la categoría demanial a los arqueológicos, no los demás. Ello sugiere que las razones explicativas de su decisión deben buscarse en otro lado.

A mi juicio, deben buscarse en la voluntad, cierto que nunca exteriorizada formalmente, de otorgar a los bienes arqueológicos una protección especial y superior a la que reciben los demás bienes que forman parte patrimonio cultural. Bajo ella subyace seguramente la opinión de que los bienes arqueológicos son muy frágiles, están expuestos a agresiones múltiples y a expoliaciones sencillas de practicar. Si nos detuviéramos un minuto en lo que diversos textos internacionales han advertido sobre el particular, apreciaríamos que transmiten una gran preocupación por lo que les sucede a los bienes arqueológicos, que no es precisamente lo mejor. Es probable que el legislador haya considerado que una forma óptima de cuidar por la indemnidad e integridad de estos bienes es aplicarles el régimen jurídico del dominio público que, en definitiva, lo es de protección antes que otra cosa. Si estamos ante un patrimonio quebradizo, amenazado y con frecuencia ultrajado, es comprensible que la Ley haya optado por la técnica jurídica teóricamente más apta no tanto para repeler las agresiones como para restañar sus efectos. Es evidente que un concepto legal no tiene la eficacia taumatúrgica de frenar en seco los comportamientos antisociales, pero la aplicación del de dominio público abre las puertas a una amplia gama de posibilidades de reacción (recuperación de oficio, potentes dispositivos sancionadores, etc.); además, no

cabe descartar que las mismas puedan tener en algunos casos efectos disuasorios.

Ello significa que la LPHE ha hecho un uso estratégico del concepto de dominio público y ha acudido a él fundamentalmente para permitir la aplicación al patrimonio arqueológico del régimen jurídico de protección que dicho concepto lleva aparejado. Es verdad que todo el régimen jurídico del patrimonio histórico está fuertemente inspirado en criterios proteccionistas, pero el abrigo más grueso se pone sólo sobre los bienes arqueológicos, no sobre los demás, lo que sugiere que el legislador ha juzgado que son acreedores de una tutela jurídica superior. De ahí el dominio público arqueológico, que implica la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes que lo componen, así como la atribución a la Administración titular de los mismos de la cohorte de potestades que el ordenamiento arbitra para su defensa.

De todas formas, la eficacia real de la protección jurídica que la LPHE quiere dispensar al patrimonio arqueológico no depende sólo de la decisión que comentamos. Legislar es tarea relativamente sencilla, aplicar las leyes suele ser algo más complicado. No basta con colocar la etiqueta del dominio público; es imprescindible llevar la decisión legal a sus últimas consecuencias prácticas y jurídicas, lo que requiere sin falta, además por supuesto de voluntad, que las Administraciones públicas legalmente comprometidas con la defensa del patrimonio arqueológico dispongan de medios y recursos suficientes (de todo tipo, humanos, materiales, técnicos). Si no es así, la solemne proclama legal que comentamos puede quedarse a veces en bien poco.

III. ¿QUÉ BIENES FORMAN PARTE DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO?

1. METODOLOGÍA ARQUEOLÓGICA

Las consideraciones precedentes sugieren que resulta decisivo identificar con precisión los bienes a que se aplica el concepto y régimen jurídico del dominio público; es decir, delimitar qué bienes forman parte del patrimonio arqueológico a efectos legales.

La LPHE afronta esta cuestión capital con claridad sólo relativa y, por lo tanto, de forma manifiestamente mejorable; no obstante, las carencias se ven suplidas por las disposiciones autonómicas, que en este punto son útiles para resolver las dudas que aquella deja al descubierto. El precepto clave es el artículo 40.1, primero de los seis que integran el Título V de la Ley, Título cuya rúbrica es *Del patrimonio arqueológico*; dice lo siguiente:

“Conforme a lo dispuesto en el artículo 1 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”.

La referencia al artículo 1 no tiene otro alcance que el de clarificar que el patrimonio arqueológico es una especie del género

patrimonio histórico español; en cambio, la alusión a la metodología arqueológica es en verdad decisiva.

En nuestra historia normativa, la cuestión de qué bienes estaban sometidos al régimen establecido para los arqueológicos se ha resuelto aplicando un criterio cronológico. La legislación dictada en 1911-1912 señalaba que las llamadas *antigüedades* (bienes muebles) debían pertenecer a las edades prehistóricas, antigua y media hasta el reinado de Carlos I, mientras que las *ruinas* debían pertenecer a edificios antiguos de importancia arqueológica o a los “de interés artístico abandonados a los estragos del tiempo”. Más tarde, la Ley de 1933 fijó en 100 años el umbral de la antigüedad requerida, por lo que amplió de forma notable el período histórico al que podían pertenecer los bienes arqueológicos, siquiera no abandonó el criterio cronológico. La vigente regulación parte de un postulado bien distinto, como se aprecia con la simple lectura del precepto transcrito.

Aunque la norma habla de bienes de *carácter histórico*, lo relevante a los efectos de la determinación del patrimonio arqueológico es el factor metodológico; esto es, que sean susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, elemento al que debemos añadir, en una interpretación sistemática o de conjunto, que posean valor cultural (no necesariamente artístico) y que su descubrimiento haya tenido lugar a través de cualquiera de las modalidades legalmente previstas (intervenciones arqueológicas, obras de cualquier índole, azar).

Es evidente que los juristas no podemos decir nada acerca de en qué consiste dicha metodología, pero sí podemos advertir de que su empleo es un potente indicador de que

probablemente nos encontremos ante bienes que, legalmente, pertenecen al patrimonio arqueológico. Un potente indicador, no un criterio seguro, pues es además necesario que el bien tenga valor cultural en el sentido antropológico de la expresión. Este es un elemento de concurrencia necesaria; si está ausente, sucederá que bienes susceptibles de ser estudiados a través de la metodología arqueológica o, en términos más amplios, a los que se accede empleando técnicas científicas propias de la Arqueología, no forman parte del patrimonio que comentamos por carecer de valor cultural en el sentido indicado. En cualquier caso, el abandono del criterio cronológico es patente: la *antigüedad* ya no es un requisito necesario para la inclusión de un bien en el patrimonio arqueológico jurídicamente protegido; en el régimen legal de este patrimonio, la antigüedad (100 años) subsiste a los efectos de ciertas reglas relacionadas con la exportación de los bienes y la aplicación del dispositivo comunitario sobre la restitución de los exportados ilegalmente, pero no figura en el código genético del patrimonio arqueológico. Como bien se comprende, esto puede facilitar la expansión de la llamada arqueología industrial, a la que nuestros legisladores no han prestado hasta ahora excesiva atención.

2. DESCUBRIMIENTO, PERO NO EXTRACCIÓN

El hecho del *descubrimiento* es esencial. No pueden formar parte del patrimonio arqueológico (ni del dominio público arqueológico) bienes de los que no se tiene noticia alguna. Pero descubrimiento no significa extracción. Claramente lo establece así el artículo 40.1

al señalar que los bienes forman parte del patrimonio arqueológico *hayan sido o no extraídos*. A la noticia de la existencia de restos puede llegarse a través de técnicas no destructivas; si de ellas se infiere que aquellos son susceptibles de estudio con metodología arqueológica, ingresarán en el patrimonio arqueológico legalmente protegido y en el dominio público arqueológico.

En relación con la última afirmación debe precisarse que el tenor literal de la Ley permite interpretar que bienes descubiertos con posterioridad a su entrada en vigor forman parte, sí, del patrimonio arqueológico, pero no del dominio público arqueológico. Entre los artículos 40.1 (concepto legal de patrimonio arqueológico) y 44.1 (bienes de dominio público) existe una diferencia importante: el primero no reclama, lo acabamos de señalar, que los bienes hayan sido extraídos, mientras que el segundo predica el dominio público de los bienes que hayan sido descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra, obras de cualquier índole o por azar. ¿Significa ello que los bienes descubiertos pero no extraídos no forman parte del dominio público arqueológico aunque sí del patrimonio arqueológico?

Entiendo que una respuesta afirmativa, aun avalada formalmente por la lectura combinada de los dos preceptos señalados, no sería coherente con la pretensión del legislador de conferir a los bienes arqueológicos el grado máximo de protección jurídica que se sigue de la aplicación a los mismos del concepto de dominio público. Los bienes descubiertos pero no extraídos forman parte *ex lege* del patrimonio arqueológico, y no se entiende bien por qué han de quedar excluidos de los efectos tuitivos del régimen dema-

nial, que parece deberían extenderse a todos los objetos y restos materiales susceptibles de entrar dentro del concepto legal de aquel. Comprendo, no obstante, que la cuestión es polémica y que tanto puede postularse la interpretación que se defiende aquí como su contraria, y aun ésta incluso con superior apoyo en el tenor literal de las normas.

Algunas leyes autonómicas ayudan a resolver el dilema en la medida en que afirman no sólo el dominio público de los objetos y restos descubiertos a causa de las actividades referidas en el artículo 44.1 LPHE, sino también mediante *cualquier trabajo sistemático* diferente a la excavación. Esta referencia permite identificar la extensión del dominio público arqueológico con la del patrimonio arqueológico mismo; baste recordar que las prospecciones son trabajos científicos sistemáticos que permiten descubrir la existencia de bienes arqueológicos con independencia de que esté prevista o no su extracción ulterior. Merced a una prospección los bienes han sido descubiertos pero no han sido extraídos; forman parte sin duda del patrimonio arqueológico pero son también de dominio público, exactamente igual que todos los demás. Pero esta consecuencia sólo puede afirmarse con seguridad si las leyes autonómicas se pronuncian en el sentido expuesto; en caso contrario, la cuestión se presta a la controversia.

3. EL TEMA DE LOS HALLAZGOS CASUALES

Todo bien de interés arqueológico descubierta por azar es de dominio público (aquí no asoman dudas de ninguna clase) y pertenece al patrimonio arqueológico legalmente regulado.

En este punto, la LPHE se aparta de lo que ha sido tradicional en nuestro Derecho, pues el artículo 351 del Código Civil, que no está derogado pero sí desplazada su aplicación cuando del hallazgo de bienes arqueológicos se trata, afirma que el tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en el que fuera hallado. Aunque en el régimen civil del tesoro oculto es importante la figura del descubridor casual no propietario del terreno (a quien se le reconoce el derecho a percibir un premio por la mitad del valor del bien que ha encontrado en finca ajena), lo decisivo a nuestros efectos es que la norma civil atribuye la propiedad del tesoro al dueño del fundo, por lo que si se trata de un particular la consecuencia es evidente en el plano dominical. En tal supuesto, el Código no deja al Estado otra salida que adquirir los efectos descubiertos, si son interesantes para las ciencias o las artes, por su justo precio.

Debe mencionarse que la noción civil de *tesoro oculto* no es por completo coincidente con la actual de bienes de interés arqueológico. El tesoro oculto al que se refiere el Código Civil es un depósito de dinero, alhajas u otros objetos preciosos (artículo 352), por lo que no es descartable la existencia de *tesoros ocultos* en la acepción civil que no son bienes arqueológicos en el sentido de la vigente legislación de patrimonio cultural. Además, ya nos consta que el valor que ésta confiere al empleo de la metodología arqueológica, que desde luego puede no ser necesaria para el estudio de cualesquiera depósitos de dinero, alhajas u otros objetos preciosos. Pero que el tesoro oculto del artículo 351 del Código Civil no sea siempre un bien de interés arqueológico no significa que los bienes arqueológicos hayan estado al margen de lo dispuesto en dicho precepto. Salvo alguna

excepción, la doctrina conviene en que los hallazgos arqueológicos están incluidos en el concepto civil de tesoro oculto y el propio artículo 44.1 LPHE participa de esa convicción pues, en otro caso, no excluiría la aplicación del artículo 351 del Código Civil en caso de hallazgo de bienes arqueológicos. Valga como argumento adicional el recordatorio de que en el más sonado litigio suscitado en nuestro país antes de la LPHE relacionado con estos temas, el de la *Dama de Baza*, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1976 trajo a colación aquel precepto civil, si bien el grueso de su argumentación giró en torno a la legislación especial sobre las excavaciones arqueológicas entonces aplicable.

A pesar del desplazamiento del régimen civil del tesoro oculto, subsisten adheridos a la vigente regulación algunos elementos del mismo. El ingreso de los hallazgos fortuitos en el dominio público no evita que el descubridor y el propietario del terreno (si no hay coincidencia entre ambos) tengan derecho a percibir un premio en metálico que asciende a la mitad del valor que en tasación se atribuya a aquellos (artículo 44.3 LPHE). En relación con este punto, cabe afirmar que si el premio al hallador casual puede quizá configurarse como una especie de medida de fomento, aunque ciertamente muy particular, no acaban de advertirse con claridad las razones que justifican que el propietario del terreno distinto al descubridor merezca satisfacción económica alguna. Sea como fuere, el criterio legal es claro. Señálese, por último, que algunas leyes autonómicas restringen el derecho al premio a los hallazgos casuales de bienes muebles, restricción de cuyo fundamento serio puede dudarse y que más bien parece obedecer al deseo de las comunidades autónomas de ahorrarse el pago

del premio en caso de hallazgos casuales de bienes inmuebles que a otra cosa.

4. NAVES DE ESTADO

La LPHE no contiene norma sustantiva alguna relativa a la arqueología subacuática en general y a la submarina en particular, pero su artículo 40.1 afirma que forman parte del patrimonio arqueológico los bienes susceptibles de estudio con metodología arqueológica que se encuentren en el mar territorial o en la plataforma continental. No hemos de introducirnos en la compleja problemática jurídica que rodea a la arqueología submarina, siquiera algo más adelante hagamos alguna mención a ella; en este momento, el tema nos interesa únicamente para señalar que ciertos restos localizados en los espacios marítimos a que se refiere el artículo 40.1 LPHE dudosamente podrán formar parte del patrimonio arqueológico español. Se trata de las naves de Estado, esto es, de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales, hundidos en las aguas jurisdiccionales españolas.

Los tratados internacionales contemplan el tema de las naves de Estado desde la perspectiva de la soberanía estatal, de ahí que afirmen inequívocamente que gozan de inmunidad. Pero se refieren a naves que, permítaseme el empleo de una expresión nada rigurosa, *están en activo*, por lo que aflora el interrogante de si la soberanía estatal se proyecta sobre las naves que yacen en el lecho marino desde hace mucho tiempo y son susceptibles de estudio con metodología arqueológica. Más precisamente, ¿puede el Estado del pabellón reclamar válidamente su

propiedad sobre los buques hundidos tiempo ha en aguas jurisdiccionales de un tercer Estado aun cuando la legislación de éste afirme que pertenecen al dominio público los vestigios arqueológicos existentes en su mar territorial?

La Convención de la UNESCO sobre la protección del Patrimonio Cultural Subacuático del año 2001, que en principio parece que podría clarificar el tema, no suministra indicaciones precisas³. De ella deducimos únicamente que las naves de Estado pueden encajar en la definición de patrimonio cultural subacuático⁴ y que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse “*en el sentido de modificar las normas de derecho internacional y la práctica de los Estados relativas a las inmunidades soberanas o cualesquiera de los derechos de un Estado respecto de sus buques y aeronaves de Estado*” (artículo 2.8).

³ La Convención ha entrado en vigor el día 2 de enero de 2009 para los Estados que han prestado su consentimiento antes del día 2 de octubre de 2008 y entrará tres meses después de hacerlo para quienes lo manifiesten más tarde. España depositó el Instrumento de Ratificación del día 25 de mayo de 2005, publicado en el BOE de 5 de marzo de 2009. A finales de abril de 2010 son partes de la Convención, además de España, Albania, Barbados, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Camboya, Croacia, Cuba, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, Gabón, Granada, Haití, Irán, Italia, Jordania, Libia, Líbano, Lituania, México, Montenegro, Nigeria, Panamá, Paraguay, Portugal, Rumania, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, Túnez y Ucrania.

⁴ A los efectos de la Convención, el patrimonio cultural subacuático está formado por “todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante cien años”. Ahí se incluyen los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural.

¿Qué significa eso desde el punto de vista que nos interesa en este momento? En realidad, poco que pueda considerarse definitivo pues, salvo error u omisión por mi parte, no hay normas de Derecho internacional que afronten directamente la cuestión planteada. Con todo, la doctrina sostiene que cabe hablar de una cierta práctica internacional proclive a exigir que, para entender perdida la propiedad de los buques de Estado hundidos, el Estado del pabellón ha de haber realizado un acto expreso de abandono (salvo captura o rendición conforme a las leyes de la guerra naval); y lo que es más importante, debemos mencionar que, en un caso particularmente destacado, nuestro país se ha beneficiado del criterio de fondo que anima dicha práctica. Es verdad que la tesis del Reino de España contó con el importante apoyo de los Estados Unidos de América del Norte, en cuyas aguas habían sido localizados los restos de dos fragatas, *Juno* y *La Galga*, hundidas por naufragio en 1750 y 1802 cerca de la costa del actual Estado de Virginia; pero, con independencia de ello, que nuestro país haya defendido oficialmente su propiedad sobre dos buques de Estado hundidos en aguas jurisdiccionales extranjeras es un elemento que debe sopesarse antes de afirmar sin matices la pertenencia al patrimonio y dominio público arqueológicos de los pecios que descansan en nuestras aguas territoriales.

En el asunto, resuelto en el año 2000 (*U.S. 4th Circuit Court of Appeals, 21 de julio de 2000*), tuvo relevancia lo dispuesto en el Tratado de Amistad y Relaciones Generales entre EE.UU. y España de 1902, cuyo artículo X indicaba que “*en los casos de naufragio, averías en el mar o arribada forzosa, cada Parte deberá conceder a los buques de*

la otra, ya pertenezcan al Estado o a particulares, la misma asistencia y protección e iguales inmunidades que las concedidas a sus propios buques en casos análogos". Puesto que la normativa estadounidense exigía un abandono expreso de los buques de Estado, el tribunal aplicó el mismo criterio las fragatas *La Galga* y *Juno* entendiendo que dicho acto explícito no se había producido. Poco después, una Declaración del Presidente William Clinton de 19 de enero de 2001 clarificó oficialmente la postura de Estados Unidos, de la que se había beneficiado España, afirmando que aquellos reconocen los derechos del país de pabellón sobre las naves de Estado hundidas salvo acto expreso de abandono conforme con el ordenamiento de aquel, derechos que no se extinguen por el transcurso del tiempo.

A la vista del episodio, y en ausencia de normas internacionales precisas, sería difícilmente comprensible que el Reino de España defendiera una tesis a la hora de reclamar la propiedad de sus buques de Estado hundidos en aguas extranjeras y la contraria a propósito de los hundidos en aguas bajo su jurisdicción o competencia, amparándose en el segundo caso en que la legislación nacional afirma el dominio público de los restos arqueológicos localizados en el mar territorial y en la plataforma continental. Quiero decir con ello que, en mi criterio, la postura española en el caso de las fragatas *Juno* y *La Galga* debería marcar la pauta a seguir ante las reivindicaciones de propiedad provenientes de otros países respecto de buques de Estado localizados en los espacios marítimos a los que se refiere el artículo 40.1 LPHE (mar territorial y plataforma continental).

IV. ALGUNAS CUESTIONES RELACIONADAS CON EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS INTERVENCIONES ARQUEOLÓGICAS

1. INTERVENCIONES Y AUTORIZACIONES

La LPHE habla en su artículo 42 de excavaciones y prospecciones, que son las únicas intervenciones arqueológicas que contempla. Las leyes autonómicas han añadido otras a la lista; por ejemplo, estudios de arte rupestre, tareas de consolidación y restauración, manipulación de los materiales con técnicas agresivas, el cerramiento, cubrición y vallado de restos... El elenco es variado y no coincidente, pues algunas leyes mencionan unas intervenciones y otras no; no obstante, las divergencias se resuelven si, como en efecto hacen varias leyes autonómicas, al listado de intervenciones expresamente citadas se añade una cláusula general que facilita la inclusión en el concepto legal de intervención arqueológica de cualesquiera actividades que, con remoción del terreno o sin ella, tengan como finalidad descubrir, documentar, investigar o proteger bienes integrantes del patrimonio arqueológico o intervenir sobre ellos o su entorno. En una materia como ésta no es inoportuno que las leyes, además de enumerar las actividades que se reputan intervenciones, contengan una cláusula del corte de la señalada al efecto de evitar el riesgo de omisiones indeseadas, riesgo que siempre existe si se opta por elencos cerrados (y no sólo porque pueden quedar fuera de ellos técnicas reconocidas, sino porque lo harán aquellas que eventualmente surjan al calor del progreso científico).

Para el Derecho, el señalamiento preciso de qué actividades deben considerarse intervenciones arqueológicas (cuestión que, naturalmente, no puede resolverse conforme a parámetros jurídicos) sirve para delimitar el ámbito objetivo de la exigencia de obtener una autorización administrativa previamente a su ejecución. Esta exigencia es un verdadero lugar común en la regulación jurídica de la Arqueología. Son muy numerosos los ordenamientos nacionales que disponen que las intervenciones arqueológicas sólo pueden ejecutarse válidamente si media el previo asentimiento de los órganos administrativos competentes; más aún, el criterio trasciende de los derechos internos y no escasean los textos internacionales que consideran que el control público y previo de las intervenciones es uno de los principios esenciales de la ordenación jurídica de las actividades arqueológicas.

Podríamos detenernos aquí, en la constatación de que está generalizado el control público previo de las intervenciones arqueológicas, y adentrarnos sin demora en algunos aspectos interesantes de nuestro Derecho sobre el particular. Sin embargo, no es inoportuno apuntar sucintamente las razones que explican ese intervencionismo, pues si somos conscientes de sus fundamentos objetivos estaremos en mejores condiciones que en otro caso para solventar las dudas que puedan presentarse en la interpretación de la normativa aplicable.

Tales fundamentos tienen que ver con las finalidades de la Arqueología, que es una disciplina científica y no una afición o un pasatiempo. La Arqueología persigue el incremento del conocimiento existente acerca del pasado del ser humano y utiliza para ello una

determinada metodología que sólo dominan expertos cualificados. Aunque la Arqueología no se reduce a la intervención, ésta es una sobresaliente faceta del quehacer arqueológico y conviene asegurar que su ejecución esté al servicio de los objetivos de la Arqueología en su condición de disciplina científica, lo que aconseja un control riguroso sobre quién, dónde, como y para qué interviene. De otra forma, se corre el severo riesgo de que la intervención no cumpla con la función social que le corresponde. La idea subyacente es la misma siempre, con independencia del móvil concreto de intervención de que se trate. Ya sean intervenciones ejecutadas por motivos propiamente de investigación, ya sean de urgencia, ya sean preventivas, son en todo caso actividades científicas cuya ejecución debe reservarse a personas cualificadas y bien conocedoras de la metodología que debe utilizarse. El control administrativo previo pretende, justamente, garantizar que es así.

Además, es imprescindible erradicar las actuaciones movidas por el ánimo de lucro u obedientes a apetitos de coleccionismo privado, que perjudican seriamente los fines institucionales de la Arqueología y pueden privar a la comunidad de fuentes de información quizá muy valiosas. Y no pienso sólo en la comunidad formada por los especialistas, sino en la comunidad en sentido amplio integrada por todos los titulares del derecho a la cultura (artículo 44 de la Constitución), que incluye el derecho a acceder a los bienes culturales y a la información que se extraiga de los mismos. Es cierto que el control previo no evita por sí sólo las conductas antisociales, pero al ceñir el campo de las intervenciones lícitas a las que lo han superado, lanza todas las demás a la órbita de la ilegalidad y habilita el ejercicio de los oportunos poderes

represivos. Recuérdesse que una de las infracciones administrativas tipificadas en la legislación de patrimonio cultural es, precisamente, la ejecución de actuaciones arqueológicas sin autorización o incumpliendo los términos de ésta.

Señalado lo anterior, centrémonos en los aspectos jurídicos más llamativos de las autorizaciones necesarias para la ejecución de intervenciones arqueológicas, exigencia que, según el artículo 42.1 LPHE, persigue comprobar que los trabajos están “planteados y desarrollados conforme a un programa detallado y coherente que contenga los requisitos concernientes a la conveniencia, profesionalidad o interés científico”. Con más o menos pormenor, las normas de las Comunidades Autónomas abundan en esa línea.

2. EL SOLICITANTE DE LA AUTORIZACIÓN Y SU ESTATUTO JURÍDICO

Está extendida una determinada clasificación de las autorizaciones administrativas de control en uno de cuyos casilleros encajan sin graves dificultades las arqueológicas. Son un ejemplo de las que se denominan *mixtas* por ser tan importante la actividad en sí como las condiciones personales de quien solicita el título que permite realizarla. El control gubernativo se extiende entonces tanto a la actividad como a los solicitantes, no siendo en absoluto indiferente quiénes sean éstos. Que es así lo acredita que suele preverse que el responsable de la intervención no pueda ceder su puesto a otra persona en el curso de la misma si no es con el consentimiento expreso de la Administración, tipificándose

como causa de revocación del título el cambio no autorizado.

Como sobre los requisitos de la actividad algo diremos en el epígrafe siguiente, detengámonos ahora en las condiciones que se exigen a los solicitantes.

A) La primera exigencia que suele introducirse es que el director o responsable de la intervención tenga *la titulación superior adecuada o idónea*. En nuestro sistema educativo no hay una titulación académica específica en Arqueología; es cierto que algunos planes de estudios permiten un cierto grado de especialización en la materia, pero no hay un *título académico* propio al que remitir el requisito legal. ¿Qué titulación, pues, debe tener el solicitante? No todas las normas son claras al respecto, si bien lo habitual es que se exija un título vinculado al ámbito de las humanidades (generalmente, historia). Sea como fuere, la exigencia de titulación superior, además ser un requisito objetivo, es de todo punto pertinente. No debemos pasar por alto que hablamos de actividades científicas y que una de las funciones de las Universidades es preparar para el ejercicio de actividades que exigen la aplicación de conocimientos y métodos científicos; es verdad que no todo el saber científico se encierra en los muros de la institución universitaria, pero no estoy convencido de que fuera una buena idea separar la ejecución de intervenciones arqueológicas del requisito de contar con un título universitario de carácter oficial.

B) Ciertas disposiciones inducen a sospechar que el título académico no siempre es suficiente. En la medida en que requieren que el solicitante de la autorización acredite un determinado grado de *profesionalidad* o una formación teórica y práctica en Arqueo-

logía, añaden un *plus* a la mera titulación. Lógicamente, esta exigencia añadida o sólo concierne a los directores o responsables de la intervención, no a los demás miembros del equipo investigador. Si todos ellos tuvieran que acreditar la profesionalidad, la experiencia o la formación especializada, nunca un licenciado recién salido de las aulas podría participar en la ejecución de intervenciones y adquirir ese *plus* necesario para obtener en su día una autorización arqueológica cuyo otorgamiento se supedita a la demostración objetiva de que se es un profesional.

En cualquier caso, esta exigencia tiene sentido en la medida en que la titulación académica puede no asegurar un conocimiento bastante de la metodología arqueológica y de la problemática científica de la Arqueología y, también, en tanto en cuanto es lógico que el responsable de las intervenciones tenga una cierta experiencia para poder ejercer convenientemente sus funciones de impulso y dirección de la actividad.

C) Hay varias normas reguladoras de actividades sometidas a control administrativo (no otra cosa es la autorización: un acto de control preventivo) que reclaman ciertos valores personales, además de la imprescindible capacitación académica, técnica o profesional. Todas apelan al concepto de *honorabilidad*, cuyo significado es cuando

menos difuso y cuya interpretación no puede quedar al albur de la discrecionalidad administrativa. Si el legislador considera que la experiencia y los conocimientos no son suficientes para ejercer ciertas actividades, que son necesarias además algunas cualidades de índole personal, debe especificar cuáles son, con independencia de que les ponga la etiqueta de la *honorabilidad* o cualquier otra. Y así, por ejemplo, en el sector del transporte terrestre, la honorabilidad se relaciona con que el profesional no haya sido condenado penalmente, no haya sido sancionado de forma reiterada por la comisión de infracciones muy graves en materia de transportes y no incumpla grave y reiteradamente las normas fiscales, laborales, de Seguridad Social, de seguridad vial y ambientales. En este ámbito, por lo tanto, la *honorabilidad* tiene un contenido objetivo.

¿Y deben ser *honorables* los ejecutantes de las intervenciones arqueológicas? ¿Les es exigible que acrediten una determinada *honorabilidad* como requisito añadido a la experiencia y a la titulación? Vaya por delante que pienso que existen unos principios éticos que todo investigador está compelido a respetar⁵, pero ahora no se trata tanto de obligaciones morales o deontológicas cuanto de exigencias jurídicas de las que extraer consecuencias claras en Derecho. Bien está que se diga, como hace el punto 19 de la *Recomendación por la que se definen los principios internacionales que deben aplicarse a las excavaciones arqueológicas* (Nueva Delhi, 1956), que las autorizaciones sólo deberían otorgarse a instituciones representadas por arqueólogos calificados o a personas que ofrezcan serias garantías científicas, morales y financieras, pero o se concreta jurídicamente el requisito relativo a las *garantías mora-*

⁵ A ello se refiere, con carácter general, la *Carta Europea del Investigador* publicada como Anexo a la Recomendación de la Comisión 2005/241/CE, de 11 de marzo de 2005, relativa a dicha Carta y al Código de conducta para la contratación de investigadores. Leemos allí que “los investigadores deben observar las prácticas éticas reconocidas y los principios éticos fundamentales correspondientes a sus disciplinas, así como las normas éticas recogidas en los diversos códigos deontológicos nacionales, sectoriales o institucionales”.

les o no pasa de consignarse un pío deseo. Y concretar jurídicamente el requisito significa, ante todo, identificar con claridad qué conductas desaconsejan que quien ha incurrido en ellas sea beneficiario de una autorización arqueológica.

Muy pocas leyes afrontan el asunto. Las que lo hacen, prohíben el ejercicio de actividades arqueológicas (y excluyen en consecuencia la posibilidad de otorgar la autorización) a quienes han sido sancionados por la comisión de infracciones tipificadas en la legislación de patrimonio cultural; entre ellas, destacadamente, la ejecución de intervenciones no autorizadas o con infracción de las condiciones previstas en la autorización o en la normativa aplicable (lo que puede alcanzar al incumplimiento de las obligaciones de presencia directa en los trabajos o de depósito de los materiales en el centro correspondiente).

Entiendo que las leyes debieran prever de una forma u otra que las personas que han sido castigadas por infracciones relacionadas con el patrimonio arqueológico no pueden obtener una autorización arqueológica por un período determinado. Es indiferente que digamos que quienes han cometido tales conductas no son *honorables*, que no presentan suficientes *garantías morales* o que utilicemos otro concepto o expresión. La idea de fondo es clara: la comisión de ciertos ilícitos debe inhabilitar para ser titular de una nueva autorización arqueológica al menos durante un tiempo razonablemente largo. Hay que delimitar bien las conductas cuya sanción tiene esa consecuencia pues no son equiparables unas infracciones a otras⁶, pero es conveniente preverla si se considera que, además de pericia y conocimientos, la

investigación científica exige ciertas cualidades personales. A nadie se le escapa que expertos investigadores pueden ser también eficaces depredadores de bienes culturales.

3. ¿EXISTE UN DERECHO A LA EJECUCIÓN DE INTERVENCIONES ARQUEOLÓGICAS?

En términos objetivos, con el sometimiento de las actividades arqueológicas al régimen de autorización administrativa se pretende, además de verificar las condiciones personales del solicitante, analizar si la intervención pretendida es conveniente e interesante desde el punto de vista científico. En este particular, el papel de las comisiones y órganos asesores que informan las solicitudes es auténticamente capital, y de ellos se espera que emitan sus pareceres de forma debidamente motivada y no mediante el sencillo expediente del puro y simple ritualismo. Si consideran que una intervención no es interesante y conveniente en términos científicos deben decir por qué. Esto tiene determinadas implicaciones jurídicas en las que no podemos detenernos ahora, pero cabe mencionar una: puesto que lo normal será que el órgano administrativo que resuelve finalmente las solicitudes presentadas se mantenga fiel al criterio de la comisión técnica o de expertos, debe trasladar al interesado las razones que, en su caso, avalan una resolución denegatoria; y no por razones de mera cortesía

⁶ Así, por ejemplo, no es igual que la sanción se haya impuesto por incumplir el plazo fijado para la entrega de los materiales obtenidos como resultado de las intervenciones, que por ejecutar intervenciones no autorizadas o incumpliendo gravemente las condiciones de la autorización.

(que no son por cierto poco importantes en las relaciones entre Administraciones públicas y ciudadanos) sino porque si se omiten dichas razones se priva al interesado de una munición que le puede ser muy útil en caso de que decida ejercer su derecho al recurso.

La motivación de los actos administrativos tiene un profundo sentido institucional que enlaza con el tema de las garantías del ciudadano frente a las decisiones de la Administración, que es uno de los capitales del Estado de Derecho. En nuestro caso, esa motivación fluye directamente del criterio seguido por las comisiones técnicas, de ahí que éstas deban exteriorizarlo con el suficiente desarrollo argumental (que no necesariamente con exhaustividad). Claro que si las solicitudes se deniegan por silencio administrativo, todo esto tiene una importancia menor o bastante más relativa.

Dicho lo anterior, que es únicamente una pálida alusión a un tema muy rico, ¿es jurídicamente factible denegar una autorización arqueológica a pesar de que, objetivamente, se satisfagan todas las exigencias personales y de orden científico requeridas? Es este contexto en el que debe situarse la pregunta que figura en el encabezamiento del presente apartado, a cuya respuesta podemos aproximarnos por el camino siguiente.

Por lo pronto, ha de quedar claro que el control administrativo de la investigación arqueológica y la existencia o inexistencia de un derecho a ejecutar la actividad son aspectos que deben distinguirse. La existencia de un derecho y las condiciones jurídicas de su ejercicio lícito son cuestiones diferentes y puede suceder, y sucede, que el ordenamiento jurídico reconozca derechos cuyo titular no los puede ejercer sin superar el control

administrativo autorizante. Así, por ejemplo, nadie discute que la libertad de creación de centros docentes es un derecho constitucionalmente reconocido a pesar de que su ejercicio está supeditado a la obtención de una previa autorización administrativa. Por lo tanto, que esté previsto un control gubernativo nada dice acerca del tema que nos interesa.

En segundo lugar, debemos recordar que el artículo 20.1, b) de la Constitución reconoce y protege el derecho a la producción científica. Aunque no falta quien sostiene que el precepto se limita a constitucionalizar los derechos de autor, me parece más convincente la tesis que no circunscribe de esa manera el ámbito de la norma y lo extiende a las actividades de creación y producción. En el caso de la ciencia, a las actividades de investigación propiamente dichas. La Sentencia del Tribunal Constitucional 43/2004 se ha referido a ello a propósito de la investigación histórica de la que fue resultado un documental sobre ciertos hechos acaecidos en 1937; y si es así, parece difícil afirmar que la ejecución de intervenciones arqueológicas no toma asiento en la protección constitucional de la libertad de investigación científica, sin perjuicio de que los derechos de autor y de propiedad intelectual entren en juego a propósito de la publicación de los resultados. Entiendo, por lo tanto, que ningún reparo serio se opone a aceptar que el interesado en ejecutar una intervención arqueológica de investigación está amparado por la garantía constitucional de aquella libertad.

Ahora bien, no extraigamos de ahí conclusiones precipitadas. Además de una dimensión estrictamente subjetiva, la libertad de investigación científica tiene otra de carácter objetivo o, si se quiere, institucional.

La libertad se garantiza constitucionalmente no sólo en exclusivo beneficio de quien la ejerce, sino también para que la actividad contribuya al progreso del conocimiento científico. En nuestro caso, ello se traduce en que los poderes públicos deben verificar cuidadosamente si la intervención pretendida tiene o no interés científico suficiente y que el aspirante cumple los requisitos de titulación, profesionalidad y demás vinculados a la seriedad científica del proyecto y de su responsable. Pero ese control, absolutamente necesario y que se explica en la dimensión objetiva de la investigación científica, no tiene el efecto de sepultar la vertiente subjetiva de la misma.

Antes al contrario, ambas perspectivas deben conjugarse y armonizarse. Aunque la cuestión es compleja, entiendo que puede apuntarse lo siguiente. Si la valoración de la conveniencia e interés científico de la actividad pretendida es positiva (y por supuesto, la de todas las demás condiciones exigidas), creo que al interesado le asiste el derecho a obtener la autorización en virtud de lo dispuesto en el artículo 20.1, b) de la Constitución. Insisto en que ha de superarse el análisis relacionado con la dimensión objetiva de la investigación científica; pero una vez que es así, aflora la dimensión subjetiva de la misma, que debe ocupar el espacio que le corresponde. Y esto nos lleva de nuevo al tema de la motivación de las decisiones. Obviamente, la conveniencia e interés científicos de la actividad se evalúan conforme a criterios que pertenecen al dominio de la ciencia arqueológica; el solicitante debe saber cuáles y cómo se han aplicado en el caso, y motivaciones meramente rituales y formales son claramente insuficientes también desde la perspectiva de la dimensión subjetiva de

la investigación científica, que entronca con un derecho constitucionalmente reconocido.

En otro orden de consideraciones, la dimensión objetiva de la libertad que se comenta tiene un alcance añadido que debe ser puesto de manifiesto. El artículo 44.2 de la Constitución emplaza a los poderes públicos a promover la ciencia y la investigación en beneficio del interés general; ese mandato constitucional puede articularse a través de medidas y actos diversos, entre los que se encuentran las subvenciones. Desde este punto de vista, es posible y razonable que los poderes públicos seleccionen qué intervenciones arqueológicas merecen ser acreedoras de apoyo; esto es, supuesto que todas deben tener relieve científico, algunas pueden ser especialmente interesantes para los poderes públicos en razón de criterios previamente establecidos y beneficiarse de un aporte económico con cargo a la correspondiente partida presupuestaria. Esta es una forma de velar por la dimensión objetiva de la investigación arqueológica que se proyecta, para subsidiarlas o apoyarlas de otro modo, sólo sobre determinadas intervenciones.

Pero que los poderes públicos escojan qué intervenciones fomentan no les habilita para autorizar sólo las que reputan merecedoras de su apoyo, pues todas las demás habrán de ser autorizadas si concurren la conveniencia e interés científico imprescindibles y los demás requisitos legalmente establecidos. Si la libertad de investigación científica tiene un componente subjetivo, forzoso es reconocer que cuando el aspirante cumple las condiciones requeridas y la actividad reúne el interés científico pertinente, la autorización debe ser otorgada con independencia de que la intervención pueda o no beneficiarse de las me-

didas de promoción establecidas. Verificando con cuidado aquellas circunstancias, quedan satisfechas las exigencias de la dimensión objetiva de la libertad científica y cobra realce la vertiente subjetiva de la misma.

V. PATRIMONIO CULTURAL SUBMARINO

Valga una referencia, para terminar, a la arqueología submarina, que presenta una problemática jurídica particular en la medida en que en el tema confluyen aspectos que resuelve el ordenamiento interno y otros que pertenecen al dominio del Derecho internacional. A diferencia de las intervenciones que se ejecutan en las aguas continentales (lagos, lagunas, etc.), reguladas íntegramente por el Derecho nacional, las que tienen lugar en los espacios marítimos están condicionadas por normas internacionales, lo que introduce en el análisis elementos particulares y muy destacados. Repárese en que los tratados internacionales válidamente ratificados por España y publicados oficialmente forman parte de nuestro ordenamiento interno (artículo 96 de la Constitución), por lo que no podemos contemplarlos como si fueran algo ajeno al mismo.

En primer lugar, debe aclararse que el patrimonio cultural submarino se rige por las normas específicas del patrimonio cultural. Quizá en algún caso pueda ser problemático elucidar si los restos sumergidos son susceptibles de estudio con metodología arqueológica o no, pero si este punto se clarifica en sentido afirmativo la entrada en escena del bloque normativo regulador del patrimonio cultural me parece incontestable.

Así lo han entendido las autoridades españolas al ratificar el Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, hecho en Londres el 28 de abril de 1989. Nuestro país ha hecho uso de la habilitación prevista en su artículo 30, conforme al cual todo Estado que ratifique, apruebe, acepte o se adhiera a él podrá hacer reserva de su derecho a no aplicarlo “*cuando se trate de un bien marítimo de carácter cultural que presente un interés prehistórico, arqueológico o histórico y se encuentre en el fondo del mar*”. Desde luego, no todos los Estados parte se han reservado ese derecho y ni siquiera han sido los más, pero que nuestro país lo haya hecho acreditada de forma fehaciente el desplazamiento de la regulación del salvamento marítimo por la del patrimonio cultural.

Y tal es, además, la orientación actual del Derecho Internacional. El artículo 4 de la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2 de noviembre de 2001, ya citada, dispone que ninguna actividad relacionada con el patrimonio cultural subacuático estará sujeta a las normas sobre salvamento y hallazgos, a no ser que a) esté autorizada por las autoridades competentes, b) esté en plena conformidad con la propia Convención, y c) está garantizado que toda operación de recuperación se realiza con la máxima protección de los bienes. Del precepto se deduce que se acepta la aplicación de la legislación de salvamento y hallazgos única y exclusivamente si obedece a criterios arqueológicos, que en nuestro Derecho son los que inspiran y vertebran el régimen previsto en las normas sobre patrimonio cultural.

Resuelto lo anterior, tengamos en cuenta que las competencias de los Estados en los

espacios marítimos están reguladas por tratados internacionales. Por su carácter general, el más importante es el Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 1982), ratificado por España en 1997, pero sus disposiciones directamente relacionadas con los bienes culturales sumergidos son más bien escasas. Reconoce que la soberanía del Estado ribereño se extiende al mar territorial (por lo que en este espacio no se plantean problemas) y permite una cierta intervención de los Estados ribereños en la *zona contigua* (formada por las doce primeras millas de la plataforma continental) al habilitarles para autorizar las actividades de *remoción o extracción* de los restos arqueológicos; en el resto de la plataforma continental, el Tratado se limita encomendar a los Estados la obligación de proteger los objetos de carácter histórico y de cooperar a tal efecto (artículo 303.1)⁷.

En cuanto a la Convención de la UNESCO del año 2001, su regulación es obviamente mucho más detallada. Da el importante paso de prohibir expresamente la explotación comercial del patrimonio cultural subacuático⁸ y organiza un complejo sistema de colaboración entre los Estados en orden a la protección de aquel en el que adquiere gran protagonismo el llamado *Estado coordinador*. Éste es, valga la redundancia, quien coordina las actividades de los diferentes Estados interesados en la protección de los bienes sumergidos⁹, autoriza las intervenciones y adopta todas las medidas necesarias para garantizar la indemnidad de los vestigios. En principio, el Estado coordinador es el Estado parte en cuya zona económica exclusiva o plataforma continental se hallan situados aquellos, pero puede renunciar a serlo, caso en el que los demás Estados interesados designarán

a otro. Y, lo que es más importante, actúa en nombre de los Estados parte en su conjunto y no en su interés propio, no pudiendo invocar su condición de coordinador “*para reivindicar derecho preferente o jurisdiccional alguno que no esté reconocido por el derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*” (artículo 10.6). En la *Zona*, el régimen es similar, con la salvedad de que el Estado coordinador actúa en beneficio de toda la humanidad y en nombre de los Estados parte, aunque con especial atención a los derechos preferentes de los Estados de origen cultural, histórico o arqueológico (artículo 10.6).

⁷ Más allá de la plataforma continental rigen los criterios aplicables a la llamada *Zona*, esto es, los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Destaca el artículo 149, en cuya virtud todos los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados allí “*serán conservados o se dispondrá de ellos en beneficio de la humanidad, teniendo particularmente en cuenta los derechos del Estado o país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico y arqueológico*”.

⁸ Según el artículo 2.7, “[e]l patrimonio cultural subacuático no será objeto de explotación comercial”. La segunda de las *Normas relativas a las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático*, que figuran como Anexo a la Convención y son parte de la misma, dice que “[l]a explotación comercial del patrimonio cultural subacuático que tenga por fin la realización de transacciones, la especulación o su dispersión irremediable es absolutamente incompatible con una protección y gestión correctas de ese patrimonio. El patrimonio cultural subacuático no deberá ser objeto de transacciones ni de operaciones de venta, compra o trueque como bien comercial”.

⁹ Se piensa, obviamente, en bienes identificados, no en el patrimonio cultural submarino en abstracto. A los efectos de la determinación de cuáles son tales Estados, todos los que son parte de la Convención pueden declarar al Estado parte en cuya zona económica exclusiva o plataforma continental está situado el patrimonio sumergido su interés en ser consultados acerca de cómo asegurar su protección efectiva; tal declaración deberá fundarse en un vínculo verificable, en especial de índole cultural, histórica o arqueológica con el patrimonio de que se trate.

A ello debemos añadir que la Convención apuesta decididamente por las intervenciones no extractivas. Dice la primera de las normas relativas a las actividades dirigidas a la protección del patrimonio cultural subacuático:

“La conservación in situ será considerada la opción prioritaria para proteger el patrimonio cultural subacuático. En consecuencia, las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático se autorizarán únicamente si se realizan de una manera compatible con su protección y, a reserva de esa condición, podrán autorizarse cuando constituyan una contribución significativa a la protección, el conocimiento o el realce de ese patrimonio”.

Y según la norma cuarta,

“Las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático deberán servirse de técnicas y métodos de exploración no destructivos, que deberán preferirse a la recuperación de objetos. Si para lle-

var a cabo estudios científicos o proteger de modo definitivo el patrimonio cultural subacuático fuese necesario realizar operaciones de extracción o recuperación, las técnicas y los métodos empleados deberán ser lo menos dañinos posible y contribuir a la preservación de los vestigios”.

Conviene anotar que la orientación de la Convención de la UNESCO difiere de la de la legislación española. A mi juicio, ésta enfoca el tema del patrimonio submarino desde una perspectiva, la dominical, que no es la que se abre paso en el Derecho internacional, más preocupado por la conservación y preservación *in situ* de los restos que por otra cosa. Ello debiera quizá conducirnos a revisar la solemne afirmación del dominio público de los restos hallados en la plataforma continental o, por lo menos, a interpretarla en sentido funcional. Esto es, en cuanto sinónima de poderes de ordenación y protección en el marco de las normas internacionales con las que España se ha comprometido.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

AZNAR GÓMEZ, M. (2004): *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático, con especial referencia al caso de España*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.

BARCELONA LLOP, J. (2000): “El dominio público arqueológico”, *Revista de Administración Pública* n.º 151, pp. 133 ss.

BARCELONA LLOP, J. (2002): “Aspectos del régimen jurídico de las autorizaciones arqueológicas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* n.º 21, pp. 113 ss.

BARCELONA LLOP, J. (2002): “Notas sobre el régimen internacional de las intervenciones ar-

queológicas submarinas”, *Patrimonio Cultural y Derecho* n.º 6, pp. 47 ss.

BARCELONA LLOP, J. (2006): “La regulación de las autorizaciones en las intervenciones dirigidas al patrimonio cultural subacuático”, *Patrimonio Cultural y Derecho* n.º 10, pp. 217 ss.

GARCÍA FERNÁNDEZ, J. (1987): “La nueva legislación española sobre patrimonio arqueológico”, *Revista de Derecho Público* n.º 197, pp. 365 ss.

MAGÁN PERALES, J. M.ª A. (2002): “El patrimonio arqueológico subacuático: situación legislativa española e internacional”, *Patrimonio Cultural y Derecho* n.º 6, pp. 73 ss.

MOREU BALLONGA, J. L. (1993): "Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico", *Revista de Administración Pública* n.º 132, pp. 171 ss.

MOREU BALLONGA, J. L. (2003): "Patrimonios arqueológico y etnográfico en la legislación estatal", en S. de Dios, J. Infante, R. Robledo y E. Torijano: *Historia de la propiedad. Patrimonio cul-*

tural, Madrid, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, pp. 319 ss.

NIETO, A. (1999): "Règim jurídic de la titularitat dominical del patrimoni arqueològic descobert amb anterioritat a la Llei 16/1985, de 25 de juny, sobre el patrimoni històric espanyol i la Llei catalana 9/1993, de 30 de setembre, de patrimoni cultural", *Quaderns de Dret Local* n.º 20, pp. 4 ss.